

ANTI-CORRUPTION HELPDESK

PROVIDING ON-DEMAND RESEARCH TO HELP FIGHT CORRUPTION

LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN

CONSULTA

¿Podrían proporcionar información sobre buenas prácticas y estándares relativos a leyes sobre contrataciones públicas?

ÍNDICE

1. Buenas prácticas en la legislación sobre contrataciones públicas
2. Legislación sobre contrataciones públicas y corrupción: disposiciones generales
3. Legislación sobre contrataciones públicas y corrupción: etapa de planificación
4. Legislación sobre contrataciones públicas: reglamentar la etapa de licitación
5. Legislación sobre contrataciones públicas y la etapa posterior a la adjudicación
6. Otras cuestiones a considerar en las leyes sobre contrataciones públicas
7. Referencias



Autora

Maíra Martini, Transparency International
tihelpdesk@transparency.org

Revisora: Marie Chêne, Transparency International

Fecha: 12 de junio de 2015

RESUMEN

La existencia de un marco jurídico adecuado es la primera condición elemental para limitar las oportunidades de corrupción en la contratación pública. Si bien las leyes sobre contrataciones públicas deberían formularse teniendo en cuenta el contexto y la tradición jurídica de cada país, hay algunas cuestiones generales que deben estar contempladas en todas las reglamentaciones sobre el tema. Tales cuestiones incluyen, por ejemplo: normas claras y objetivas relativas a los métodos de contratación existentes y los supuestos en los cuales debería utilizarse cada uno; normas transparentes sobre el proceso de presentación de ofertas, incluidos los plazos, los pliegos de condiciones y los requisitos que deben cumplir los contratistas; y los criterios de evaluación de ofertas y oferentes.

Asimismo, en las leyes sobre contrataciones públicas deberían preverse mecanismos de queja y resarcimiento, sanciones para supuestos de incumplimiento y el seguimiento efectivo de los contratos adjudicados, por ejemplo, a través de normas sobre divulgación proactiva y la participación de la sociedad civil con un rol de veeduría. Otros temas que deben ser abordados por las leyes sobre contratación son las medidas orientadas a asegurar la integridad de los funcionarios responsables de estas áreas y proteger a quienes denuncien irregularidades.

1 BUENAS PRÁCTICAS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Sinopsis

La contratación pública es la adquisición de bienes y servicios por un departamento o institución gubernamental. Una proporción considerable de los fondos públicos se destina a gastos de contrataciones públicas. Se estima que, en promedio, entre el 13 y el 20 por ciento del producto bruto interno (PBI) se asigna mundialmente a la contratación de servicios y bienes en el sector público, lo cual equivale, aproximadamente, a USD 9,5 billones por año (Transparency International 2014).

La contratación pública tiene tres etapas principales: (i) la etapa de planificación, que contempla la evaluación inicial de necesidades, la asignación presupuestaria y la investigación preliminar de mercado, a través de la preparación de la licitación; (ii) la etapa de licitación, que incluye la evaluación de las ofertas y la adjudicación de los contratos; y (iii) la etapa posterior a la adjudicación, que contempla la implementación y administración de los contratos, y que normalmente está regulada por leyes y reglamentaciones separadas o específicas (Transparency International 2014).

La magnitud, la cantidad y la complejidad de las transacciones que forman parte de una contratación, sumadas al alto nivel de discrecionalidad con el cual actúan habitualmente los funcionarios responsables, generan numerosos incentivos y oportunidades de corrupción en todas las etapas del proceso (Morgner y Chêne 2014).

En estas condiciones, y considerando la complejidad de los procedimientos implicados, que a menudo requieren de conocimientos técnicos sumamente especializados, prevenir y detectar la corrupción en las contrataciones públicas es, sin duda, una tarea difícil.

Si bien la existencia de un marco jurídico adecuado es el primer paso elemental para limitar las oportunidades de corrupción, hay otras medidas esenciales para evitar que esta se produzca en la contratación pública, como asegurar que el proceso de contratación forme parte de un sistema efectivo de gestión de las finanzas públicas, contar con mecanismos de veeduría rigurosos a cargo de órganos de auditoría con independencia y recursos suficientes, y fomentar el control externo por la sociedad civil y los medios de comunicación.

Estándares internacionales

La importancia de contar con sistemas de contratación adecuados ha sido destacada en distintos estándares internacionales. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) insta a crear sistemas adecuados de contratación pública basados en los principios fundamentales de transparencia, competencia y objetividad en la toma de decisiones¹. La convención exhorta a las partes signatarias a adoptar las medidas necesarias para asegurar que se difunda adecuadamente información relativa a contrataciones públicas y criterios predefinidos relevantes sobre adjudicación de contratos públicos. También es fundamental la disponibilidad de mecanismos y medidas de resarcimiento para asegurar la integridad de funcionarios de contratación.

Distintas organizaciones internacionales, como la OCDE y Transparency International, también han publicado principios relativos a integridad en los procesos de contratación pública y han instado a que se implementen sistemas efectivos de contratación.

