

CAPÍTULO 24

La transparencia de las prácticas de contratación pública

Como se señala en el capítulo 18, el Acuerdo sobre Contratación Pública negociado en la Ronda Uruguay es un acuerdo plurilateral. En otras palabras, a diferencia de otros acuerdos conexos, que son vinculantes para todos los Miembros de la OMC, el Acuerdo sólo obliga a los países que se han adherido a él.

La mayoría de los países desarrollados son miembros, pero sólo tres países o zonas en desarrollo, todos ellos en una fase avanzada de desarrollo, se han adherido a él. Se trata de Hong Kong (China), la República de Corea y Singapur. Por consiguiente, las disposiciones de fondo y las prescripciones de procedimiento que el Acuerdo impone no son vinculantes para la mayoría de los países en desarrollo y economías en transición que, sin embargo, siguen obligados por el GATT de 1994.

El GATT excluye la aplicación de las reglas del trato NMF y del trato nacional a la "adquisición, por organismos gubernamentales, de productos destinados a su propio uso y no con fines comerciales". Sin embargo, dispone que los países, si bien no se espera de ellos que se atengan plenamente al principio del trato NMF, deben, cuando compran a otros países, dispensar a los proveedores de los distintos países "un trato justo y equitativo".

A fin de sujetar a una reglamentación internacional las prácticas de todos los países, la Conferencia Ministerial de Singapur decidió, a raíz de una iniciativa de los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, instituir en la OMC un Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública con el cometido de "realizar un estudio sobre la transparencia de las prácticas de contratación pública y ... elaborar elementos para su inclusión en un acuerdo apropiado". La adhesión a tal acuerdo sería obligatoria para todos los Miembros de la OMC. Sin embargo, no exigiría a los organismos de compra que aceptasen las obligaciones sustantivas en cuanto a la concesión del trato NMF y del trato nacional que impone el Acuerdo sobre Contratación Pública. Según los autores de la propuesta, la ventaja principal de un acuerdo de esa índole consistiría en que mejoraría la transparencia de las prácticas de contratación pública.

El presente capítulo se divide en dos secciones. En la primera se hace una breve descripción de las principales disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública y se esbozan las razones de la resistencia de los países en desarrollo a adherirse a él. La segunda se centra en los debates que se sostuvieron en el Grupo de Trabajo en 1997 y 1998.

El Acuerdo sobre Contratación Pública

Alcance y obligaciones

El Acuerdo se aplica al comercio tanto de bienes como de servicios. Sin embargo, su ámbito se limita a la adquisición de los bienes y servicios y por los

Acuerdo sobre
Contratación Pública,
Artículo I:4

organismos de compra que cada Miembro ha especificado en su lista en los Anexos del Apéndice I del Acuerdo. Esos Anexos forman parte integrante del Acuerdo.

Las obligaciones que impone el Acuerdo pueden dividirse en dos grandes categorías: obligaciones de fondo y obligaciones de procedimiento.

Entre las obligaciones de fondo importantes están las que requieren que los organismos de compra apliquen el trato NMF y el trato nacional a los contratos de bienes y servicios de un valor no inferior a los valores de umbral indicados en los Anexos 1 a 3 del Apéndice I del Acuerdo. Al obligar a las entidades de compra a dispensar el trato nacional a los proveedores extranjeros, el Acuerdo les impide conceder a los proveedores nacionales preferencias en materia de precio o de otro tipo.

Las obligaciones de procedimiento tienen por objeto asegurar que:

Acuerdo sobre
Contratación Pública,
Artículos VII-XVI

Los procedimientos de licitación (pública, selectiva o limitada) sigan siendo abiertos y transparentes y brinden una oportunidad de participar a todos los proveedores extranjeros interesados;

Acuerdo sobre Contratación
Pública, Artículo XVIII:1
Acuerdo sobre Contratación
Pública, Artículo XX

Haya transparencia en la información después de la adjudicación; y

Los procedimientos de impugnación que regulan los recursos sean asequibles al proveedor nacional o extranjero al que no se haya adjudicado el contrato, así como a los proveedores extranjeros que consideren que el contrato ha sido adjudicado en violación del Acuerdo.

Razones de la resistencia de los países en desarrollo a adherirse al Acuerdo

A continuación se apuntan tres de las muchas razones por las que los países en desarrollo se resisten a adherirse al Acuerdo.

