

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Escuela de Postgrado
Programa de Maestría en Derecho de Empresa

Estudio Comparativo de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú, los Estados Unidos y la Comunidad Europea

Tesis para optar por el Grado Académico de Magister en Derecho
de Empresa

Melissa Cossío Carlín
Lima, marzo de 2009

RESUMEN EJECUTIVO

Los desarrollos contemporáneos en la tecnología de la información y comunicación han hecho posible la implementación de la subasta inversa electrónica en el ámbito de las contrataciones públicas. La mayoría de los gobiernos consideran a la subasta inversa electrónica como un novedoso mecanismo de ahorro de los costos administrativos vinculados a los procesos de contratación de bienes o servicios; y principalmente, como una alternativa para que las entidades públicas puedan adquirir a precios bajos aquellos productos y servicios que comúnmente se transan en el mercado.

En los últimos años, el empleo y marco normativo de la subasta inversa electrónica en América Latina y la Comunidad Europea se han desarrollado considerablemente. Similar situación se da en las contrataciones públicas de los Estados Unidos, en donde un gran número de entidades del gobierno federal han llevado a cabo compras de commodities en línea. Sin embargo, la particularidad del sistema estadounidense es que esta modalidad de contratación no se encuentra acompañada de un régimen normativo o norma especial, a diferencia de lo que ocurre en Perú y los países de la Comunidad Europea.

A pesar de la diferencia resaltada, el uso de la subasta inversa electrónica en los países antes mencionados presenta los mismos riesgos e inconvenientes, que no hacen más que cuestionar la capacidad de esta técnica de contratación

de satisfacer los principios elementales que guían las adquisiciones públicas en la mayoría de sistemas avanzados; tales como: eficiencia (valor por el dinero), trato justo e igualitario, competencia e imparcialidad.

Esta situación pone en tela de juicio la idoneidad de algunos aspectos del actual régimen peruano sobre la subasta inversa electrónica, tales como: el nivel de control o intervencionismo del marco regulatorio, el procedimiento operativo de la subasta, y la administración del sistema operativo o software de la subasta; siendo por tanto el objetivo de la Tesis, el presentar y analizar algunas de las alternativas de solución legal adoptadas por los regímenes de contratación pública más avanzados e incluso recomendadas por los organismos internacionales.

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo

Índice

Introducción

1. La Subasta Inversa Electrónica en el Perú

1.1 Antecedentes

1.2 Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú

1.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú

1.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú

1.4.1 Ventajas

1.4.2 Riesgos

2. La Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

2.1 Antecedentes

2.2 Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

2.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

2.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

2.4.1 Ventajas

2.4.2 Riesgos

3. La Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

3.1 Antecedentes

3.2 Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

3.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

3.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

3.4.1 Ventajas

3.4.2 Riesgos

4. Otros Marcos Normativos que Regulan la Subasta Inversa Electrónica

4.1 El Acuerdo sobre la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

4.2 La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

4.2.1 La subasta inversa electrónica como método de contratación o técnica complementaria

4.2.2 Condiciones para la utilización de la subasta inversa electrónica

4.2.3 Modelos estructurales de la subasta inversa electrónica

4.2.4 Contenido de las Bases

4.2.5 Precalificación de propuestas

4.2.6 Anonimato como condición exigible en el curso de la subasta

4.2.7 Descalificación del postor ganador

4.2.8 Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

4.3 Tratados de Libre Comercio

5. Análisis de los Sistemas de Subasta Inversa Electrónica Comparados y Propuestas para el Sistema Peruano

5.1 Nivel de Intervención de la Normas sobre la Subasta Inversa Electrónica

5.2 Condicionamientos para el Empleo de la Subasta Inversa Electrónica

5.3 La Subasta Inversa Electrónica como Método Independiente o Técnica Complementaria. Modelos Estructurales de la Subasta Inversa Electrónica

5.4 Administración del Sistema Operativo de la Subasta Inversa Electrónica

5.5 Medidas para un Trato Justo e Igualitario en el Proceso Operativo de la Subasta Inversa Electrónica

5.6 Medidas contra las Prácticas Restrictivas de la Competencias en la Subasta Inversa Electrónica

5.7 Medidas contra la Oferta de Precios Anormalmente Bajos en la Subasta Inversa Electrónica

Conclusiones

Anexos

Anexo 1 Cuadro Comparativo de la Subasta Inversa Electrónica (SIE) en el Perú, Estado Unidos y la Comunidad Europea

Anexo 2 Cuadro Comparativo de las Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica (SIE) en el Perú, Estado Unidos y la Comunidad Europea

Anexo 3 Problemas ante la Maximización de Objetivos / Principios en la Regulación sobre la Subasta Inversa Electrónica (SIE)

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La subasta inversa electrónica es una operación de subasta dinámica hecha por vía informática y en tiempo real (es decir, sin desfase de tiempo y con efecto inmediato) entre una organización adquirente y varios proveedores que compiten por obtener la adjudicación de un contrato, presentando sucesivamente ofertas cada vez más económicas durante un período previamente determinado. A diferencia de lo que ocurre con la subasta tradicional de venta, en la que interviene un único vendedor y muchos compradores y en la que éstos pugnan por el derecho a efectuar la compra y aquéllos utilizan las fuerzas del mercado para inducir a los compradores a incrementar el precio de sus ofertas, en una subasta inversa hay un único comprador y muchos proveedores; el comprador fija sus requisitos y los proveedores van reduciendo el precio de sus ofertas con miras a que se les adjudique el contrato. Así pues, en el caso de las subastas inversas el comprador utiliza las fuerzas del mercado para inducir a los proveedores a ofrecer precios más bajos.¹

Las subastas inversas electrónicas se realizan tanto en el sector privado como en el sector público, sin embargo ha estado presente por muchos más años en el sector privado, como por ejemplo, en el mercado de venta de cerdos en Taiwán y Singapur, en el mercado de venta de automóviles en Japón, y en el

¹ Cfr. CNUDMI 2005a: 3-4.

mercado de venta de flores de Holanda desde 1995.² Antes de la difusión de la subasta inversa electrónica en el ámbito de las contrataciones públicas, esta modalidad de contratación era raramente utilizada en este mercado principalmente debido a los altos costos de transacción; sin embargo, hoy en día la subasta inversa electrónica se ha convertido en una técnica de contratación muy popular en el ámbito estatal, precisamente porque ofrece una reducción significativa de los costos de transacción.³ El grado de utilización de las subastas inversas electrónicas depende en gran medida del grado de actividad económica realizada mediante el comercio electrónico en un país, puesto que a fin de que las subastas electrónicas inversas funcionen debidamente, es preciso disponer de tecnología compleja, de capacidad operativa, así como de sistemas que permitan la presentación y apertura de ofertas por medios electrónicos y que garanticen la seguridad y la fiabilidad del proceso, y su acceso a él. Es así que, en los países en que el comercio electrónico se ha convertido en la norma, existe una gran tendencia a recurrir a las subastas inversas electrónicas en la contratación pública.

En estos últimos años, el empleo y marco normativo de la subasta inversa electrónica en América Latina y la Comunidad Europea se han desarrollado considerablemente, dado que esta nueva modalidad de contratación es vista por los gobiernos como un mecanismo de ahorro de los costos administrativos normalmente asociados a un proceso de compra; y principalmente, como una manera de obtener mejores precios por aquellos bienes y servicios comerciales que comúnmente se transan en el mercado. Similar situación ocurre en la contratación pública de los Estados Unidos con respecto a la difusión de la

² Cfr. Joia y Zamot 2002: 7.

³ Cfr. Arrowsmith 2005: 204.

subasta inversa electrónica entre las entidades federales; pues un número significativo de éstas vienen llevando a cabo adquisiciones en línea. No obstante ello, la particularidad del régimen estadounidense es que esta técnica de contratación no está acompañada de un marco regulatorio.

La finalidad de los Capítulos 1, 2 y 3 de la Tesis es describir el uso de la subasta inversa electrónica en el Perú, los Estados Unidos y la Comunidad Europea, respectivamente; principalmente tratando en forma paralela temas como: el marco regulatorio, el procedimiento operativo de la subasta inversa electrónica y el impacto general de este mecanismo en la contratación gubernamental. Adicionalmente, estos capítulos exponen las ventajas e inconvenientes o riesgos que los gobiernos de los sistemas en comparación enfrentan cuando hacen uso de esta técnica de compra.

El Capítulo 4 presenta en términos generales los acuerdos y lineamientos existentes sobre contratación pública a nivel internacional que regulan de alguna manera la subasta inversa electrónica, tales como: la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, el Acuerdo sobre la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los tratados de libre comercio.

Finalmente, el Capítulo 5 analiza los sistemas de subasta inversa electrónica comparados, con el objeto de determinar qué aspectos de los regímenes regulatorios vigentes ofrecen soluciones que permitan superar los riesgos identificados en el régimen nacional, y consecuentemente, proponer las modificaciones necesarias a las normas y reglamentos vigentes sobre la subasta inversa electrónica.

CAPÍTULO 1

LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA EN EL PERÚ

1.1 Antecedentes

La mayor parte de países de América Latina sigue un patrón común con respecto al desarrollo de los sistemas de contratación electrónica; pues una mayoría aun se encuentra en un nivel informativo, y algunos pocos iniciándose en el nivel transaccional. Brasil, Chile y México son los países de la región que se encuentran en el nivel más avanzado, y otros pocos, tales como Perú, le siguen sus pasos. El nivel informativo implica que las entidades públicas simplemente tienen la obligación de publicar el anuncio de convocatoria de un proceso de selección en un sistema electrónico común, así como el de informar continuamente sobre el avance del proceso a través de dicho medio; convirtiéndose este portal electrónico, en la mayoría de los casos, en el medio de notificación oficial del proceso de contratación. El nivel transaccional, en cambio, se caracteriza porque el proceso de selección en su integridad, es decir, la transacción misma, es llevado a cabo a través de Internet.

Brasil es uno de los pocos países de América Latina que desde el 2000 viene usando la subasta inversa electrónica como un mecanismo que tiene el sector público para proveerse de bienes y servicios de manera sostenida y significativa.⁴ Con respecto al resto de países de la región,

⁴ Cfr. Mendes 2006: 4.

algunos ya vienen aplicando la subasta inversa de tipo presencial e incursionando recién en la subasta inversa electrónica, tal como Perú; y otros, aun siguen usando exclusivamente las formas y técnicas clásicas de contratación para la adquisición de bienes y servicios comerciales.⁵

En la mayoría de países de América Latina, las entidades contratantes del gobierno central carecen de personal calificado, enfrentan déficits presupuestarios y cuentan con infraestructura deficiente. Estas condiciones, sin duda, retrasan el proceso general de reforma de los gobiernos; y particularmente, dificultan la inserción de métodos basados en el comercio electrónico, tales como la subasta inversa electrónica. Como consecuencia de ello, la mayoría de países de la región toman a Brasil, Chile y México como modelos a seguir en sus procesos de reforma

⁵ Desde la perspectiva de las contrataciones públicas en América Latina, por técnicas clásicas y/o tradicionales de contratación debe entenderse a aquellos procesos de selección normalmente asociados al valor referencial del bien, servicio u obra a contratar (mientras más alto el valor, más complejo es el proceso) y algunas veces al objeto del proceso. Asimismo, en estos mecanismos tradicionales de contratación siempre se da una primera fase de habilitación y/o evaluación técnica, seguido de una fase de evaluación de la oferta económica. La apertura de propuestas generalmente se da en acto público; por lo que hay estricta prohibición de negociación sobre su contenido entre la entidad convocante y los postores, y por consiguiente, de modificación por parte de los postores a fin de mejorar sus propuestas una vez que éstas han sido presentadas a la entidad convocante. En el Perú, estas técnicas clásicas son conocidas como Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicaciones Directas y Adjudicación de Menor Cuantía:

Tipo de Proceso de Selección		Bienes	Servicios	Obras
Licitación Pública		>= 369,200		>= 1,207,000
Concurso Público			>= 213,000	
Adjudicaciones Directas	Pública	< a 369,200 > a 184,600	< de 213,000 > de 106,500	< de 1,207,000 > a 603,500
	Selectiva	< = de 184,600 > = de 36,920	< = de 106,500 > = de 21,300	< = de 603,500 > = de 120,700
Menor Cuantía	Obras			< de 120,700 > de 3,550 (**)
	Bienes y Servicios	< de 36,920 > de 3,550 (**)	< de 21,300 > de 3,550 (**)	

(*) Artículo 14 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, Ley No. 29289.

(**) Artículo 18 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

de las contrataciones públicas, y especialmente, a Brasil respecto del uso de la subasta inversa electrónica.⁶

1.2 **Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú**

Con la finalidad de flexibilizar los procesos de adquisición de bienes y servicios que los métodos tradicionales de selección no permiten lograr, en el 2004, el régimen peruano de contratación pública fue reformado con el objeto de incluir aquellas modalidades modernas de contratación que los regímenes más desarrollados venían empleando: el Convenio Marco y la subasta inversa.⁷

La subasta inversa es considerada como una forma de contratación independiente (especial) y se encuentra regulada de forma general por el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF, que la define como:

“(...) la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será a aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. (...)” (Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 90)

El sistema peruano de contratación pública regula dos tipos de subasta inversa: la subasta inversa presencial y subasta inversa electrónica o virtual. La subasta inversa presencial se realiza en acto público por medio

⁶ Cfr. Claro 2005: 5-6.

⁷ El Convenio Marco, junto con la subasta inversa, es una de las nuevas modalidades incorporadas al sistema de contratación peruano en el año 2004, y por el cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieren y que son ofrecidos a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

de propuestas de precios escritos y puja verbales.⁸ La subasta inversa electrónica o virtual se realiza a través de la utilización de recursos de tecnología de la información y consiste en realizar un proceso de selección llevado a cabo íntegramente por Internet.⁹

Según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la subasta inversa es de aplicación obligatoria para aquellas entidades públicas que requieran adquirir bienes comunes o contratar servicios comunes; debiéndose entender por bienes y servicios comunes a:

“(...) aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos los constituye el precio al cual se transan.” (Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 90)

Una particularidad del régimen peruano es que, con el objeto de garantizar que la subasta inversa sea utilizada correctamente por las entidades públicas, la norma dispone que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) -antes el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)- debe manejar una lista de los bienes y servicios transables bajo esta modalidad y aprobar por cada uno de éstos una ficha técnica aprobar fichas técnicas.¹⁰ El objeto de estas fichas técnicas es describir las características técnicas o términos de referencia que debe tener determinado bien o servicio al momento de su entrega o prestación a la entidad contratante, con independencia de la cantidad, lugar, fecha, forma de entrega o prestación y demás condiciones establecidas por la entidad

⁸ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 90.

⁹ Cfr. Resolución No. 090-2007-CONSUCODE/PRE 2006: Art. 3.

¹⁰ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 90.

convocante en la proforma de contrato a suscribirse.¹¹ Hasta enero del presente año, 744 fichas técnicas de bienes comunes han sido aprobadas por el OSCE, tales como papel y otros materiales de escritorio, azúcar, aceite, diesel, gas, cables de cobre y otros materiales de construcción y medicinas.¹² En el procedimiento de aprobación de las fichas técnicas:

“Es la unidad orgánica correspondiente de CONSUCODE, la que tiene a su cargo la elaboración del proyecto de la ficha técnica del bien común, la publica en el SEACE durante diez días hábiles, plazo durante el cual cualquier interesado podrá presentar sugerencias por esa misma vía. Luego se evalúan las observaciones y se emite un informe técnico, proponiendo al Presidente del CONSUCODE el contenido definitivo de la ficha Técnica, quien mediante Resolución aprobará la ficha para que sea incluido en el Listado de Bienes Comunes.” (Torricelli 2005a: 2)

Cabe mencionar que las entidades públicas tienen la obligación de incluir en las bases de los procesos por subasta inversa que convoquen las fichas técnicas respectivas, estando prohibidas de realizar cualquier modificación o alteración a la mismas o incluir en las bases disposiciones que las contravengan o que adicionen requisitos o especificaciones técnicas no previstas en las fichas técnicas.¹³

A pesar que el uso de la subasta inversa está permitido desde el 2004 con la publicación de los Decretos Supremos No. 083-2004-PCM y 084-2004-PCM¹⁴, recién fue en el año 2006, con la publicación de la regulación pertinente, que la subasta inversa de tipo presencial fue recién

¹¹ Cfr. Resolución No. 094-2007-CONSUCODE/PRE 2007: Art. 10.

¹² Cfr. Página web del SEACE 2009.

¹³ Cfr. CONSUCODE, Presidencia 2007.

¹⁴ Mediante los Decretos Supremos Nos. 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, se aprobaron el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, respectivamente. Estos decretos supremos incorporaron por primera vez al régimen de contratación pública del Perú el convenio marco y la subasta inversa como nuevas modalidades de selección. En el 2008, estos decretos supremos fueron derogados por el Decreto Legislativo No. 1017 y el Decreto Supremo No. 184-2008-PCM, que aprobaron la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, respectivamente; normas actualmente vigentes.

empleada.¹⁵ El Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial, aprobado por Resolución N° 094-2007-CONSUCODE/PRE, regula en detalle el uso de esta modalidad de contratación, permitiendo a la entidades adquirir bienes comunes en aproximadamente ocho días, a diferencia de las modalidad de contratación clásicas como las Licitaciones Públicas y Concursos Públicos que requieren de al menos 22 días hábiles entre la convocatoria y la presentación de propuestas.¹⁶

La primera subasta inversa presencial en el Perú se llevó a cabo en noviembre del 2005 por el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA) para la adquisición de 28,107 litros de aceite vegetal. Esta operación fue considerada como una experiencia exitosa, debido a que se estima que el gobierno peruano logró obtener un ahorro de 16.36% respecto del precio, y además, porque el proceso de selección en si demoró 76 días menos que si hubiese sido llevado a cabo bajo las modalidades de contratación tradicionales.¹⁷

Con relación a la aplicación de la subasta inversa electrónica, ésta aun se encuentra en una fase inicial de implementación a pesar de haberse normado su uso en el 2006 a través de la Resolución N° 590-2006-CONSUCODE/PRE, Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Electrónica. Para su implementación definitiva, en el 2006, la Agencia Peruana de Cooperación Internacional y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil firmaron un acuerdo de cooperación técnica de 24 meses, mediante el cual se previó el traspaso del código

¹⁵ Cfr. Torricelli 2005a: 2.

¹⁶ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 24 y 96.

¹⁷ Cfr. Arteaga 2005: 2.

fuelle del software del Pregão Eletrônico brasileño al sistema peruano, así como el entrenamiento de técnicos peruanos.¹⁸ Asimismo, a inicios del gobierno actual, una delegación del OSCE visitó durante dos semanas las instalaciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública del Gobierno de Chile, a fin de conocer las técnicas de subasta electrónica empleadas por ChileCompra (la plataforma de licitaciones de dicho país).¹⁹

Es recién a inicios del 2007, luego de estos intercambios de tecnología y experiencias, cuando se da la primera subasta electrónica en el Perú para la compra de una variedad de artículos de oficina por el OSCE. Esta entidad reportó ahorros de hasta el 17.59%.²⁰

Según el Informe de Contrataciones Públicas al primer semestre de 2008 elaborado por el CONSUCODE, los procesos de selección ejecutados bajo subasta inversa electrónica representa alrededor del 0.39% del total de procesos. Asimismo, este informe señaló que al 30 de junio del 2008 el monto adjudicado por subasta inversa electrónica ascendió a S/. 47.3 millones, y que al igual que la subasta inversa presencial, los principales productos demandados por esta modalidad virtual de selección son los derivados del petróleo y el cemento portland.²¹

1.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú

¹⁸ Cfr. RICG 2006: 3.

¹⁹ Cfr. Página web de la RICG 2009.

²⁰ Cfr. CONSUCDE, Departamento de Imagen Institucional 2007b.

²¹ Cfr. CONSUCDE, Oficina de Sistemas, Unidad de Investigación y Métodos 2008 19.

Todas las etapas de un proceso por subasta inversa electrónica son llevadas a cabo en el portal del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), tal como la convocatoria, la presentación de propuestas, la apertura de propuestas y el periodo de puja por medio de lances electrónicos. El encargado de la administración del portal SEACE es el OSCE.

Tal como se ha señalado anteriormente, los plazos entre la convocatoria al proceso y la presentación de propuestas en una subasta inversa electrónica son considerablemente menores a aquellos de los procesos ejecutados bajo las modalidades de selección tradicionales. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que dicho plazo no podrá ser menor de ocho días hábiles en los procesos de selección que por cuyos montos correspondan a Licitaciones y Concursos Públicos (normalmente es de 22 días hábiles), de cinco días hábiles en los procesos que por cuyos montos correspondan a Adjudicaciones Directas (normalmente es de diez días hábiles), y de dos días hábiles en los procesos que por cuyos montos correspondan a Adjudicaciones de Menor Cuantía.²²

En un proceso por subasta inversa electrónica, la propuesta técnica consiste en añadir los documentos habilitantes solicitados por las bases, y la propuesta económica consiste en presentar una oferta en función al valor referencial del bien o servicio indicado en las bases. La norma señala que dicha propuesta no podrá superar el valor referencial y que la misma será utilizada por el sistema para asignarle a cada postor su turno

²² Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Arts. 24 y 96.

en el periodo de puja con agentes electrónicos. Cabe mencionar que para efectos que los postores configuren al agente electrónico - programa que representa al postor durante la puja -, deben ingresar al SEACE el monto del decremento aplicable al bien o servicio ofertado, respetando el decremento mínimo indicado en las bases, e ingresar el precio límite inferior que está dispuesto a ofertar.²³

Una vez que las propuestas han sido ingresadas al sistema por los postores participantes, el SEACE llevará a cabo la apertura de propuestas y se iniciará la puja a través de lances con agentes electrónicos. La propuesta económica con menor precio será el precio base y la que inicie los lances, aplicándosele el decremento programado. Las rondas de puja se desarrollan de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Electrónica²⁴ y culminarán hasta que quede una sola propuesta con posibilidad de participar en la siguiente ronda, quien será la ganadora de dicho ciclo. Seguidamente, el sistema permitirá que los postores cuyas propuestas económicas participaron en la etapa de puja puedan mejorar sus precios

²³ Cfr. Resolución No. 590-2006-CONSUCODE/PRE 2006: Art. 17.

