

Contratación pública

Al mencionar el tema de la corrupción en el Estado, la mayor parte de la gente piensa inmediatamente en los sobornos que se pagan o reciben a cambio de otorgar un contrato para bienes o servicios; para usar el término técnico, piensan en la contratación pública¹.

Pocas actividades crean mayores tentaciones u ofrecen más oportunidades para la corrupción que la contratación pública. Cada nivel de gobierno y cada tipo de organización pública compra bienes y servicios, a menudo en cantidades y montos económicos enormes. No es evidente que esta sea la forma más común de ocurrencia de corrupción pública, pero sin duda está alarmantemente extendida y tiene la mayor publicidad. Casi no pasa ni un solo día sin que se revele otro gran escándalo en torno a la contratación pública en algún lugar del mundo.

Este tipo de corrupción ha causado un sinnúmero de destituciones de altos funcionarios e incluso el colapso de gobiernos enteros y es la fuente de despilfarros exorbitantes en el gasto público, estimados en algunos casos hasta en 30 por ciento o más de los costos totales de las adquisiciones. Desgraciadamente, sin embargo, se habla mucho sobre el tema pero se hace poco por intentar resolverlo.

Principios para la contratación transparente, eficiente y responsable

El proceso de definición de prioridades gubernamentales debe ser abierto y estar sujeto a discusión pública. Mientras más importante sea la obra o el servicio que se vaya a licitar², y mientras mayor impacto positivo o negativo tenga en la comunidad, más personas y comunidades deben estar incluidas en el proceso de consulta para la toma de decisiones. La comunidad tiene derecho a ser informada y a comprender por qué se realiza esta inversión, en detrimento de otras obras o servicios. Este principio es muy importante, especialmente si se considera que muchos actos de corrupción se inician con la decisión de un funcionario de contratar una obra o un servicio que no es prioritario para un país, debido a que le significará un beneficio personal, en la forma de una importante "comisión".

El objeto del proceso de contratación pública debe estar claramente definido. El objeto de la licitación no puede ser definido por las empresas oferentes y sus características y condiciones deben estar establecidas en las bases para la licitación (pliegos o términos de referencia).

1 Para mayores detalles, véase el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés), Agreement on Government Procurement, 1988; Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, 1994; Banco Mundial, Guidelines for Procurement Under IBRD Loans and IDA Credits, 1995; Revista Oficial de las Comunidades Europeas: directivas sobre adquisiciones, y Centro Internacional de Comercio UNCTAD/GATT, Improving Public Procurement Systems, 1993.

2 En la práctica internacional se emplea el término inglés "procurement", que engloba tanto la licitación como la contratación. En este documento, el término "licitación" es entendido como un mecanismo abierto y competitivo que incluye: (1) el proceso de ofrecimiento al mercado, de una oportunidad de provisión de una obra, un bien o servicio y la recepción de propuestas de los interesados y (2) el proceso de comparación entre las propuestas recibidas y la decisión sobre cuál será la seleccionada (adjudicación). A la licitación sigue la "contratación", esto es, la formalización del compromiso entre las dos partes: Estado y proveedor.

El proceso de adquisiciones debe ser económico. Debe tener como resultado la mejor calidad de bienes y servicios por el precio pagado, o el precio más bajo a cambio de bienes y servicios de calidad aceptable; no necesariamente se conseguirá absolutamente la mejor calidad disponible, pero sí la mejor combinación necesaria para cubrir necesidades específicas.

El "precio" se refiere generalmente al "precio evaluado"; esto es, se toman en cuenta factores adicionales como los costos de operación, la disponibilidad de repuestos y las instalaciones para el servicio.

*Se debe establecer una base de datos sobre precios*³. Un instrumento importante para el control de la corrupción es disponer de buena información sobre precios del mercado, tanto del país como internacionales. De esta forma, se pueden identificar los sobrepuestos en los bienes y servicios requeridos.

Las decisiones sobre quién obtiene el contrato deben ser justas e imparciales. No se deben usar fondos públicos para otorgar favores; los estándares y las especificaciones no deben ser discriminatorios; los proveedores y los contratistas deben seleccionarse con base en sus cualidades y en el mérito de sus ofertas; debe haber un trato igual para todos en términos de fechas límite, confidencialidad y otros requisitos.

El proceso debe ser transparente. Los requisitos, las reglas y los criterios para tomar decisiones deben ser fácilmente accesibles a todos los proveedores y contratistas potenciales y deben anunciarse como parte de la invitación a la licitación. La apertura de las propuestas de licitación debe ser pública, y todas las decisiones se deben registrar por escrito en su totalidad. La regla general de selección del contratista es la licitación o concurso público; sólo por excepción éste es escogido mediante procedimientos de contratación directa; no obstante, éstos también se someten a reglas especiales que garantizan la igualdad de los participantes y la selección de la mejor oferta.

El proceso de contratación pública debe ser eficiente. Las reglas referentes a las contrataciones deben reflejar el valor y la complejidad de los bienes que se van a adquirir. Los procedimientos para las adquisiciones de menor valor deben ser sencillos y rápidos; conforme aumenten el valor y la complejidad de la adquisición, se requerirá más tiempo y reglas más complejas para asegurar que se acaten los principios. Para la "toma de decisiones" sobre contratos más grandes, quizás sean necesarios procesos que incluyan comités y revisiones; no obstante, las intervenciones burocráticas deben ser mínimas.

Los procesos deben adelantarse con austeridad de tiempo, medios y gastos: sólo se desarrollan los trámites señalados por la ley y en los plazos establecidos por ésta; la administración impulsa oficiosamente el proceso; no pueden exigirse documentos o requisitos no establecidos expresamente por la ley ni los que ya se encuentren en poder de la administración contratante.

El proceso de selección sólo se inicia cuando existen los recursos para el pago de las obligaciones del contrato, se han elaborado la totalidad de los estudios, planes, diseños y proyectos requeridos, se ha valorado la conveniencia o inconveniencia de la contratación y de su objeto y se han obtenido las autorizaciones previas exigidas por la ley.