En primer lugar, piensan que la participación en el Acuerdo sólo les reportará ventajas marginales en su comercio de exportación. Los principales beneficios serán para los sectores manufacturero y de servicios de los países desarrollados que están en situación de aprovechar la mejora del acceso a los mercados de los países en desarrollo que propicia el Acuerdo.

En segundo lugar, existe cierto potencial de fomento del comercio regional entre los países en desarrollo en el sector de la contratación pública. Ahora bien, para que se desarrolle ese comercio no es necesario formar parte del Acuerdo, ya que las medidas de liberalización pueden tomarse a nivel regional.

En tercer lugar, puede ocurrir que, para la mayoría de los países en desarrollo, las mejoras de eficiencia que la aplicación del Acuerdo reportaría a las entidades de compra no sean significativas en vista de lo siguiente:

Está muy generalizada la compra de bienes en licitaciones;

En los países de bajos ingresos y en los menos adelantados, donde una gran proporción de gastos públicos está financiada por instituciones internacionales y países donantes, las compras se hacen con arreglo a las directrices del Banco Mundial, que son similares en muchos aspectos a las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública. Además, el Acuerdo no es aplicable a las compras vinculadas que se hacen a los países donantes. La ayuda vinculada representa un alto porcentaje del total de la asistencia bilateral.

Por lo demás, la condición de parte en el Acuerdo, si bien no entraña necesariamente aumentos de las exportaciones o mejoras de la eficiencia, obliga a los países en desarrollo a eliminar las políticas en virtud de las cuales los organismos de compras deben dar preferencias en materia de precios a los

proveedores nacionales. Esas políticas tienen por objeto, entre otras cosas, fomentar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas y la modernización de las regiones atrasadas.

Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública

En 1997 y 1998 el Grupo de Trabajo determinó los posibles elementos principales de un acuerdo sobre la transparencia de la contratación pública. Además de los preceptos pertinentes del Acuerdo sobre Contratación Pública, el Grupo tuvo en cuenta las Normas sobre Adquisiciones del Banco Mundial, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, y las leyes nacionales.

Posibles elementos principales de un acuerdo sobre la transparencia de la contratación pública

Se intenta a continuación presentar los principales extremos que se expusieron durante los debates del Grupo en 1997 y 1998 sobre los elementos de un acuerdo destinado a asegurar la transparencia antes de la adjudicación de un contrato de compras y después de dicha adjudicación.

Ha de hacerse hincapié en que el cuadro general que se traza en la presente sección no entra en los detalles de las muy divergentes opiniones que se expresaron tanto sobre la conveniencia de incluir tal o cual elemento como sobre el alcance y el contenido del acuerdo.

Elementos destinados a asegurar la transparencia antes de la adjudicación del contrato

Alcance y ámbito de aplicación

Organismos incluidos. El acuerdo sobre transparencia abarcaría los organismos a todos los niveles de la administración y las empresas propiedad del Estado o en que el Estado tiene influencia.

Productos incluidos. El ámbito de un acuerdo sobre transparencia se extendería a todos los bienes y servicios y a todas las combinaciones de bienes y servicios.

Valores de umbral. En principio, un acuerdo sobre transparencia no tiene por qué limitarse a los contratos de valor superior a un nivel mínimo determinado, si bien ha de considerarse que ciertas disposiciones se aplicarían de manera más flexible a los contratos de poco valor.

Transacciones incluidas. Quedaría incluida la adquisición por cualquier medio de contratación, por ejemplo, arrendamiento o alquiler.

Métodos de contratación

Toda disposición sobre los métodos de contratación debe ser suficientemente flexible para abarcar los diversos métodos de contratación empleados en los países y debe ofrecer la posibilidad de utilizar métodos que no se basen en la licitación. Los países partes en el Acuerdo sobre Contratación Pública, aunque usaban métodos basados generalmente en la licitación (pública, selectiva, restringida) en el caso de los contratos de valor elevado, también utilizaban otros métodos (por ejemplo, tarjetas de compra, catálogos electrónicos) para los contratos de poco valor.

Según una de las opiniones respecto de los principales métodos de contratación, la licitación pública o internacional sin limitación del número de licitadores era

el método más transparente. Los procedimientos selectivos se justificaban cuando no resultaba factible ni eficiente estudiar ni evaluar un gran número de ofertas, pero siempre que se ofreciese a todos los proveedores interesados la misma oportunidad de tener acceso a la información sobre la contratación y de ser invitados a participar en ella.