Según ha sido señalado por la OCDE, un sistema de contratación riguroso debe incluir: (i) normas y procedimientos de contratación que sean sencillos, claros y aseguren el acceso a oportunidades de adjudicación; (ii) instituciones efectivas que lleven a cabo procedimientos de contratación y celebren, gestionen y supervisen contratos públicos; (iii) herramientas electrónicas apropiadas; (iv) recursos

¹ Artículo 9 de la CNUCC
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

humanos adecuados, en términos de cantidad y aptitudes, para planificar y llevar a cabo los procesos de contratación; y (v) gestión de contratos idónea (OCDE, sin año).

En este contexto, la existencia de un marco jurídico adecuado es una condición esencial para la efectividad de un sistema de contratación. Algunos estándares, como la [Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional \(CNUDMI\)](#), estipulan recomendaciones más específicas sobre el marco jurídico de las contrataciones públicas.

A menudo se cita a la ley modelo de CNUDMI como ejemplo de buenas prácticas. Su propósito es asistir a los estados en la formulación de una ley moderna de contrataciones públicas, y promover así la competencia, maximizar la economía y la eficiencia, y fomentar la integridad y la transparencia.

Si bien las leyes sobre contratación pública deberían formularse teniendo en cuenta el contexto y la tradición jurídica de cada país, hay algunas cuestiones generales que deben estar contempladas en todas las normas sobre el tema.

A partir de principios, directrices y recomendaciones existentes, esta respuesta ofrece un análisis general de los principales aspectos que deben ser considerados al formular una ley sobre contrataciones públicas, a fin de que resulte efectiva para prevenir y reducir oportunidades de corrupción.

En las siguientes secciones se analizan las principales áreas que deben ser abordadas por la legislación sobre contrataciones públicas en cada una de las etapas de este proceso. También se consideran disposiciones más generales y otras centradas específicamente en fortalecer la integridad y combatir la corrupción.

2 **LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y CORRUPCIÓN: DISPOSICIONES GENERALES**

Principios

La ley de contrataciones públicas debería plasmar los principales principios y objetivos aplicables a sus disposiciones (CNUDMI 2011; ONUDD 2013). Estos principios en general incluyen la integridad, la transparencia, la competencia, la equidad, la objetividad, la eficiencia y la profesionalidad (Transparency International 2014; ONUDD 2013).

Por ejemplo, la ley modelo de la CNUDMI indica en su preámbulo que el gobierno “estima aconsejable reglamentar la contratación pública a fin de promover los siguientes objetivos: (a) alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública; (b) fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, sin hacer distinciones por concepto de nacionalidad, a fin de promover así el comercio internacional; (c) promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable; (d) garantizar un trato justo, igual y equitativo a todos los proveedores y contratistas; (e) promover la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública; (f) dotar de transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública”.

Ámbito de aplicación

Es importante que se explicita claramente el ámbito de aplicación de la ley con respecto a las categorías de contratación (bienes, obras y servicios) contempladas y las entidades alcanzadas.

Según las mejores prácticas, las leyes sobre contrataciones deberían versar sobre todo tipo de categorías de contratación en las cuales se utilicen recursos públicos, incluidos bienes, servicios, obras, servicios de consultoría y concesiones (ONUDD 2013; OCDE 2010).

La ley sobre contrataciones debería además especificar en qué medida se aplica a todos los organismos públicos, gobiernos subnacionales y entidades cuando se utilizan fondos de presupuestos públicos. En este sentido, deberían enumerarse todos los organismos o partidas del gasto público excluidos de las disposiciones de la ley (por ejemplo, el ejército, el sector de defensa, empresas autónomas o empresas estatales especializadas) (ONUDD 2013). En la mayor medida posible, se recomienda que las

decisiones relativas a exclusiones sean adoptadas solo por autoridades administrativas en casos excepcionales, a fin de evitar manipulaciones y oportunidades de corrupción (OCDE 2010). En general, la uniformidad y la universalidad del ámbito de aplicación favorecen la previsibilidad y posibilitan ahorros en la operación del sistema de contrataciones (OCDE 2010).

Disponibilidad de información

La disponibilidad de información es indispensable para que haya una competencia leal y para una adecuada aplicación de la ley. En este sentido, es fundamental que todas las leyes y reglamentaciones vinculadas con contrataciones se publiquen y sean de fácil acceso para el público, sin costo alguno. También se debe dar a conocer información sobre procesos de contrataciones específicos, como planes de contrataciones públicas, llamados a licitación, anuncios de adjudicaciones y contratos asignados (OCDE, sin año; Transparency International 2014).

Esto se puede lograr, por ejemplo, mediante la creación de un portal en línea donde se presente toda la información relativa a contrataciones para su consulta por los oferentes, la sociedad civil, los medios de comunicación y los ciudadanos en general (OCDE, sin año).

Además de prever normas sobre la divulgación proactiva, por parte de los gobiernos, de información concerniente a contrataciones, la legislación sobre el tema también podría incluir disposiciones que reconozcan los derechos de los ciudadanos a solicitar información sobre contrataciones en cualquier momento.