3 ley 598 de 2000, por la cual se crea el Sistema de Información para la Contratación Estatal - SICE.

Deben evitarse las decisiones que no resuelven el fondo de los asuntos planteados; tampoco pueden rechazarse las propuestas de los oferentes (ni las solicitudes del contratista durante la ejecución del contrato) por razones de forma o por ausencia de documentos o requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas.

Debe haber acceso irrestricto a la información y garantía de intervención por parte de los ciudadanos. Todo acto relativo a licitaciones y a ejecución de contratos debe ser público y de acceso irrestricto. Todo ciudadano debe tener derecho a solicitar, y obtener, información sobre licitaciones y contratos. Los actos administrativos pueden ser objeto de interpelaciones administrativas y judiciales por iniciativa de las partes interesadas. Éste es un aspecto fundamental para la aplicabilidad de una norma para licitaciones y contratos, pues los intereses eventualmente perjudicados por una decisión administrativa son los mejores defensores de esa norma.

En los contratos deben pactarse mecanismos de solución de las controversias que puedan presentarse en la ejecución de los mismos.

La rendición de cuentas es esencial. Los procedimientos deben ser sistemáticos y fiables, y se deben llevar registros que expliquen y justifiquen todas las decisiones y acciones.

Las entidades y los servidores responden cuando abren licitaciones o concursos sin la disponibilidad de recursos para el pago de las obligaciones contractuales, sin los estudios necesarios y cuando los documentos de la convocatoria a presentar ofertas no son claros ni completos.

La libre competencia y la integridad en la contratación pública alientan a los proveedores y contratistas a que hagan sus mejores ofertas; esto, a su vez, lleva a un mejor proceso de contratación pública. Los compradores que no cumplen con estándares altos de transparencia, responsabilidad e imparcialidad se identifican de inmediato como socios indeseables para hacer negocios.

Responsabilidad - Aplicación de sanciones. Hace relación a la lealtad, la rectitud y la rendición de cuentas que deben imperar en la selección del contratista y en la ejecución y liquidación del contrato; es el desarrollo de los principios constitucionales que imponen al Estado responder por los daños antijurídicos que cause y a los particulares por la violación de la Constitución y la ley.

La responsabilidad de la actividad contractual se extiende a la administración contratante, a los servidores públicos que intervienen en los procesos, a los contratistas y a los consultores, interventores y asesores de las entidades estatales.

Los contratistas responden por formular propuestas artificialmente buenas para obtener la adjudicación, cuando ocultan inhabilidades o incompatibilidades y cuando suministran información falsa.

Los asesores, consultores e interventores responden tanto por el cumplimiento de las obligaciones del contrato celebrado con la entidad, como por los hechos u omisiones que les sean imputables con ocasión de los contratos respecto de los cuales ejercen la labor contratada.

La contratación pública en Colombia

Decreto 2170 de 2002

El diseño e implementación de herramientas como los Pactos y las Islas de Integridad, puestos en marcha en más de 60 procesos acompañados por Transparencia por Colombia, nos permitieron entender los principales riesgos de corrupción asociados a la contratación pública en Colombia. Por tanto, es un éxito indiscutible observar cómo cuatro años después, el gobierno nacional recogió e incluyó tanto en la Directiva Presidencial N. 012 de 2002 como en el decreto 2170 de septiembre de 2002 criterios, medidas y acciones de corto y mediano plazo que garantizan transparencia en los procesos contractuales.

Iniciativas y propuestas lideradas por Transparencia por Colombia, y consideradas hace cuatro años como "inconstitucionales" por los encargados de la contratación, hoy gracias a estas medidas son de práctica obligatoria y generalizada.

Se destacan en el decreto 2170 la discusión pública del borrador de pliegos de contratación a través de internet, la publicación en las páginas web de las entidades públicas de todos los procesos de contratación en curso, incluidos los de menor cuantía, la ampliación de los plazos para ofrecer información suficiente antes de la apertura de la licitación y la participación de veedurías ciudadanas en todas las etapas del proceso contractual.

Informe Anual 2002, Corporación Transparencia por Colombia, Institucionalización de las prácticas de transparencia en la contratación pública. Rosa Inés Ospina Robledo, p. 9.

La contratación administrativa en Colombia se rige por cinco grupos de principios: los principios específicos, los principios sobre las normas que regulan la conducta de los funcionarios públicos, los principios sobre interpretación de los contratos, los principios generales del derecho, y los principios particulares del derecho administrativo⁴.

Los principios específicos son tres: transparencia, economía y responsabilidad.

Transparencia: es propio de los actos estatales. Se refiere a la etapa de formación del contrato y dice de la igualdad de oportunidades que deben concederse a quienes participan en la selección de un contratista y de la oferta más favorable para la administración. (Selección objetiva, art. 29, ley 80 de 1993; art. 4 y 5 del decreto 2170 de septiembre de 2002).

Economía: en términos sociales el manejo de recursos de la comunidad impone que la ley prevenga el despilfarro. Los particulares están obligados a cumplir el principio de economía. (...)

Este principio recoge la voluntad política de reducir los costos de la contratación, adoptando mecanismos que supriman trámites, aceleren o unifiquen y extiendan el deber del funcionario público⁵.

Responsabilidad: es el vínculo ético del contrato. El imperativo de solución a obligaciones acordadas entre las personas y la guía de conducta de los funcionarios, contratistas, contratantes, así como de los interventores. Tiene carácter civil, penal, disciplinario y fiscal⁶.

Algunas aplicaciones del principio son:

- ⊞ Los servidores públicos están obligados a cumplir los fines de la contratación y la debida ejecución y calidad del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados con la ejecución del contrato.
- ⊞ El proceso de contratación es una actividad de manejo de bienes ajenos (los contribuyentes) que, por tanto, está ajustada a las reglas de la ética y la justicia.

