



La Contratación Pública

La Contratación Pública en los Países de la Comunidad Andina. Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea



UE-CAN
Asistencia Técnica Relativa al
COMERCIO I

**LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN LOS PAÍSES
DE LA COMUNIDAD
ANDINA: UN ESTUDIO
COMPARADO CON EL
DERECHO DE LA UNIÓN
EUROPEA**

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

© Secretaría General de la Comunidad Andina
Proyecto de Cooperación UE-CAN
Asistencia Relativa al Comercio I
Paseo de la República 3895, Lima 27 - Perú.
Telf.: (51-1)411-1400
Casilla postal 18-1177, Lima 18 - Perú

Julio 2007

Directora del Proyecto: Nilsa Mujica G.

Administrador: Erick Castillo

Autor: José Antonio Moreno Molina, Profesor titular de Derecho Administrativo,
Universidad Castilla - La Mancha (España)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2007 - 11830

Impresión: Bellido Ediciones E.I.R.L.

Agradecimiento

*A la Secretaría General
de la Comunidad Andina
y a la Delegación de la
Comisión Europea en el Perú*

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: CUESTIONES ACTUALES RELEVANTES DE LA NORMATIVA Y DE LA PRÁCTICA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES ANDINOS.	11
I.- PERÚ.	11
1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en el Perú en materia de contratos públicos.	11
2.- Situación actual sobre la clasificación de bienes y servicios. La existencia de distintos Catálogos. La utilización mayoritaria en la contratación pública del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del Ministerio de Economía y Finanzas.	12
3.- La utilización del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras por CONSUCODE y el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.	14
4.- El Catálogo Nacional de Bienes Muebles del Estado.	15
5.- Entidades públicas con competencias y funciones en relación con los catálogos oficiales de bienes y servicios.	15
6.- La necesidad imperiosa de una reforma para que el Perú cuente con un catálogo unificado para la catalogación de bienes y servicios del Estado. La Resolución Ministerial N° 284-2005-PCM que aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que será adoptado por las Entidades bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.	16
7.- La participación de Perú Cámaras.	20
II.- COLOMBIA.	21
1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Colombia en materia de contratos públicos.	21
2.- El catálogo único de bienes y servicios (CUBS) del SICE.	24

3.- El sistema electrónico de contratación y la utilización de la codificación de Naciones Unidas UNSPSC.	26
4.- La utilización de diversos sistemas de clasificación. Las limitaciones del CUBS dada su funcionalidad básica de carácter fiscal.	29
5.- Funcionamiento práctico del CUBS.	30
6.- Las estadísticas utilizadas por el DANE.	32
7.- Conclusiones.	33
III.- ECUADOR.	34
1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Ecuador en materia de contratos públicos.	34
2.- La ausencia en Ecuador de una clasificación general de bienes y servicios en la contratación pública.	39
3.- La utilización del Código internacional UNSPSC por parte de CONTRATANET.	39
4.- Clasificaciones económicas de actividades y productos en Ecuador.	43
a) Antecedentes	43
b) La Clasificación Nacional de Productos por Rama de Actividad Económica y su no aplicación a la contratación pública.	44
IV.- BOLIVIA.	45
1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Bolivia en materia de contratos públicos.	45
2.- La utilización del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del SIGMA y su problemática actual.	47
3.- El origen del SIGMA. Su regulación normativa.	48
4.- El MAPF como unidad administradora del SIGMA	49
5.- El funcionamiento del SIGMA.	49
6.- El Sistema de Compras y Contrataciones del SIGMA.	50
7.- Críticas al sistema. La insuficiencia del SIGMA para la clasificación de bienes y servicios en la contratación pública.	51
8.- Hacia una nueva clasificación de bienes y servicios en la contratación pública.	53
9.- La contratación electrónica en Bolivia.	54
10.- Otras clasificaciones utilizadas en Bolivia.	54
11.- La Clasificación de Productos por Actividades Económicas y su no aplicación a la contratación pública.	55
V.- CONCLUSIONES. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA NORMATIVA EUROPEA.	56