²⁴ El artículo 20 del Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Electrónica, Resolución No. 590-2006-CONSUCODE/PRE señala:

“a) A la propuesta económica de menor precio se le descontará el decremento programado por el postor obteniendo así el “menor precio”. b) Para efectuar el lance del siguiente postor, el Sistema restará al “menor precio” el decremento programado por este postor, pudiendo resultar que: - El precio obtenido sea mayor o igual que su precio límite inferior, en cuyo caso el Sistema lo registrará como nuevo “menor precio”. - El precio obtenido sea menor que su precio límite inferior, en cuyo caso el Sistema registrará su precio límite inferior y lo excluirá de la siguiente ronda. c) El procedimiento continuará en la forma prescrita en el literal anterior con los agentes de las siguientes propuestas económicas y en rondas sucesivas hasta que quede una sola propuesta con posibilidad de participar en la siguiente ronda; en ese momento, la propuesta económica que aun participa será declarada como ganadora de los Lances con Agentes Electrónicos, con lo cual concluirá dicho ciclo.” (Art. 20)

a través de lances sucesivos a ser realizados en línea durante un tiempo aleatorio establecido por el SEACE.²⁵

Culminada la etapa de apertura de propuestas, el periodo de puja y la mejora de precios, el sistema registrará los resultados y el orden de prelación de los postores. Dado que los procesos por subasta inversa son llevados a cabo bajo una presunción de cumplimiento; es decir, que se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las bases; la norma exige que, una vez obtenidos los resultados, la entidad convocante deberá verificar que el postor que haya obtenido el primer lugar en el orden de prelación, haya presentado la documentación exigida en las bases.

Finalmente, para otorgar la buena pro, la entidad convocante verificará que por lo menos haya dos propuestas válidas, caso contrario el proceso se declarará desierto.²⁶

1.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú

1.4.1 Ventajas

Existe conceso sobre las ventajas de emplear la subasta inversa electrónica. Dichas ventajas se pueden resumir en: Eficiencia, economía, transparencia, competencia y descentralización de las compras públicas.

²⁵ Cfr. Resolución No. 590-2006-CONSUCODE/PRE 2006: Arts. 19-21.

²⁶ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 96.

a) Eficiencia:

La Ley de Contrataciones del Estado define al principio de eficiencia como el deber de las entidades de efectuar las contrataciones a su cargo “*bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles*” (Decreto Legislativo No. 1017 2008: Art. 4, f)).

Steve Schooner, Profesor Asociado del Programa de Contratos del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, explica que bajo el principio de eficiencia, o también llamado valor por el dinero, las entidades públicas tienen el deber de orientar sus esfuerzos para obtener el mejor trato o la mejor negociación con los recursos públicos.²⁷

La subasta inversa electrónica se caracteriza particularmente por maximizar el principio de eficiencia, ya que en la mayoría de casos, las contrataciones de bienes y servicios bajo esta modalidad de selección reportan ahorros considerables en los precios de adquisición. Un claro ejemplo es la primera compra por subasta inversa electrónica llevada a cabo en el Perú, convocada por el CONSUCODE; en donde se obtuvo un ahorro de hasta el 17.59% por la compra de artículos de oficina.²⁸

²⁷ Cfr. Schooner 2002: 108.

²⁸ Cfr. CONSUCDE, Departamento de Imagen Institucional 2007b.

Durante los primeros diez meses del año 2007, el Estado peruano, en aplicación de la subasta inversa tanto presencial como electrónica, logró obtener ahorros que alcanzaron los S/. 19,820,950.00.²⁹ Estas cifras no son exclusivas del Perú, pues en Brasil, con el Pregão Eletrônico, el porcentaje de ahorros en la adquisición de productos es alrededor del 30%; tal como lo advierten Luiz Antonio Joia y Fuad Zamot, profesor y ex alumno, respectivamente, de la Escuela Brasileira de Administración Pública y de Administración de Empresas.³⁰

Estos ahorros se deben principalmente a que la subasta inversa permite la participación de una mayor cantidad de proveedores, y a la metodología de evaluación basada exclusivamente en la competencia por precios. Ambos factores inducen a los postores a siempre ofrecer sus mejores términos a fin de obtener la buena pro. Sue Arrowsmith, profesora de Contratación Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nottingham, agrega que la subasta inversa mejora el valor por el dinero al incentivar a las entidades públicas a utilizar mejores prácticas de contratación, en el sentido de emplear como mayor precisión los criterios y factores de evaluación.³¹

b) Economía:

²⁹ Cfr. CONSUCDE, Departamento de Imagen Institucional 2007d.

³⁰ Cfr. Joia y Zamot 2002: 9.

³¹ Cfr. Arrowsmith 2002: 204.

La Ley de Contrataciones del Estado define al principio de economía como el deber de aplicar en toda contratación *“criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos”*. (Cfr. Decreto Legislativo No. 1017 2008: Art. 4, i)

En un proceso por subasta inversa se presume que los bienes y servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las bases; y como contrapeso a esta presunción de cumplimiento, la norma exige como condición para el otorgamiento de la buena pro que la entidad convocante verifique que el postor ganador efectivamente cumpla con dichos requisitos técnicos. Un sistema de post-evaluación técnica, en donde todos los precios ofertados, así como la oferta ganadora, son conocidos por todos los postores participantes antes que la entidad convocante emita un pronunciamiento sobre la calificación técnica del postor ganador, sin duda limita la posibilidad que el proceso de selección este sujeto a impugnaciones temerarias que tan sólo buscan dilatarlo innecesariamente.

Adicionalmente, la norma no permite que en un proceso por subasta inversa los postores presenten consultas u observaciones a los términos y condiciones de las bases; reduciendo así el número de etapas o fases que un proceso

conducido bajo las modalidades de selección tradicionales normalmente tiene.

Finalmente, en una subasta inversa electrónica la entidad convocante definitivamente emplea menor cantidad de personal para conducir el proceso, ya que gran parte de las actividades tienen lugar a través del Internet.

Por lo expuesto, es posible afirmar que la subasta inversa electrónica alcanza tanto eficiencia administrativa como transaccional, dado que permite a las entidades públicas gastar menor cantidad de recursos y abreviar los plazos necesarios para la adjudicación de un contrato, a diferencia de las modalidades de contratación tradicionales. Consecuentemente, en aplicación de los principios de la contratación pública, la subasta inversa electrónica resulta ser una técnica definitivamente más económica.

c) Transparencia:

De conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, el principio de transparencia exige que *“Los postores [tengan] acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente (...) [y que] La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados [sean] de público conocimiento.”* (Cfr. Decreto Legislativo No. 1017 2008: Art. 4, h)

La subasta inversa electrónica es una modalidad de contratación capaz de fomentar la transparencia en el

proceso de contratación y contribuir a prevenir los abusos, las prácticas abusivas y la corrupción, principalmente por las siguientes razones:

- La subasta inversa electrónica garantiza a los participantes que se disponga de información sobre otras ofertas y que el resultado del procedimiento sea visible. La información sobre los resultados sucesivos de la evaluación de las ofertas en cada etapa de la subasta y sobre el resultado final de ésta se da a conocer instantánea y simultáneamente a todos los postores.³²
- La subasta inversa electrónica garantiza a la sociedad civil tener acceso a información de forma gratuita y en tiempo real a través del Internet, facilitándoles el seguimiento y control del gasto de los recursos públicos. Esta modalidad de contratación permite ser públicamente fiscalizada.³³
- La subasta inversa electrónica es un proceso de evaluación totalmente automatizado y por ende con una intervención limitada de personas.³⁴
- La subasta inversa electrónica facilita la fiscalización por los órganos de control. El SEACE, además de reportar y hacer pública toda aquella información relacionada a los procesos conducidos a través de una subasta inversa electrónica, tiene habilitado una aplicación para los

³² Cfr. CNUDMI 2008a: 13.

³³ Cfr. Joia y Zamot 2002: 9.

³⁴ Cfr. CNUDMI 2008a: 13.

órganos de control que les permite evaluar la gestión de las entidades públicas con respecto a esta modalidad de selección.³⁵

Por lo expuesto, dado que la subasta inversa electrónica en el Perú emplea procedimientos por medio de los cuales se les asegura a los proveedores, entidades contratantes, órganos de control y público en general que la contratación por parte del Estado es conducida de forma imparcial y abierta, es posible afirmar que esta nueva modalidad de selección cumple con el principio de transparencia.³⁶

d) Competencia:

La Ley de Contrataciones del Estado define al principio de competencia como el deber de incluir en los procesos de contratación *“regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.”* (Cfr. Decreto Legislativo No. 1017 2008: Art. 4, c)

Las barreras de acceso en una subasta inversa electrónica son mucho menores que aquellas en un proceso bajo las técnicas clásicas de contratación.³⁷ Las nuevas tecnologías sobre las cuales se desarrolla la subasta inversa electrónica tienen como propósito el hacer posible la participación de un mayor número de proveedores, sin importar su ubicación, mediante el simple acceso al portal del SEACE a través de

³⁵ Cfr. Reynoso 2006: 3.

³⁶ Cfr. Schooner, 2002: 105.

³⁷ Cfr. Joia y Zamot 2002: 9.

Internet; reduciendo significativamente los costos de participación en el mercado de las contrataciones públicas.

Al respecto, Caroline Nicholas, Secretaria del Grupo de Trabajo I (Contrataciones Públicas) de la CNUDMI y miembro de la Secretaría de las Naciones Unidas, señala que el incremento del número de proveedores que tienen la posibilidad de contratar con el Estado definitivamente promueve una mayor competencia.³⁸ Consecuentemente, al maximizar el uso efectivo de la competencia, el gobierno recibe eficiencia en términos de precio, calidad y términos contractuales.³⁹

Es oportuno citar a Luis Torricelli, ex Presidente del CONSUCODE, quien señaló que:

“La Subasta Inversa, permite usar nuevas tecnologías, reduciendo costos y facilitando la participación de un mayor número de proveedores ubicados en cualquier punto del país con solo acceder al Portal de Compras del Estado del SEACE a través de Internet, por la que se difundirán las bases, la convocatoria, los resultados y el otorgamiento de la buena pro, siendo posible la presentación de propuestas por esta vía, como en el caso de la subasta inversa electrónica o virtual.”
(2005b)

e) Descentralización de las compras públicas:

La subasta inversa electrónica no sólo favorece una mayor competencia al reducir las barreras de acceso al mercado de las contrataciones públicas, sino también promueve una distribución equitativa de los recursos públicos entre las distintas regiones de un país. El hecho que las subastas

³⁸ Cfr. Nicholas 2006: 163.

³⁹ Cfr. Schooner 2002: 108-109.

sean operadas en-línea, permite que *“Cualquiera de las entidades ubicadas en todo el territorio nacional [pueda] conducir directamente sus procesos de selección por Subasta Inversa, favoreciendo la descentralización de las compras estatales al facilitar la participación de los productores locales.”* (Torricelli 2005b)

Steve Schooner opina que el gasto público tiene la capacidad de influenciar el comportamiento del mercado e inyectar crecimiento en las comunidades y sectores económicos.⁴⁰ Es por ello que la subasta inversa electrónica constituye para el gobierno peruano una interesante herramienta para contribuir con el crecimiento sostenido del país, mas aun considerando que en el Perú la mayor parte de los fondos públicos son invertidos y ejecutados en Lima.⁴¹

1.4.2 Riesgos

Como toda nueva modalidad de selección, la ejecución de la subasta inversa electrónica en el Perú presenta algunos inconvenientes. El impacto de éstos no es conocido a detalle aun, dada la reciente implementación de esta técnica, y a la actual política del gobierno de promocionar e impulsar el uso de la subasta inversa electrónica y demás modalidades de contratación electrónica entre las distintas entidades públicas, así como de posicionar estratégicamente al Perú en una

⁴⁰ Cfr. Schooner 2002: 108-109.

⁴¹ Cfr. CONSUCDE, Oficina de Sistemas, Unidad de Investigación y Métodos 2007: 10-11.

comunidad internacional que desde hace un buen tiempo emplea métodos virtuales en las contrataciones estatales.

En la mayoría de los casos, los riesgos identificados son la otra cara de la moneda de las ventajas atribuidas a la subasta inversa electrónica, los cuales se presentan por la excesiva maximización de los principios antes mencionados (eficiencia, economía, transparencia y competencia).

Los riesgos e inconvenientes son: excesiva regulación, uso restrictivo, trato parcializado, prácticas anticompetitivas, precios anormalmente bajos y discriminación.

a) Excesiva regulación:

El Perú se encuentra bajo el sistema jurídico romano-germánico, el cual se caracteriza principalmente porque se basa en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo; a diferencia del Derecho Anglosajón o “Common Law”, en donde el precedente jurisprudencial es la primera fuente del derecho. Por tal razón, el derecho administrativo en el Perú, del cual emana la contratación pública, se basa principalmente en el principio de legalidad, el cual consiste en que *“las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas”* (Ley No. 27444 2001: Art. IV, 1.1).

Juan Carlos Morón Urbina, miembro de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo General, explica respecto del principio de legalidad que, las competencias públicas, debido a su creación y subsistencia a la ley, siempre deben contar con una norma que les señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado. Esto quiere decir que los sujetos de derecho público, como las entidades públicas contratantes y por ende sus funcionarios, sólo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado; a diferencia de los sujetos de derecho privado, que pueden hacer todo lo que no está prohibido, ya que en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.⁴²

Lo anteriormente expuesto explica el porqué la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y normas conexas contienen reglas excesivamente detalladas respecto de la oportunidad y forma de conducción de un proceso por subasta inversa electrónica, limitando casi en su totalidad el campo de acción discrecional de los funcionarios de la entidad convocante; que en algunos casos, y por las particularidades de determinada contratación, podría ser necesario a fin de obtener a través de un proceso de selección mayor eficiencia en la compra.

⁴² Cfr. Morón 2005: 62.

b) Uso restrictivo:

Como se señaló anteriormente, el OSCE maneja un Listado de Bienes y Servicios Comunes en donde por medio de fichas técnicas se describen los bienes y servicios transables bajo subastas inversas. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado hace obligatorio el uso de la subasta inversa cuando el bien o servicio a contratar se encuentre incluido en dicha Lista, y siempre y cuando, no forme parte del Catálogo de Convenios Marco, en cuyo caso se deberá adquirir empleando tal modalidad.⁴³

Como se puede apreciar, el Listado de Bienes y Servicios Comunes del OSCE impone limitaciones a las entidades públicas respecto de cuándo utilizar la subasta inversa; pues hoy en día la subasta inversa está concebida sólo para cierto número de productos. Esta situación desatiende el hecho que nuevos commodities están continuamente apareciendo en el mercado; y si bien el Listado de Bienes y Servicios Comunes puede ser periódicamente actualizado por el OSCE mediante la inclusión de nuevas fichas técnicas, el procedimiento de aprobación de las mismas puede resultar burocrático, restándole flexibilidad y eficiencia al proceso de subasta inversa electrónica.

Por otro lado, el Convenio Marco también limita considerablemente el uso de la subasta inversa. En la

⁴³ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 91.

práctica, los bienes y servicios que se encuentran en el Catálogo Electrónico de Convenios Marco aparentemente cumplen con las mismas cualidades que los bienes y servicios a ser contratados vía una subasta inversa, ya que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que los bienes y servicios a incluir en el referido Catálogo deben ser “*comunes*”; es decir, sus características deben encontrarse definidas objetivamente por el mercado y su único elemento diferenciador lo constituye el precio al cual se transan. Un ejemplo de ello es que en el 2007 se implementó el Convenio Marco de útiles de oficina.⁴⁴

c) Trato parcializado:

Según la Ley de Contrataciones del Estado, el principio de trato justo e igualitario consiste en que *“Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.”* (Cfr. Decreto Legislativo No. 1017 2008: Art. 4, k)

Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que, en caso la entidad convocante descalifique al postor que haya obtenido el primer lugar en el orden de prelación al no haber cumplido con presentar la

⁴⁴ Cfr. CONSUCDE, Oficina de Sistemas, Unidad de Investigación y Métodos 2007: 30.

documentación exigida en las bases (post-evaluación técnica), la entidad convocante deberá evaluar la documentación del siguiente postor en escrito orden de prelación, y así de manera sucesiva.⁴⁵

Según Sue Arrowsmith, esta práctica contraviene el principio de trato equitativo e imparcialidad que se debe garantizar a todos los postores participantes en un proceso de selección, debido a que a los otros postores no se les concedió la oportunidad de mejorar su oferta a fin de superar la segunda mejor oferta. Lo que ocurre es que una vez que el ganador aparente (posteriormente rechazado) haya presentado su oferta, la subasta se cierra, y aquellos postores que hubiesen presentado una nueva oferta que estuviese entre la aparente oferta ganadora y la segunda mejor oferta, no hubiesen tenido la oportunidad de hacerlo.⁴⁶

d) Prácticas anticompetitivas:

En cualquier lugar donde compradores y vendedores interactúen siempre existirá oportunidades de restringir la competencia a través de las prácticas anticompetitivas, y el mercado de las contrataciones públicas no es una excepción.⁴⁷ Diversas son las formas o modalidades de restringir la competencia en un proceso de selección convocado por el estado, como por ejemplo, cuando dos o

⁴⁵ Cfr. Decreto Supremo No. 184-2008-EF 2009: Art. 96.

⁴⁶ Cfr. Arrowsmith 2005: 209.

⁴⁷ Cfr. Haberbush 2000: 97.

más concursantes se entienden entre sí para manipular el precio de un proceso de adquisición o para influir en él a fin de mantenerlo artificialmente alto, o cuando se reparten el mercado recurriendo a la táctica de no presentar ofertas o de presentar ofertas perdedoras.

Se ha argumentado que la subasta inversa electrónica es particularmente más vulnerable que otros métodos de contratación al empleo de prácticas anticompetitivas entre concursantes. Las razones expuestas se pueden resumir en las siguientes:

- Excesivos mecanismos de transparencia.

Kara L. Haberbush, ex miembro de la “Public Contract Law Journal” [Revista de Derecho sobre Contratos del Estado], señala que aquellos proceso de selección que contienen excesivos mecanismos de transparencia para casualmente evitar corrupción entre los funcionarios del estado, son los más propicios a fomentar la presencia de carteles. Esta especialista afirma que el hecho que la apertura de propuestas sea llevada a cabo en público y que el otorgamiento de la buena pro se base exclusivamente en el menor precio ofertado, facilita a los miembros de un cartel controlar y verificar el cumplimiento de sus acuerdos.⁴⁸

⁴⁸ Cfr. Haberbush 2000: 105.

Por su parte, Ruth Kelly y Ciara Kennedy-Loest agregan que, la razón por la cual la subasta inversa electrónica es más sensible a la presencia de prácticas anticompetitivas es porque los postores pueden acceder al precio de sus competidores, lo cual conlleva a que exista entre ellos menos incertidumbres de competencia, y consecuentemente, una menos intensa lucha de precios.⁴⁹

Además, debe tenerse presente que el portal virtual en donde se llevan a cabo las subastas inversas electrónicas constituye un fórum propicio para el intercambio de información comercialmente sensitiva entre un gran número de agentes. Por tanto, sin los suficientes resguardos legales, el transparente intercambio de información que promueve la subasta inversa electrónica podría incrementar el riesgo de la presencia de acuerdos concertados entre los agentes del mercado, particularmente respecto del precio.

- Empleo de la subasta inversa electrónica en proyectos en los que participen pocos concursantes o en los que se convoque repetidas veces a subasta a un mismo grupo de concursantes.⁵⁰

En procesos de subasta inversa bajo estas condiciones la competencia por la adjudicación de un contrato se da

⁴⁹ Cfr. Kelly y Kennedy-Loest 2003: 28-29.

⁵⁰ Cfr. CNUDMI 2008a: 13.

siempre entre los mismos proveedores, ya sea porque se trata de un mercado o industria pequeña, o porque la entidad convocante sólo invita a participar a los mismos proveedores. Esta situación, al igual que la anteriormente expuesta, ocasiona que los postores tengan mayor experiencia y conocimiento respecto de la información comercial de sus competidores, y por ende, facilita entre estos la concertación de acuerdos con el objeto de restringir la competencia en un proceso de selección en particular.

Al respecto, debe tenerse presente que, el OSCE en su informe correspondiente al 1er semestre del 2008 indicó que la subasta inversa electrónica, a diferencia de la subasta inversa presencial, observa una menor dispersión de proveedores, pues el 58.6% del monto total adjudicado lo concentraron tan solo diez proveedores.⁵¹

- Complejidad del procedimiento operativo de la subasta inversa electrónica.

Christopher Yukins, Profesor Asociado del Programa de Contratos del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, y Don Wallace, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown y Presidente del Instituto Internacional

⁵¹ Cfr. CONSUCODE, Oficina de Sistemas, Unidad de Investigación y Métodos 2007: 29-30.

de Derecho, argumentan que los procedimientos de selección altamente estructurados o complejos en mercados pequeños pueden crear efectos anticompetitivos, tal como la concertación de precios y la creación de monopolios. La complejidad del procedimiento operativo de la subasta inversa electrónica podría constituir una barrera de acceso al mercado de las contrataciones públicas, y podría incentivar a competidores agresivos a apoderarse del mercado mediante acciones conjuntas.⁵²

- Precio como único factor de evaluación.