4, 5, 6, Véase: Control social a la contratación estatal. Módulo 3. Departamento Administrativo de la Función Pública, Plan Nacional de Formación para el Control Social a la Gestión Pública. Serie Documentos de Consulta, pp 7-11.

- ⊞ La responsabilidad de la dirección y del manejo de la actividad contractual recae en el jefe de la entidad contratante; sin embargo, los demás servidores que intervienen responden por sus acciones y omisiones.

Claramente, la corrupción y el soborno no tienen que ser una parte necesaria de los negocios. La experiencia demuestra que se puede hacer mucho para frenar las prácticas corruptas en la contratación pública si hay voluntad para hacerlo. Para poder entender cuál es la mejor manera de combatir la corrupción en la contratación pública, es una ayuda saber primero cómo se practica aquella.

Cómo envenena la corrupción la contratación pública

La contratación involucra a una entidad estatal y a un contratista. Cada uno puede corromper el proceso de contratación pública de muchas maneras y en cualquier etapa.

En la etapa de selección del contratista, la entidad puede:

- ⊞ Manipular las especificaciones de los bienes o servicios que se van a adquirir para favorecer a determinados proveedores.
- ⊞ Usar la figura de la urgencia manifiesta como pretexto para otorgarle el contrato a un contratista, sin licitación o concurso.
- ⊞ Violar la confidencialidad del proceso.
- ⊞ Descalificar a potenciales proveedores, exigiendo requisitos indebidos, discriminatorios o innecesarios.
- ⊞ Aceptar sobornos.

Al mismo tiempo, los proveedores pueden:

- ⊞ Coludirse o conspirar para manipular los precios del contrato, presentando ofertas en las que existe un acuerdo previo entre los competidores.
- ⊞ Promover estándares técnicos discriminatorios.
- ⊞ Intervenir de manera indebida en el trabajo de los evaluadores.
- ⊞ Ofrecer sobornos.

Una de las maneras más usuales de corromper el proceso consiste en lograr que el contrato se celebre con la persona deseada, sin licitación ni concurso, con base en las autorizaciones otorgadas por la ley por vía de excepciones. Ésta contempla la contratación directa atendiendo cualquiera de las siguientes circunstancias:

- ⊞ La naturaleza u objeto del contrato. Pueden celebrarse mediante contratación directa los contratos de empréstito, prestación de servicios de salud, prestación de servicios profesionales, entre otros.
- ⊞ La calidad o naturaleza de las partes. No requiere licitación ni concurso la selección del contratista de contratos interadministrativos (excepto los de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública); los celebrados por las empresas industriales y

comerciales y las sociedades de economía mixta, siempre que su objeto sea el desarrollo directo de las actividades industriales y comerciales que les sean propias; los celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas de interés público.

Fernando Collor de Melo y la ley de Licitaciones y Contratos Administrativos en Brasil

La sucesión de escándalos que llevó a la destitución del ex-presidente Fernando Collor de Melo, e investigaciones llevadas a cabo en el Congreso del Brasil probaron la participación de grandes empresas en los procesos de corrupción, y crearon las condiciones propicias para la promulgación, en 1993, de una ley federal que reglamenta las licitaciones y contrataciones públicas a la cual están sujetos los estados y municipios.

En 1993, el manejo de las licitaciones en el Brasil había llevado a una gran concentración del mercado en la realización de obras públicas: 70% de la facturación resultante de obras realizadas por las ciento cincuenta empresas más grandes en el campo de la construcción había sido adjudicado a siete empresas.

En tres años de aplicación, la nueva ley brasileña desmontó esta concentración del mercado, redujo drásticamente la realización de obras innecesarias, con la consiguiente reducción de la cantidad de obras paralizadas. La consolidación de la competencia resultó en una significativa disminución de los costos de obras y servicios públicos.

Grandes empresas tuvieron que pasar a competir con otras medianas (muchas veces en consorcios) para la adjudicación de contratos que antes se adjudicaban entre las empresas más grandes.

Forzadas a convivir con las nuevas condiciones económicas de competitividad, esas empresas grandes tuvieron que pasar a disputar contratos de tamaño medio y pequeño que antes rechazaban.

Extracto de La Hora de la Transparencia en América Latina.

- ⊞ La clase de bienes o servicios que se van a adquirir. En la adquisición de bienes o servicios para la defensa y seguridad nacional y gastos de carácter reservado, así como la de productos de origen o destinación agropecuario que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, se prescinde de la licitación o concurso.
- ⊞ Circunstancias relacionadas con un procedimiento de selección anterior frustrado, la inexistencia de varios oferentes y la imposibilidad de comparación de diversas ofertas: cuando la licitación o el concurso se han declarado desiertos; cuando se presenta una sola propuesta a la licitación o al concurso, siempre que la misma se ajuste a los documentos de la convocatoria.
- ⊞ En casos de urgencia manifiesta.
- ⊞ La cuantía del contrato a celebrar, según los montos fijados por la ley en tres rangos cuyo tope es el monto mínimo impuesto para seleccionar al contratista mediante licitación o concursos públicos.

La contratación directa no implica que pueda prescindirse absolutamente de todo procedimiento para escoger al contratista, sino que éste es menos complejo y formal que el empleado en las licitaciones y concursos. De todas maneras, deben garantizarse los principios de transparencia, imparcialidad, publicidad y selección objetiva, lo cual se logra acatando las reglas establecidas por el reglamento para cada evento contractual previsto y actuando objetiva e imparcialmente.

En la práctica, sobre todo para contratos de menor cuantía, es frecuente que se utilicen empresas de fachada para aparentar la libre competencia. Se dan casos también de proveedores que se rotan el suministro, en un sistema de carrusel, o carteles que monopolizan la contratación.