Métodos de contratación pública

Las leyes sobre contrataciones públicas también deberían incluir disposiciones claras que estipulen qué métodos están permitidos y en qué circunstancias debe aplicarse cada uno (Transparency International 2014).

La elección del procedimiento se considera un factor importante del proceso de contratación, dado que puede ser determinante para que haya corrupción (ONUDD 2013). Algunos métodos ofrecen mayores

niveles de transparencia y favorecen el escrutinio público/externo. Otros, sin embargo, admiten un mayor margen de negociación entre los oferentes y el organismo contratante, y por ello podrían generar mayores oportunidades de corrupción.

Es importante que la ley de contrataciones enumere (en forma exhaustiva) todos los métodos posibles y estipule cuándo y cómo deberían usarse. Por lo tanto, la ley debería prohibir el uso de métodos que no estén en ella contemplados, o la combinación de métodos diversos. La decisión acerca de qué método aplicar en general depende de una amplia variedad de factores, como el valor del contrato, la cantidad de oferentes, la complejidad de los bienes, servicios u obras implicados, y otros aspectos. En cualquier caso, la ley deberá estipular claramente cuál método es el que se aplica por defecto (es decir, el que debería aplicarse siempre, a menos que haya motivos que justifiquen el uso de otro distinto), así como las condiciones en las cuales se pueden utilizar otros métodos menos competitivos (ONUDD 2013).

En la bibliografía sobre el tema se ofrece una clasificación general de los tipos de contratación existentes (Transparency International 2014; ONUDD 2013). Estos incluyen:

- (i) Procedimientos abiertos: a través de este método, todas las partes interesadas pueden presentar una oferta y competir respetando criterios preestablecidos, que también deberían estar estipulados en la ley sobre contrataciones públicas. En general, el contrato se adjudica al oferente que propone el precio más bajo. Se considera que este es el método más transparente y competitivo y, por ende, debería aplicarse a la gran mayoría de los contratos.
- (ii) Procedimiento restringido: conforme a este método, solamente se permite presentar una oferta a empresas preseleccionadas que reúnen ciertas condiciones. En este caso, la ley debería disponer cuándo se puede aplicar el procedimiento y definir los criterios para la selección preliminar, incluido si el proceso debería realizarse luego de informar públicamente sobre la preselección o no.

- (iii) Procedimiento negociado: en este método, la entidad a cargo de la contratación y los potenciales contratistas negocian los términos del contrato. Se utiliza frecuentemente cuando no es posible formular especificaciones técnicas exhaustivas con anticipación, o cuando el proceso de licitación no tuvo resultados satisfactorios (por ejemplo, si no se propusieron ofertas). Los procedimientos negociados también podrán usarse en caso de emergencia o catástrofe. En todos los supuestos, la ley debe establecer si es posible usar este método y en qué circunstancias.
- (iv) Proveedor único (adjudicación directa): este método normalmente permite al organismo a cargo de la licitación seleccionar al contratista sin cumplir ningún proceso competitivo. Suele ser un proceso con muy poca transparencia, que genera amplias oportunidades de corrupción. Por ende, su uso debe estar limitado, y la ley debe enumerar todas las circunstancias excepcionales en las cuales se admitiría la adjudicación directa de contratos públicos. Las causales que permiten la adjudicación directa a menudo incluyen: bajo valor del contrato, urgencia, evento catastrófico, adquisición de bienes o servicios brindados únicamente por un determinado proveedor y factores vinculados con seguridad nacional, entre otros.

Según criterios de buenas prácticas, a fin de prevenir la corrupción y asegurar una mayor competencia, el método abierto debería ser el que se aplique por defecto (Transparency International 2014; OCDE 2010, ONUDD 2014; CNUDMI 2011).

En el caso de los procedimientos restringidos, negociados y, sobre todo, con un único proveedor, además de estipular de manera inequívoca los supuestos en los cuales podrán ser implementados, la práctica conveniente es que la ley de contratación incluya requisitos de aprobación específicos (por ejemplo, la decisión de usar un determinado método no competitivo debe ser aprobada por un segundo funcionario público o grupo de funcionarios y estar

debidamente justificada) (OCDE 2010). La ley también debería prohibir específicamente el fraccionamiento de contratos que se realiza para impedir la competencia abierta. (OCDE 2010; Heggstad & Frøystad 2010).

3 LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN: ETAPA DE PLANIFICACIÓN

La etapa de planificación, previa a la licitación, comprende varias decisiones importantes. En esta etapa, el gobierno decide qué bienes, servicios y obras deben ser contratados, y en general para ello realiza una evaluación de necesidades y prepara un presupuesto para las compras previstas. Asimismo, esta etapa incluye la preparación de todos los pliegos de condiciones necesarios y la definición de los requisitos que se aplicarán a un proceso de contratación determinado (Heggstad y Frøystad 2010).