Cuando el único criterio de evaluación está basado en factores económicos, como es el caso de las subastas inversas, son las empresas más grandes del mercado las que tienen mayores posibilidades de obtener la buena pro; ya que este tipo de empresas suelen manejar su negocio en base a economías de escala, lo cual les permite bajar sus precios sin sacrificar utilidad ni poner en peligro el performance del futuro contrato a suscribir con la entidad convocante. Por esta razón se puede afirmar que las subastas inversas electrónicas podrían involuntariamente fomentar la formación de monopolios.

e) Precios anormalmente bajos:

⁵² Cfr. Yukins y Wallace 2005: 197-198.

Según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en una subasta inversa electrónica las ofertas económicas no están condicionadas a respetar un límite inferior; es más, los postores durante el proceso de subasta tiene la capacidad de mejorar continuamente sus precios por debajo de su último precio ofertado. Por tanto, al no existir ningún condicionamiento legal para la reducción de precios, y siendo el precio el único criterio de evaluación, los postores están inducidos a apoderarse del mercado a través del ofrecimiento de precios predatorios; lo cual conlleva a las entidades convocantes a otorgar la buena pro a ofertas con precios excesivamente bajos que no responden a una real estructura de costos.

Los contratos perfeccionados en base a precios anormalmente bajos tienen altas probabilidades de verse afectados con incumplimientos. Juan Carlos Morón expone cuáles son las consecuencias nocivas previsibles de una prestación que no será adecuadamente retribuida:

- El alto riesgo de no obtener la prestación en el tiempo o en la calidad estimados indispensables para el cumplimiento de los planes públicos (insatisfacción del consumidor final), y
- Los mayores costos colaterales que ello acarrearía a las entidades: pagos adicionales o anticipos al proveedor, costos administrativos de la supervisión adicional que

demandará ese contrato, gastos de servicios jurídicos ante cada controversia con el proveedor, cuando no la resolución del contrato y los procesos arbitrales sobrevinientes.⁵³

Sin una regulación adecuada, estos inconvenientes podrían hacer de la subasta inversa electrónica una modalidad de contratación anticompetitiva; quedando demostrado que el obtener el mayor valor por el dinero (eficiencia) no siempre conlleva a lograr la satisfacción del consumidor final.⁵⁴

Finalmente, Timothy D. Plamer y otros autores, socios de la firma de abogados Hogan & Hartson LLP. (Washington, D.C.), señalan que la adjudicación de un contrato basado en el precio como único factor de evaluación puede resultar en una falsa economía si luego dicho contrato está sujeto a incumplimientos defectuosos, tardíos o insatisfactorios, que más tarde se traducen en mayores costos administrativos.⁵⁵

f) Discriminación:

Varios expertos argumentan que la presentación de propuestas a través de un sistema en línea, como es el SEACE, es discriminatorio para aquellos proveedores que no tienen acceso a Internet o el conocimiento necesario para acceder a dicho portal. Este inconveniente normalmente se presenta en aquellos países en donde el

⁵³ Cfr. Morón 2008: 177.

⁵⁴ Cfr. Schooner 2002: 108.

⁵⁵ Cfr. Palmer, Dover y McGovern 2000: 7.

acceso a Internet aun es limitado y su difusión entre los distintos niveles sociales aun no es equitativa.

Si bien actualmente en el régimen peruano la subasta inversa presencial y la subasta inversa electrónica coexisten, bien podría ocurrir que una determinada entidad pública opte por llevar a cabo un proceso de adquisición bajo la subasta inversa electrónica sin tomar en consideración si el mercado local tiene dificultad para acceder a dicho medio electrónico.

Jorge Claro, ex Jefe de la Oficina de Política y Coordinación de Adquisiciones del Banco Inter-Americano de Desarrollo (BID), en un informe presentado la Secretaría de la CNUDMI sobre los recientes desarrollos legales de la contratación pública en América Latina, señaló que la brecha digital es la usual dificultad con la que se lidia cuando se introduce en un sistema de contratación pública mecanismos novedosos de compras como es el de la subasta inversa electrónica. Por tanto, sin una adecuada regulación, esta modalidad de selección podría resultar discriminatoria, especialmente para aquellos nuevos proveedores interesados en ingresar al mercado de las contrataciones públicas, así como para las pequeñas empresas. En este sentido, Jorge Claro recomienda a los legisladores de los gobiernos de Latino América al regular la aplicación (obligatoriedad o no) de los métodos

electrónicos de contratación, considerar temas como: las barreras de acceso al mercado de las contrataciones públicas electrónicas, la penetración del Internet (calidad de conexión) y el desarrollo de la infraestructura.⁵⁶

⁵⁶ Cfr. Claro 2005: 20.

CAPÍTULO 2

LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

2.1 Antecedentes

La Constitución estadounidense de 1787 no sólo se fundamenta en los principios del respeto a los derechos fundamentales y la división de poder, sino también en el principio netamente administrativo de la descentralización administrativa. Este principio administrativo no sólo se materializó en la autonomía estadual, la que es común a todos los estados federales; sino por el contrario, se extendió al nivel municipal por intermedio de los condados.⁵⁷ Como consecuencia de ello, y atendiendo al sistema de gobierno de los Estados Unidos, en principio, se pueden establecer por lo menos 51 regímenes diferentes de contratación pública vigentes, una federal y 50 estatales.

El proceso federal está basado en el “Code of Federal Regulations (CFR)” [Código de Reglamentación Federal], el cual contiene todas las leyes federales vigentes y dentro de éstas el “Federal Acquisition Regulation (FAR)” [Regulación Federal de Adquisiciones]. El FAR es el documento primario del sistema federal de las contrataciones públicas de los Estados Unidos que contiene las políticas y procedimientos que regulan la actividad de compras de toda entidad federal. El FAR es emitido,

⁵⁷ Cfr. Dromi 2004: 315.

elaborado y actualizado de manera conjunta por la Secretaría de Defensa, el administrador de la “General Service Administration (GSA)” [Administración de Servicios Generales]⁵⁸, y el administrador de la NASA. El FAR se encuentra publicado en el Título 48 del CFR.

2.2 Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

Antes de la modificación de la Sección 15 del FAR –sección que regula las “Negotiated Procurements” [Procedimientos Negociados]⁵⁹-, se interpretaba que la utilización de técnicas de subasta no estaban permitidas, dado que la norma prohibía expresamente a las entidades federales realizar las siguientes conductas: (1) indicar a los postores el

⁵⁸ La GSA es una entidad del poder ejecutivo cuya función es la de contratar los bienes, servicios y obras requeridos y de uso común por las entidades. La GSA adquiere (1) bienes y servicios de uso común a través de contratos directos o a través del “Federal Supply Schedule (FSS)” [Catálogos de Abastecimiento Federal]; (2) servicios de telecomunicaciones; y (3) oficinas. (Cfr. Nash, Schooner y O’Brien 1998: 270-271)

⁵⁹ El régimen de contratación pública de los Estados Unidos prevé principalmente dos tipos de modalidades de selección: el “Sealed Bidding” [Sobre Sellado] y el “Negotiated Procurement” [Procedimiento Negociado].

- a) Sobre Sellado: En este tipo de proceso, presentadas las propuestas, éstas son abiertas en público. La buena pro es otorgada a aquella propuesta que resulte más beneficiosa a la entidad convocante, considerando al precio como uno de los factores de evaluación. Antes de la Publicación del “Competition in Contracting Act (CICA)” [Ley de Competencia en las Contrataciones], este tipo de proceso era la metodología de contratación preferida. Bajo el CICA, el Sobre Sellado es ahora una de las modalidades de contratación. (Cfr. Nash, Schooner y O’Brien 1998: 460-461)
- b) Procedimiento Negociado: En este tipo de proceso, presentadas las propuestas, éstas son abiertas en secreto, a fin de que ningún postor pueda conocer ni el precio ni las demás condiciones propuestas por los otros participantes. A partir de este momento, la entidad convocante primero evalúa la capacidad técnica de cada postor, los méritos técnicos de su propuesta y todos los otros factores de evaluación para elegir a quienes pasarán a la etapa de negociación. Por ello, deben eliminarse a los postores que no respondan a los requerimientos de las bases. Esto implica que la entidad convocante solicite a los que han resultado preseleccionados la mejora de sus propuestas, comenzando las negociaciones que se manifiestan en discusiones orales y escritas. Esta fase se denomina “competitive range” [rango competitivo]. Superada esta etapa la entidad convocante requiere la presentación de nuevas propuestas. Estas incluirán mejoras en cualquiera de los ítems que la integran. Y así sucesivamente se continúa con el procedimiento hasta que la entidad convocante selecciona al que considera mejor. (Cfr. Dromi 1999: 131-132)

precio que sus ofertas deben alcanzar a fin de continuar en el proceso, (2) informar al postor sobre el resultado de su evaluación económica en comparación con las otras ofertas presentadas (excepto cuando en el proceso estuviese permitido informar al postor que su precio ofertado es demasiado elevado o anormalmente bajo), y (3) revelar el contenido de la oferta económica de los postores participantes.⁶⁰

A pesar de estas prohibiciones, lo curioso es que la “US General Accounting Office (GAO)” [Oficina de la Contraloría General de los Estados Unidos],⁶¹ en decisiones emitidas ante impugnaciones contra Procedimientos Negociados que emplearon la subasta inversa electrónica, expresó que no había nada inherentemente ilegal en la conducción de subastas inversas. Para la GAO, el simple hecho de emplear la subasta inversa electrónica como técnica de contratación no es un factor determinante para admitir un recurso impugnativo contra un Procedimiento Negociado. No obstante, en aquellos casos en donde la GAO sí consideró que efectivamente se violó la prohibición de llevar a cabo subastas inversas electrónicas, justificó la admisión del recurso con la identificación de una situación de competencia desleal, la cual se presentaba al encontrarse uno de los postores en una posición de ventaja

⁶⁰ Cfr. Palmer, Dover y McGovern 2000: 2.

⁶¹ La GAO es una entidad pública autónoma que depende del Congreso de los Estados Unidos. Tiene a su cargo la fiscalización del gasto de los recursos públicos. Entre las funciones de la GAO están: llevar a cabo auditorías a las entidades del gobierno federal a fin de determinar si el gasto de los recursos públicos es eficiente y efectivo; investigar cuando se presentan denuncias sobre actividades ilegales e ilícitas; informar acerca del nivel de cumplimiento de los objetivos de los programas y políticas del gobierno; presentar para consideración del Congreso un análisis de las políticas; emitir decisiones y opiniones sobre la regulación interna de las entidades federales, así como de las impugnaciones presentadas contra los otorgamientos de la buena pro; etc.

por tener acceso a información contenida en la propuesta de uno de sus competidores.⁶²

En setiembre de 1997, la “Civilian Agency Acquisition Council” [Consejo de Adquisiciones de las Entidades Civiles] y la “Defense Acquisition Regulations Council [“Consejo de Regulación de Adquisiciones Militares] culminaron con la modificación de la Sección 15 del FAR. Uno de los objetivos de la modificación era incluir en los Procedimientos Negociados técnicas innovadoras de selección que permitiesen un diálogo más abierto entre las entidades del gobierno federal y los proveedores.⁶³

La Sección 15 vigente tampoco hace mención de forma expresa a las técnicas de subasta inversa y sigue manteniendo la prohibición de revelar información sobre la propuesta de un postor; sin embargo, agrega como excepción a esta prohibición el supuesto en que el postor haya autorizado la publicación de su propuesta. En consecuencia, hoy en día en los Estados Unidos se interpreta que si un postor autoriza a la entidad convocante a revelar su oferta económica, no se configura ninguna violación al FAR. Como se puede apreciar, por un lado la modificación de la Sección 15 del FAR conserva algunas de las restricciones aplicables a los Procedimientos Negociados, tales como, la prohibición de revelar la propuesta técnica de un postor o cualquier otra información protegida con derechos de propiedad intelectual; y por otro lado, abre la posibilidad a las entidades federales de emplear la subasta inversa electrónica.⁶⁴

Si bien aun en el FAR no existen disposiciones expresas que peritan claramente el empleo de la subasta inversa electrónica, bajo el régimen

⁶² Cfr. Bruke 2000: 2.

⁶³ Cfr. Bruke 2000: 3.

⁶⁴ Cfr. Bruke 2000: 3.

de contratación pública estadounidense ello no es necesario, ya que según el Artículo 1.102(d) del FAR, cualquier técnica de contratación es permitida a menos que esté expresamente prohibida.⁶⁵ Es así que, luego de la modificación de la Sección 15 del FAR, las entidades del gobierno federal empezaron a experimentar con mayor confianza y continuidad el empleo de técnicas de subasta inversa.

En 1999, el estado de Pennsylvania reportó millones en ahorros al utilizar los servicios de subasta inversa electrónica ofrecidos por la empresa Pittsburg-based FreeMarkets Inc. Al año siguiente, el gobierno federal experimentó el siguiente caso de subasta, cuando el “Naval Supply Systems Command” [Comando de Sistema de Abastecimiento de la Fuerza Naval] condujo un proceso de subasta inversa electrónica que duró 51 minutos para la adquisición de repuestos de aeronaves por US\$ 2.375 millones, reportando un ahorro de 28.9% sobre el precio histórico.⁶⁶

En el mismo año, el “US Army’s Communications-Electronics Command (CECOM)” [Comando Militar de las Comunicaciones Electrónicas] anunció la ejecución de proyectos pilotos de subastas inversas electrónicas para la adquisición de bienes comerciales principalmente, tales como, computadoras portátiles y material de oficina; utilizando la técnica de subasta inversa como parte de procesos conducidos bajo las modalidades de contratación tradicionales: Sobre Sellado y Procedimiento Negociado.⁶⁷

Ante la rápida proliferación de la subasta inversa electrónica, en el año 2000, la GSA inicio un programa piloto para adquirir principalmente

⁶⁵ Cfr. Yukins y Wallace 2005: 185.

⁶⁶ Cfr. Volk 2007: 129.

⁶⁷ Cfr. Palmer, Dover y McGovern 2000: 2.

hardware y software mediante esta técnica de contratación; creando el sistema Buyers.Gov a fin de ser utilizado por las entidades públicas. Este sistema administrado por la GSA fue elaborado en base a software de subastas existentes en el mercado, adaptándolo a los estándares de las compras públicas. El primer caso de subasta inversa electrónica empleando el portal Buyers.Gov fue llevado a cabo por el “Department of Defense, Finance and Accounting Service (DFAS)” [Ministerio de Defensa] para la compra de productos informáticos (6,200 pantallas, 200 computadoras portátiles, 744 impresoras para trabajos livianos y 729 impresoras para trabajos pesados); en el cual participaron 15 proveedores precalificados y la buena pro fue distribuida entre tres de ellos (Gateway Computers, Micron Computers y SR Tech, ésta última una pequeña empresa). La GSA informó que en esta subasta el periodo de puja estaba programado para durar una hora, sin embargo dicha etapa continuó por cuatro horas en donde los precios ofertados continuaban descendiendo.⁶⁸

Bajo este contexto, en agosto del 2000, el Director de la “Office of Federal Procurement Policy (OFPP)” [Oficina Federal de las Políticas de Contratación Pública]⁶⁹ anunció que la OFPP planificaba emitir unos lineamientos para el uso de la subasta inversa electrónica, especialmente para determinar el tiempo que debía durar el periodo de puja. Luego de cuatro años, en mayo de 2004, la OFPP finalmente emitió un

⁶⁸ Cfr. The GSA 2000.

⁶⁹ La OFPP pertenece a la “Office of Management and Budget” [Oficina de Planificación y Presupuesto] del Congreso de los Estados Unidos y juega un papel importante en la determinación de las políticas y prácticas que las entidades del gobierno federal deben emplear en la adquisición de los bienes y servicios que éstas necesitan para el cumplimiento de sus funciones. La OFPP fue creada por el Congreso en 1974 para servir de guía a la política, regulaciones y procedimientos de compras del gobierno, a fin lograr un proceso de adquisición eficiente, efectivo y económico. La máxima autoridad de la OFPP es designado por el Presidente de los Estados Unidos y requiere de la confirmación del Senado.

memorándum de tan sólo una página, mediante el cual simplemente se incentivaba a las entidades públicas a utilizar los servicios de contratación electrónica disponibles en el mercado a fin de adquirir bienes y servicios comerciales.⁷⁰ Al respecto, Christopher R. Yukins y Don Wallace comentan que la iniciativa de regular la subasta inversa en los Estados Unidos se paralizó debido a los argumentos en contra provenientes del sector privado; y principalmente, por el hecho que aún no existe consenso respecto de cuándo las subastas inversas deben ser empleadas.⁷¹

La más reciente expresión de la necesidad de contar con reglas claras para el empleo de la subasta inversa electrónica, se dio en la sesión final de la Cámara de los Representantes de los Estados Unidos al discutir la “Defense Authorization Act for Fiscal Year 2006” [Ley Presupuestal del Ministerio de Defensa para el Año Fiscal 2006], en donde se comentó que los bienes que requieren soluciones técnicas, modificaciones o que vayan a ser seleccionados en base a criterios de evaluación distintos del precio, no deben ser adquiridos a través de mecanismos de subasta inversa electrónica. No obstante ello, a la fecha no hay lineamientos concretos sobre qué bienes y servicios comerciales pueden ser adquiridos a través de esta técnica y sobre cuáles son los elementos esenciales que un sistema de subasta en línea proveído por un tercero debe respetar; tarea que ha sido asignada a la OFPP por la Cámara de los Representantes.⁷²

2.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

⁷⁰ Cfr. Volk 2007: 131.

⁷¹ Cfr. Yukins y Wallace 2005: 185.

⁷² Cfr. Yukins 2006: 465-466.

Debido a que el régimen federal de las contrataciones públicas de los Estados Unidos no contiene disposiciones específicas sobre el empleo de la subasta inversa electrónica, las restricciones sobre la envergadura o tipo de contratación que puede ser objeto de una subasta inversa es determinado caso por caso por cada entidad federal; siempre y cuando dicho procedimiento cumpla con las normas básicas del FAR y con los principios de contratación que rigen el sistema federal.

Hoy en día un número considerable de entidades estadounidenses emplean la subasta inversa electrónica para adquisiciones cuyos valores ascienden a US\$ 25,000 o más. Algunos de estos procesos de selección combinan la subasta inversa electrónica con una convocatoria física, y otros procesos de subasta inversa son exclusivamente llevados a cabo en forma virtual. En algunos casos la subasta inversa electrónica es utilizada como parte del clásico proceso de “Sealed Bidding” [Sobre Sellado], mientras que en otros casos, la subasta es utilizada como parte de un Procedimiento Negociado.⁷³ Como se puede apreciar de la práctica, en los Estados Unidos la subasta inversa electrónica es empleada tanto como un método de contratación o técnica independiente, como una simple herramienta complementaria a las ya existentes modalidades de contratación (Sobre Sellado y Procedimiento Negociado) para obtener mejores precios.

Asimismo, otra particularidad del régimen estadounidense es que no existe un único sistema virtual bajo el cual el proceso de subasta inversa

⁷³ Cfr. Nash y Cibinic 2004: 31.

electrónica es llevado a cabo; pudiendo las entidades federales crear su propio sistema, contratar los servicios de terceros (por ejemplo, FedBid, Inc), o utilizar el sistema Buyers.Gov de la GSA. Es más, cabe mencionar que los software de subasta inversa son ofrecidos por proveedores privados a través del programa “Multiple Award Schedules (MAS)” [Catálogos de Buenas Pro Múltiples] administrado por la GSA.⁷⁴

2.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en los Estados Unidos

2.4.1 Ventajas

La práctica de la subasta inversa electrónica por las entidades federales de los Estados Unidos presenta las mismas ventajas identificadas en el régimen peruano (Subcapítulo 1.4.1); tales como: eficiencia, economía, transparencia, competencia y descentralización de las compras públicas.

Sin embargo, en el régimen estadounidense estos beneficios se presentan naturalmente con ciertas particularidades. Por ejemplo, el beneficio referido al ahorro obtenido en el precio de venta del bien o servicio adquirido, así como en los costos administrativos (eficiencia o valor por el dinero), depende en

⁷⁴ El programa MAS de la GSA está diseñado para proveer a las entidades federales, a través de un proceso simplificado, de bienes y servicios comunes en el mercado a precios y descuentos directamente asociados a los volúmenes de compra. La oficina respectiva de la GSA, responsable de cada producto o servicio MAS, se encarga de emitir publicaciones conocidas como “Federal Supply Schedules (FSS)” [Catálogos de Abastecimiento Federal], los cuales contienen la información necesaria que permita a las entidades federales colocar órdenes de compra o de servicio con cualquiera de los contratistas preseleccionados por la GSA. (Cfr. Burke 2000: 5.)

la mayoría de los casos del análisis que las entidades federales hagan sobre la conveniencia de aplicar la subasta inversa electrónica en determinado proceso de contratación; puesto que la entidad convocante deberá considerar el costo del servicio del tercero que provee el sistema (software) de subasta; ya sea que lo asuma mediante un pago directo al proveedor del sistema, o mediante un recargo en el precio final de bien o servicio impuesto por el contratista.⁷⁵

2.4.2 Riesgos

Dado que la subasta inversa electrónica en los Estados Unidos es una modalidad de contratación que si bien se entiende permitida, no se encuentra regulada; ésta presenta riesgos muy particulares, a diferencia de los otros sistemas comprados, entre ellas: ausencia de regulación, uso excesivo y conflicto de intereses. Sin embargo, también comparte algunos de los riesgos identificadas en el sistema peruano y europeo, tales como: prácticas anticompetitivas y precios anormalmente bajos.

a) Ausencia de regulación:

Según Timothy Palmer, la Sección 15 del FAR vigente aun plantea muchas interrogantes, como por ejemplo: ¿El hecho que ya no se contemple una prohibición expresa

⁷⁵ Cfr. Nash y Cibinic 2004: 29.

de emplear la subasta inversa electrónica significa que está ampliamente permitida?; ¿En cuál de las modalidades de contratación reconocidas por el FAR (Sobre Sellado o Procedimiento Negociado) es conveniente emplear la subasta inversa electrónica?; ¿La subasta inversa electrónica cumple con los lineamientos de la Sección 15 del FAR que exigen que los postores y las entidades convocantes discutan sobre el contenido de las propuestas?; etc.⁷⁶

La ausencia de adecuados lineamientos sobre el empleo de la subasta inversa electrónica ocasiona que sea cada entidad federal la que establezca las reglas y procedimientos que debe seguir cada proceso de subasta inversa que convoque; incrementándose así el riesgo de que algunos de estos procesos carezcan de los condicionamientos mínimos para que la etapa de puja de precios sea llevada a cabo en equidad de condiciones para los participantes.