En las etapas de celebración y ejecución del contrato también pueden presentarse otras formas costosas de corrupción. La entidad contratante puede:

- ⊞ No incluir o modificar las normas de calidad, los estándares sobre cantidades u otros estándares relacionados con el desempeño en el contrato o aceptar bienes y servicios que no cumplan con ellos.
- ⊞ Desviar los bienes recibidos para reventa o uso privado.
- ⊞ Exigir otros beneficios privados económicos o de cualquier otra índole o aceptar obsequios que creen una obligación a favor del contratista.

Por su parte, el contratista sin escrúpulos puede:

- ⊞ Falsificar certificados de calidad.
- ⊞ Entregar bienes o servicios de calidad en cantidades inferiores a los ofrecidos.
- ⊞ Sobre o subfacturar.
- ⊞ Sobornar a los supervisores o interventores del contrato.

Algunas consideraciones sobre la contratación pública en Colombia

En Colombia la contratación de recursos públicos está regulada por la ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias. Se consagran principios y reglas procedimentales de carácter general que tienden a garantizar los principios de libre competencia, transparencia, publicidad, economía y selección objetiva.

La contratación pública tiene tal importancia, que la Constitución colombiana elevó a rango constitucional la atribución del Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Aunque las disposiciones legales siempre podrán mejorarse y de hecho existen importantes iniciativas para hacerlo, la mayor debilidad del proceso radica en que el sistema es frágil frente a las determinantes políticas que preconditionan la adjudicación de los contratos y que, en la práctica, rompen con la transparencia de los procesos. Ello no quiere decir que siempre se viole la ley. No. La ley se aplica.

No obstante, son muchos los casos y frecuentes las situaciones en las que la ley no ha servido para develar acuerdos ilegales anteriores a la iniciación de los procesos de contratación ni para impedirlos. Por el contrario, la compleja maraña legal termina frecuentemente por encubrir los propósitos corruptos de los distintos agentes. Veamos:

El procedimiento tipo consiste en que, como resultado de un acuerdo entre fuerzas políticas, una determinada dependencia de la rama ejecutiva se asigna por el gobernante a algún sector político, partido o movimiento, en contraprestación por su respaldo a la coalición mayoritaria en la corporación correspondiente a su nivel territorial. Una vez nombrado el funcionario como resultado del pacto, adquiere la capacidad de hacer las contrataciones con el presupuesto de la entidad, lo que efectúa en función de defender los intereses políticos y económicos de su propio grupo político. Para ello, amparado con el ropaje de la legalidad, predifine los pliegos de las licitaciones, concursos y adjudicaciones directas antes de hacerlos públicos, de manera que se puedan favorecer

Caso Dragacol

El 24 de junio de 1994, cuatro meses después de constituida Dragacol, se abrió la primera licitación pública en el Ministerio de Transporte para ejecutar la obra para el dragado del río Magdalena. (...) Se presentaron 12 proponentes y una de las principales condiciones, aparte de la experiencia del contratista era un sinnúmero de características que debían reunir las dragas. (...) En el transcurso de la etapa licitatoria se hicieron varias observaciones que cada día aplazaban la adjudicación, entre ellas el incumplimiento por parte de Dragacol de visitar junto con los demás proponentes la zona de las obras, requisito de carácter obligatorio para presentar la oferta, y para completar, la oferta original de Dragacol resultó adulterada. La misma Procuraduría intervino para investigar la objetividad y transparencia de la licitación. Sin embargo, los conceptos favorables de la oficina jurídica del Ministerio de Desarrollo hicieron posible que Dragacol siguiera concursando.

(...) todo esto le dio elevada calificación que lo hizo merecedor al contrato de navegabilidad del río Magdalena, pese a que reportó unas dragas con una capacidad de dragado inferior a la del equipo mínimo indicado en el pliego de condiciones y no acreditó la experiencia de cinco años exigida, pues Dragacol apenas había sido constituida en febrero de 1994.

En la investigación de la Contraloría se logro demostrar además que cuando se abrió la licitación el "K" de contratación de Dragacol era insuficiente. Sin embargo, el Ministerio de Desarrollo expidió una norma según la cual se variaban los coeficientes para calcular el "K", lo que permitió que la calificación subiera y gracias a ese cambio en las condiciones de la licitación, la empresa de Reginaldo Bray salió favorecida.

El señor de las dragas. Gloria Congote. Crónicas de Corrupción. Contraloría General de la República .pp 20- 22. Diciembre 2001.

los contratistas de su propia cuerda. Ellos, a su turno, una vez adjudicado el contrato, retribuyen con un porcentaje de las ganancias al funcionario, a su movimiento o a su jefe político.

En estricto sentido jurídico, en estos casos no se ha violado ninguna norma en particular. Los funcionarios se cuidan bien de seguir al detalle los procedimientos, plazos, exigencias y requisitos de la ley. Sin embargo, todo ese formalismo encubre una defraudación urdida desde la elaboración de los pliegos. La ley, cuidadosamente elaborada, ha terminado jugando a favor del encubrimiento de los corruptos.

Por otra parte, también son frecuentes los casos en que el funcionario corrupto, sin que ello obedezca a un plan político previo, aprovecha su cargo y simplemente exige una comisión por la adjudicación a los proponentes o contratistas que desean hacer negocios con el Estado.

En la práctica se burla la aplicación del principio de transparencia mediante el uso de distintos mecanismos: pliegos sesgados o preconcertados con particulares, contratación a través de testaferros, uso de los procedimientos de excepción, elusión de procedimientos de contratación mediante la contratación con cooperativas y organismos internacionales⁷, desconocimiento de mayores cuantías mediante contratos adicionales que compensan los bajos precios artificiales con los que se ganó el contrato, favorecimiento a determinados contratistas que monopolizan la contratación de una entidad, y violación de las normas de publicidad y selección.

¿Qué se puede hacer para combatir la corrupción en la contratación pública?