Otros participantes opinaban que la licitación pública y la selectiva debían considerarse igualmente transparentes, siempre que la licitación selectiva se realizase según principios apropiados. La licitación pública no siempre era el método más eficaz en relación con el costo, sobre todo en el caso de las contrataciones complejas.

Con respecto al tercer método importante de contratación, la licitación restringida (concurso individual, de oferta única o contratación directa), se dijo que, como los criterios de información y selección no eran públicos, este método sólo debía usarse en circunstancias justificadas y excepcionales.

En los instrumentos internacionales y en la práctica nacional se acepta una gama común de circunstancias y condiciones en las cuales está justificado el uso de la licitación restringida.

Decisiones sobre la calificación de los proveedores

Los sistemas de registro y calificación desempeñan un papel útil en el proceso de contratación, siempre que sean totalmente transparentes. El principio esencial de transparencia a este respecto es que las decisiones sobre el registro y la calificación de los proveedores se basen únicamente en unos criterios que se hayan definido en una fase temprana del proceso y se hayan comunicado a los proveedores con suficiente antelación. Las modificaciones de las prescripciones de calificación deben ponerse en conocimiento de todos los proveedores interesados.

Publicidad de las leyes y los procedimientos

La publicación de los textos legislativos nacionales da a los proveedores no sólo una indicación clara sobre la manera de proceder, sino también un medio de contrarrestar las prácticas arbitrarias de los regímenes de contratación. De ello nace una certidumbre en materia de procedimientos que reduce los costos del ciclo de contratación.

Invitación a licitar

La información sobre las oportunidades de contratación contenida en los anuncios de licitación debe ser suficiente para que los proveedores puedan determinar si les interesa participar en el procedimiento de contratación propuesto y solicitar los documentos de licitación. Las prácticas nacionales en cuanto a los pormenores que han de figurar en los anuncios iniciales del concurso y en el subsiguiente pliego de condiciones varían considerablemente, y tal vez no sea necesario fijar prescripciones mínimas precisas sobre su contenido concreto ni lograr una armonización a este respecto. Bastaría con que en el acuerdo sobre transparencia se elaboraran los elementos en forma de principios generales.

Información sobre las oportunidades de licitación

Respecto de la información anticipada sobre las oportunidades de licitación, se planteaban dos cuestiones: ¿dónde podía encontrarse esa información y cuál había de ser su contenido?

Publicaciones. En el marco de la primera cuestión – ¿dónde podían encontrar la información los proveedores? – se hicieron las siguientes observaciones:

- ❑ Las oportunidades de contratación y las correspondientes prescripciones de procedimiento debían darse a conocer y comunicarse de manera general a las partes interesadas en un medio de información asequible;
- ❑ La información sobre las oportunidades de contratación debía publicarse en los medios impresos o por medios electrónicos. Los medios impresos podían ser un boletín oficial o un diario nacional de gran tirada;
- ❑ Debían emplearse las publicaciones electrónicas siempre que fuera factible, habida cuenta del nivel de desarrollo de los distintos Miembros de la OMC. Podían darse a conocer las direcciones de las publicaciones electrónicas en Internet. Como la publicación electrónica tenía ventajas significativas de tiempo y de costos, era de prever que se utilizaría cada vez más en los años venideros.

Contenido de la información. Las prácticas nacionales diferían en cuanto a la amplitud de la información que había de facilitarse; ahora bien, los datos sobre las oportunidades de contratación contenidos en las invitaciones a licitar y en los anuncios relativos a los pliegos de condiciones debían ser suficientes para que todos los proveedores pudiesen determinar si les interesaba participar en el concurso o el sistema de calificación propuestos y preparar sus ofertas o propuestas de inclusión en la lista de proveedores calificados. Los Miembros debían tener la posibilidad de decidir si la información sobre las oportunidades de contratación había de difundirse únicamente por medio de avisos de licitación o si la mayor parte de la información debía incluirse en el pliego de condiciones o divulgarse por otros medios.