SEGUNDA PARTE.- EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.	65
I.- INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	65
1.- La importancia económica de los contratos públicos.	65
2.- La consecución de objetivos sociales y medioambientales.	66
3.- Las razones de las prácticas discriminatorias en el ámbito de la contratación pública.	71
4.- Objetivos de la política de contratación de la Unión Europea.	73
5.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.	74
II.- EL MARCO DE DERECHO ORIGINARIO APLICABLE A LA CONTRATACION PÚBLICA COMUNITARIA	76
1.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.	76
2.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa.	77
3.- El principio de igualdad de trato como esencia de la normativa sobre contratación pública. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad en la jurisprudencia del TJCE. Su aplicación en todas las fases de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos.	78
4.- Los principios de publicidad, transparencia y concurrencia.	79
A) Su relación con el principio de igualdad y no discriminación.	79
B) El principio de transparencia.	80
a) La lucha contra la corrupción. Las prohibiciones para contratar con la Administración.	80
b) Su garantía a través de las nuevas técnicas electrónicas de compra.	81
C) El principio de concurrencia.	82
D) El principio de publicidad y su reciente impulso con la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación.	83
E) La falta de aplicación de los principios de concurrencia y transparencia en el ámbito de los contratos públicos de defensa. La necesidad de garantizar el respeto de los principios de la contratación pública con algunas especialidades.	84
5.- Otros principios aplicables en el ámbito de la contratación pública.	85

A) El respeto de la confidencialidad.	85
B) Principio del reconocimiento mutuo.	86
C) El principio de proporcionalidad.	87
D) El principio de motivación de las decisiones.	88
E) Los principios de economía y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos. Eficacia administrativa, control de la actuación pública y nuevas tecnologías.	88
III.- DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS	90
1.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.	90
2.- La “segunda generación” de Directivas y sus sucesivas reformas.	91
3.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público. El fuerte impulso a la contratación electrónica.	92
4.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.	93
5.- Los contratos públicos en los denominados “sectores excluidos”, “especiales” o de “servicio público”.	96
6.- La falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratos públicos. Las Directivas sobre “recursos”.	98
7.- La aprobación de las Directivas sobre «recursos»: la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, sobre «recursos» en los «sectores especiales».	99
8.- El futuro próximo del Derecho comunitario de los contratos públicos.	101
IV.- EL SISTEMA ÚNICO DE CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA	102
1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.	102
2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.	103
3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.	104
4.- El funcionamiento del CPV europeo.	105
5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.	105
6.- Aplicación práctica del CPV.	105

7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.	107
<u>TERCERA PARTE: A MODO DE EPÍLOGO.</u>	109
I.- PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN Y POSIBLE ACUERDO DE UN CAPÍTULO DE COMPRAS PÚBLICAS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD ANDINA Y CON LA UNIÓN EUROPEA	109
II.- PROPUESTA DE UN SISTEMA ÚNICO DE CLASIFICACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS EN COMPRAS PÚBLICAS PARA LA COMUNIDAD ANDINA.	113
A) Las ventajas para los países miembros de la Comunidad Andina de una clasificación unificada de bienes y servicios para la contratación pública.	113
B) Las principales opciones para el establecimiento de un sistema único de clasificación de bienes y servicios en compras públicas para la Comunidad Andina. Las ventajas de utilizar una codificación con apoyo en el UNSPSC.	116
C) Las Bases de armonización comunitaria para el establecimiento de una clasificación unificada de bienes y servicios.	118
D) La posible estandarización y aprobación de formularios comunes.	120
E) Conclusión. La conveniencia de la aprobación de una Decisión Andina que establezca una clasificación única de bienes y servicios aplicable a la contratación pública.	121
ANEXO.- LA NORMATIVA REGULADORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA	123
BIBLIOGRAFÍA	127

PRIMERA PARTE:

**CUESTIONES ACTUALES RELEVANTES DE LA NORMATIVA
Y DE LA PRÁCTICA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN
LOS PAÍSES ANDINOS**

I.- PERÚ.