Son varios los riesgos de corrupción que están presentes en la etapa de planificación. Por ejemplo, la evaluación de necesidades podría ser manipulada, incrementada artificialmente o influida de manera indebida para que se seleccionen los proyectos con valor contractual más elevado o se compren bienes o servicios innecesarios, excesivamente lujosos o de baja calidad. También es posible que se dé impulso a proyectos para beneficiar a determinados oferentes o favorecer los intereses particulares de funcionarios que organizan las licitaciones (Morgner y Chêne 2014). Asimismo, podría suceder que se preparen pliegos de condiciones que se adecuan exactamente a las características de una empresa, lo cual restringe la competencia, o que su redacción sea innecesariamente compleja, lo cual facilita la corrupción y obstaculiza la posibilidad de control. También las empresas podrían quedar preseleccionadas como resultado de pagos ilícitos o favoritismo, entre otras posibilidades (Heggstad y Frøystad 2010)

Ante esta situación, y a fin de prevenir la corrupción en la etapa de planificación, es necesario que las leyes sobre contrataciones regulen los siguientes temas:

Evaluación de necesidades

Como se ha mencionado, las evaluaciones de necesidades implican decisiones gubernamentales con respecto a qué adquisiciones deben realizarse, incluida la cantidad, los requisitos técnicos y los plazos.

En vista de los riesgos de corrupción mencionados precedentemente, y a fin de asegurar la adhesión a los principios de eficiencia e integridad, la ley sobre contrataciones públicas debería exigir que se realice una evaluación de necesidades antes de tomar la decisión de contratar bienes o servicios. La práctica aconsejada es que la evaluación sea realizada por más de un miembro del equipo a cargo de las contrataciones, en especial cuando se trata de proyectos de alto valor (ONUDD 2013).

Transparency International también recomienda que la ley contenga disposiciones que exijan a las autoridades adjudicadoras difundir las evaluaciones de necesidades para recibir comentarios públicos (por ejemplo, a través de presentaciones escritas o audiencias públicas) (Transparency International 2014).

La ley debería además incluir disposiciones concernientes a la participación de consultores externos (técnicos) en la evaluación de necesidades, y en la preparación de procedimientos de licitación. La selección de estos consultores debería efectuarse en función de lo estipulado en la ley sobre contrataciones públicas. Estas personas deben ser independientes y no estar afectadas por conflictos de intereses (ONUDD 2013).

Preparación de presupuestos

La ley de contrataciones debería además establecer los requisitos de la preparación de presupuestos para las obras de construcción y otras compras importantes previstas (ONUDD 2013). Los procesos de contratación pública solamente deberían iniciarse cuando estén garantizados los fondos públicos para solventar el costo de los bienes y servicios dentro del plazo propuesto (Transparency International 2014).

Estructura del proceso de licitación

Pliegos de condiciones

En esta etapa, los organismos a cargo de la contratación definen el método de licitación que se utilizará (entre los mencionados antes) y elaboran los pliegos de condiciones donde se indican los términos aplicables a un proceso de contratación determinado. Esto incluye una exposición de todos los requisitos que deben reunir las ofertas para ser consideradas, y los criterios en función de los cuales serán evaluadas.

Si bien el contenido específico de los pliegos de licitación varía en cada caso en particular, se recomienda que la ley sobre contrataciones explicita el contenido mínimo que debe tener esta documentación. Esto refuerza la transparencia y limita considerablemente las posibilidades de manipulación por parte de funcionarios a cargo de contrataciones (ONUDD 2013).

En general, los requisitos mínimos de los pliegos de condiciones establecidos en las leyes sobre contrataciones incluyen los plazos para ofertar, las comunicaciones durante el proceso, información sobre los requisitos que deben reunir los proveedores y contratistas, los criterios de selección y adjudicación, los criterios para el rechazo de ofertas y la descalificación de un oferente, los términos y condiciones legales, y otros elementos (CNUDMI 2011).

En general, se espera que los pliegos de licitación contengan suficiente información que permita a los oferentes presentar ofertas adecuadas y facilite una evaluación transparente de las ofertas y un proceso justo de adjudicación (OCDE 2010).

Métodos y procedimientos de contratación

Como se mencionó previamente, para asegurar la competencia y la transparencia, y reducir las oportunidades de corrupción, la ley sobre contrataciones debería establecer el procedimiento abierto como norma. Las circunstancias en las cuales se puedan usar todos los demás métodos de contratación deberían estar estrictamente reguladas.

La ley debería exigir requisitos más rigurosos de transparencia y documentación, sobre todo cuando se utilicen procedimientos menos competitivos (CNUDMI 2010; Transparency International 2014).

Asimismo, la ley de contrataciones debería determinar los procedimientos que se utilizarán para la adquisición de bienes y servicios. Esto incluye, por ejemplo, determinar si las ofertas deben ser presentadas en papel o por medios electrónicos a la entidad contratante, o si los procedimientos deberían completarse en línea a través de una plataforma electrónica de contratación.