Información sobre las preferencias otorgadas a los proveedores nacionales. La transparencia en cuanto a la existencia de preferencias u otras prescripciones discriminatorias permitiría a los proveedores extranjeros determinar si les interesaba participar en un determinado proceso de contratación pese a las políticas nacionales discriminatorias. Los proveedores interesados únicamente podrían distinguir entre las oportunidades de contratación reservadas a los proveedores nacionales y los concursos abiertos a licitación internacional si se les comunicase por adelantado información sobre cualquier política discriminatoria. La información sobre las preferencias en materia de precios o las prescripciones de calificación en favor de los proveedores nacionales permitiría a los proveedores calibrar su interés y evaluar sus verdaderas posibilidades de adjudicación de un contrato.

Idioma. La prescripción relativa al idioma de la publicación de los avisos de invitación a concursar debe limitarse a una lengua oficial nacional. La traducción a uno de los idiomas de la OMC podría llegar a ser demasiado onerosa.

Plazos

Sobre los plazos mínimos de que disponen los proveedores para cumplir los requisitos de las diversas fases del proceso de contratación, se sugirió que, en lugar de fijar plazos mínimos concretos en un acuerdo sobre transparencia, el Grupo acordara un principio general, como en la Ley Modelo de la CNUDMI o en el párrafo 1 del Artículo XI del Acuerdo sobre Contratación Pública.

Elementos destinados a asegurar la transparencia después de la adjudicación del contrato

Transparencia de las decisiones de adjudicación de los contratos

Para que haya transparencia en las decisiones de adjudicación de los contratos, es indispensable que esas decisiones se tomen estrictamente en función de los criterios de evaluación (en particular los relativos a las especificaciones técnicas)

fijados por adelantado en el pliego de condiciones, y en función de la información facilitada sobre el modo de aplicar esos criterios. Además, para que sea evidente que las decisiones se toman así, los criterios deben enunciarse de tal manera que puedan aplicarse objetivamente.

Si bien puede no ser necesario exigir la publicidad de las ofertas en una licitación para garantizar la transparencia, los organismos de compras deben haber instituido procedimientos para asegurar la imparcialidad del proceso de contratación.

Información que debe enviarse a los licitadores cuyas ofertas no han sido aceptadas

En cuanto a la finalidad y al funcionamiento de esta información *a posteriori*, se hicieron las siguientes observaciones:

- ❑ Este tipo de información se comunicaba a los licitantes que no habían conseguido la adjudicación para que tuvieran la oportunidad de cerciorarse de que habían sido tratados equitativamente con arreglo a las prescripciones y los criterios fijados en el pliego de condiciones, y de que durante el proceso de se habían seguido las reglas y las prácticas aplicables.
- ❑ Los medios por los cuales se facilitase esa información debían quedar al arbitrio de los Miembros, pero tenían que ser conocidos de las partes interesadas. A este respecto, se opinó que sería muy engorroso y llevaría mucho tiempo informar del resultado de la licitación a cada postor cuya oferta no fuera aceptada.

Procedimientos de examen interno

La imposición de normas no era suficiente para lograr la transparencia de la contratación pública. Había que instituir también un mecanismo de examen interno para introducir en el proceso el concepto de responsabilidad y velar por que las reglas fuesen respetadas por cuantos intervinieran en un proceso de contratación. La existencia de una vía para examinar los procesos de contratación pública era un elemento esencial de la transparencia. Un mecanismo de examen de las reclamaciones de los proveedores o un sistema de impugnación de las ofertas garantizaba el buen desarrollo de las operaciones y la conducta responsable de las autoridades durante todo el proceso de contratación pública, y determinaba la transparencia del proceso. La existencia de un mecanismo de examen podía hacer que las autoridades de contratación pública se dieran más cuenta de la necesidad de velar por que los procedimientos utilizados en determinadas contrataciones se ciñeran a las leyes y reglamentos aplicables.

Tales mecanismos de examen o apelación podrían basarse en los procedimientos de examen de los Acuerdos de la OMC, por ejemplo, los Acuerdos sobre Prácticas Antidumping, Valoración en Aduana, Inspección Previa a la Expedición y ADPIC.

La tesis contraria era que la cuestión del examen iba más allá de la cuestión de la transparencia y, por consiguiente, quedaba fuera del mandato del Grupo de Trabajo. También era prematuro abordar la cuestión. Por otra parte, las disposiciones en materia de examen incluidas en un acuerdo sobre transparencia podrían dar lugar a un aumento del número de impugnaciones sin fundamento, incrementando los costos y retrasando la adjudicación de los contratos.