No obstante ello, la falta de regulación no ha limitado el empleo de la subasta inversa electrónica en los Estados Unidos. Desde el 2000, el FedBid ha facilitado cerca de 17,000 subastas inversas en línea para entidades federales y el Departamento de Estado ha ejecutado por si solo al menos 4,700 subastas inversas para

⁷⁶ Cfr. Plamer, Dover y McGovern 2000: 2.

contrataciones que en conjunto suman un valor de \$169 millones.⁷⁷

Un ejemplo de las incertidumbres que genera la falta de regulación es el caso presentado por Ralph C. Nash y John Cibinic, ambos profesores del Programa de Contratos del Estado de la Universidad de George Washington, en donde la GAO desestimó un recurso de impugnación presentado por un postor y apoyó la decisión de la entidad convocante de reabrir el periodo de puja de precios de una subasta argumentando que el anuncio emitido por ella sobre el tiempo restante para la mejora de precios había resultado ser ambiguo.⁷⁸ Con el objeto de garantizar un trato justo y equitativo a todos los postores participantes en un proceso de selección, en la mayoría de regímenes de contratación pública se dispone que las propuestas presentadas fuera del plazo establecido por la entidad convocante deben ser rechazadas; y la subasta inversa electrónica no tendría porque ser una excepción a dicha regla. Por tanto, el caso antes expuesto hace evidente la necesidad del régimen estadounidense de contar con una reglamentación básica sobre el procedimiento operativo de la subasta inversa electrónica que permita facilitar la

⁷⁷ Cfr. Volk 2007: 129.

⁷⁸ Nash y Cibinic 2000: 69-70.

continuidad del periodo de puja hasta su conclusión bajo reglas claras para todos los concursantes.

b) Uso excesivo:

Si bien el memorándum de la OFPP del 2004 incentiva a las entidades federales a utilizar los servicios de contratación electrónica disponibles en el mercado a fin de adquirir bienes y servicios comerciales, este documento omite precisar qué tipo de bienes y servicios comerciales pueden adquirirse por medio de subastas inversas, así como indicar en qué supuesto(s) las subastas inversas resultan apropiadas.⁷⁹

Esta carencia de reglas y/o lineamientos respecto de la oportunidad de uso de la subasta inversa electrónica naturalmente ocasiona que las entidades federales tiendan a usar excesivamente esta técnica de contratación. Ello se debe principalmente a las siguientes razones:

- Novedad de la subasta inversa electrónica en las contrataciones públicas.

Christopher Yukins y Don Wallace comentan que, por la novedad de esta modalidad de contratación es lógico que las entidades federales tiendan a utilizarla desmedidamente, especialmente en aquellas adquisiciones complicadas.⁸⁰

⁷⁹ Cfr. Nash y Cibinic 2004: 29.

⁸⁰ Cfr. Yukins y Wallace 2005: 196.

- Simplificación del proceso de adquisición.

Tal como se ha señalado anteriormente al comentar el principio de economía (Subcapítulo 1.4.1, b)), la subasta inversa electrónica es una técnica de contratación que permite simplificar los procedimientos de compras gracias a una serie de aspectos: la post-evaluación técnica, la reducción significativa de los plazos entre la convocatoria y la presentación de propuestas, la menor intervención del personal de la entidad convocante en el procedimiento operativo de la subasta, el empleo de mecanismos de evaluación automática, etc.

Por tanto, ante la falta de reglas claras, es fácil comprender que las entidades federales van a elegir conducir procesos de selección simples en donde generalmente los criterios de evaluación se basan exclusivamente en factores económicos (precio), a pesar que los objetos de contratación sean bienes y/o servicios que por su naturaleza y características requieran ser evaluados ponderando tanto criterios técnicos como económicos a fin de hacer más eficiente la adquisición.⁸¹

- Promoción de la subasta inversa electrónica por las empresas proveedoras de programas informáticos.

⁸¹ Yukins y Wallace 2005: 197.

Otro factor que contribuye al uso desmedido de la subasta inversa electrónica en los Estados Unidos es la política de promoción que las empresas privadas que ofrecen sistemas (software) de subasta inversa en línea aplican hacia las entidades federales para que éstas elijan conducir subastas inversas por sobre otros mecanismos de contratación.⁸² Ralph C. Nash y John Cibinic comentan que las empresas privadas que elaboran software y programas de subasta para el mercado comercial también emplean agresivas estrategias para incentivar a las entidades federales a contratar los programas de subasta electrónica que ellas desarrollan.⁸³

c) Conflicto de intereses:

Como se ha señalado anteriormente, el sistema de contratación estadounidense permite a las entidades federales ejecutar subastas inversas electrónicas empleando sistemas o programas de subasta en línea ofrecidos por terceros (proveedores de programas informáticos o prestadores de servicios).

Bajo este esquema, se debe tener presente que estos proveedores, al conducir la subasta o al albergar la subasta en su programa, tienen la posibilidad de acceder

⁸² Cfr. Yukins y Wallace 2005: 196.

⁸³ Cfr. Nash y Cibinic 2000:67.

tanto a las propuestas de los postores como a los criterios de evaluación y otra información reservada de la entidad convocante⁸⁴; existiendo así el riesgo de que esta información pueda ser usada posteriormente por esta empresa proveedora con el fin de posicionarse en una situación más ventajosa respecto de su competencia.⁸⁵

Aquí se ha descrito un típico caso de conflicto de intereses, el cual Daniel I. Gordon, asesor legal de la GAO, define como conflicto de interés generado por acceso desigual a información. Esta clase de conflicto de intereses surge cuando una empresa, a través de un contrato de servicios con una entidad pública, ha tenido acceso a información no hecha pública, colocándola así en una situación más ventajosa respecto del resto de participantes en un proceso de selección, generalmente convocado por la misma entidad pública.⁸⁶

Definitivamente, esta situación merma la confianza de los proveedores en el procedimiento de contratación que se realiza mediante una subasta inversa.

d) Precios anormalmente bajos:

El término “buying-in” empleado por el FAR se refiere a la conducta de ofrecer en un proceso de selección precios anormalmente bajos con la finalidad de elevar

⁸⁴ El régimen de contratación federal de los Estados Unidos no exige a las entidades revelar a los participantes de un proceso de selección la ponderación de los criterios de evaluación a ser utilizados en el proceso.

⁸⁵ Cfr. Bruke 2000: 6.

⁸⁶ Cfr. Gordon 2005: 32.

posteriormente - durante la ejecución contractual - el monto del contrato suscrito con el entidad contratante, por ejemplo, mediante prestaciones adicionales o complementarias.

El FAR claramente desalienta este tipo de conductas; no obstante ello, bajo el régimen de contratación federal, el simple hecho objetivo de ofrecer precios por debajo del margen no es una conducta prohibida, pues de hecho, es una práctica común entre los proveedores el reducir sus precios considerablemente como parte de sus estrategias de comercialización.⁸⁷

Al respecto, la “ABA’s Public Contract law Section” [Sección de Contratos Públicos de la Asociación Americana de Abogados] comentó que, en las contrataciones públicas en general, la práctica de “buying-in” no debe ser ni desalentada ni limitada; ya que, de conformidad con la sección 15.402(a) del FAR, las entidades federales tan sólo están obligadas a obtener precios “justos” y “razonables”, y es en base a dichos criterios que supuestamente están facultadas a rechazar aquellas ofertas que consideren contengan precios anormalmente bajos. Por tanto, la “ABA’s Public Contract law Section” sugiere que sería un práctica apropiada para las subastas inversas electrónicas que

⁸⁷ Cfr. Yukins 2005: 199.

también se exija las entidades federales obtener precios bajo estas condiciones (precios “justos” y “razonables”).

Como se puede apreciar, en el sistema estadounidense no es claro si la entidad convocante puede o no rechazar una oferta por ser irreal, ni están definidos los criterios y procedimientos para ejercer dicha facultad a fin de evitar abusos o excesos por parte de las entidades. Por ende, aun se mantiene la preocupación por la presentación de precios anormalmente bajos, y particularmente en las subastas inversas electrónicas.

Es curioso resaltar que esta preocupación no sólo es exclusiva de las entidades federales, quienes en su mayoría consideran que la adjudicación de un contrato basado en el precio como único factor de evaluación puede resultar en una falsa economía si luego dicho contrato está sujeto a incumplimientos defectuosos, tardíos o insatisfactorios, y que más tarde se traducen en adicionales costos administrativos para ellas; sino también es una preocupación compartida con los potenciales proveedores del gobierno federal, quienes hoy por hoy, según Daniel Volk, estudiante de leyes de la Universidad de George Washington, son los principales opositores al empleo de la subasta inversa electrónica en el régimen de contratación federal. Para tal efecto, Volk cita a Steve Kelman, ex Administrador de

la OFPP, quien explicaba que el Estado de Pensilvania había intentado aplicar técnicas de subasta inversa en proyectos de construcción; sin embargo, el proyecto se vio frustrado ante la fuerte oposición por parte del sector de construcción que argumentaba que las subastas inversas fomentaban la presentación de ofertas con precios anormalmente bajos y que no garantizaban al estado la adquisición de bienes y servicios de calidad.⁸⁸

⁸⁸ Cfr. Volk 2007: 128.

CAPÍTULO 3

LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

3.1 Antecedentes

Jean-Jacques Verdeaux, especialista en contratación pública del Banco Mundial, afirma que la Comunidad Europea no es una simple área de libre comercio ni una comunidad de federaciones, sino una formación original sin equivalencia alguna en el mundo. La Comunidad Europea tiene dos niveles de autoridad para la toma de decisiones: la europea y la nacional; y es por ello que Verdeaux precisa que para entender el régimen legal de la contratación pública en Europa es necesario conocer el sistema en ambos niveles.⁸⁹

Bajo el contexto europeo, tenemos dos normas elementales: El Tratado de la Comunidad Europea y las Directivas. El Tratado de la Comunidad Europea es la base de la contratación pública europea a pesar de no hacer mención expresa del tema. Este vacío simplemente revela que este asunto no fue originalmente identificado como un elemento de construcción del mercado común europeo; no obstante ello, algunas disposiciones del Tratado tuvieron gran impacto en el desarrollo posterior de las políticas sobre contratación pública, tal como el principio de libertad de comercialización de los bienes que prohíbe cualquier restricción cuantitativa a la importación o exportación entre los estados miembros.

⁸⁹ Cfr. Verdeaux 2003:719.

Esta libre comercialización de bienes y servicios posteriormente permitió la implementación del principio de no discriminación basado en nacionalidad, a fin de que proveedores extranjeros pudiesen participar con sus productos y servicios en el mercado de las contrataciones públicas de otros estados miembros, eliminándose así toda restricción que limitaba el acceso sólo a los proveedores nacionales.⁹⁰

Las Directivas son las principales normas que rigen la contratación pública europea, y regulan la contratación de bienes, servicios y obras. Estas Directivas son aplicables a las entidades del gobierno central, local y regional; por tanto, desde el Gobierno Federal de Alemania hasta el pueblo más pequeño de Italia están sujetos a las mismas normas cuando sus contrataciones exceden de cierto valor. Las Directivas regulan sólo aquellos aspectos relacionados a la etapa de selección de un proceso de adquisición, mas no contiene disposiciones referidas a la administración de un contrato estatal. Inicialmente, las Directivas excluían de su ámbito las contrataciones referidas a obras de infraestructura pública y servicios públicos pertenecientes a los sectores de saneamiento, energía, transporte y telecomunicaciones.⁹¹

Las Directivas son tan sólo un marco normativo de las contrataciones públicas y tienen por objeto lograr un mercado interno dentro de la Comunidad Europea. Las reglas y disposiciones de las Directivas son generalmente complementadas por la regulación nacional de cada estado miembro o por las políticas u normas emitidas por las mismas entidades públicas, las cuales están principalmente enfocadas al logro de los

⁹⁰ Cfr. Verdeaux 2003: 720-721.

⁹¹ Cfr. Verdeaux 2003: 720-721.

objetivos establecidos por el mismo estado y/o entidad, tales como: eficiencia, prevención de corrupción, etc.⁹² Dado que las Directivas tan sólo indican los requerimientos legales mínimos que las normas de los estados miembros deben atender en base a los objetivos europeos, los gobiernos nacionales y sus parlamentos no están limitados a ir más allá en la implementación de las Directivas. Por ejemplo, es posible que la norma de un estado miembro disponga que la publicación del aviso de convocatoria es obligatoria a partir de un valor menor a aquel establecido por la Directiva. Sin embargo, en algunas temas, las Directivas dejan poca libertad a los estados miembros para apartarse de lo establecido en ellas, especialmente en aquellos asuntos de no discriminación y trato nacional.⁹³ Es por esta razón que, Sue Arrowsmith precisa que las Directivas europeas no pretenden proveer de un detallado conjunto de normas sobre cómo conducir un proceso de subasta inversa electrónica, y por ende no contienen el detalle que normalmente se espera de las leyes nacionales.⁹⁴

Finalmente, es oportuno mencionar que los gobiernos de los estados miembros están obligados a reportar a la Comisión Europea⁹⁵ todas las leyes y reglamentos que éstos adopten a un nivel nacional, a fin de que este órgano pueda supervisar y llevar un control de la correcta implementación de las Directivas.⁹⁶

⁹² Cfr. Arrowsmith 2005: 204.

⁹³ Cfr. Verdeaux 2003: 723-724.

⁹⁴ Cfr. Arrowsmith 2005: 204.

⁹⁵ La Comisión Europea es la rama ejecutiva de la Comunidad Europea. Este cuerpo es responsable de proponer la legislación, la aplicación de las decisiones, la defensa de los tratados de la Unión y, en general, se encarga del día a día de la Unión.

⁹⁶ Cfr. Verdeaux 2003: 724-725.

3.2 Marco Normativo de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

En marzo del 2004, la Comunidad Europea adoptó dos nuevas Directivas sobre contratación pública: la Directiva No. 2004/18/CE, la nueva Directiva del Sector Público (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios); y la Directiva No. 2004/17/CE, la nueva Directiva de Servicios Públicos (sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales). Estas dos Directivas reemplazaron a las Directivas del Sector Público Nos. 93/37 (Directiva de Obras), 93/36 (Directiva de Bienes) y 92/50 (Directiva de Servicios); y a la Directiva de Servicios Públicos No. 93/38, respectivamente. Las nuevas Directivas entraron en vigencia el 31 de enero de 2006.

El desarrollo de la sociedad de la información definitivamente fue uno de los principales móviles para la reforma de las Directivas. Es por esta razón que en las nuevas Directivas se incluyeron una serie de disposiciones que tienen como propósito asegurar que el marco legal de las contrataciones públicas y servicios públicos facilite y promueva el uso de medios electrónicos en los procesos de selección.

Como consecuencia de lo anterior, las nuevas Directivas permiten de forma expresa el uso de medios electrónicos y tecnológicos, incluyendo la facultad de las entidades públicas de obligar a los postores emplear dichos medios. Al mismo tiempo, las nuevas Directivas incluyen nuevos

controles sobre los medios electrónicos, los cuales buscan asegurar que los proveedores no estén impedidos de participar en los procesos de selección convocados, ya sea por falta de seguridad y/o confidencialidad en los sistemas electrónicos, o por inaccesibilidad a los medios empleados. Asimismo, debido a la velocidad de las comunicaciones electrónicas, las nuevas Directivas adaptan las reglas existentes sobre contratación electrónica, haciendo una notable reducción en los plazos y tiempos. Finalmente, las nuevas Directivas permiten de forma expresa el uso de la subasta inversa electrónica y regula la forma como ésta debe ser conducida.⁹⁷

Es oportuno señalar que el valor de la subasta inversa electrónica como técnica o modalidad de contratación es reconocido por las nuevas Directivas en una serie de disposiciones. Es más, la “Office of Government Commerce (OGC)” [Oficina de Comercio Estatal]⁹⁸ del Reino Unido, emitió unos lineamientos sobre la subasta inversa electrónica en donde, entre otros, sugiere que la subasta es una herramienta adecuada para los Procedimientos Negociados del sector público.

3.3 Lineamientos Generales del Procedimiento Operativo de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

⁹⁷ Cfr. Arrowsmith 2005: 203-204.

⁹⁸ La OGC es un órgano independiente del Ministerio de Economía del Reino Unido, la cual fue establecida para apoyar al gobierno a realizar un gasto eficiente de sus recursos. Entre los objetivos de la OGC está: el de asegurar la ejecución de proyectos a tiempo y bajo las condiciones de calidad establecidas; cooperar con el desarrollo sostenible de los proyectos del gobierno; apoyar en el logro de los objetivos gubernamentales, incluyendo innovación, uniformidad y soporte a las pequeñas y medianas empresas; y llevar adelante el mejoramiento de las contrataciones del gobierno central. La OGC provee estándares, políticas y lineamientos sobre las mejores prácticas en la contratación pública, proyectos y la administración del estado. (Cfr. www.ogc.gov.uk)

El régimen de contratación pública de la Comunidad Europea prevé tres tipos o modelos de subasta:

El modelo 1 consiste en que todos los factores de evaluación se encuentran sometidos a la subasta. En la mayoría de casos el precio es el único factor de evaluación, sin embargo también es posible aplicar este modelo a aquellos procesos que tienen factores de evaluación técnicos que puedan expresarse en términos monetarios. Un factor clave de este modelo es que, durante la etapa de puja, los postores tienen pleno conocimiento si su oferta es la mejor oferta respecto de las demás; y por consiguiente, cuando la subasta culmina, los postores por si solos pueden identificar cuál es la oferta ganadora.⁹⁹

Por el contrario, bajo el modelo 2 de subasta, el proceso de selección en cuestión emplea doble metodología de evaluación y sólo una de ellas está sujeta a la técnica de subasta. Los criterios de evaluación que no son parte de la subasta son aplicables en una etapa previa, y generalmente, son factores de carácter técnico, tales como aquellos referidos a la calidad del producto o servicio a adquirir. Antes de la fase de subasta, los aspectos de la propuesta que no son evaluables durante dicha etapa son meritados y convertidos a un valor equivalente a un precio; a fin de que durante el periodo de puja, el sistema o programa de subasta pueda informar automáticamente a los postores sobre su posición o ranking respecto del proceso en general. Esto es posible gracias al empleo de software que automáticamente evalúan todas las propuestas mientras la etapa de puja se encuentra en curso, tomando en consideración tanto los

⁹⁹ Cfr. Arrowsmith 2005: 205.

resultados de la evaluación en la etapa previa de subasta como los otros aspectos (precio) presentados durante la etapa de puja. Bajo este modelo, los postores pueden conocer su estado o posición respecto del proceso en general, tanto durante la etapa de puja, como cuando la subasta culmina.¹⁰⁰

Finalmente, el modelo 3 de subasta es aquel en que la entidad pública también considera tanto criterios de evaluación sujetos a la etapa de subasta como otros criterios que no forman parte de ella; sin embargo, bajo este modelo, durante la etapa de puja de precios, los postores no están informados de cómo los criterios de evaluación ajenos a la etapa de subasta afectan su posición o ranking en la puja de precios. Durante la etapa de subasta, los postores tan sólo reciben información sobre su estado o ranking estrictamente en base a su oferta (precio) en comparación con las ofertas de los otros postores. A diferencia de los modelos 1 y 2, los postores no están en la capacidad de determinar por sí solos, durante la etapa de subasta o al final de ésta, cuál es la mejor oferta presentada desde una perspectiva global del proceso de contratación; lo cual recién se conocerá cuando la entidad contratante, culminada la fase de subasta, aplique los criterios de evaluación de la etapa previa a la subasta para obtener una calificación final por postor.

Respecto del modelo 3, Sue Arrowsmith comenta que esta situación (el que los postores no conozcan su posición o ranking respecto de los demás concursantes) elimina esa presión natural que el propio calor de la subasta ejercía en los postores para mejorar sus ofertas (hacerlas más

¹⁰⁰ Cfr. Arrowsmith 2005: 205-206.

económicas). Por tanto, analizando esta situación en términos exclusivamente de eficiencia (valor por el dinero), este modelo 3 resulta menos eficiente que los modelos 1 y 2, ya que durante la puja no se generan los correctos incentivos hacia los postores para que éstos presenten su mejor oferta. No obstante ello, Sue Arrowsmith alega que las entidades públicas suelen verse atraídas a aplicar este modelo 3, ya que les permite aplicar cierto nivel de discrecionalidad al balancear los criterios de evaluación de la etapa previa a la subasta con los precios presentados en la etapa de puja para obtener un resultado final; en lugar de hacer esta valorización de forma mecánica. Finalmente, el modelo 3 puede a su vez dividirse en dos tipos. Bajo el modelo 3a los criterios de evaluación que no se aplican durante la subasta son abiertos y evaluados de forma previa a la subasta. Bajo el modelo 3b, son abiertos y evaluados después de la subasta.¹⁰¹

Las nuevas Directivas contienen disposiciones expresas sobre la subasta inversa electrónica, las cuales autorizan su uso y además regulan la forma cómo ésta es conducida. La subasta inversa electrónica es definida por ambas Directivas como:

“(...) un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos.” (Directiva No. 2004/18/CE 2004: Art. 1(7); No. 2004/17/CE 2004: Art. 1(6))

Por la amplitud de esta definición, se puede deducir que las entidades públicas están expresamente autorizadas a llevar a cabo subastas

¹⁰¹ Cfr. Arrowsmith 2005: 205-206.

usando los modelos 1 y 2. Sin embargo, no están autorizadas a emplearlas en aquellos procesos en donde los postores no están en capacidad de determinar por sí solos el resultado de la subasta cuando esta concluya; es decir, el modelo 3.¹⁰²

Asimismo, de dicha definición se puede interpretar que la subasta inversa electrónica no es un mecanismo de contratación independiente, sino una técnica complementaria a uno de los mecanismos de contratación reconocidos en la Comunidad Europea: Procedimiento Abierto, Restringido, Negociado o Diálogo Competitivo¹⁰³, e incluso es aplicable cuando se contrate a través de convenios marco. Por tanto, las subastas inversas electrónicas deben ser conducidas, tanto en base a las disposiciones de las Directivas que regulan de forma especial la subasta,

¹⁰² Cfr. Arrowsmith 2005: 209.