Además de otros medios, un arma potente es la exposición pública. Los medios pueden desempeñar un papel fundamental al fomentar la conciencia pública sobre el problema y generar apoyo para las medidas disciplinarias que se tomen. Si el público está enterado de los detalles desagradables e ilegales de la corrupción (quién estaba involucrado, cuánto se pagó, cuánto le costó) y si sigue conociendo cada vez más casos, es difícil imaginar que la gente no empezará a exigir una reforma.

Una de las anomalías más sobresalientes de la contratación pública es que la mayoría de los países prohíben claramente el soborno en casa, pero muchos guardan silencio ante los sobornos que ofrecen sus exportadores en el extranjero, o incluso premian esta práctica mediante exenciones de impuestos. En el mejor de los casos, esto se justifica con una idea errada de lo que se necesita para tener éxito en los negocios internacionales; en el peor, refleja una visión cínica y paternalista de lo que les conviene a los demás.

Medidas que fomentan la transparencia

Más allá del marco legal, la línea de defensa frente a la corrupción es un conjunto de procedimientos y prácticas abiertas y transparentes para llevar a cabo la contratación

7 Estos últimos dos mecanismos fueron detectados por la Procuraduría General de la Nación en un estudio que hizo a partir de la revisión de todos los contratos que, a finales de 1997, esta-

ban adelantando los municipios y los departamentos. Revista de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, noviembre de 2000.

pública, con asignación de tiempos amplios para que los interesados opinen y eventualmente objeten procedimientos y requisitos que consideren contrarios a su legítimo interés de participar en igualdad de condiciones con sus competidores y para que, una vez decidida su participación, puedan preparar y presentar ofertas serias y completas, basadas en el análisis cabal de los beneficios y riesgos del negociante.

Es necesario convocar a los interesados con amplia publicidad de la licitación, utilizando además las facilidades de la internet y las páginas web o directamente a través de sus gremios, para que conozcan una versión preliminar de los pliegos de condiciones antes de la iniciación formal del proceso. De otra manera, los participantes interesados podrán controvertir, desde el alcance y conceptualización del proyecto hasta las posibles barreras de entrada que puedan prevenir una competencia amplia. Los elementos básicos son:

- ⊞ Describir clara, precisa y detalladamente en los documentos de convocatoria a presentar ofertas el objeto de la contratación; es decir, las características generales y particulares (técnicas, de calidad y de cualquier otra naturaleza) de los bienes, obras o servicios que se pretende adquirir (especificaciones, cantidades, etc.), así como las actividades que corresponde desarrollar al contratista y la forma de ejecutarlas. Así mismo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales deba ejecutarse el contrato.
- ⊞ Establecer los criterios de calificación, teniendo en cuenta la clase de contrato y las condiciones de su ejecución. Deben ser objetivos y medibles, debe definirse el peso de cada uno en la calificación total, la manera de ponderarlos y la forma en que el proponente debe demostrar que reúne los requisitos asociados a los mismos. Se deben consignar en los documentos de convocatoria los factores de selección del contratista.
- ⊞ De igual manera, consignar en los documentos de convocatoria las condiciones y calidades de los participantes, teniendo en cuenta la clase de contrato que se va a celebrar y las exigencias legales, así como la manera de demostrarlas, aun en los procesos de contratación directa, de manera que se reciban ofertas de proveedores idóneos y responsables. La recepción debe hacerse en acto público al que asistan los proponentes y demás personas que deseen.
- ⊞ Comparar las ofertas y determinar cuál es la más favorable a los fines de la entidad, teniendo en cuenta única y exclusivamente los factores, ponderaciones y las reglas establecidos en los documentos de convocatoria. La selección debe ser objetiva e imparcial; es decir, ajena a todo interés distinto de escoger el mejor contratista.

EL SICE

El Sistema de Información para la Contratación Estatal creado por la ley 598 de 2000 integra todas las cifras relevantes del proceso de contratación estatal y es una herramienta importante de consulta para quienes intervienen en el proceso de contratación del Estado. Con la más moderna tecnología de procesamiento de información, el SICE tiene cuatro subsistemas: en la demanda: bienes y servicios que requiere el Estado; en la oferta: registro de precios de referencia que ofrece el sector privado; en el control: publicación de contratos en la Imprenta Nacional; y en el control inteligente: comparación e interpretación de los registros de cada subsistema, en especial los que tiene que ver con los precios de referencia.

El SICE está integrado por: el Catálogo Único de Bienes y Servicios-CUBS; el Registro Único de Precios de Referencia-RUPR y la Central de Información para la Contratación Estatal-CICE.

Todo el sistema opera tanto para demandantes como para oferentes vía internet a través de la página web del SICE. Las entidades del Estado están obligadas a incluir su información en el SICE y quienes estén interesados en contratar con el Estado deben pagar una inscripción anual al Sistema.

www.sice.cgr.gov.co

Tomado de Control social a la contratación estatal. Módulo 3. Departamento Administrativo de la Función Pública, Plan Nacional de Formación para el Control Social a la Gestión Pública. Serie Documentos de Consulta, pp. 38-39.

- ⊞ Publicar y someter a escrutinio y observaciones los informes de evaluación de las ofertas antes de tomar la decisión de adjudicación, con el fin de permitir que los interesados puedan solicitar corrección de errores de apreciación y/o calificación.
- ⊞ Abstenerse de rechazar ofertas por falta de requisitos simplemente formales; sólo opera el rechazo cuando la ausencia de requisitos o documentos impide comparar la propuesta con las demás.

**www portal único
de contratación:
todo a la vista de todos**

El gobierno colombiano ha puesto en marcha este portal que presenta toda la información de contratación que con recursos públicos hacen la nación y algunos departamentos y municipios del país. Las entidades informan en el portal sus necesidades de contratación, los proveedores pueden conocer lo que el Estado requiere y los ciudadanos pueden vigilar los procesos de contratación.

El portal tiene información sobre convocatorias, procesos contractuales, licitaciones contrataciones directas, contratos adjudicados y en ejecución.