1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en el Perú en materia de contratos públicos.

Sin duda alguna, uno de los temas más trascendentes en la actualidad en relación con las compras públicas es el de la contratación pública electrónica.

En el Perú se cuenta con una destacada práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través sobre todo del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que lleva a cabo ya hoy difusión de procesos (publicación de planes, convocatorias, bases, consultas, observaciones, resultados de adjudicación) y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la reciente implantación de la subasta inversa electrónica.

Otros aspectos a resaltar de la normativa sobre compras públicas son la problemática de los Registros de Licitadores (sería muy positivo de cara a un acuerdo en materia de contratación pública en la CAN que los distintos Estados reconocieran los certificados que otorguen los otros Estados), la contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, los impedimentos para contratar con la Administración (la Directiva 2004/18/CE advierte que debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales), las Bases o Pliegos de Condiciones (hay que objetivar al máximo los criterios de evaluación e indicarlos

con detalle en las Bases, hay que suprimir los márgenes amplios para calificar), la subcontratación (sería recomendable que la Entidad contratante plantee desde el principio del contrato cuanta parte del contrato tiene intención de subcontratar) y la solución de controversias e impugnaciones.

En definitiva, en relación con el régimen de contratación estatal en el Perú, cabe destacar que la normativa hoy vigente en la materia (las normas básicas son la Ley nº 26850 y su Reglamento D.S. nº 013-2001-PCM) establece un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que se encuentra en un estadio de desarrollo más avanzado que muchos países del entorno americano. En este sentido merece ser resaltada la labor desarrollada a favor del respeto de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia por parte de CONSUCODE, quien está impulsando recientemente con acierto la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. La solución de controversias también está correctamente prevista en la normativa, en la que se distinguen dos maneras de resolución de conflictos según sea la fase del proceso de contratación: vía administrativa y durante la ejecución del contrato arbitraje y conciliación administrativa.

Entre los aspectos a mejorar en el ordenamiento jurídico peruano en materia de contratación pública, aparte de los ya señalados con anterioridad (por ejemplo, en relación con la contratación electrónica, con los modelos de formularios, etc...), cabe resaltar la problemática de las prácticas de contratistas contrarias a la libre competencia –por ejemplo los proveedores que conciertan propuestas y precios para distribuirse los procesos- (que podrían ser reguladas, en Europa se aplican a la contratación pública las normas sobre la competencia como son la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes), la necesidad de controlar la no aplicación de las normas de contratación por parte de las pequeñas Administraciones (como son las Entidades locales y municipales), la conveniencia de limitar el uso abusivo por las Entidades adjudicadoras de prácticas como el provocar urgencias o falsificar documentos, la posibilidad de suprimir la obligatoria constitución de fianzas o garantías (que limita la participación en las compras del Estado de las pequeñas y microempresas) y la necesidad armonizar las normas sobre contratación con la legislación específica con que cuentan instituciones como PRONAA, FONCODES o COFOPRI y con las normas de entidades financieras internacionales o de organismos de cooperación técnica internacional.

2.- Situación actual sobre la clasificación de bienes y servicios. La existencia de distintos Catálogos. La utilización mayoritaria en la contratación pública del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del Ministerio de Economía y Finanzas.

No existe en el Perú un único Catálogo Nacional de Bienes, Servicios y Obras. Actualmente la gran mayoría de las entidades públicas utilizan el elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas para el Sistema Integrado de Gestión Administrativa, Catálogo basado en el elaborado por el ya desaparecido Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Pero también existen en la actualidad el

Catálogo de Bienes Muebles elaborado por la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN), el Catálogo de Bienes del Ministerio de Educación, el Catálogo de Bienes del Ministerio de Salud, el Catálogo de Bienes del Ministerio de Energía y Minas, el Petitorio Nacional de Medicina, el Catálogo de la Marina de Guerra del Perú.