¹⁰³ El régimen de contratación pública de la Comunidad Europea prevé los siguientes tipos de modalidades de selección:

- a) El Procedimiento Abierto: En un procedimiento abierto cualquier proveedor puede presentar una oferta.
- b) El Procedimiento Restringido: En un procedimiento restringido cualquier proveedor podrá solicitar su participación, pero únicamente aquellos que sean invitados podrán presentar una oferta.
- c) El Procedimiento Negociado: En los procedimientos negociados las entidades públicas consultan con los proveedores de su elección y negocian con ellos las condiciones del contrato.
El Procedimiento Negociado se justifica en casos excepcionales, por ejemplo, cuando se trate de adquisición de bienes cuyas características o riesgos no permitan fijar previamente los precios; adquisición de obras realizadas únicamente con fines de investigación o de experimentación; en los casos en los que no se haya presentado ninguna oferta en respuesta a un procedimiento abierto o restringido; cuando el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad; en caso de urgencia imperiosa, como consecuencia de hechos imprevisibles; etc.
- d) El Diálogo Competitivo: Las entidades públicas podrán recurrir al diálogo competitivo en el caso de contratos complejos, es decir cuando no puedan definir solos las soluciones técnicas a sus necesidades o no puedan elaborar la estructura jurídica y financiera de un proyecto. Los grandes proyectos de infraestructuras parecen prestarse a este tipo de diálogo. Bajo este tipo de proceso las entidades invitarán a los candidatos seleccionados (tres como mínimo), al mismo tiempo y por escrito, a dialogar. Se iniciará el diálogo, que podrá desarrollarse en varias fases, y continuará hasta la definición de las soluciones (técnicas o financiero-jurídicas). Al término del diálogo, los candidatos presentarán su oferta definitiva.

como en base a las reglas generales de los mecanismos de contratación básicos antes mencionados.

En el caso del Procedimiento Negociado, Sue Arrowsmith comenta que las nuevas reglas de las Directivas sobre subastas tienden a reducir significativamente el nivel de discrecionalidad que normalmente se permite en este tipo de modalidad de contratación. A pesar de ello, las entidades públicas aun se pueden verse atraídas a elegir el procedimiento negociado dada la flexibilidad y discrecionalidad que aun se podría mantener en las etapas previas a la subasta.¹⁰⁴

Asimismo, como se señaló anteriormente, la subasta inversa electrónica podría ser usada en los convenios marco por las entidades públicas usuarias de dicho convenio. La subasta podría tener lugar momentos antes que las entidades usuarias coloquen las órdenes de compra o servicios, es decir como parte de las minis competencias que las entidades están facultadas a llevar a cabo entre los proveedores del catálogo.¹⁰⁵

Al respecto, cabe mencionar que la OCG del Reino Unido desarrolló una herramienta en línea denominada “eAuction Decisión Tool” [Herramienta de Decisión para la Subasta Inversa Electrónica] mediante cual se asiste a las entidades públicas de dicho país en el proceso de planificación de sus contrataciones para determinar si es conveniente o no aplicar la técnica de subasta en determinada adquisición.¹⁰⁶

Por otro lado, las nuevas Directivas condicionan el uso de la subasta inversa electrónica al uso de especificaciones técnicas precisas. Tanto la

¹⁰⁴ Cfr. Arrowsmith 2005: 210.

¹⁰⁵ Cfr. Arrowsmith 2005: 210-211.

¹⁰⁶ Cfr. Arrowsmith 2005: 211.

Directiva del Sector Público como la Directiva de Servicios Públicos permiten a las entidades públicas usar la subasta inversa electrónica *“cuando las especificaciones de dicho contrato puedan establecerse de manera precisa”* (Directiva No. 2004/18/CE 2004: Art. 54(2); Directiva No. 2004/17/CE 2004: Art. 56(2)). El propósito de esta restricción parece ser el asegurar que los aspectos de las propuestas presentadas en la fase de subasta puedan a ser evaluadas de forma automática en base a las mismas condiciones. Por consiguiente, esto demanda a la entidad convocante a determinar de forma previa a la etapa de subasta las especificaciones técnicas del bien, servicio u obra a adquirir; estando por tanto prohibidas de emplear la subasta en el caso de determinados contratos de servicios y obras que impliquen el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras.

Finalmente, ambas Directivas listan la información que las bases deben contener, en cumplimiento del principio de transparencia, tal como: los elementos cuantificables (cifras o porcentajes) a los que se refiere la subasta y las diferencias mínimas que se exigirán para pujar; el desarrollo de la subasta y las especificaciones técnicas; etc.

3.4 Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en la Comunidad Europea

3.4.1 Ventajas

Gran parte de las ventajas atribuidas a la subasta inversa electrónica en el Perú y los Estados Unidos, mencionadas en

el Capítulo 1.4.1 y 2.4.1, respectivamente, son también aplicables a aquellas conducidas por las entidades públicas de los países miembros de la Comunidad Europea; tales como: eficiencia, economía, transparencia, competencia y descentralización de las compras públicas. Sin embargo, una particularidad del régimen europeo, y que no se aprecia particularmente en el régimen peruano, es el trato no discriminatorio respecto de la aplicación de medios de comunicación electrónicos.

a) No discriminación:

A través de un Documento de Trabajo emitido por la Comisión Europea, complementario a las Directivas, se establecen lineamientos y reglas sobre las comunicaciones electrónicas con la finalidad de evitar situaciones de discriminación en su aplicación. El Documento de Trabajo dispone que las herramientas electrónicas que se exijan usar a los postores en los procesos de selección no deban ser discriminatorias y deben ser capaces de operar junto con las tecnologías de la información y comunicación de uso general (interoperabilidad).

Asimismo, este Documento de Trabajo exige que los sistemas informáticos que las entidades públicas empleen deben ser software comercial de fácil acceso, adquirible a costos razonables, de fácil instalación y de uso amigable;

e incluso dispone que si la herramienta electrónica no es de fácil adquisición, la entidad contratante es responsable de hacerlo disponible a todos los postores.¹⁰⁷

3.4.2 Riesgos

La subasta inversa electrónica en el régimen europeo comparte riesgos tanto con el sistema peruano como con el estadounidense, con ciertas particularidades. Dichos inconvenientes son: excesiva regulación, uso restrictivo, prácticas anticompetitivas, trato parcializado y precios anormalmente bajos.

a) Excesiva regulación:

Sue Arrowsmith argumenta que las Directivas contienen disposiciones demasiado detalladas sobre cómo las entidades públicas deben conducir una subasta inversa electrónica, a pesar de que las Directivas no hacen lo mismo respecto de los otros tipos de procedimientos. Si bien se puede argumentar que este nivel de detalle se justifica debido a la novedad de esta técnica de contratación, Arrowsmith opina que hubiese sido mejor proveer simplemente lineamientos y no normas de cumplimiento obligatorio.

A esto se agrega el hecho que las reglas sobre la subasta inversa electrónica fueron incluidas en las nuevas Directivas en la etapa final del proceso legislativo del Parlamento Europeo y

¹⁰⁷ Cfr. Bickerstaff 2006: 19.

del Consejo de la Comunidad Europea, dejándose poco tiempo para que dichas reglas fueran consultadas y debidamente debatidas. Originalmente se había previsto que las Directivas tan sólo trataran temas esenciales de las comunicaciones electrónicas, y que aquellos problemas más complejos o novedosos, como es el caso de la subasta inversa electrónica, serían regulados más adelante y con mayor detalle y cuidado.

Por lo expuesto, Sue Arrowsmith concluye que hubiese sido ideal que las Directivas tan sólo mencionaran que las entidades públicas podían hacer uso de la subasta inversa electrónica, siempre y cuando sean conducidas de conformidad con las demás disposiciones de las Directivas; siendo esto complementado con alguna comunicación u otro tipo de guía de la Comisión Europea que desarrollase en detalle el uso de esta técnica de contratación.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Cfr. Arrowsmith 2005: 226.

CAPÍTULO 4

OTROS MARCOS NORMATIVOS QUE REGULAN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

4.1 El Acuerdo sobre la Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es por ahora el único acuerdo jurídicamente vinculante de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que trata específicamente la contratación pública. Es un tratado plurilateral administrado por un Comité de Contratación Pública que está compuesto por los Miembros de la OMC que son partes en el ACP. El ACP se negoció por primera vez durante la Ronda de Tokio y entró en vigor el 1º de enero de 1981.

Antes de la entrada en vigencia del ACP, temas sobre contratación pública no eran incluidos en tratados internacionales. Es por ello que cuando en 1947 se estableció el “General Agreement on Tariffs and Trade” (GATT) [Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles], las obligaciones de trato nacional y no discriminación de la GATT no eran aplicables a las normas y regulaciones existentes sobre compras de productos adquiridos con propósitos gubernamentales. Bajo este contexto, las entidades públicas de los estados miembros del GATT

tenían la facultad de favorecer a los proveedores locales aplicando políticas que incentivan la compra de productos nacionales.¹⁰⁹

El objeto del ACP es abrir la mayor parte posible de las operaciones del sector público a la competencia internacional; por ende, este acuerdo está encaminado a aumentar la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relacionados con la contratación pública, y a garantizar la no protección de los productos o proveedores nacionales, es decir, la no discriminación de productos o proveedores extranjeros.

El ACP se basa en los principios de apertura, transparencia y no discriminación, aplicables a las actividades de contratación de las partes que lo han suscrito para beneficio de esas partes y de sus proveedores, mercancías y servicios. El texto del ACP comprende las normas específicas que ponen en aplicación esos principios.

El ACP consta de dos elementos: normas y obligaciones generales, y listas de las entidades nacionales de cada país signatario cuya contratación está sujeta al ACP. Gran parte de las normas y obligaciones generales se refieren a los procedimientos de selección.

La versión vigente del ACP se negoció en la Ronda Uruguay en 1994. En estas negociaciones se llegó a duplicar su ámbito de aplicación, abriendo a la competencia internacional entidades de gobiernos centrales y locales cuyas compras ascienden en conjunto a varios cientos de miles de millones de dólares anuales. El ACP vigente extiende también su ámbito de aplicación a los servicios (con inclusión de los de construcción); a la contratación realizada por las entidades de los gobiernos subcentrales

¹⁰⁹ Cfr. Heilman Grier 2006: 386-387.

(por ejemplo, Estados federados, provincias, departamentos y prefecturas); y a la contratación realizada por empresas de servicios públicos. El actual ACP entró en vigor el 1º de enero de 1996 y tiene 28 signatarios, tales como: Canadá, Comunidad Europea (con respecto a sus 27 estados miembros), Corea, Estados Unidos, Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajo respecto de Aruba, Singapur y Suiza.¹¹⁰ Cabe mencionar que Perú es miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995, mas no es signatario del ACP.

Tanto el texto como cobertura del ACP están sujetos a permanente negociación en la OMC. Uno de los propósitos de estas negociaciones es mejorar y actualizar el acuerdo a la luz de los desarrollos en la tecnología de la información y en las técnicas de contratación. Actualmente, las negociaciones se encuentran en una etapa muy intensa y dinámica, y son conducidas a través de reuniones informales plurilaterales entre las partes, complementadas por reuniones bilaterales en donde se tratan temas de acceso a mercados.¹¹¹ Es así que, el 8 de diciembre de 2006, el Comité de Contratación Pública de la OMC aprobó provisionalmente una revisión completa del texto del ACP, la cual constituirá la revisión más grande de dicho acuerdo desde su implementación en 1981. El texto en modificación mejora significativamente el actual texto del ACP a través de la incorporación de nuevas disposiciones que tienen en consideración los nuevos desarrollos en materia de contratación pública, entre ellos, la subasta inversa electrónica.

¹¹⁰ Cfr. OMC 2009.

¹¹¹ Cfr. Anderson 2006: 169.

Sin embargo, el ACP en revisión (versión 2006) no hace más que tratar de forma general la subasta inversa electrónica, evitando regular en detalle el procedimiento que un proceso de subasta inversa debe seguir. El Artículo I, literal e), de la ACP en revisión, define a la subasta electrónica como:

“(...) un proceso iterativo en el que los proveedores utilizan medios electrónicos para presentar nuevos precios o nuevos valores para los elementos de la oferta cuantificables distintos del precio, o ambos, que están vinculados con los criterios de evaluación, y que da lugar a una clasificación o una reclasificación de ofertas;”

Por otro lado, la ACP en revisión se preocupa por disponer cuál es la información mínima que debe ser puesta en conocimiento de todos los postores cuando la entidad convocante pretenda adjudicar un contrato empleando la subasta inversa electrónica. El Numeral 2, literal f), del Artículo VII señala que, a través del anuncio de la convocatoria, se deberá informar a los proveedores que se empleará la subasta electrónica como método de contratación. El Numeral 7, literal e), del Artículo X establece que, las bases (o pliego de condiciones) deberán incluir una descripción completa de las reglas según las cuales se realizará la subasta, incluyendo la identificación de los elementos criterios de evaluación. Finalmente, el Artículo XIV dispone que, cuando una entidad contratante se proponga realizar una contratación utilizando una subasta inversa electrónica, se deberá proporcionar a los participantes la siguiente información:

“a) el método de evaluación automática, incluida la fórmula matemática, que se basa en los criterios de evaluación establecidos en el pliego de condiciones y que se utilizará en la clasificación o reclasificación automática durante la subasta;

- b) *los resultados de las evaluaciones iniciales de los elementos de su oferta, cuando el contrato ha de adjudicarse sobre la base de la oferta más ventajosa; y*
- c) *toda otra información pertinente sobre la realización de la subasta.*¹¹²

4.2 La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios fue adoptada por la CNUDMI en su 27º periodo de sesiones celebrado en Nueva York del 31 de mayo al 17 de junio de 1994, y fue diseñada para asistir a los países en la reforma y modernización de sus normas sobre contratación pública.¹¹³

Las disposiciones de la Ley Modelo tienen por objeto asegurar competencia, transparencia, trato igualitario y objetividad en las contrataciones públicas. Es así que la Ley Modelo cubre todos los procedimientos y principios esenciales para conducir procesos de adquisición bajo diversos tipos de circunstancias; tratando materias, tales como: cobertura (Artículos 1 al 3), requisitos de precalificación (Artículos 6 al 8), especificaciones técnicas (Artículo 16), métodos de contratación y su operación (Artículos 18 al 51) y recursos de revisión (Artículo 51 al 57). Sue Arrowsmith señala que, como guía de las mejores prácticas, la Ley Modelo es capaz de promover acertadas políticas, reducir los recursos

¹¹² Cfr. OMC Revisión del ACP 2006.

¹¹³ Cfr. Wallace, Yukins y Matechak 2005: 12.

necesarios para su implementación y minimizar errores u otros defectos.¹¹⁴

El mandato para la creación de la Ley Modelo se basa principalmente en la capacidad de esta norma para promover el comercio. Sin embargo, el alcance y contenido de la Ley Modelo difieren significativamente de aquellas otras disposiciones sobre contratación pública que tienen por objeto fomentar el comercio internacional. La mayoría de estos regímenes, incluyendo el ACP de la OMC, simplemente prohíben la discriminación y establecen un marco regulatorio general para difundir las oportunidades entre los proveedores extranjeros y para asegurar que las entidades públicas no empleen prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, estos regímenes no ofrecen una guía para que el régimen nacional alcance los objetivos trazados; por ende, contienen disposiciones menos detalladas que las de la Ley Modelo.¹¹⁵

El procedimiento básico de selección de la Ley Modelo no permite la realización de subastas inversas. Este procedimiento tiene una serie de elementos y características que de por sí lo hacen incompatible con las técnicas de subasta inversa; tales como, existe una única etapa en donde los postores pueden presentar propuestas, prohíbe que las ofertas sean modificadas una vez que éstas sean presentadas, prohíbe que el contenido de las propuestas de los postores sea revelada a los otros participantes, y establece como única forma de presentación de propuestas el Sobre Sellado.¹¹⁶

¹¹⁴ Cfr. Arrowsmith 2004: 19.

¹¹⁵ Cfr. Arrowsmith 2004: 19.

¹¹⁶ Cfr. CNUDMI Ley Modelo 1994: Arts. 34(1)(a) y 34(8).

Bajo este contexto, la CNUDMI ha considerado la inclusión de disposiciones en la Ley Modelo que faciliten el empleo de técnicas electrónicas de contratación, siempre y cuando se preserve la competencia y la transparencia. Sin embargo, esta tarea no ha resultado fácil al aun existir limitada experiencia en materia regulatoria y ante los constantes y rápidos cambios en la tecnología y en la práctica misma.¹¹⁷ Después de una década, desde el 2004, el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) de la CNUDMI se encuentra revisando las disposiciones de la Ley Modelo junto con el apoyo de delegaciones de países industrializados y desarrollados. Sue Arrowsmith comentó que esta reforma es oportuna por una serie de razones; entre ellas, la necesidad de incluir en la Ley Modelo las recientes y novedosas prácticas en la contratación pública, especialmente las nuevas modalidades de contratación electrónica, y la creciente necesidad de armonizar las disposiciones de la Ley Modelo con las de las otras normas de carácter internacional.¹¹⁸

Iniciadas las discusiones de reforma de la Ley Modelo, la Secretaría de la CNUDMI notó que países como Francia y Brasil habían venido usando la subasta inversa electrónica con cierto éxito, y que el Reino Unido había avalado el uso de la subasta inversa y además había propuesto la revisión de la ACP de la OMC a fin de que este acuerdo contemplara el uso de esta modalidad de contratación.¹¹⁹ Bajo este contexto, en noviembre de 2006, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI inició sesiones de discusión sobre el uso de la subasta inversa electrónica.

¹¹⁷ Cfr. Arrowsmith 2004: 38.

¹¹⁸ Cfr. Arrowsmith 2004: 17.

¹¹⁹ Cfr. Wallace, Yukins y Matechak 2005: 14.

Hasta el 14º período de sesiones el Grupo de Trabajo, llevado a cabo entre el 8 y 12 septiembre 2008 en Viena, se modificaron y propusieron una serie de artículos referidos a la subasta inversa electrónica, los cuales se pueden resumir en los siguientes puntos:

4.2.1 La subasta inversa electrónica como método de contratación o técnica complementaria

Uno de los principales y primeros temas a ser discutido por el Grupo de Trabajo fue de tipo estructural. Se cuestionó si la subasta inversa debía ser considerada como un método de contratación independiente o simplemente debía servir como una herramienta para mejorar la evaluación del precio dentro de las ya existentes técnicas clásicas de contratación, tales como la del Sobre Sellado y el Procedimiento Negociado.

Hasta el 8º período de sesiones del Grupo de Trabajo, llevado a cabo entre el 7 y el 11 de noviembre 2005 en Viena, la posición mayoritaria era de hacer de la subasta inversa electrónica una técnica de contratación independiente. Se justificó dicha posición señalando que de aplicar la subasta inversa en otros procedimientos podría significar la transgresión de los principios de competencia y transparencia sobre los cuales han sido estructurados dichos procedimientos clásicos.¹²⁰

¹²⁰ Cfr. Yukins 2006: 466-467.

Sin embargo, hasta el 14º período de sesiones el Grupo de Trabajo, sus miembros han acordado que la entidad convocante podrá utilizar la subasta inversa electrónica como método autónomo de contratación pública o juntamente con otros métodos de contratación que sean procedentes.¹²¹

4.2.2 Condiciones para la utilización de la subasta inversa electrónica

El Grupo de Trabajo propuso que la subasta inversa electrónica sea utilizada sólo cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Cuando sea posible para la entidad convocante formular descripciones detalladas y precisas de los bienes, las obras o los servicios a contratar;
- b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea estarán calificados para participar en la subasta inversa electrónica, de modo que se garantice una competencia efectiva; y
- c) Cuando los criterios que vaya a utilizar la entidad convocante para determinar cuál es la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios.¹²²

¹²¹ CNUDMI 2008b: 8.

¹²² CNUDMI 2008d: 11.

4.2.3 Modelos estructurales de la subasta inversa electrónica

Un tema bastante controvertido en las reuniones del Grupo de Trabajo es definir qué modelos estructurales de subasta inversa electrónica deben ser considerados en la Ley Modelo. Dichos modelos son desarrollados a propuesta de Sue Arrowsmith y lógicamente se derivan de la práctica de la Comunidad Europea. El mecanismo de los tres modelos propuestos fueron descritos en el Subcapítulo 3.3.

El Grupo de Trabajo rechazó de plano la aplicación del modelo 3 de subasta, ya que se consideró que, durante la subasta y su cierre, cada postor debería recibir, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas.