Además, en muchos países los procedimientos internos ya permitían proceder a un examen para averiguar si las contrataciones se habían hecho de conformidad con las leyes y procedimientos vigentes. Como solían tener un alcance más amplio que cualesquiera obligaciones que se definiesen en un acuerdo sobre

transparencia, tal vez no fuese factible limitar la aplicación de los procedimientos de examen a obligaciones concretas en un acuerdo de la OMC sobre transparencia.

Aplicación de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC

Respecto de la solución de diferencias entre los Estados, se opinó en general que sería prematuro pensar en la aplicabilidad de unas disposiciones sobre solución de diferencias antes de definir con mayor claridad los elementos de un acuerdo sobre transparencia. Además, el mandato del Grupo consistía en examinar los elementos de un instrumento apropiado sobre transparencia que podía revestir la forma de un acuerdo con fuerza de obligar o de un código en el que se encareciese a los países que se esforzasen en todo lo posible por respetar sus directrices; sólo un acuerdo vinculante podría ser objeto de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

Cooperación técnica y trato especial y diferenciado de los países en desarrollo

La cooperación técnica sería un factor importante para la aplicación de un futuro acuerdo sobre transparencia. También podría ayudar a los Miembros a estructurar sus regímenes de contratación pública y a tomar medidas prácticas para mejorar la transparencia de sus políticas y prácticas de contratación. En el recuadro 59 se hacen sugerencias concretas sobre los tipos de asistencia que podrían prestarse.

Trabajos en curso

El Grupo de Trabajo prosigue la elaboración de los elementos que podrían incluirse en un acuerdo sobre transparencia de la contratación pública. Tiene previstas tres reuniones en 1999. Se espera que en la tercera Conferencia Ministerial, que se celebrará en noviembre de 1999, se decidirá cómo llevar a cabo los trabajos ulteriores de elaboración del acuerdo – en particular, si ha de ser plenamente vinculante o si debe revestir la forma de un código que sólo exija a los Miembros que “hagan todo lo posible” por aplicarlo.

Recuadro 59**Tipos de asistencia que pueden prestarse a los países en desarrollo en el marco de un acuerdo sobre transparencia de la contratación pública****Desarrollo de la legislación y los procedimientos nacionales**

- ❑ Asesoramiento y asistencia jurídicos en la redacción de la legislación nacional;
- ❑ Análisis de las opciones administrativas y de política, y orientaciones al respecto;
- ❑ Elaboración de procedimientos de publicación;
- ❑ Institución y aplicación de sistemas de impugnación de ofertas;
- ❑ Medidas prácticas para que la contratación sea más asequible al usuario, tales como la preparación de formularios normalizados para los avisos de licitación y de formularios de oferta rellenables, así como la elaboración de un vocabulario común de la contratación.

Capacitación

- ❑ Adiestramiento de las personas que han de aplicar, utilizar o hacer cumplir la nueva legislación y los nuevos procedimientos o prácticas;
- ❑ Capacitación de los miembros del poder judicial;
- ❑ Formación de instructores que se encarguen de llevar a cabo programas de adiestramiento, por ejemplo, en facultades de economía o institutos de administración pública en los países beneficiarios;
- ❑ Adiestramiento de compradores y proveedores;
- ❑ Intercambio de funcionarios.

Creación de instituciones

- ❑ Cooperación entre las administraciones para mejorar la creación de instituciones y el intercambio de información.

Acceso de los proveedores a la información

- ❑ Reuniones técnicas, seminarios y producción de guías para usuarios, en particular el desarrollo de sitios en Internet, motores de búsqueda y bases de datos, con objeto de proporcionar información sobre las oportunidades de hacer negocios con el Estado en el propio país y en el extranjero y de facilitar el acceso a esa información. Dicha asistencia podría beneficiar a las pequeñas y medianas empresas incrementando su confianza y su eficiencia para entrar en el mercado de contratación en el propio país y en el extranjero.

Uso de la tecnología de la información

- ❑ La creación de herramientas informáticas para la difusión de información sobre las oportunidades de contratación, o la implantación de licitaciones plenamente electrónicas, así como para facilitar el acopio de datos y estadísticas económicos.
- ❑ El suministro de material de oficina, tecnología de la información y otro equipo necesario para la aplicación y el cumplimiento de la legislación, los procedimientos y las prácticas.