Algunas leyes recientes sobre contrataciones públicas han previsto la contratación electrónica entre las distintas modalidades, o han exigido que todas las licitaciones abiertas en el país se llevaran a cabo de manera electrónica. La contratación electrónica se considera un mecanismo efectivo para garantizar la transparencia y accesibilidad de las licitaciones públicas, que aumenta la competencia y simplifica los procesos de adjudicación y gestión de contratos. Sin embargo, antes de adoptar a la contratación electrónica como el proceso por defecto, es aconsejable efectuar una evaluación del contexto del país, a fin de asegurar que el uso de sistemas electrónicos no genere riesgos y problemas de implementación a las pequeñas y medianas empresas (Martini 2014).

Plazos

En general, la ley sobre contratación también establece el plazo que debería preverse entre la publicación de las oportunidades por la autoridad a cargo del procedimiento de contratación y la fecha en la cual deben efectuarse las presentaciones, tomando en cuenta el método de contratación elegido y la complejidad de la licitación.

Lo aconsejable es que la ley estipule el plazo mínimo que debe conceder la autoridad adjudicadora para la presentación de la oferta, y exigir a tal autoridad que incluya este dato en los pliegos de condiciones. La ley debería además formular normas con respecto a la posibilidad de reducir o ampliar el plazo establecido (por ejemplo, cuando se incorporen cambios sustanciales al pliego de condiciones) (CNUDMI 2013).

La existencia de un plazo mínimo y normas estrictas sobre reducción o ampliación de tal plazo podría evitar que las licitaciones sean manipuladas por funcionarios públicos.

Requisitos de los contratistas

Las leyes sobre contratación pública en general contienen una lista exhaustiva de criterios que deben ser aplicados por la entidad contratante para evaluar si los proveedores reúnen los requisitos exigidos (ONUDD 2013). Para asegurar la competencia y evitar el favoritismo y la discriminación, las leyes sobre contratación a menudo exigen que la autoridad cumpla rigurosamente la lista estipulada y prohíben la adopción de criterios adicionales para la aprobación de contratistas (CNUDMI 2011).

Como principio general, todas las empresas, incluidas aquellas extranjeras, no deberían ser excluidas de la posibilidad de participar en procesos de licitación por motivos que no estén vinculados con incumplimiento de los requisitos (OCDE 2010).

Entre los requisitos que normalmente se incluyen en las leyes sobre contratación y son acordes con las buenas prácticas, se pueden mencionar (CNUDMI 2011):

- requisitos profesionales, técnicos y ambientales necesarios, idoneidad profesional y técnica, recursos financieros, equipos, experiencia, capacidad de gestión;
- capacidad legal;
- estándares éticos;
- cumplimiento de obligaciones en materia tributaria y de seguridad social;
- ausencia de antecedentes de condenas penales, incluido por corrupción, con respecto a la conducta profesional del oferente, sus directivos o funcionarios durante un cierto período de tiempo;
- no haber sido excluido ni inhabilitado para celebrar contratos con la administración pública;
- requisitos de presentación de una declaración de integridad y/o evidencias documentales.

Transparency International considera, asimismo, que el marco jurídico para las contrataciones públicas debería contener disposiciones que solo permitan a

las empresas presentarse a licitaciones cuando su estructura de titularidad resulte clara y esta información sea de pública consulta (Transparency International 2014).

4 LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: REGLAMENTAR LA ETAPA DE LICITACIÓN

La etapa de licitación incluye la difusión de llamados a licitación, seguidos por la publicación de los pliegos de condiciones, la presentación de propuestas por los oferentes interesados, su evaluación por el organismo encargado de la contratación y la adjudicación del contrato (Heggstad y Frøystad 2010).

En la etapa de licitación se generan numerosas oportunidades de corrupción. Por ejemplo, podría suceder que los oferentes actúen en connivencia para determinar anticipadamente el resultado de una licitación y aumentar artificialmente el valor de los contratos, o que se ofrezca a los funcionarios un pago irregular a cambio de hacer la vista gorda cuando se produzcan estas prácticas o un soborno para que intercedan en la decisión de adjudicación o proporcionen información confidencial. La presentación y evaluación de ofertas podría ser objeto de maniobras de manipulación, o los criterios podrían interpretarse de manera subjetiva para beneficiar a un oferente en particular (Morgner y Chêne 2014).

Llamado a licitación

La ley de contrataciones debería exigir que las entidades responsables den pública difusión a su interés en contratar bienes y servicios. La práctica recomendada en este sentido es que el llamado a licitación incluya, al menos, información sobre el objeto de la contratación, el plazo para la presentación de ofertas, si está previsto proporcionar pliegos de condiciones e información de contacto para realizar consultas (ONUDD 2013).