Pero en la contratación pública en el Perú se utiliza mayoritariamente en la actualidad el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del Ministerio de Economía y Finanzas. El Catálogo fue elaborado por el INAP y ha sido actualizado por el MEF y otras instituciones en las cuales está operando el SIAF, además de haberlo sometido a un proceso de actualización por parte de las empresas dependientes del FONAFE, y las FFAA.

Este catálogo se encuentra operativo y divide sus clasificaciones en:

- Grupo
- Clase
- Familia
- Ítem

El citado Catálogo comprende 3 grandes categorías:

- Bienes
- Servicios
- Obras

Al interior de cada categoría, existen 99 Grupos para Bienes y 99 Grupos para Servicios. Los Grupos que corresponden a los bienes de consumo son aquellos no utilizados por la SBN, éstos son, los códigos libres. Los Grupos definidos por la SBN para los bienes muebles se han incorporado, tal cual, en el Catálogo de Bienes y Servicios. En cuanto a la estructura del Código, ésta es similar a la establecida por la SBN:

Grupo	Clase	Familia	Item
2 dígitos	2 dígitos	4 dígitos	4 dígitos

El Catálogo de Bienes, Servicios y Obras cuenta en la actualidad con alrededor de 130.000 ítems. El Catálogo se actualiza constantemente añadiendo ítems. Actualmente lo utilizan 150 Entidades, incluyendo una sola municipalidad (la de Lima).

En la página web del MEF (<http://www.mef.gob.pe/siga.php>) se accede a la información sobre el Catálogo, que gestiona el Sistema Integrado de Gestión Administrativa (SIGA, -el Sistema Integrado de Gestión Administrativa-SIGA es un proyecto desarrollado por el Ministerio de Economía y finanzas a través de un convenio con el Ministerio de Salud y financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo -BID-). En 2001 se inauguró el Portal de Transparencia Económica, que es una plataforma informativa de acceso libre que permite a cualquier usuario disponer, en tiempo real, de la información económica que centraliza el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). El Portal de Transparencia Económica es actualizado mensualmente.

3.- La utilización del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras por CONSUCODE y el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.

Este Catálogo fue asumido por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), que administra el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las adquisiciones y contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas (artículos 66° y 67° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM).

En el Perú se cuenta hoy con una destacada práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través sobre todo del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que lleva a cabo ya hoy difusión de procesos (publicación de planes, convocatorias, bases, consultas, observaciones, resultados de adjudicación) y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la próxima implantación de la subasta inversa electrónica.

En 2004 se implantó el SEACE, que en la actualidad lo utilizan 1,658 Entidades Públicas Contratantes. Si bien el SEACE adoptó el Catálogo de Bienes del MEF en estructura y jerarquía han realizado algunas adaptaciones y cuentan en su catálogo con unos 15.000 productos y servicios.

El SEACE (www.seace.gob.pe) es un sistema integral, compuesto por políticas, procedimientos, normas y software basado en el uso del Internet, con el fin de dar transparencia, optimizar, modernizar y generar ahorros en las contrataciones públicas del Perú.

Con la implantación del SEACE se conformó en el CONSUCODE una nueva base de datos para centralizar toda la información relativa a las compras públicas. El proceso de registro de los Procesos de Selección, desde la etapa de convocatoria hasta la de otorgamiento de la buena pro, está conectado al Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF-SP), operado por el MEF. El SEACE cuenta con interfaces que permiten relacionar la información de los procesos, tanto con el Registro Nacional de Proveedores, como con el Registro Nacional de Entidades Públicas Contratantes, con el Catálogo Nacional de Bienes y Servicios y Obras y con el SIAF. El SEACE debe disponer de las interfaces necesarias que permitan la integración de sus operaciones con los diversos sistemas que gestionan las operaciones estatales. Entre ellos, los de la SUNAT, SUNARP, RENIEC, Banco de la Nación, MEF, etc.