Con relación al modelo 2 de subasta, en donde existe una etapa precalificación antes de proceder a la subasta, varios de los miembros del Grupo de Trabajo se opusieron a este modelo, argumentado que se trata de un modelo en donde los criterios de evaluación de la etapa previa de precalificación tienen incidencia en la etapa de subasta, afectando así la transparencia y competencia del proceso. Señalan que podría resultar complicado para los postores entender cómo el ranking de la etapa de precalificación puede afectar sus ofertas en la etapa de subasta. Casualmente, aquellos

miembros del Grupo de Trabajo pertenecientes a los estados miembros de la Comunidad Europea que sí permiten en sus legislaciones el uso del modelo 2, apoyan la inclusión de este modelo en la Ley Modelo.¹²³

4.2.4 Contenido de las Bases

El Grupo de Trabajo propuso que en las bases (o pliego de condiciones) de los procesos de adquisición en donde se emplee la subasta inversa electrónica se exija incluir como mínimo la siguiente información:

- a) Los criterios que vaya a utilizar la entidad convocante para determinar la oferta ganadora, indicándose en particular todo criterio distinto del precio, sus respectivos coeficientes de ponderación y la fórmula matemática aplicable en el proceso de evaluación, así como todo criterio que no sea modificable en el curso de la subasta;
- b) La vía de acceso a la subasta inversa electrónica, informándose sobre el equipo electrónico que se vaya a utilizar y las especificaciones técnicas para efectuar la conexión;
- c) La modalidad y, de estar ya fijado, el plazo de inscripción para participar en la subasta;

¹²³ Cfr. Yukins 2006: 472.

- d) Los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta y, de conocerse ya, la fecha y la hora de su apertura;
- e) Si la subasta se desarrollará en una sola o en varias etapas; y
- f) El reglamento aplicable a la subasta inversa electrónica, así como la información que se facilitará a los postores en el curso de la subasta y las condiciones para la presentación de ofertas.¹²⁴

4.2.5 Precalificación de propuestas

El Grupo de Trabajo también propuso disposiciones para regular la conducta de las entidades convocantes durante la fase previa al periodo de subasta o puja. El primer tema controvertido que surgió fue el de la precalificación de las ofertas. Al respecto, el Grupo de Trabajo propuso se deje a las entidades convocantes la libertad de decidir no realizar procesos de precalificación; tal como se hace en el modelo Brasileiro y Peruano, en donde se difiere la calificación del postor hasta después de la culminación de la subasta (presunción de cumplimiento). Sin embargo, los miembros del Grupo de Trabajo notaron que tanto en los sistemas de Brasil como Perú, la subasta inversa electrónica es generalmente

¹²⁴ Cfr. CNUDMI 2008d: 13.

empleada sólo para cierta categoría limitada de commodities.¹²⁵

4.2.6 Anonimato como condición exigible en el curso de la subasta

Como se mencionó en el Subcapítulo 3.3, el modelo 2 de subasta prevé una etapa de precalificación y ranking de postores antes de proceder a la subasta, y exige que se informe permanentemente a todos los postores acerca del estado y evolución de su ranking durante la etapa de subasta. Durante las reuniones del Grupo de Trabajo se argumentó que esta metodología de subasta inversa presenta como riesgo la concertación de precios, debido a que la publicación de los rankings permite a los postores identificar cómo se organiza el mercado. Es por ello que, en sesiones pasadas del Grupo de Trabajo, se ha venido comentando que una alternativa menos riesgosa, desde el punto de vista de la entidad convocante, podría ser tan sólo hacer pública la mejor oferta a fin de dar inicio al periodo de puja, y sólo se sabrá quién es el postor ganador de la buena pro al final de la etapa de subasta, en donde los resultados de ambas etapas (precalificación y subasta) son valorados en conjunto.¹²⁶

¹²⁵ Cfr. Yukins 2006: 469.

¹²⁶ Cfr. Yukins 2006: 474.

Finalmente, hasta el 14^o período de sesiones, el Grupo de Trabajo ha propuesto que en el curso de la subasta se exija a la entidad convocante no dar a conocer la identidad de ninguno de los postores.¹²⁷

4.2.7 Descalificación del postor ganador

En pasadas reuniones del Grupo de Trabajo también se abordó el problema que se presenta cuando en una subasta inversa electrónica, llevada a cabo bajo un sistema de post-evaluación técnica (presunción de cumplimiento), el postor de ganador de la subasta no es capaz de confirmar sus calificaciones al culminar el proceso de selección.

Tal como lo prevé la mayoría de los sistemas de subasta inversa comparados, ante estas circunstancias la entidad convocante deberá descalificar al ganador aparente y seleccionar la oferta que a la clausura de la subasta ocupe el segundo lugar en el orden de prelación. Sin embargo, varios miembros del Grupo de Trabajo han argumentado que esta solución es contraria al principio de trato justo e igualitario, y por tanto han propuesto solucionar esta situación reabriendo el proceso de selección mediante una nueva convocatoria o proceder a la adquisición mediante el empleo de otra modalidad de contratación.¹²⁸

¹²⁷ Cfr. CNUDMI 2008d: 16.

¹²⁸ Cfr. Yukins 2006: 474-475.

Finalmente, hasta el 14^o período de sesiones, el Grupo de Trabajo propuso que sea la entidad convocante la que decida el destino del proceso cuando se descalifique al postor ganador; y propone para la Ley Modelo que “*salvo que la entidad convocante decida rechazar todas las ofertas restantes*” (CNUDMI 2008d: 17), ésta deberá seleccionar la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente menor precio o esté evaluada como la siguiente más baja.¹²⁹

4.2.8 Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

El Grupo de Trabajo propone que la entidad convocante tenga la facultad de rechazar o descalificar una oferta si la oferta ganadora da lugar a algún temor acerca de la aptitud del postor que la presentó para cumplir el contrato adjudicado, debido a que el precio indicado, junto con los demás elementos constitutivos de la oferta, resulta anormalmente bajo respecto del objeto del contrato adjudicable.¹³⁰

Como condición para proceder a descalificar una oferta por este motivo, el Grupo de Trabajo propone se exija que la entidad convocante:

- a) Haya solicitado por escrito del postor afectado que explicita todo elemento constitutivo de su oferta que

¹²⁹ Cfr. CNUDMI 2008d: 17.

¹³⁰ Cfr. CNUDMI 2008d: 17.

suscite dudas acerca de su aptitud para cumplir el contrato;

- b) Haya estudiado la información que, en su caso, se le haya facilitado, pero siga abrigando esas dudas fundadas en motivos razonables; y
- c) Haya consignado sus temores y su fundamento, así como todas las comunicaciones intercambiadas con el postor, en el expediente del proceso de adjudicación.¹³¹

4.3 Tratados de Libre Comercio

Con la finalidad de abrir los mercados gubernamentales a los bienes, servicios y obras de otros países, se han negociados una serie de tratados de libre comercio que incorporan obligaciones referidas a las contrataciones públicas.

Desde 1981, los Estados Unidos ha sido parte de un acuerdo multilateral que a la fecha cubren 38 aliados comerciales; y es en base a ese acuerdo que dicho país inició negociaciones de tratados de libre comercio (TLCs) con una serie de países. Durante los cinco años pasados, Estados Unidos ha implementado TLCs con siete países: Chile y Singapur en el 2004, Marruecos en enero de 2006, El Salvador en marzo de 2006, Honduras y Nicaragua en abril de 2006, y en Perú en enero de 2009.¹³²

La mayor parte de países con los que Estados Unidos tiene suscritos TLCs, no son países que hayan suscrito el ACP de la OMC, salvo Israel,

¹³¹ Cfr. CNUDMI 2008c: 2.

¹³² Cfr. Heilman Grier 2006: 386.

Canadá y Singapur. Por tanto, los TLCs con los Estados Unidos contienen obligaciones procedimentales relativas a las contrataciones públicas que se basan principalmente en el ACP y su antecesor, el Código GATT.¹³³ El caso del TLC entre Perú y Estados Unidos es uno de ellos.

El TLC entre Perú y Estados Unidos dedica un capítulo completo a las contrataciones públicas, sin embargo no hace mención expresa de la subasta inversa electrónica. En líneas generales, el capítulo de compras estatales esta constituido por dos partes. Una de ellas es el texto que contiene las reglas a las que deben someterse las entidades de ambos países durante el desarrollo de sus procedimientos de contratación, basándose en los principios de no discriminación y trato nacional, transparencia y debido proceso. Y otra son los anexos, los cuales contienen la cobertura del compromiso; vale decir, los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo, los umbrales y las excepciones generales.¹³⁴

¹³³ Cfr. Heilman Grier 2006: 395.

¹³⁴ Cfr. Arteaga 2005b: 3.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA COMPARADOS Y PROPUESTAS PARA EL SISTEMA PERUANO

La globalización y la rápida difusión de las tecnologías de la información y comunicación permiten que hoy en día la subasta inversa electrónica se emplee en las contrataciones públicas de Latino América, Europa y los Estados Unidos. No obstante ello, el nivel de desarrollo normativo de esta técnica de contratación electrónica en cada uno de los sistemas comparados es bastante dispar. A un extremo, tenemos el caso de Latino América, Perú específicamente, en donde las leyes y demás normas sobre la subasta inversa electrónica tienden a ser bastante detalladas respecto de cuándo y cómo se debe emplear esta modalidad de contratación, dejando poco o casi nada a criterio y decisión de las entidades públicas, y permitiendo únicamente el uso de la subasta inversa en su forma estructural más sencilla, es decir como un método de contratación independiente en donde el único factor de evaluación (precio) está sujeto a la etapa de subasta o puja. Al otro extremo, tenemos el caso de los Estados Unidos, en donde por la tradición de su sistema legal (derecho anglosajón) no existe regulación respecto del empleo de la subasta inversa electrónica, dejando a total discreción de los operadores de las contrataciones públicas decisiones sobre la oportunidad y forma de empleo de la subasta inversa, estando tan sólo regidos por los principios básicos de contratación de dicho sistema. Por último, en un punto medio, tenemos el caso

de la Comunidad Europea, en donde si bien al igual que los países latinoamericanos existe una regulación bastante detallada respecto del cuándo y cómo se emplea la subasta inversa electrónica, hay mayor flexibilidad en cuanto a la forma cómo esta técnica es utilizada; es decir, el sistema europeo permite que la subasta inversa sea conducida como parte de otras metodologías de contratación y bajo modelos estructurales más complejos que permiten que otros factores de evaluación, diferentes del precio, sean evaluados en una etapa distinta a la de subasta o puja.

Sin embargo, a pesar de las diferencias resaltadas, lo curioso es que los tres sistemas en comparación presentan los mismos riesgos e inconvenientes al emplear la subasta inversa electrónica, los cuales aparentemente son independientes del sistema regulatorio empleado, y más bien parecen ser propios de la subasta inversa como técnica de contratación; tales como, la oferta de precios anormalmente bajos y la potencial presencia de prácticas restrictivas de la competencia.

Si bien podría cuestionarse el empleo de la subasta inversa electrónica en el sector público por su aparente incapacidad de satisfacer los principios elementales de competencia, eficiencia y transparencia; mediante una regulación adecuada es posible superar la mayoría de los riesgos e inconvenientes identificados. Para tal efecto, y considerando que la contratación pública es una disciplina que se está globalizando a pasos agigantados, es necesario atender a las discusiones y análisis que hoy en día organismos internacionales, como las Naciones Unidas, vienen promoviendo entre los especialistas más reconocidos en la materia y provenientes de países

industrializados que tienen mayor experiencia en el empleo de la subasta inversa.

El mercado peruano de hoy en día nos demuestra que hay una creciente tendencia hacia la estandarización de bienes y servicios, e incluso de obras; por tanto, es posible pronosticar que en un futuro cercano la subasta inversa electrónica, junto con el Convenio Marco, se van a convertir en las modalidades de contratación más usada entre las entidades públicas peruanas, superando a las modalidades clásicas de contratación (Licitaciones, Concursos, etc.).¹³⁵ Por esta razón, se hace más necesario y urgente presentar sugerencias y propuestas de reforma al régimen peruano vigente, considerando las experiencias de los sistemas comparados y las recientes discusiones en los organismos internacionales.

5.1. Nivel de Intervención de la Normas sobre la Subasta Inversa Electrónica

En principio, existe consenso respecto de la necesidad de regular la subasta inversa electrónica, y prueba de ello es que actualmente en los Estados Unidos hay intentos de hacerlo.¹³⁶ Sin embargo, la cuestión está en determinar el nivel de detalle de la regulación. Pues incluso, en la Comunidad Europea, en donde la regulación sobre la subasta inversa electrónica es menos intervencionista que en el Perú, existen críticas respecto del excesivo detalle de sus disposiciones. Sue Arrowsmith ha afirmado reiteradamente que las Directivas de la Comunidad Europea

¹³⁵ Cfr. Salazar 2009.

¹³⁶ Cfr. Yukins 2006: 475.

sobrerregulan la forma de empleo de la subasta inversa, y ello en su opinión genera potenciales problemas.¹³⁷

Debe reconocerse que un sólo tipo de procedimiento de subasta inversa electrónica no puede ser aplicable a todos los procesos de adquisición bajo dicha técnica. Cada proceso debe ser estructurado de acuerdo a sus circunstancias. Por tanto, un entendimiento amplio de lo que comprende una subasta inversa implica reconocer que el redactar un conjunto de reglas aplicables a todo tipo de proceso de subasta es una tarea imposible.

Situaciones diferentes demandan diferentes procesos de subasta inversa, debido a que cada situación económica requiere de un diseño estructurado de acuerdo a sus condiciones. Por tanto, una regulación sobre la subasta inversa electrónica no debe entrar al detalle de cómo cada subasta debe ser conducida, tal como ocurre en el sistema peruano; y más bien, dicha regulación debe enfocarse a articular los principios o lineamientos generales que deben guiar el diseño de cada proceso de adquisición.¹³⁸

Por lo expuesto líneas arriba, en los siguientes puntos del presente Capítulo se expondrán algunas propuestas de modificación al régimen peruano vigente sobre la subasta inversa electrónica, las cuales en su mayoría tienden a la desregulación y flexibilización de las reglas. No obstante ello, no se puede negar que la necesidad de abordar la regulación de una forma más flexible, es de alguna forma contradictoria con el actual régimen general de las contrataciones públicas en el Perú, el

¹³⁷ Cfr. Arrowsmith 2005: 226.

¹³⁸ Cfr. Volk 2007: 127-133.

cual presenta un esquema en donde poco o casi nada se deja a discreción de las entidades públicas contratantes.

Finalmente, debe tenerse presente que toda propuesta de modificación debe atender a la complejidad y variedad de los objetivos gubernamentales (principios), los cuales en muchos casos se oponen unos a otros.¹³⁹ A modo de ejemplo, Steve Schooner afirma que, por un lado, al conceder a una entidad convocante un alto margen de discreción puede lograrse buenos resultados en términos de eficiencia (incrementar el valor por el mismo dinero) y altos niveles de satisfacción del consumidor final; pero por otro lado, amplias delegaciones de discrecionalidad o flexibilidad puede reducir los niveles de transparencia y competencia. Como se puede apreciar, no es fácticamente posible que un sistema legal alcance todos y cada uno de los principios u objetivos reconocidos por éste; resultando necesario hacer un balance de principios, y tener presente que existen significativos costos transaccionales, económicos y sociales asociados a la maximización de la transparencia. La cuestión está en determinar cuándo estos costos representan una inversión a largo plazo y cuando no.¹⁴⁰ Pues, como bien sugiere Ricardo Salazar, ex Presidente del CONSUCODE:

“(...) la normativa de contrataciones de la Administración Pública [o un proceso de reforma] debe ser capaz de armonizar los diferentes intereses involucrados¹⁴¹, pues ello será garantía para lograr el

¹³⁹ La Ley de Contrataciones del Estado reconoce los siguientes principios: a) Principio de promoción del desarrollo humano, b) Principio de moralidad, c) Principio de libre concurrencia y competencia, d) Principio de imparcialidad, e) Principio de razonabilidad, f) Principio de eficiencia, g) Principio de publicidad, h) Principio de transparencia, i) Principio de economía, j) Principio de vigencia tecnológica, k) Principio de trato justo e igualitario, l) Principio de equidad, m) Principio de sostenibilidad ambiental, y n) Otros principios generales del derecho público. (Cfr. Decreto Legislativo No. 1070 2008: Art. 4)

¹⁴⁰ Cfr. Schooner 2002: 110.

¹⁴¹ Ricardo Salazar identifica ocho actores interesados en las contrataciones públicas: 1) la entidad administrativa que contrata, 2) el proveedor que contrata, 3) el destinatario del bien,

múltiple impacto beneficioso que se espera de una de las manifestaciones más importantes de la Función Administrativa del Poder, como es el Contrato de la Administración Pública.” (2004: 39).

5.2. Condicionamientos para el Empleo de la Subasta Inversa Electrónica

El grado de experiencia de un país con respecto al uso de la subasta inversa electrónica influye directamente en los criterios que éste emplea para determinar cuándo este tipo de metodología de contratación debe ser empleada. Usualmente, los países novatos en la práctica de la subasta inversa suelen llevar listas cerradas de las categorías de bienes, servicios y obras que sean adjudicables por medio de esta técnica, tal como ocurre en la mayoría de países de Latino América. Sin embargo, como se señaló anteriormente (Subcapítulo 1.4.2, b)), puede resultar engorroso en la práctica llevar una de esas listas, dado que deberá ser actualizada periódicamente a medida que aparezcan nuevos productos y otros artículos pertinentes; estando las entidades públicas sujetas a las decisiones de la autoridad administradora de dicha lista.¹⁴²

Bajo la regulación actual, en el Perú solo es posible adquirir bienes y servicios por subasta inversa cuando estos sean calificados como bienes y servicios “comunes” por el OSCE (Listas de Bienes y Servicios

servicio u obra que es objeto del contrato, 4) el sector público en general, 5) el sector privado en general, 6) las entidades estatales responsables del sistema de contratación, 7) la sociedad y 8) la comunidad internacional. (Cfr. Salzar 2004: 39)

¹⁴² Las computadoras son un clásico ejemplo de un bien cuyas especificaciones técnicas en el corto tiempo han evolucionado hacia la estandarizado. Antes éstas eran adquiridas por medio de las modalidades clásicas de contratación puesto que era necesario evaluar a los postores en base a criterios técnicos (por ejemplo, se evaluaba el servicio postventa de mantenimiento). Sin embargo, hoy en día tanto las especificaciones técnicas de las computadoras como sus servicios postventa se han estandarizado en el mercado, quedando sólo el precio como único factor a discutir. Por tanto, las computadoras resultan ser ahora un bien idóneo para contratar a través de subastas o Convenio Marco. (Cfr. Salazar 2009)

Comunes), y por ende, el precio de éstos sea el único factor de evaluación. Por tanto, ante los inconvenientes que esta solución legal presenta, sería recomendable eliminar el sistema de lista cerrada de bienes y servicios, y en su reemplazo establecer lineamientos de observancia obligatoria respecto de las características de los bienes y servicios a ser contratados bajo una subasta inversa electrónica; y en todo caso, llevar una lista de carácter ilustrativo de los bienes, servicios y obras que cumplen tales condiciones, o bien enunciar una lista de las características genéricas determinantes para decidir si un artículo concreto se presta o no a la adquisición por medio de esta técnica de contratación.

Los lineamientos que se propongan deben resaltar que la subasta electrónica inversa está ante todo concebida para satisfacer ciertas necesidades periódicas que puedan tener las entidades públicas de bienes sencillos, estandarizados y de uso general, como productos básicos, bienes de equipo informático estandarizados y materiales básicos para la construcción. En los contratos de esta índole, el factor determinante es el precio o la cantidad; no se requiere ningún proceso complejo de evaluación; las repercusiones de los gastos de postventa suelen ser nulas (o limitadas); y no cabe prever ninguna ventaja adicional ni ningún servicio que pueda prestarse una vez concluido el contrato inicial. Por tanto, no deberá recurrirse a subastas inversas en los tipos de contratación que prevean múltiples variables o que los factores de evaluación técnicos tengan preeminencia sobre el criterio del precio.¹⁴³

¹⁴³ Cfr. CNUDMI 2008a: 16.

Finalmente, es importante resaltar que si bien la obligación de facilitar especificaciones detalladas y precisas naturalmente impedirá el recurso a esta técnica para la adjudicación de la mayoría de los contratos de servicios o de obras; bajos los lineamientos arriba propuestos, algunos servicios u obras de carácter muy sencillo podrían contratarse bajo una subasta inversa electrónica. Por ejemplo, simples tareas de mantenimiento de la red vial.

5.3. La Subasta Inversa Electrónica como Método Independiente o Técnica Complementaria. Modelos Estructurales de la Subasta Inversa Electrónica

El grado de experiencia de un país con respecto al uso de la subasta inversa electrónica entra a tallar en la decisión de cómo estructurar el proceso de subasta. Lo que normalmente ocurre es que se comience permitiendo subastas inversas sencillas en las que el precio sea el único factor para determinar la oferta ganadora; y que más adelante, se recurra a subastas inversas más complejas en las que los criterios de adjudicación sean otros, además del precio.

En el Perú, la subasta inversa electrónica es concebida como una modalidad de contratación independiente en donde sólo el precio, al ser el único factor de evaluación, está sujeto a la etapa de subasta (modelo 1). Es por esta razón que las entidades públicas peruanas están prohibidas de aplicar esta técnica de contratación como parte de un proceso de selección tradicional (Licitación Pública, Concurso Público, etc.), a

diferencia de cómo ocurre en los Estados Unidos y los países de la Comunidad Europea que además aplican los modelos de subasta 2 y 3.

El Perú es un país que a la fecha aún no ha adquirido suficiente experiencia en el empleo de la subasta inversa electrónica; por tanto, es de esperarse que la introducción de los modelos de subasta inversa más complejos (modelos 2 y 3) sea de forma gradual. Si bien la subasta inversa electrónica bajo los modelos complejos requiere de un alto nivel de experiencia y pericia por parte de la entidad convocante (concretamente, la capacidad de incorporar criterios distintos del precio a una fórmula matemática que permita evitar toda subjetividad en el proceso de evaluación), no se puede dejar de reconocer que, en un futuro muy cercano, las entidades públicas peruanas van a demandar llevar a cabo subastas inversas para adquisiciones que prevean múltiples factores de evaluación.