Se tiene acceso desde la página gobiernoenlínea.gov.co y desde todas las páginas de las entidades del Estado.

- ⊞ Adjudicar el contrato al licitante seleccionado, sin exigir reducciones en el precio ni otros cambios a la oferta ganadora.
- ⊞ Celebrar y ejecutar el contrato de la manera establecida en el documento contractual, el cual debe coincidir con lo consignado en los documentos de convocatoria al presentar las ofertas.

Observaciones de Transparencia por Colombia al Proyecto de ley de modificación del Estatuto de Contratación

Tanto las recomendaciones de la Misión de Contratación, BIRF - DNP - FONADE de julio de 2002, incluidas en el documento Conpes 3186 del 31 de julio de 2002, como las modificaciones producidas con el decreto 2170/02, expresan el interés de introducir cambios a la normatividad de contratación vigente. A juzgar por el proyecto de ley 07 de 2003 presentado por el gobierno colombiano, el balance general de la aplicación de la ley 80 durante estos 10 años no es satisfactorio.

El proyecto recoge algunos de los diagnósticos y resultados de estudios tanto del gobierno como de otras fuentes, que apuntan a la necesidad de actualizar la ley vigente para hacer frente a prácticas abusivas, resultado de una ley, que si bien fue estructurada con base en claros principios, no fue afortunada en algunos apartes de su redacción original, ni en su prolífico, casuístico y desordenado desarrollo reglamentario.

Sin embargo, cabe anotar que no necesariamente las ineficiencias en la tramitación, ni los millonarios escándalos de corrupción en los grandes procesos, ni las percepciones generalizadas sobre la omnipresencia de los comportamientos corruptos, pueden ser atribuibles a la falta de una normatividad adecuada para la contratación estatal. Los demás componentes del sistema de contratación son tanto o más responsables de tales señalamientos de ineficiencia y corrupción.

De forma particular, se debe hacer referencia a que los procesos de contratación por lo general nacen deficientes por falta de una adecuada planeación al interior de las entidades públicas tanto de los proyectos mismos y sus costos como de sus fuentes de financiación, incluyendo los graves problemas de inmanejabilidad e imprevisibilidad presupuestal (reservas, vigencias futuras y PAC).

Otras prácticas deficientes en los procesos de contratación se relacionan con la tendencia a disminuir los plazos a los mínimos legales, sin tener en cuenta la complejidad y la necesidad de tiempo de los interesados para producir ofertas serias y sustentadas.

No menos importante resulta la falta de compromiso específico y puntual del sector privado en la observancia de comportamientos éticos intachables durante su participación en los procesos de contratación. Se requiere conciencia y compromiso de parte de los proveedores para que por ningún motivo incurran en soborno o pagos de cualquier tipo, directos o indirectos, a entidades públicas o a sus funcionarios buscando retribución o beneficio particular en tales procesos.

Todo lo anterior implica cambios en los procedimientos y compromisos culturales y éticos de los funcionarios del sector público que manejan la contratación y de los representantes de los contratistas que proveen los bienes y servicios que requiere el Estado.

A continuación señalamos algunas observaciones puntuales a artículos específicos del proyecto de ley 07 de 2003.

Artículo 1. De la definición de entidades estatales

Redefine el ámbito de aplicación de la ley. Propone la eliminación de aquellas normas que han creado mecanismos especiales de selección de contratistas para determinados sectores.

Observaciones: consideramos pertinente definir en qué casos discretos se hará la excepción de la aplicación de esta ley para las empresas de servicios públicos y para el Banco de la República.

Artículo 3. De la normatividad aplicable a los contratos estatales

Elimina la excepción de aplicación de los procedimientos y principios de la ley 80 de 1993, existente hoy en cabeza de organismos de asistencia, ayuda o cooperación internacional y establece de manera específica que cuando las entidades estatales contraten a este tipo de entes para la ejecución de recursos públicos, deberán aplicarse las disposiciones de la ley colombiana.

Observaciones: consideramos pertinente establecer en forma expresa que no se aceptará reglamentación en materia contractual de los organismos internacionales que pueda contravenir los principios de la ley colombiana. A manera de ejemplo, las normas que aplican los organismos internacionales otorgan niveles de discrecionalidad y confidencialidad mucho más altos que los que prevé la legislación colombiana, y a su vez limitan el ejercicio de rendición de cuentas por parte de los funcionarios.

Artículo 9. De los registros de proponentes

Se entrega a las cámaras de comercio la tarea de la verificación de la información contenida en el registro, con el fin de que ésta sea la fuente de las entidades para la verificación de la capacidad jurídica del proponente y de las condiciones referidas a su capacidad

administrativa, operacional y financiera, con el objeto de que la valoración de las propuestas en las entidades se centre en los aspectos técnicos y económicos.

Observaciones: Consideramos importante verificar que se hayan realizado estudios suficientes sobre factibilidad organizacional y de costos para efectuar esta labor en todas las cámaras de comercio del país.

Adicionalmente, y con el ánimo de contribuir al desarrollo de políticas y acciones en el marco de la lucha contra la corrupción que involucra al sector privado, se considera conveniente incluir la adhesión a los *Principios Empresariales para contrarrestar el Soborno de Transparencia Internacional y Social Accountability Internacional* como un requisito para la participación de los proponentes en los procesos de contratación estatal.

Artículo 12. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia

Eleva a rango legal la previsión del artículo 1º del decreto 2170 de 2002 que obliga la publicación de los proyectos de pliegos y de términos de referencia con el fin de evitar el direccionamiento de los procesos de selección y permitirle a la entidad por conducto de todos los interesados en el proceso de selección perfeccionar las bases de cada uno de los concursos.

Observaciones: se sugiere establecer el tiempo mínimo de dos semanas para esta publicación y la obligación de no proceder con la apertura formal del proceso hasta tanto no se hayan respondido de manera amplia y satisfactoria todas las preguntas y observaciones presentadas por los interesados en esta etapa.