Todas las Unidades Ejecutoras del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales utilizan el Sistema de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP), Módulo de Registro de Procesos de Selección (MRPS), como medio oficial y obligatorio para el registro y transmisión oportuna al CONSUCODE de la información de todos sus Procesos de Selección y Contratos definidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 y su Reglamento. Esta información es difundida por el CONSUCODE a través de su Portal SEACE. Los Gobiernos Locales donde se haya implantado el Sistema Integrado de Administración Financiera para Gobier-

nos Locales (SIAF-GL) utilizan en forma progresiva el módulo MRPS.

Desde la constitución de la Comisión Multisectorial encargada de ejecutar e implantar los “Lineamientos para la Implantación Inicial del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – SEACE”, en forma progresiva, las Unidades Ejecutoras del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales utilizan el SIAF-SP, módulo MRPS, para realizar sus adquisiciones y contrataciones de Menor Cuantía, utilizando mecanismos de comercio electrónico a través del Portal SEACE, administrado por CONSUCODE. Los Gobiernos Locales donde se haya implantado el Sistema Integrado de Administración Financiera para Gobiernos Locales (SIAF-GL) y el Registro de Procesos de Selección en el MRPS utilizan en forma progresiva el módulo de adquisiciones y contrataciones de Menor Cuantía.

Para efectos de implantación del módulo MRPS en todas las instituciones antes mencionadas, se utiliza el Catálogo de Bienes y Servicios desarrollado por el MEF, el mismo que está incorporado en el módulo.

4.- El Catálogo Nacional de Bienes Muebles del Estado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el Catálogo Nacional de Bienes Muebles del Estado (Resolución N° 158-97/SBN y Directiva N° 001-97/SBN-UG-CIMN) de la Superintendencia de Bienes Nacionales, organismo público descentralizado del Ministerio de la Presidencia encargado de la administración, control y fiscalización de los bienes muebles e inmuebles del Estado

5.- Entidades públicas con competencias y funciones en relación con los catálogos oficiales de bienes y servicios.

En la actualidad son entidades administradoras de catálogos oficiales de bienes y servicios el MEF, la SBN y CONSUCODE-SEACE.

Además, hay que tener en cuenta las competencias que ostentan al respecto la PCM y el MINSA.

FUNCIONES DE CONSUCODE Y EL SIAF

CONSUCODE:

Asegurar el desarrollo del:

- Mercado Electrónico de Intercambio
- Registro de Proveedores
- Registro de Contratantes
- Registro de Inhabilitados
- Comunicación con los Proveedores.
- Mecanismos de Consulta sobre las operaciones de Compra.

- Mecanismos de Capacitación a los Proveedores.
- Mecanismos de Capacitación y Certificación de las Cabinas Públicas.
- Mecanismos de seguridad en las transacciones entre los proveedores y el ambiente transaccional.

SIAF:

- Asegurar la integridad de la Cadena de Pagos del Estado.
- Proveer los mecanismos de comunicación al CONSUCODE de los requerimiento de compra (Ejecución del Presupuesto)
- Pagar a los proveedores. (Ejecución del Presupuesto)
- Informar a la SUNAT. (Coactivos)

PCM:

- Dictar los lineamientos de compras y adquisiciones del Estado mediante mecanismos electrónicos.

6.- La necesidad imperiosa de una reforma para que el Perú cuente con un catálogo unificado para la catalogación de bienes y servicios del Estado. La Resolución Ministerial N° 284-2005-PCM que aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que será adoptado por las Entidades bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En el Estado peruano se encuentran pues vigentes diferentes Catálogos de Bienes y Servicios, situación que además de la natural complejidad para el tratamiento y manejo de la información, genera consecuencias negativas para los procesos de contrataciones y adquisiciones que realizan las distintas entidades de la Administración Pública en todos sus niveles de gobierno, lo cual también involucra a todo el sistema logístico, es decir, no sólo a los compradores y vendedores, sino también a los productores, círculos de calidad, diseños de productos, entre otros.

Resulta pues muy necesario para el Perú contar con un sistema de catálogo que sea un instrumento uniforme para la catalogación de bienes y servicios del Estado, con miras a organizar todas las actividades estatales que requieran de dicha herramienta para su gestión.