También es clave que la ley indique en qué espacios se debe dar publicidad a la información sobre la contratación pública, ya que esto contribuye a garantizar que todos los oferentes potenciales tengan acceso al mismo nivel de información, al mismo tiempo. Siguiendo estos parámetros, la ley debería exigir la publicación de notificaciones y convocatorias a licitación abierta en el boletín oficial del país, un

periódico de amplia circulación nacional y/o un sitio web destinado a este fin (OCDE, sin año)

Apertura de las ofertas

La ley de contrataciones públicas también debería contener las normas aplicables a la apertura de las ofertas. En general, la práctica aconsejable es dotar de la máxima transparencia posible al proceso de apertura de las ofertas presentadas. Asimismo, la ley debería contener reglamentaciones con respecto a cuándo las ofertas deben abrirse y si se permite o no que los oferentes estén presentes.

Las buenas prácticas en este sentido indican que las ofertas deberían abrirse inmediatamente después de concluido el plazo de presentación, para impedir cualquier pérdida o alteración (deliberada) de las propuestas, en un acto público en el cual se permita participar a oferentes, representantes de la sociedad civil y otras partes interesadas (ONUDD 2013; OCDE 2010).

La OCDE también recomienda que la ley o las reglamentaciones dispongan que, en las licitaciones abiertas, se difundan y anoten en los registros los nombres de los oferentes y sus domicilios. Estos registros deberían poder ser consultados cuando resulte necesario, incluso con fines de revisión o auditoría (OCDE 2010).

Evaluación de ofertas y oferentes

Un requisito trascendental es que la ley de contratación contenga las disposiciones mínimas relativas al proceso de evaluación, ya que esto permitirá asegurar que los criterios aplicados sean objetivos, transparentes y conocidos por todos los competidores (ONUDD 2013). Según la OCDE, aplicar criterios objetivos significa utilizar, en la medida posible, criterios cuantificables o de tipo "cumple/no cumple los requisitos".

La ley de contrataciones debería además prohibir el uso de criterios de evaluación distintos de los explicitados en los pliegos de condiciones (OCDE 2010).

Los criterios de evaluación pueden contemplar el precio, los costos que supone operar, mantener o

reparar los bienes, las condiciones de pago y las garantías con respecto al objeto de la contratación, la preferencia por proveedores nacionales o bienes fabricados en el país, la preferencia respecto de empresas estatales y otras condiciones (CNUDMI, ver artículo 11).

Adicionalmente a establecer criterios de evaluación predefinidos y objetivos, la ley sobre contrataciones públicas también define quién es responsable de evaluar las ofertas. La práctica aconsejada es que la evaluación la efectúe un grupo de personas, antes que un único funcionario público (Transparency International 2014).

La ley debería además establecer normas sobre confidencialidad para asegurar condiciones de justa competencia y evitar que se produzca influencia indebida en todas las instancias del proceso (OCDE 2010).

Adjudicación del contrato

Con respecto a la decisión sobre adjudicación, la ley sobre contrataciones debería contener normas que exijan publicar esta determinación y fijar el plazo entre la adjudicación y la suscripción del contrato, con lo cual se permite que los competidores puedan pedir una revisión (CNUDMI 2011). Por ejemplo, las reglamentaciones de la UE exigen un “plazo suspensivo” mínimo de 15 días (10 días para las licitaciones electrónicas) entre la selección de la oferta ganadora y la firma del contrato (Agator 2013).

Quejas y recursos

La ley de contrataciones debería indicar claramente cuáles son los mecanismos de queja y revisión a disposición de los competidores y el plazo dentro del cual podrán plantearse las quejas, el organismo responsable de recibir estos reclamos y las posibilidades de apelar ante un organismo independiente. La ley debería además establecer disposiciones claras sobre las cuestiones que pueden ser objeto de revisión (OCDE 2010).

Las buenas prácticas exigen que exista un mecanismo independiente para abordar quejas de manera justa, oportuna y transparente. También se debería prever un procedimiento de apelación riguroso y efectivo, a través del cual sea posible

suspender el proceso de contratación hasta que se adopte la decisión definitiva (Transparency International 2014).

Para obtener mayor información sobre mecanismos para impugnar procesos de contratación, se recomienda consultar una respuesta anterior del Servicio de Asistencia Helpdesk [aquí](#).

5 LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ETAPA POSTERIOR A LA ADJUDICACIÓN

La etapa posterior a la adjudicación incluye la gestión del contrato, el seguimiento de la provisión de los bienes y la supervisión de los pagos. Esta etapa plantea también diversos riesgos de corrupción: podría suceder que los bienes y servicios brindados sean de calidad inferior a la especificada en el contrato o que directamente nunca se entreguen, o que se efectúen modificaciones innecesarias al contrato con costos adicionales para la administración pública, entre otras posibilidades.

Sin embargo, en muchos países esta etapa no está regulada por la legislación sobre contrataciones, sino por el derecho civil y contractual, que con frecuencia pone menos énfasis en aspectos de transparencia y rendición de cuentas que las leyes sobre contratación pública (OCDE 2007). Una buena práctica en esta área es establecer un sistema de monitoreo efectivo que permita corroborar el correcto cumplimiento, tanto de los términos como de las especificaciones de los contratos. Los cambios en los contratos deberían permitirse únicamente si esta posibilidad está contemplada en el contrato o en la ley (ONUDD 2013).