Por lo expuesto, hoy por hoy se hace necesario flexibilizar la legislación peruana vigente con el objeto que, ante la eventual necesidad de realizar subastas inversas bajo el modelo 2, las normas no constituyan un impedimento para ello; no siendo necesario pasar nuevamente por una reforma hacia la modernización de las contrataciones públicas en el Perú.¹⁴⁴

¹⁴⁴ En un periodo de 30 años aproximadamente -desde que se empieza a sistematizar en el Perú la legislación en materia de contrataciones públicas-, las normas sobre este tema han pasado por varios procesos de reforma hacia la modernización. En los años 80, con la vigencia de la Carta Política de 1979, se creó el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP (Decreto Supremo No. 034-80-VC), el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA (Decreto Supremo No. 065-85-VC) y el Reglamento General de las Actividades de Consultoría – REGAC (Ley No. 23554). En los años 90 se creó Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley No. 26850) que derogaba el RULCOP, RUA y REGAC. (Cfr. Danós 2005: 177-178). En el año 2004 fue necesario crear un Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 084-2004-PCM) ante las numerosas modificaciones que sufrió la Ley No. 26850 por la Ley No.

Asimismo, con la finalidad de asegurar que la evaluación de las ofertas en un proceso por subasta inversa se haga de forma objetiva, transparente y conforme a los criterios aplicables, la propuesta de modificación debe incidir concretamente en los siguientes aspectos:

- a) Concebir a la subasta inversa electrónica como una técnica de contratación a ser aplicada para la adjudicación de contratos que se hagan en función del precio o en función del precio y de otros criterios (sin perjuicio que el precio tenga preeminencia sobre los otros criterios).
- b) Exigir que cuando se tomen en consideración criterios distintos del precio, éstos deben ser transparentes, objetivos y cuantificables (en cifras o porcentajes) y que puedan expresarse en términos monetarios.
- c) Requerir que toda evaluación con criterios distintos del precio se haga con anterioridad a la subasta, en el marco de la evaluación completa que se haga de las ofertas iniciales, y que los resultados de dicha evaluación sean comunicados a cada postor junto con la fórmula matemática que se utilizará durante la etapa de subasta para determinar la oferta ganadora.

Cabe mencionar que, sólo en aquellos procesos en donde el único factor de evaluación sea el precio (modelo 1), la verificación del cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos podrá hacerse

28267, entre ellas, la inclusión de nuevas modalidad de selección, tales como las compras corporativas, las subastas inversas (presencial y virtual) y el Convenio Marco. La última significativa modificación se ha producido en el 2008 como consecuencia de la implementación del Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos, creándose el Decreto Legislativo No. 1017 que deroga Decreto Supremo No. 084-2004-PCM.

una vez culminada la etapa de puja y como condición para el otorgamiento de la buena pro.¹⁴⁵

- d) Exigir que la fórmula matemática permita a cada postor determinar su propia posición respecto de los demás competidores con anterioridad a la subasta y durante cualquier etapa de la misma.

5.4. Administración del Sistema Operativo de la Subasta Inversa Electrónica

Tanto en los Estados Unidos como en algunos países de la Comunidad Europea, la entidad convocante está facultada a encargar a un tercero, es decir a un proveedor de programas informáticos o prestadores de servicios, que organice y administre la subasta inversa y la asesore sobre la estrategia que debe seguir. Sin embargo, en el Subcapítulo 2.4.2, c), se ha advertido que la entidad convocante debe ser consciente de los riesgos que acarrea la decisión de tercerizar la administración y ejecución de las subastas inversas electrónicas a entidades fuera del ámbito gubernamental. Los inconvenientes de recurrir a esta opción se resumen en los siguientes:

- a) Las empresas proveedoras del sistema de subasta pueden tener acceso a información sensitiva tanto de las entidades públicas convocantes como de los postores, lo cual puede dar lugar a conflictos de interés que pueden suponer una grave amenaza para la

¹⁴⁵ No deben confundirse los factores de evaluación técnicos con los requerimientos técnicos mínimos. Estos últimos son los requisitos indispensables que debe reunir una propuesta técnica para ser admitida. Los factores de evaluación son los aspectos que serán materia de evaluación y están vinculados con el objeto del contrato.

competencia leal entre los concursantes. Además, esta situación podría mermar la confianza de los postores en los procedimientos de contratación que se realicen mediante subastas inversas electrónicas.

b) La acción de control sobre el correcto funcionamiento del software de subasta se hace más complejo y disperso si se permite la tercerización de este servicio, debido a:

- Que existirá más de un portal virtual o sistema que fiscalizar, y
- Que las empresas privadas proveedoras de programas informáticos no están sujetas a las mismas normas que rigen la conducta de los sujetos de derecho público.

Como bien precisa Juan Carlos Morón:

“Si en el Derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el derecho público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debido a su creación y subsistencia en la ley, por ende, siempre de contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.” (2005: 62)

c) Como en toda tercerización, se debe considerar el pago de una contraprestación. Los honorarios que se paguen al proveedor del programa informático representan para la entidad pública contratante costos administrativos que se asocian directamente a la adquisición misma.

La administración y operación de un sistema o software de subasta no son actividades inherentemente gubernamentales; por tanto, bien podrían

ser tercerizadas a fin de que el estado se beneficie de las invocaciones tecnológicas que el sector privado ofrece. Sin embargo, el régimen peruano ha optado por otorgarle al OSCE la exclusividad de prestar dicho servicio.

Atendiendo a la realidad peruana, la cual demanda la maximización del principio de transparencia en la administración y conducción de procesos de adquisición de bienes, servicios y obras; y especialmente, ante los recientes casos de corrupción en materia de contrataciones públicas, la opción de no encargar el sistema de subasta a un tercero es la más acertada.

Si bien muchos de los casos de corrupción en el Perú no se deben a defectos propios del sistema legal, sino principalmente a los operadores del mismo; muchas veces, al estructurar un sistema regulatorio, es necesario identificar los riesgos externos, y en función a ellos, introducir en la reglamentación medidas legales para protegerlo. En consecuencia, respecto de este punto en particular, no se propone modificación al sistema legal peruano, a pesar de la práctica internacional vigente.

5.5. Medidas para un Trato Justo e Igualitario en el Proceso Operativo de la Subasta Inversa Electrónica

Tal como fue explicado en el Subcapítulo 1.4.2, c), se presenta una situación de imparcialidad entre los postores al disponerse que la buena pro sea trasladada al postor que quedó en segundo lugar en el orden de prelación por haberse descalificado al postor ganador aparente.

Específicamente, el trato desigual se presenta al no ofrecerse al resto de postores la oportunidad de mejorar su oferta a fin de superar la segunda mejor oferta.

Los miembros del Grupo de Trabajo de la Ley Modelo de la CNUDMI han presentado como alternativa de solución que la entidad convocante inicie un nuevo proceso de selección o reabra la etapa de subasta a fin de permitir a los otros postores que mejoren su oferta. Esta propuesta resulta ser más acorde con el principio de trato justo e igualitario previsto en la Ley de Contrataciones del Estado, por tanto es recomendable que sea adoptada por el sistema peruano.

5.6. Medidas contra las Prácticas Restrictivas de la Competencias en la Subasta Inversa Electrónica

Según la CNUDMI, se ha probado que el marco de una subasta inversa electrónica es más propicio a la colusión que otros métodos de contratación (Subcapítulo 1.4.2, d)).¹⁴⁶ En consecuencia, para reducir los riesgos de colusión y procurar que la subasta culmine con un resultado satisfactorio para la entidad pública convocante, se proponen las siguientes modificaciones al régimen peruano:

- a) Exigir que la subasta inversa electrónica sea sólo empleada cuando exista un mercado competitivo de proveedores presumiblemente aptos para participar en el proceso.

¹⁴⁶ Cfr. CNUDMI 2008a: 9 y 17.

Se ha comentado que no es conveniente recurrir a la subasta inversa electrónica en un mercado con un número reducido de proveedores potencialmente calificados, o en un mercado dominado por uno o varios proveedores preponderantes; ya que dichos mercados son particularmente vulnerables a la manipulación de precios y a otras prácticas de competencia desleal. Por tanto, resulta necesario exigir que esta técnica de contratación sea sólo empleada cuando exista un mercado competitivo de proveedores.

Existen varias formas de asegurar el cumplimiento de esta exigencia. Una alternativa podría ser el establecer en la norma un número mínimo de postores como condición para aplicar la subasta inversa electrónica. En sesiones pasadas del Grupo de Trabajo de la CNUDMI se propuso exigir la participación de al menos diez calificados.¹⁴⁷ Otra alternativa, que también se ha discutido entre los miembros del Grupo de Trabajo, consiste en otorgar a la entidad convocante el deber de velar que haya una competencia efectiva durante la subasta, concediéndole el derecho a cancelar la subasta si el número de proveedores o contratistas que se hayan inscrito para participar en la subasta es insuficiente para garantizar una competencia efectiva en el curso de la misma.

Como se puede apreciar, la segunda alternativa demanda el ejercicio de un alto grado de discrecionalidad por parte de las entidades públicas; por lo que a fin de mantener coherencia con la realidad del sistema peruano – que tiende a maximizar la transparencia -, resulta

¹⁴⁷ Cfr. Yukins 2006: 468.

más acertado optar por la primera alternativa; es decir, por fijar un número mínimo de postores.

- b) Incluir mecanismos de confidencialidad que garanticen el anonimato de los postores durante el curso de la subasta.

Se ha argumentado que por la forma cómo se desarrolla un proceso de subasta inversa electrónica, en donde los postores tienen acceso a los precios ofertados por sus competidores durante la etapa de subasta o puja, se facilita la concertación de precios y otras prácticas de competencia desleal. Por tanto, resulta necesario incluir en la norma mecanismos de confidencialidad, especialmente durante el curso de la subasta.

Ruth Kelly y Ciara Kennedy-Loest, entre otras propuestas, sugirieron para el sistema europeo el uso de claves, contraseñas o mecanismos de codificación para garantizar que el acceso al proceso de subasta inversa sea limitado. El objeto de esta propuesta era el de asegurar que los proveedores tan sólo puedan acceder a la información de aquellos procesos de subasta inversa en los que estén participando como postores, y que los postores en un proceso de subasta sólo puedan ver su propia oferta y la más baja vigente.¹⁴⁸

Si bien con la propuesta de Ruth Kelly y Ciara Kennedy-Loest se lograría reducir el riesgo identificado (concertación de precios), la aplicación de esta propuesta al sistema peruano generaría costos sociales muy altos, puesto que se maximiza en exceso la competencia por sobre la transparencia (control social). Es más, la implementación

¹⁴⁸ Cfr. Kelly y Kennedy-Loest 2003: 29.

de esta propuesta haría imposible que durante el curso de la subasta los postores por si solos puedan determinar su propia posición respecto de los demás competidores; condición que se ha considerado imprescindible en caso se implemente en el Perú el modelo 2 de subasta (Subcapítulo 5.3).

Por lo expuesto, resulta más coherente con los objetivos del sistema peruano, la reciente propuesta del Grupo de Trabajo de la CNUDMI adoptado del régimen europeo vigente,¹⁴⁹ y que consiste en exigir a la entidad convocante no revelar la identidad de ninguno de los postores durante el curso de la subasta; logrando así un balance entre los principios de competencia y transparencia.

- c) Demandar a la autoridad en materia de contrataciones públicas la actualización permanente de la lista referencial o ilustrativa de los bienes, servicios y obras que cumplen con los lineamientos expuestos en el Subcapítulo 5.2. para ser adquiridos a través de subastas inversas electrónicas.

Se ha dicho que la posibilidad de colusión aumenta en proyectos que se convoque repetidas veces a subasta a un mismo grupo de concursantes. Por tanto, resulta necesario que la autoridad competente en materia de contrataciones públicas guíe a las entidades públicas convocantes respecto de cuándo las adquisiciones

¹⁴⁹ El Numeral 6 del Artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE señala:

“A lo largo de cada una de las fases de la subasta electrónica, los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores de forma continua e instantánea como mínimo la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. Podrán comunicar también otros datos relativos a otros precios o valores presentados, siempre que ello esté contemplado en el pliego de condiciones. Podrán asimismo anunciar en todo momento el número de participantes en la fase en que se halle la subasta. No obstante, en ningún caso podrán divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica.”

en determinado mercado o sector ya no resultan idóneas para ser conducidas a través de subasta inversas electrónicas.

El OSCE, al ser la entidad administradora del sistema de subasta inversa electrónica en el Perú (SEACE), centraliza la información y data sobre todos los procesos de subasta inversa llevados a cabo en el país; por tanto, esta entidad está en mejor posición de identificar cuándo la reiterada y excesiva práctica de la subasta inversa electrónica para la adquisición de determinado bien, servicio u obra resulta ineficiente, a pesar de que éstos cumplan con los lineamientos para ser contratados bajo dicha técnica. Ricardo Salazar recomienda que en estos casos dichos bienes, servicios u obras sean incluidos en el Convenio Marco, al ser éste el método más idóneo ante tales circunstancias.¹⁵⁰

5.7. Medidas contra la Oferta de Precios Anormalmente Bajos en la Subasta Inversa Electrónica

Todo proceso de adquisición busca la obtención de una oferta conveniente; entendiendo ello como la proposición del precio menor que sea producto de factores legítimos de eficiencia, como por ejemplo, las condiciones excepcionalmente favorables que disponga el postor para ejecutar la prestación y sin desatender costos exigibles necesariamente.¹⁵¹ Sin embargo, en los procesos por subasta inversa

¹⁵⁰ Cfr. Salazar 2009.

¹⁵¹ Cfr. Morón 2009: 3.

electrónica, la intensa competitividad y la concentración en el precio elevan el riesgo de que se presenten ofertas anormalmente bajas.¹⁵²

La CNUDMI considera que el precio de una oferta es anormalmente bajo cuando *“dicho precio parece irreal, por no dejar, al parecer, margen suficiente para un nivel de ingresos o de beneficio normal, o si parece no bastar para cubrir los gastos previsibles, de forma que no resultaría factible cumplir el contrato a dicho precio; así como cuando el proveedor no pueda justificar su precio en función de la economía de la solución ofrecida, o en función de condiciones excepcionalmente favorables que tenga a su alcance, o de la originalidad de la solución ofrecida.”* (CNUDMI 2005b: 3-4)

Como se ha señalado anteriormente, desde la perspectiva de la entidad convocante, una oferta anormalmente baja presenta el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse, o de que no pueda cumplirse al precio ofrecido, y consecuentemente se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que den lugar a precios más altos y perturben el procedimiento de contratación pertinente. Bajo estas condiciones, los supuestos beneficios de una subasta inversa electrónica, tales como su celeridad y el ahorro de costos, no tienen el impacto deseado si posteriormente el contrato suscrito se ve afecto a controversias entre la entidad y el contratista y a la resolución contractual por incumplimiento del contratista. Por lo expuesto, resulta necesario que el régimen de contratación pública peruano adopte medidas legales que le permitan a

¹⁵² Cfr. CNUDMI 2005a: 7.

las entidades públicas evitar ese potencial riesgo de incumplimiento en sus contrataciones.

La Ley de Contrataciones del Estado exige al postor beneficiado con la buena pro, además del otorgamiento de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, la presentación de una garantía independiente equivalente al 25% de la diferencia entre el valor referencial y su propuesta económica, en caso ésta última fuese inferior al valor referencial en más del 10% en el caso de contratación de servicios o en más del 20% en el caso de adquisición o suministro de bienes.¹⁵³ Si bien una garantía independiente disminuye enormemente la probabilidad de que un contratista incumpla en el curso de la ejecución de un contrato, por lo que reduce el riesgo inherente a toda oferta anormalmente baja; esta medida no ha resultado suficiente.

Una interesante propuesta que podría ser incorporada a la regulación peruana es aquella presentada por el Grupo de Trabajo I de la CNUDMI para la Ley Modelo, tomada del modelo de la Comunidad Europea,¹⁵⁴

¹⁵³ Cfr. 184-2208/PCM 2009: Art. 160.

¹⁵⁴ El Artículo 55 de la Directiva No. 2004/18/CE regula las ofertas anormalmente baja y señala: “1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta. Dichas precisiones podrán referirse a:

- a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
- e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador.

2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.

3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal ayuda se ha concedido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión.”

consistente en facultar a la entidad convocante para rechazar toda propuesta, oferta, cotización o puja a raíz de las cuales la entidad convocante abrigue dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista que haya presentado alguna de esas ofertas para cumplir el contrato, de serle adjudicado.

Es imprescindible que la propuesta de modificación se clara en establecer que se trata de una facultad de la entidad pública convocante, puesto que no se debe obligar a rechazar automáticamente una oferta por el mero hecho que el precio de ésta parezca anormalmente bajo. Si se confiriera ese derecho a las entidades públicas, se daría pie a los abusos, ya que podrían rechazarse ofertas conceptuadas como anormalmente bajas sin justificación alguna o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Además, algunos precios pueden parecer anormalmente bajos si son inferiores al costo; sin embargo, podría ser lícito vender existencias antiguas por un precio inferior al de su costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada la mano de obra, a reserva de las reglamentaciones aplicables en materia de competencia.

A fin de prevenir estos abusos y proteger a los postores frente a la posibilidad de que las entidades convocantes adopten decisiones arbitrarias o prácticas abusivas, es necesario exigir a las entidades públicas, como condición para rechazar una oferta anormalmente baja, el tener verdaderas dudas sobre la capacidad del proveedor para cumplir el contrato, en caso de serle adjudicado, y que tales dudas estén debidamente justificadas por escrito, previa solicitud al postor de

información sobre los detalles de los elementos constitutivos de la oferta presentada.¹⁵⁵

Los principales métodos de identificación utilizados son técnicas estadísticas o aritméticas que permiten identificar toda oferta que se sitúe fuera de la gama normal de los precios ofrecidos (análisis estadísticos), utilizando para ello datos del mercado que permitan fijar precios de referencia para fines comparativos, y haciendo un análisis de las estructuras de precios de los proveedores (análisis de precios), al tiempo que se examina si determinada oferta entraña un riesgo de incumplimiento (análisis de riesgos).¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cfr. CNUDMI 2008a 9-11.

¹⁵⁶ Cfr. CNUDMI 2005b: 9-10.

CONCLUSIONES

1. La subasta inversa electrónica es una técnica de contratación empleada por las entidades del sector público para adquirir bienes, servicios, e incluso obras que éstas requieren para el cumplimiento de sus funciones. La subasta inversa electrónica es una operación de subasta dinámica hecha por vía informática y en tiempo real entre una entidad pública convocante y varios proveedores que compiten por obtener la adjudicación de un contrato público presentando sucesivamente ofertas cada vez más económicas durante un período previamente determinado.

2. El empleo de la subasta inversa electrónica ofrece muchas ventajas. En primer lugar, puede incrementar el valor obtenido por el mismo dinero, debido al aumento de la competencia entre los concursantes y a las sustanciales economías de gastos que pueden realizarse por medio de un comercio dinámico efectuado en tiempo real. En segundo lugar, puede reforzar la eficiencia en la asignación de recursos, abreviando el plazo necesario para adjudicar un contrato y reduciendo los gastos administrativos, en comparación con los procedimientos tradicionales. En tercer lugar, la subasta inversa electrónica puede fomentar la transparencia y control en el proceso de contratación y contribuir a

prevenir los abusos y la corrupción, al garantizar que se disponga de información sobre otras ofertas y que el resultado del procedimiento sea visible para los participantes.

3. El grado de utilización de las subastas inversas electrónicas depende en gran medida del grado de actividad económica realizada mediante el comercio electrónico en un país, puesto que a fin de que las subastas electrónicas inversas funcionen debidamente, es preciso disponer de tecnología compleja, de capacidad operativa, así como de sistemas que permitan la presentación y apertura de ofertas por medios electrónicos y que garanticen la seguridad y la fiabilidad del proceso, y su acceso a él.

4. El grado de experiencia de un país con respecto al uso de la subasta inversa electrónica influye directamente en los criterios que éste emplea para determinar cuándo y cómo esta metodología de contratación debe ser empleada. Es por esta razón que el nivel de desarrollo normativo de la subasta inversa electrónica en el Perú, los Estados Unidos y la Comunidad Europea es bastante dispar. A un extremo está el Perú, en donde las leyes y demás normas sobre esta técnica de contratación tienden a ser bastante detalladas respecto de cuándo y cómo se debe emplear esta modalidad, dejando poco o casi nada a criterio y decisión de las entidades públicas, y permitiendo únicamente el uso de la subasta inversa en su forma estructural más sencilla, es decir como un método de contratación independiente en donde el único factor de evaluación (precio) está sujeto a la etapa de subasta o puja. Al otro extremo esta los

Estados Unidos, en donde no existe regulación respecto del empleo de la subasta inversa electrónica, dejando a total discreción de las entidades públicas determinar caso por caso la oportunidad y forma de empleo de la subasta inversa electrónica, estando tan sólo regidos por los principios elementales del régimen estadounidense de las contrataciones públicas. Por último, en un punto medio, está la Comunidad Europea, en donde si bien al igual que en el Perú existe una regulación bastante detallada respecto del cuándo y cómo se emplea la subasta inversa electrónica, hay una mayor flexibilidad en cuanto a la forma cómo esta técnica es utilizada; es decir, el sistema europeo permite que la subasta inversa electrónica sea conducida como parte de otras metodologías de contratación y bajo modelos estructurales más complejos que permiten que otros factores de evaluación, diferentes del precio, sean evaluados en una etapa previa a la subasta o puja, afectando el resultado final de ésta última.