La Comisión Multisectorial encargada de elaborar un informe que contenga los requerimientos técnico funcionales y de información del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE, creada por Decreto Supremo N° 099-2002-PCM, concluyó que la adopción de Sistema de Catalogación de Bienes y Servicios es un componente importante para la implementación del SEACE; recomendando en su informe final la adopción de un Sistema de Catalogación Internacional a ser administrado por una entidad del Sector Público.

De conformidad con lo establecido por el Decreto Ley N° 21292 y la Resolución Ministerial N° 0014-86-PCM, la Resolución Ministerial n° 362-2003-PCM (y RM

027-2004-PCM) crea la Comisión Multisectorial encargada de analizar las conclusiones sobre catalogación de bienes y servicios realizada por la Comisión Multisectorial creada por D.S. N° 099-2002-PCM.

La Comisión Multisectorial se conformó por los siguientes miembros:

- El Jefe de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros;
- Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas;
- Un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo;
- Un representante del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE;
- Un representante del Centro de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa - PROMPYME;
- Un representante del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI;
- Un representante de la Superintendencia de Bienes Nacionales;
- Un representante de la Contaduría Pública de la Nación;
- Un representante de la Marina de Guerra del Perú; (2)
- Un representante de la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT; y,
- Un representante del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE.

Se hacía necesaria la elección de un Sistema de Catalogación Internacional y de un catálogo que permita la transición a éste. La Comisión Multisectorial llegó a las siguientes conclusiones:

“La Comisión ha concluido que el Sistema de Catalogación de las Naciones Unidas (UNSPSC) cumple de mejor manera las características requeridas por el Estado Peruano para fines de adquisiciones y contrataciones electrónicas corporativas por las siguientes razones:

1. Incluye bienes y servicios.
2. Ha sido diseñado para compras electrónicas.
3. Es de fácil acceso para todos los involucrados en el proceso de adquisiciones y contrataciones. Sin costos de uso y libre disponibilidad en la página Web de UNSPSC.
4. Cuenta con versión oficial en español.
5. Es de carácter internacional y cuenta con el respaldo de las Naciones Unidas.
6. Su implementación, uso y mantenimiento implica costos accesibles tanto para el Estado como para los proveedores”.

En el tiempo que lleve la adopción de la nueva clasificación el catálogo de transición que se utiliza es el administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

La Resolución Ministerial N° 284-2005-PCM de fecha 12 de Agosto del 2005, publicada el 13 de Agosto del 2005, aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que será adoptado por las Entidades bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,

Ley 26850, en su artículo 21° establece que para mantener el orden y la uniformidad de los bienes, servicios y obras que se requieran, las Entidades utilizarán el catálogo de bienes, servicios y obras oficial que para el efecto apruebe la Presidencia del Consejo de Ministros. El Catálogo de bienes, servicios y obras oficial es necesario para clasificar los bienes, servicios y obras a ser adquiridos, contratados y utilizados por las entidades del Estado, y para la implantación del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – SEACE.

La Resolución Ministerial que nos ocupa, aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que deberá ser implementado sobre la base del Sistema de Catalogación de las Naciones Unidas (UNSPSC) y adoptado por las Entidades comprendidas bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a partir del 01 de Julio del año 2007.

Este Catálogo deberá ser administrado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT, para garantizar la implementación, operatividad, mantenimiento, difusión y accesibilidad a la información técnica necesaria, y desarrollado en coordinación con el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE.

En los trabajos realizados por la SUNAT se destaca que El Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial – CBSOO deberá:

- a) Tener como base la UNSPSC.
- b) Contar con un Catálogo Electrónico, base del core-business del SEACE (CONSUCODE).
- c) Estar correlacionado con las partidas presupuestales y las cuentas contables que permita el control logístico (Software SIAF del Ministerio de Economía y Finanzas).
- d) Facilitar el control patrimonial (Software inventario mobiliario institucional – SIMI de la Superintendencia de Bienes Nacionales).
- e) Facilitar el control logístico de las Entidades del Estado.