Artículo 13. De las garantías en la contratación estatal

Asigna al Gobierno Nacional la tarea de reglamentar la materia dentro de un esquema que abra espacios para las diferentes modalidades de garantía existentes a nivel legal.

Observaciones: se sugiere que dicha reglamentación adopte un sistema sencillo y simplificado de muy fácil aplicación de tal manera que se preserve la claridad de la norma.

Artículo 16. De la ecuación contractual

La aplicación de la ecuación contractual se suscribe a la ocurrencia de hechos imprevisibles y le da la posibilidad a la entidad de revisar las circunstancias que dieron origen al hecho con el fin de valorar y determinar las medidas que sea necesario tomar para garantizar la ejecución del contrato o definir si es más conveniente al interés público darlo por terminado.

Se erige como regla general la obligación de la entidad de incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la estimación y tipificación de los riesgos previsibles involucrados en su desarrollo y la asignación de los mismos en cabeza de la entidad y del contratista, y la determinación de una etapa dentro del procedimiento de selección en la cual se revise esta asignación.

Observaciones: la llamada “asignación de los riesgos” no solamente se debe definir de manera precisa sino que debe establecerse desde los pliegos de condiciones y solamente podrá modificarse como resultado de observaciones de los interesados y por medio de Adenda.

Artículo 17. Del deber de selección objetiva

Se propone una nueva redacción y contenido para el deber de selección objetiva que tiene como objetivo principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta, y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos.

Las condiciones del oferente referidas a su capacidad administrativa y financiera, así como a su experiencia, no podrán ser utilizadas para darle un mayor puntaje. Serán simplemente factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, con lo cual se limitará la posibilidad de diseñar procesos “a la medida” de proponentes determinados.

Observaciones: se sugiere retirar la referencia a la ponderación de los temas técnicos o precisar cómo se debe efectuar la combinación de la ponderación entre temas técnicos y económicos.

Artículo 18. De la estructuración de los procedimientos de selección

Se ocupa de revisar algunas de las etapas del proceso con el objeto de eliminar las trabas que hoy existen para la implementación de procesos de contratación en línea, así como los plazos que por su rigidez habían sido utilizados como una excusa para acudir a procedimientos exceptivos de selección.

En el entendido de que este artículo con la aplicación de la ley 80 se ha convertido en un mecanismo garantista para operadores y usuarios del sistema contractual, los plazos establecidos se han mantenido como mínimos.

Observaciones: es necesaria una inmediata reglamentación de los plazos mínimos previsible para surtir las diversas etapas del proceso en cuanto que la experiencia vivida en múltiples procesos es que los funcionarios siempre quieren reducir de manera irreal, impracticable y peligrosa tales plazos.

Artículo 23. El contenido del contrato estatal

Se elimina la posibilidad de pacto de pago anticipado en los contratos estatales y se señalan precisas reglas para el otorgamiento de anticipos en materia contractual, lo que redundará en el fortalecimiento de los procesos de planeación contractual de las entidades.

Observaciones: con respecto a la diferenciación entre pagos anticipados y entrega de anticipos se sugiere preservar la posibilidad de manejar los dos conceptos sujetos a una reglamentación muy precisa y exigente sobre la utilización de los mismos.

Artículo 26. De la participación comunitaria

Ordena por regla general que la adjudicación de los procesos de licitación sea realizada en audiencia pública y con la participación de los proponentes, de las organizaciones de veeduría ciudadana y de la comunidad en general, tal y como se señala en el artículo 26 del proyecto de ley. Las entidades públicas podrán cubrir los costos en que incurran las veedurías ciudadanas

Aporte de un Pacto de Integridad en Colombia

En desarrollo de un proceso de contratación de sistemas y equipos de informática bancaria con la participación de Transparencia por Colombia, se obtuvieron los siguientes resultados a través de la aplicación de la herramienta Pacto de Integridad:

1. Se reexaminó y cambió por parte de la entidad el procedimiento previsto para la convocatoria. En éste inicialmente no eran claros los criterios con los que se evaluaría a participantes que habían suministrado los mismos servicios a otros bancos oficiales que habían salido del mercado y cuyos sistemas podían estar disponibles con eventuales beneficios de precios y tiempos de instalación.
2. Se ampliaron significativamente los plazos para el examen de los pliegos preliminares y la presentación de ofertas.
3. Se detectó y alertó por parte de funcionarios de la entidad un posible conflicto de intereses entre el consultor que había formulado los pliegos de condiciones y una reconocida firma suministradora de sistemas y equipos que podrían participar en la licitación y tenían nexos de capitales accionarios comunes.
4. Se eliminó tal potencial de conflicto de intereses mediante el abierto examen de la situación y el compromiso escrito del suministrador de no prestar sus servicios a la competencia de la licitación.
5. Se suscribió el Pacto de Integridad con la participación de grandes firmas transnacionales de la informática, que en procesos anteriores habían declinado suscribir pactos similares por diversos motivos, entre ellos la desconfianza mutua entre los competidores y la falta de credibilidad de las entidades contratantes.

en el desarrollo de sus actividades de vigilancia y control a la gestión pública contractual.

Observaciones: se considera conveniente para los fines de propiciar un mayor control de la contratación desde la sociedad civil la previsión de poder sufragar los gastos directos incurridos por las mismas para tal efecto con sujeción a una estricta reglamentación.

Pactos de Integridad

Los esfuerzos recientes en Colombia, Malasia, Corea, Argentina, Grecia e Italia, donde Transparencia Internacional ha desarrollado "pactos de integridad", son prometedores.