5. A pesar de las diferencias existentes a nivel normativo y en el grado de experiencia y utilización de la subasta inversa electrónica en el Perú, los Estados Unidos y la Comunidad Europea, el empleo de esta técnica de contratación en estos países presenta prácticamente los mismos riesgos e inconvenientes. La subasta inversa electrónica puede incitar a dar excesiva importancia al precio y la facilidad de su empleo puede dar lugar a que se utilice excesivamente o en casos inadecuados. Puede también tener efectos de competencia desleal a mediano y a largo plazo. En particular, la subasta inversa electrónica es más vulnerable que otros métodos de contratación al empleo de ciertas prácticas de colusión entre

concurantes, especialmente en proyectos en que participen pocos concursantes o en los que se convoque repetidas veces a subasta a un mismo grupo de concursantes.

6. Mediante una reglamentación adecuada de las subastas inversas electrónicas, es posible paliar la mayoría de los problemas que éstas plantean en la contratación pública. Sin embargo, una propuesta de modificación a la regulación vigente en el Perú, debe obligatoriamente considerar las soluciones y propuestas que hoy en día se discuten en los países industrializados que tiene mayor experiencia en el empleo de la subasta inversa electrónica; ya que la contratación pública, al igual que otras disciplinas, se está globalizando a pasos agigantados.
7. La creciente tendencia hacia la estandarización de bienes, servicios y obras en el mercado peruano, revela que en un futuro cercano la subasta inversa electrónica se va a convertir en la modalidad de contratación más usada entre las entidades públicas, superando incluso a las modalidades clásicas de contratación. Por tanto, es imprescindible comprender que, eventualmente, un sólo tipo de procedimiento o modelo estructural de subasta inversa electrónica, no va a poder ser aplicable a todos los procesos de adquisición que serían idóneos ejecutar bajo dicha técnica; ya que cada proceso debe ser estructurado de acuerdo a sus circunstancias. En tal sentido, y atendiendo a la práctica comparada, una reforma hacia la modernización de las contrataciones públicas en el Perú, y particularmente de las subastas inversas electrónicas, debe otorgar a

las entidades públicas mayor campo de acción discrecional para adecuar los tipo de procesos de contratación previstos en la norma a las reales necesidades y circunstancias de adquisición.

8. Finalmente, toda propuesta de modificación debe tomar en consideración la complejidad y variedad de los objetivos gubernamentales (principios de eficiencia, economía, transparencia, publicidad, competencia, trato justo e igualitario, etc.), los cuales en muchos casos se oponen unos a otros. No es fácticamente posible que un sistema legal alcance todos y cada uno de los principios u objetivos reconocidos por éste; resultando necesario hacer un balance de principios, y tener presente que existen significativos costos transaccionales, económicos y sociales asociados a la maximización de la transparencia. La cuestión está en determinar cuándo estos costos representan una inversión a largo plazo y cuando no.

ANEXOS

ANEXO 1

Cuadro Comparativo de la Subasta Inversa Electrónica (SIE) en el Perú, Estado Unidos y la Comunidad Europea

	PERU	ESTADOS UNIDOS	COMUNIDAD EUROPEA
BASE LEGAL	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de Contrataciones del Estado regula expresamente las SIEs • Reglamento de la Modalidad de Selección por SIE 	<ul style="list-style-type: none"> • El FAR no prohíbe las SIEs • El Memorándum de la OFPP incentiva a las entidades federales al uso de SIEs 	<ul style="list-style-type: none"> • Las Directivas de la CE • Legislación nacional de los países miembros de la CE
CUÁNDO es permitido emplear la SIE?	<ul style="list-style-type: none"> • Adquisición de bienes y servicios “comunes” • Empleo de una lista cerrada de bienes y servicios comunes administrada por el OSCE (Listado de Bienes y Servicios Comunes) • Las especificaciones técnicas de los bienes y servicios comunes son aprobados por el OSCE (Fichas Técnicas). 	<p>No existe norma expresa que condicione el uso de la SIE a determinado tipo de bienes y servicios</p> <p>La Ley de Presupuesto 2006 recomienda que la SIE sea empleada para adquirir bienes y servicios que no demanden soluciones técnicas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Las Directivas condicionan el empleo de la SIE a bienes, servicios y obras con especificaciones técnicas precisas
CÓMO se debe conducir una SIE?	<ul style="list-style-type: none"> • Modelo 1 • El único factor de evaluación (precio) está sujeto a la subasta • La SIE es un método de contratación independiente 	<ul style="list-style-type: none"> • Modelos 1, 2 y 3 • Se evalúa de forma previa a la subasta los factores de evaluación técnicos • La SIE es una técnica complementaria a los 	<ul style="list-style-type: none"> • Modelos 1, 2 y 3 • Se evalúa de forma previa a la subasta los factores de evaluación técnicos • La SIE es una técnica complementaria a los

		mecanismos clásicos de contratación	mecanismos clásicos de
QUIÉN administra el programa o sistema de SIE?	<ul style="list-style-type: none"> • Estado a través del OSCE (portal SEACE) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tercerización 	<ul style="list-style-type: none"> • Tercerización

ANEXO 2

Cuadro Comparativo de las Ventajas y Riesgos de la Subasta Inversa Electrónica en el Perú, Estado Unidos y la Comunidad Europea

	PERU	ESTADOS UNIDOS	COMUNIDAD EUROPEA
VENTAJAS	<ol style="list-style-type: none">1. Eficiencia2. Economía3. Transparencia4. Competencia5. Descentralización de las compras públicas	<ol style="list-style-type: none">1. Eficiencia2. Economía3. Transparencia4. Competencia5. Descentralización de las compras públicas	<ol style="list-style-type: none">1. Eficiencia2. Economía3. Transparencia4. Competencia5. Descentralización de las compras públicas6. Trato no discriminatorio
RIESGOS	<ol style="list-style-type: none">1. Excesiva regulación2. Uso restrictivo3. Trato parcializado4. Prácticas anticompetitivas5. Precios anormalmente bajos6. Discriminación	<ol style="list-style-type: none">1. Ausencia de regulación2. Uso excesivo3. Conflicto de intereses4. Prácticas anticompetitivas5. Precios anormalmente bajos	<ol style="list-style-type: none">1. Excesiva regulación2. Trato parcializado3. Prácticas anticompetitivas4. Precios anormalmente bajos

ANEXO 3

Problemas ante la Maximización de Objetivos / Principios en la Regulación sobre la Subasta Inversa Electrónica (SIE)

Principio	Beneficio	Costo de Maximización del Principio	Principio Afectado
<i>Eficiencia o valor por el dinero</i>	<p><i>Ahorro en precios</i></p> <p>La estadística demuestra que las entidades públicas están pagando menos por los mismos bienes y servicios cuando éstos son adquiridos a través de SIEs</p>	<p><i>Precios anormalmente bajos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Incumplimientos contractuales • Costos por adicionales y retrasos en la ejecución • Controversias entre la entidad y el contratista • Resolución contractual por incumplimiento del contratista 	<i>Satisfacción del consumidor final</i>
<i>Economía</i>	<p><i>Reducción del plazo para adjudicar un contrato y de los gastos administrativos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Evaluación posterior: Presunción de cumplimiento: Se presume que los bienes y servicios ofertados cumplen con las características exigidas • Menor posibilidad de presentación de impugnaciones temerarias • Eliminación de las etapas de consultas y observaciones a las bases 	<p><i>Descalificación del postor ganador</i></p> <p><i>Otorgamiento de la buena pro a la segunda mejor oferta</i></p> <p>No se les concedió al resto de participantes la oportunidad de mejorar su oferta a fin de superar la segunda mejor oferta.</p>	Trato justo e igualitario
<i>Transparencia</i>	<i>Control social. Prevención de abusos y corrupción</i>	<i>Competencia desleal. Colusión</i>	Libre concurrencia y competencia

	<ul style="list-style-type: none"> • Información disponible sobre otras ofertas • El resultado del procedimiento es visible para los participantes 	<ul style="list-style-type: none"> • Excesivos mecanismos de transparencia: La disponibilidad de información sobre las ofertas de los competidores facilita el control del cumplimiento de los acuerdos adoptados por un cartel • Procedimiento de selección altamente estructurado o complejos en mercados pequeños • Proyectos en que participen pocos concursantes • Proyectos que se convoque repetidas veces a SIE a un mismo grupo de concursantes 	
<i>Libre competencia y competencia</i>	<i>Descentralización de las Compras Públicas</i> Las nuevas tecnologías sobre las cuales se desarrolla la SIE tienen como propósito el hacer posible la participación de un mayor número de proveedores, sin importar su ubicación	<i>Brecha digital</i> En el Perú el acceso a Internet aun es limitado y su difusión entre los distintos niveles sociales aun no es equitativa.	<i>Imparcialidad</i>

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDERSON, Robert D.
2006 Current Developments on Public Procurement in the WTO, pp. 167-178
En: Public Procurement Law Review No. 6.
2. ARROWSMITH, Sue
2002 Electronic Reverse Auctions under the EC Procurement Rules: Current Possibilities and Future Prospects, pp. 299-330
En: Public Procurement Law Review, No. 6.
3. ARROWSMITH, Sue
2004 Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard, pp. 17-46
En: International & Comparative Law Quarterly, No. 53.
4. ARROWSMITH, Sue
2005 Electronic Reverse Auctions Under the New EC Procurement Directives, pp. 203-226
En: Public Procurement Law Review, No. 4.
5. ARTEAGA, Mario
2005a Con Importantes Ahorros para el Estado se realizo en el PRONAA la Primera Subasta Inversa Presencial, p. 2
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 5.
(http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/05_2005.pdf)

2005b Las Contrataciones Estatales y el TLC entre Perú y EE.UU., p. 3
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 2.
(<http://www.consucode.gob.pe/boletin institucional/COMUICANDO 2.pdf>)
6. BICKERSTAFF, Roger
2004 The New Directives' Rules E-Communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement, pp. 277-284
En: Public Procurement Law Review, No. 6.
7. BICKERSTAFF, Roger

- 2005 Commission's Action Plan for the Implementation of the Legal Framework for Electronic Public Procurement, pp. 62-86
En: Public Procurement Law Review, No. 3.
8. BICKERSTAFF, Roger
2006 Commission Staff Working Document on the Requirements for Conducting Public Procurement Using Electronic Means, pp. 17-23
En: Public Procurement Law Review, No. 37.
9. BURKE, Thomas F.
2000 Online Reverse Auctions, pp.1-12
En: Briefing Papers No. 00-11.
10. CLARO, Jorge
2005 A Report on Recent Legal Developments in Government Procurement in Latin America. Informe presentado a la Secretaría del CNUDMI.
11. CIBINIC, John y NASH, Ralph C. y
1998 Formation of Government Contracts. 22ra.ed. Washington, D.C.: The George Washington University.
12. COMUNIDAD EUROPEA, Parlamento Europeo y el Consejo de la Comunidad Europea
2004 Directiva No. 2004/17/CE: Sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l22009.htm>)
13. COMUNIDAD EUROPEA, Parlamento Europeo y el Consejo de la Comunidad Europea
2004 Directiva No. 2004/18/CE: Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l22009.htm>)
14. CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
1994 A/RES/49/54: Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
15. CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)
2005a A/CN.9/WG.I/WP.35: Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. Estudio

comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública
(<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/811/36/PDF/V0581136.pdf?OpenElement>)

2005b A/CN.9/WG.I/WP.36: Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. Estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas
(<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/814/37/PDF/V0581437.pdf?OpenElement>)

16. CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/Grupo de Trabajo I (Contratación Pública)

2008a A/CN.9/WG.I/WP.61: Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, las subastas electrónicas inversas y las ofertas anormalmente bajas
(<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V08/548/85/PDF/V0854885.pdf?OpenElement>)

2008b A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1: Posibles Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – texto revisado de la Ley Modelo.
(<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V08/587/26/PDF/V0858726.pdf?OpenElement>)

2008c A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2: Posibles Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – texto revisado de la Ley Modelo.
(http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/66add2.s.pdf)

2008d A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2: Posibles Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – texto revisado de la Ley Modelo.
(http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/66.add3.s.pdf)

17. CONSUCDE, Departamento de Imagen Institucional

2007a Nota de Prensa No. 006-2007-DII: Negocian Servicios A Través de la Modalidad Subasta Inversa.
(http://www.consucode.gob.pe/descarga/informaciones/006-2007_Servicios_atraves_subasta_inversa.pdf)

- 2007b Nota de Prensa No. 010-2007-DII: CONSUCODE Logró Ahorros de Hasta el 18 Por Ciento en Primera Subasta Inversa Electrónica.
(http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/010-2007_CONSUCODE_primera_subasta_inversa_electronica.pdf)
- 2007c Nota de Prensa No. 012-2007-DII: Estado Ahorra 3.38 Millones de Nuevos Soles en Compras a Través de Subasta Inversa.
(http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/012-2007_Estado_ahorra_con_subasta_inversa.pdf)
- 2007d Nota de Prensa No. 063-2007-DII: En Primeros Diez Meses del Año Ahorros en Subasta Inversa Alcanzaron los S/. 19 Millones.
(http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/063-2007_Subasta_Inversa.pdf)
18. CONSUCDE, Presidencia
2007 Comunicado No. 007-2007(PRE): Sobre la Utilización de la Modalidad de Subasta Inversa.
(<http://www.seace.gob.pe/Documentos/189912301249376rad18EC2.pd>)
19. CONSUCDE, Oficina de Sistemas, Unidad de Investigación y Métodos
2008 Informe de Contrataciones Públicas al primer semestre de 2008.
(<http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>)
20. DANOS, Jorge
2005 Situación de la legislación peruana en materia de contrataciones del Estado, pp. 176-179
En: Actualidad Jurídica, No. 141.
21. DROMI, Roberto.
1999 Licitación Pública. 2da.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
22. DROMI, Roberto.
2004 Derecho Administrativo. 10ma.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
23. GORDON, Daniel I.
2005 Organizational Conflict of Interest: A Growing Integrity Challenge, pp. 25-39
En: Public Contract Law Journal, No. 35.
24. HABERBUSH, Kara L.
2000 Limiting the Government's Exposure to Bid Rigging Schemes: A Critical Look at the Sealed Bidding Regime, pp. 97-121
En: Public Contract Law Journal, No. 30.
25. HEILMAN GRIER, Jean

- 2006 Recent Development in International Trade Agreements Covering Government Procurement, pp. 385
En: International Procurement Law, No. 35.
26. IAÑEZ, Jose Manuel
2008 Subastas Electrónicas de Compra: Funcionan, Generan Ahorros y Son Rentables
En: degerencia.com.
(http://www.degerencia.com/articulo/subastas_electronicas_de_compra_funcionan_generan_ahorros_y_son_rentables)
(<http://www.degerencia.com/jimenez>)
27. JOIA, Luiz Antonio y ZAMOT Fuad
2002 Internet-Based Reverse Auctions by the Brazilian Government, pp. 1-12
En: The Electronic Journal of Information Systems in Developing Countries, No. 9.
(<http://www.ejisdc.org/ojs2/index.php/ejisdc/article/view/51>)
28. KELLY, Ruth y KENNEDY-LOEST, Ciara
2003 The EC Competition Law Rules and Electronic Reverse Auctions: A Case for Concern, pp. 27-33
En: Public Procurement Law Review, No. 1.
29. MENDES, Adriana
2006 La Experiencia Brasileira en la Aplicación de la Subasta Inversa Electrónica, p. 4
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 7.
(http://www.consucode.gob.pe/boletin institucional/COMUNICANDO%20Julio%202006_1.pdf)
30. MORÓN, Juan Carlos
2005 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 4ta.ed. Lima: Gaceta Jurídica.
31. MORÓN, Juan Carlos
2008 Las ofertas temerarias o el temor a competir. Apuntes sobre una curiosa e ineficiente regulación, pp. 173-183.
En: Revista Jurídica del Perú, No. 92.
32. MORÓN, Juan Carlos
2009 Entrevista al autor. 9 de febrero 2009.
33. NASH, Ralph C., SCHOONER, Jr. Steven L. y O'BRIEN, Karen R.
1998 The Government Contracts Reference Book. 2da.ed. Washington, D.C.: The George Washington University.
34. NASH, Ralph C. y CIBINIC, John
2000 Reverse Auctions: More Thoughts, pp. 67-70

En: Nash & Cibinic Report, vol. 15, No. 12.

35. NASH, Ralph C. y CIBINIC, John
2001 Reverse Auctions: A Case Study, pp. 35-37
En: Nash & Cibinic Report, vol. 15, No. 7.
36. NASH, Ralph C. y CIBINIC, John
2004 Online Procurement Services: Reverse Auctions Too, pp. 29-32
En: Nash & Cibinic Report, vol. 18, No. 7.
37. NICHOLAS, Caroline
2006 The UNCITRAL Model Law on Procurement-The Current Reform Programme, pp. 161-166
En: Public Procurement Law Review, No. 6.
38. OMC. Organización Mundial del Comercio
1994 Acuerdo sobre Contratación Pública.
39. OMC. Organización Mundial del Comercio/Comité de Contratación Pública
2006 GPA/W/297: Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública al 8 de diciembre de 2006.
40. OMC. Organización Mundial del Comercio
2009 (<http://www.wto.org>)
Página web del OMC; contiene una descripción general de los acuerdos plurilaterales suscritos por los miembros de la OMC, entre ellos, el Acuerdo sobre Contratación Pública (consulta: 26 de enero).
41. PALMER, Timothy D., DOVER, Agnes P. y MCGOVERN, Thomas
2000 Can The Government Go Fast Forward on Reverse Auctions?, pp. 263-270
En: Government Contractor, vol. 42, No. 26.
42. PERÚ, Congreso de la República
2001 Ley No. 27444: Ley del Procedimiento Administrativo General.
43. PERÚ, Congreso de la República
2008 Decreto Legislativo No. 1070: Ley de Contrataciones del Estado.
44. PERÚ, Ministerio de Economía y Finanzas
2009 Decreto Supremo No. 184-2008-EF: Reglamento del Decreto Legislativo No. 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado.
45. PERÚ, Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)
2007 Resolución No. 094-2007-CONSUCODE/PRE: Reglamento de la Modalidad de selección por Subasta Inversa Presencial.

46. PERÚ, Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)
2006 Resolución No. 590-2006-CONSUCODE/PRE: Reglamento de la Modalidad de selección por Subasta Inversa Electrónica.
47. RICG, Red Interamericana de Compras Gubernamentales
2006 La Apuesta de CONSUCODE: Intercambio de Experiencias en el Camino hacia las Compras Electrónicas, p. 3
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 7.
(http://www.consucode.gob.pe/boletin institucional/COMUNICANDO%20Julio%202006_1.pdf)
48. RICG, Red Interamericana de Compras Gubernamentales
2009 (<http://www.compraspublicas.org/es/news/38.aspx>)
Página web de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales - RICG; contiene noticias sobre la modernización de las compras públicas en las Américas (consulta: 13 de enero).
49. REYNOSO, Roberto
2006 La Subasta Inversa Electrónica, pp. 1-4
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 12.
(http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/COMUNICANDO_Diciembre_2006.pdf)
50. SALAZAR, Ricardo
2004 La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato, pp. 36-42
En: Derecho & Sociedad, No. 23.
51. SALAZAR, Ricardo
2009 Entrevista personal con el autor. 19 de febrero.
52. SCHOONER, Steven L.
2002 Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law, pp. 103-110
En: Public Procurement Law Review, No. 2.
53. SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (SE@CE)
2009 (<http://www.seace.gob.pe>)
Página web del SEACE; contiene el listado de bienes comunes, fichas técnicas aprobadas (consulta: 13 de enero).
54. SZELIGA, Keith R.
2006 Conflict and Intrigue in Government Contracts: A Guide to Identifying and Mitigating Organizational Conflict of Interests, pp. 639-673
En: Public Contract Law Journal No. 36.

55. THE U.S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION (GSA)
2000 Nota de Prensa No. GSA#9739: DFAS Gets "Best Buy" Through Federal Government's Largest Ever On-Line Reverse Auction, General Services Official's Estimate Cost Avoidance in Excess of \$2.2 Million.
(http://www.gsa.gov/Portal/gsa/ep/contentView.do?pageTypeId=8199&channelId=-13259&P=XI&contentId=9469&contentType=GSA_BASIC.)
56. TORRICELLI, Luis
2005a Subasta Inversa: La Nueva Modalidad de Compra del Estado, p. 2
En: Comunicando, El Boletín Virtual de la Contratación Estatal, No. 2.
(<http://www.consucode.gob.pe/boletin institucional/COMUICANDO2.pdf>)
- 2005b Propuesta Peruana: Subasta Inversa. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional: Modernización y Retos de la Contratación Pública del Perú ante los Procesos de Integración. Lima, Perú.
(http://www.consucode.gob.pe/ptae/index_ptae.asp?ptae=http://www.consucode.gob.pe/ptae/conferencia_internacional_ponencias.htm)
57. VERDEAUX, Jean-Jacques
2003 Public Procurement in the European Union and in the United States: A Comparative Study pp. 713-738
En: Public Contract Law Journal, No. 32.
58. VOLK, Daniel B.
2007 A Principles-Oriented Approach to Regulating Reverse Auctions, pp. 127-139
En: Public Contract Law Journal, No. 37.
59. YUKINS, Christopher R. y WALLACE Jr., Don
2005 UNCITRAL Considers Electronic Reverse Auctions, As Comparative Public procurement Comes of Age in the US, pp. 183-202
En: Public Procurement Law Review, No. 4.
60. YUKINS, Christopher R.
2006 A Case Study in Comparative Procurement Law: Assessing UNCITRAL's Lessons for U.S. Procurement, pp. 457-483
En: Public Contract Law Journal, No. 35.
61. WALLACE Jr., Don, YUKINS, Christopher R. y MATECHAK, Jason P.
2005 UNCITRAL Model Law: Reforming Electronic Procurement, Reverse Auctions, and Framework Contracts, pp. 12-18
En: Procurement Law, No. 40.