A su vez, los pedidos de cambios contractuales que modifican el precio o la descripción de trabajos por encima de un límite acumulativo deberían ser supervisados y aprobados por autoridades con suficiente jerarquía en los departamentos correspondientes (Transparency International 2014).

La transparencia debería además ser una condición previa a lo largo de toda la implementación del contrato. La ley de contratación debería entonces prever requisitos sobre publicación de los contratos adjudicados, preferentemente en Internet y en formatos fáciles de usar, que permitan la posibilidad

de escrutinio público (Transparency International 2014, Open Contracting Initiative, sin año). Para obtener mayor información sobre los beneficios de la contratación abierta, se recomienda consultar una respuesta anterior del Servicio de Asistencia Helpdesk [aquí](#).

La ley sobre contratación pública también debería incluir recursos efectivos para situaciones en las cuales el contrato ya se haya celebrado. Esto incluye la posibilidad de dejar sin efecto contratos ya suscriptos, cuando se hayan celebrado como resultado de un proceso de formación viciado. Si esto no es viable, las entidades adjudicadoras podrían ser obligadas a pagar multas por haber celebrado contratos públicos incumpliendo la ley sobre contrataciones públicas (OCDE 2010).

6 OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR EN LAS LEYES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para contrarrestar eficazmente la corrupción, es necesario considerar otras cuestiones al diseñar/reformar la legislación sobre contrataciones públicas. Esto incluye cerciorarse de que las leyes sobre el tema incluyan disposiciones para garantizar que haya supervisión externa por parte de la sociedad civil, proteger a denunciantes, asegurar la integridad de funcionarios de contratación y prever sanciones proporcionales y disuasivas.

Integridad de los funcionarios responsables de las contrataciones

Pueden manifestarse conflictos de intereses en las distintas etapas del proceso de contratación pública, si las decisiones o acciones de los funcionarios implicados responden a sus intereses particulares. Por ello, la legislación sobre contrataciones debería incluir también disposiciones para prevenir los conflictos de intereses y asegurar la integridad de los funcionarios que intervienen en estos procesos.

Asimismo, la regulación sobre conflictos de intereses en las contrataciones públicas podría incluir disposiciones que establezcan las siguientes prohibiciones para funcionarios y miembros del comité de evaluación: mantener intereses en empresas que

realicen transacciones comerciales con el gobierno; aceptar, durante un período de tiempo determinado luego de haber desempeñado una función pública, cargos en empresas que mantuvieron relaciones comerciales con el gobierno; ocupar un cargo importante en otro de los poderes de gobierno; u ocupar un cargo en uno de los órganos estatutarios de una entidad privada.

A su vez, la ley sobre contrataciones podrá exigir que los funcionarios de contrataciones o miembros del comité de evaluación realicen una declaración de intereses al asumir el cargo y/o en casos específicos.

Las leyes sobre contratación también podrían requerir que los oferentes realicen declaraciones en las cuales aseguren que no existen conflictos de intereses ni corrupción. Algunos países exigen que los oferentes declaren que cumplen los requisitos para participar en el proceso de contratación, como no estar excluidos del proceso de adjudicación o tener antecedentes satisfactorios de integridad (por ejemplo, cumplimiento de leyes anticorrupción) (OCDE 2007).

Para obtener mayor información sobre conflictos de intereses en la contratación pública, se recomienda consultar una respuesta anterior del servicio de asistencia Helpdesk [aquí](#).

Supervisión externa por la sociedad civil

La supervisión externa puede ser clave a lo largo del proceso de contratación, y asegurar que las licitaciones se diseñen, planifiquen, adjudiquen e implementen de manera efectiva y justa, y que haya menos oportunidades de corrupción.

Por consiguiente, Transparency International recomienda incluir en la ley sobre contrataciones públicas una disposición que exija que, cuando las contrataciones superen un cierto valor, las partes suscriban un pacto de integridad (Transparency International 2014).

El pacto de integridad es una herramienta orientada a prevenir la corrupción y los conflictos de intereses en las contrataciones públicas. El pacto es, básicamente, un acuerdo entre un gobierno o departamento gubernamental y todos los oferentes que compiten por

un contrato público. Además de definir normas y obligaciones para ambas partes, el pacto establece un sistema de monitoreo que obliga al gobierno a dar cuentas del proceso de contratación pública, y como parte de este se designa a un experto o a miembros de la sociedad civil para que participen y supervisen distintas etapas del proceso. Su misión es cerciorarse de que se implemente el pacto y que las decisiones se adopten en función del interés público (Transparency International 2006).

Sanciones para supuestos de incumplimiento

Diversos estándares existentes, como la CNUCC, y también buenas prácticas impulsadas por organizaciones internacionales destacan la necesidad de establecer en el proceso de contratación sanciones que sean efectivas, proporcionadas y disuasivas.

Las leyes sobre contratación deberían prever una amplia gama de sanciones administrativas, civiles y penales para empresas y personas que incumplan las normas sobre contratación.