De acuerdo con este enfoque gradualista, se reúne a los licitantes para proyectos específicos y se les alienta a que firmen un "Pacto contra la Corrupción" con el gobierno y entre ellos. Cada licitador promete no pagar sobornos y hacer públicas las comisiones que se paguen; por su parte, la entidad contratante y sus funcionarios se comprometen a hacer un esfuerzo especial por asegurar que los riesgos de corrupción del proceso sean reconocidos y contrarrestados y que el proceso no se manche de corrupción. De esta manera, y en el mismo momento, las reglas cambian para todos; los actores mismos son parte del proceso de cambio. En caso de que un participante llegue a incurrir en un incumplimiento del Pacto, se puede acudir a un árbitro *ad hoc* para examinar el caso con base en las consideraciones éticas previamente acordadas y, si el árbitro así lo determina, el transgresor es responsable de pagar una sanción significativa, y si es el caso, perderá el contrato y la posibilidad de participar en procesos futuros. Una vez se han ofrecido ciertos contratos, los licitadores siguen reuniéndose para monitorear el proceso y crear conciencia sobre los ejercicios futuros del mismo tipo.

Por su parte, los funcionarios también acuerdan premios y castigos más allá de lo previsto disciplinaria y penalmente por la ley. Éstos se constituyen en elementos adicionales de incentivos y de disuasión para que el funcionario prefiera actuar pulcramente y tenga una referencia cercana y objetiva, para rechazar aproximaciones indebidas.

El monitoreo inicial indica que la innovación está funcionando, y está reduciendo significativamente los niveles de corrupción en los grandes contratos seleccionados.

Logros de los Pactos de Integridad en Colombia

Estos acuerdos, preferiblemente voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en los diferentes momentos de un proceso de contratación de recursos públicos, buscan garantizar la

transparencia, la equidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida. Cada Pacto de Integridad convoca a grupos específicos de ciudadanos a aceptar sistemas reguladores comunes, ligados a un régimen de gratificaciones y castigos que están por encima de los establecidos en el marco legal, dándole valor agregado a este último.

Entre los logros alcanzados por los Pactos de Integridad en Colombia se encuentran los siguientes:

- a) Ahorro significativo de recursos públicos, al reducirse entre un 5% y un 60% el presupuesto de los contratos públicos; el ahorro promedio ha sido del 19%.
- b) Discusión pública entre las partes de pliegos de condiciones, bajo un mandato legal.
- c) Discusión de la ética de aspectos legales y técnicos en la contratación pública.
- d) Una mayor calidad en la estructuración de proyectos, licitaciones y contratos.
- e) Implementación de metodologías para el diseño de mapas de riesgos y planes de acción respectivos para proteger los recursos públicos.
- f) Reconocimiento por parte de los dos últimos gobiernos colombianos, de la importancia y la adecuación de la metodología de los Pactos de Integridad.

Una mirada analítica a los Pactos de Integridad

A pesar de las bondades que han mostrado los Pactos de Integridad como herramienta preventiva, su aplicación ha estado marcada, desde la posición del sector público, por una tensión permanente entre la transparencia y la eficiencia de las contrataciones, así como por cierta resistencia a aceptar que existen riesgos cotidianos de corrupción, además de la dificultad de encontrar una voluntad política efectiva y no solamente tratar de contar con el “sello de garantía de integridad”, dado por la Corporación.

De otra parte, desde la orilla del sector privado que participa en la gestión de recursos públicos, también se encuentran resistencias a aceptar la suscripción de acuerdos voluntarios en el plano ético, así como su efectiva utilización en los casos en que surgen dudas o evidencias que ameriten la denuncia y la utilización legal del Pacto.

De igual manera, la experiencia nos muestra que aún con la suscripción de un Pacto de Integridad en un proceso de contratación, no se ha logrado que las empresas competidoras se abstengan de prácticas que afectan la confianza, tales como presiones de diversa índole, o acciones dirigidas a descalificar a los competidores por cualquier medio.

**Procesos de contratación acompañados por
Transparencia por Colombia, 1999-2002**

Sector	Nombre del proceso	Procesos	Factos firmados	Firmas nacion.	Firmas internac.	Funcionarios y asesores que firmaron: Declaración ética	Monto Contratado en miles US\$
Comunicaciones	Ministerio de Comunicaciones / FONADE	7	4	19	20	91	355.798
	Telecom	11	6			77	41.274
	Ministerio de Comunicaciones	1	5			45	56.000
Obras publicas	Departamento de Risaralda y GTZ alemana	4	4	112	5	28	1.570
	Departamento del Atlántico y Cámara de Comercio de Barranquilla	1	0			12	13.500
	Invias	1	1			24	268.000
	Aguas de Cartagena	10	0			18	24.000
	Departamento del Meta	1	1			19	4.191
Transporte	Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá	1	0	0	0	No se firmó Declaración	1.500
Informática	Ministerio de Educación y Secretaría Ejecutiva Convenio Andrés Bello	1	0	34	18	18	27.600
	DIAN	2	2			25	52.000
	ECOPETROL	2	2			65	42.800
	Banco Agrario	1	1			57	30.000
Salud	Ministerio de Salud	1	1	8	0	30	600.000
Adecuación de tierras	Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT / BID	1	0	0	0	No se firmó Declaración	20.000
Alimentos y bebidas	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y CapitalCorp	1	1	6	3	17	144.967
	Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia	1	1			15	8.540
Servicios de suministro	Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá	1	1	4	0	20	4.000
Energía	Ministerio de Minas y Energía / empresa distribuidora de energía ISAGEN / INVERLINK	1	0	0	0	No se firmó Declaración	500.000
Interventorías	Ministerio de Comunicaciones / FONADE	4	4	71	2	30	4.165
	Departamento de Risaralda y GTZ alemana	4	4			Incluido en Obras Públicas	158
	Comisión Nacional de Regalías / PNUD	1	1			10	5.511
	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y CapitalCorp	1	1			Incluido en Alimentos	1.028
	Empresa Colombiana de Vías Férreas	1	0			No se firmó Declaración	7.900
Total		60	40	254	48	601	2.214.502

Nota (*): De los 60 procesos acompañados, sólo en 35 casos se hicieron adjudicaciones, con un ahorro en promedio del 19% con respecto a los presupuestos originales.