Además de las sanciones penales y administrativas habituales aplicables a funcionarios públicos, empresas y ejecutivos por soborno y corrupción, las sanciones por incumplimiento de normas sobre contrataciones públicas pueden incluir:

- Exclusión de proveedores o contratistas involucrados en hechos de corrupción: por ejemplo, el artículo 21 de la ley modelo de la CNUDMI destaca la importancia de excluir a proveedores o contratistas del procedimiento de contratación cuando: "(a) El proveedor o contratista ofrezca, conceda o acuerde conceder directa o indirectamente a un funcionario o empleado pasado o actual de la entidad adjudicadora, o a alguna otra autoridad pública, alguna ventaja financiera o alguna oferta de empleo, de servicios o de valor, a título de incentivo, para influir en algún acto o decisión de la entidad adjudicadora o en el procedimiento seguido respecto de la adjudicación de un contrato; o cuando (b) El proveedor o contratista

goce de alguna ventaja competitiva desleal o tenga un conflicto de intereses que violen las normas de derecho interno aplicables".

- Confiscación de bienes conseguidos a través de sobornos y corrupción: se debería exigir a las empresas que hayan ganado una licitación apelando a sobornos u otras formas de corrupción no solo que restituyan las cantidades obtenidas ilegalmente, sino además el valor total del contrato (Transparency International 2006).
- Responsabilidad por daños y perjuicios: los afectados por una adjudicación irregular de una licitación pública deberían tener oportunidades de reclamar resarcimiento (Transparency International 2006).
- Cancelación de contratos: debería ser posible rescindir contratos cuando se descubra que hubo corrupción (Transparencia Mexicana 2013).
- Inhabilitación/inclusión en listas negras: la ley podrá prever que los procedimientos excluyan de participar en proyectos de licitación en el futuro a empresas y personas involucradas en irregularidades (Martini 2013)².

Protección de denunciantes

Los denunciantes a menudo son clave para detectar casos de corrupción en las empresas y organizaciones a las cuales pertenecen. Por ende, es crucial que la ley establezca mecanismos efectivos para asegurar su protección. Si bien lo habitual es que se adopten leyes y reglamentaciones específicas sobre el tema, debido a los riesgos específicos de corrupción que existen en las contrataciones públicas, las leyes relevantes deberían contener además disposiciones que garanticen mecanismos anónimos y seguros para quienes denuncian irregularidades (Transparency International 2014).

Esto incluye, entre otras posibilidades, vías accesibles y confiables para denunciar irregularidades y medidas de protección efectivas frente a todo tipo de represalias (Transparency International 2014).

7 REFERENCIAS

Agator, M. 2013. Overview of Principles for Monitoring and Challenging Public Procurement Contracts. Anti-Corruption Helpdesk Transparency International.

² Se puede consultar más información sobre inhabilitación en una respuesta anterior del Servicio de Asistencia Anticorrupción (Helpdesk) sobre listas negras en la contratación pública.

http://www.transparency.org/whatwedo/answer/overview_of_principles_for_monitoring_and_challenging_public_procurement_co

Heggstad y Frøysta. 2011. *The Basics of Integrity in Procurement*.

<http://www.u4.no/publications/the-basics-of-integrity-in-procurement/>

Luijken, T y Martini, M. 2014. *Uso de la tecnología para reducir la corrupción en la contratación pública*. Respuesta del Servicio de Asistencia Anticorrupción (Anti-Corruption Helpdesk Answer), Transparency International.

Martini, 2013. *Blacklisting in Public Procurement*. Respuesta del Servicio de Asistencia Anticorrupción (Anti-Corruption Helpdesk Answer), Transparency International.

Morgner y Chêne. 2014. *Topic Guide on Public Financial Management*. Anti-Corruption Helpdesk Transparency International.

OCDE. 2007. *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*. <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>

OCDE. 2009. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>

OCDE. 2010. *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)*. <http://www.oecd.org/development/effectiveness/45181522.pdf>

OCDE. 2015. *Recommendation on Public Procurement*. <http://www.oecd.org/gov/ethics/Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>

Open Contracting, sin año. *Principios Globales para las Contrataciones Abiertas*. http://www.open-contracting.org/principios_globales_para_las_contrataciones_abiertas

Transparencia Mexicana. 2012. *A New Role for Citizens in Public Procurement*. <http://www.tm.org.mx/a-new-role-for-citizens-in-public-procurement-2/>

Transparency International. 2006. *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*. http://www.transparency.org/whatwedo/pub/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement

Transparency International. 2014. *Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide*.

CNUDMI. 2011. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

Naciones Unidas. 2004. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*.

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

ONUDD. 2013. *Good Practice in Ensuring Compliance with Article 9 of the UNCAC: Guidebook on Anti-corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances*.

“Las Respuestas del Servicio de Asistencia Anticorrupción (Anti-Corruption Helpdesk) ofrecen a profesionales de todo el mundo información rápida y a pedido sobre corrupción. A partir de datos de pública consulta, los informes presentan una aproximación a un tema determinado y no reflejan necesariamente la postura oficial de Transparency International”.