El SUNAT ha elaborado un Informe técnico donde propone los siguientes modelos. En ellos se pretende incluir en un único Catálogo todo el proceso de compras, la cadena total de abastecimiento. Se quiere comprender así tanto la clasificación como la identificación de los productos. Los modelos propuestos son los siguientes:

Pero a fecha de diciembre de 2006 queda pendiente, según el SUNAT:

Modelos propuestos

Modelo 1: UNSPSC + ATRIBUTOS + CEI



5

Modelos propuestos

Modelo 2: UNSPSC + CÓDIGO SEC.+ CEI



6

- la validación de las propuestas del modelo de solución, señaladas en el Informe técnico, por un Consultor internacional;
- la propuesta definitiva del modelo de solución;
- el establecimiento de un Plan de trabajo para la implementación inmediata del CBSOO;
- la correlación de los catálogos oficiales con el UNSPSC¹;

Además queda por definir la entidad que asumirá el mantenimiento del CBSOO: la SUNAT, MEF, SBN, CONSUCODE-SEACE, que parece la entidad más adecuada por su especialización y experiencia en la contratación pública.

Todo ello con un horizonte temporal que apremia ya que la Resolución Ministerial N° 284-2005-PCM, que aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que será adoptado por las Entidades bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, prevé que deberá ser implementarse el Catálogo sobre la base del Sistema de Catalogación de las Naciones Unidas (UNSPSC) y ser adoptado por las Entidades comprendidas bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a partir del 01 de Julio del año 2007.

7.- La participación de Perú Cámaras.

Al Proyecto de SUNAT del Catálogo CBSOO se ha sumado Perú Cámaras.

Recientemente el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) del BID, ha aprobado US \$ 1,9 millones para apoyar el acceso electrónico de las pequeñas y micro empresas a los mercados de adquisiciones gubernamentales para Chile, Argentina y Perú. En el Perú es Perú Cámaras quien se encargará de ejecutar dicho Proyecto, que proporcionará capacitación, asistencia técnica y servicios informativos para ayudar a las MyPEs a ser más competitivas y a acceder a nuevos mercados.

Los objetivos del Proyecto citado son: facilitar la inserción de las MYPES en los mercados de e-compras gubernamentales; experimentar y fomentar el comercio regional entre distintos países; desarrollo de una red de servicios de información y asistencia técnica que actúe como catalizador en el proceso de comercialización de la oferta de las MYPES con el Estado; capacitación y asistencia técnica para mejorar el perfil competitivo de las pymes y desarrollo de un portal con estándares comunes para Argentina, Chile y Perú.

II.- COLOMBIA.

¹ Presentación del «Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial - CBSOO», Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, noviembre 2006.

1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Colombia en materia de contratos públicos.

En el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen y garantizan muy adecuadamente los principios generales de la contratación, que expresamente reconoce el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad), remitiéndose para el resto de principios al resto del ordenamiento jurídico: singularmente la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo. Resulta importante destacar que el reconocimiento en la legislación colombiana de supuestos en los que no se acude al sistema de licitación pública, contratándose de forma directa, no implica en absoluto que estos contratos puedan obviar el principio esencial de la transparencia.

Frente al Decreto 150 de 1976 y el 222 de 1983, que fueron los instrumentos legales que regularon la contratación del Estado en Colombia antes de 1993, y que eran más que todo unos códigos de requisitos y procedimientos, la Ley 80 de 1993 fue concebida para ser un marco general en el cual se debe desenvolver la contratación del Estado, mediante la observancia de tres principios generales (transparencia, economía y responsabilidad) y dos deberes (selección objetiva y publicidad) que deben ser tenidos en cuenta en cualquiera de los contratos que realice el Estado. Además, la Ley 80 de 1993 remite acertadamente el resto de principios generales del Derecho reconocidos en el ordenamiento colombiano.

Por otra parte, en la legislación colombiana sobre contratación pública sería muy conveniente que se introdujera una definición amplia de contrato público como la que recoge hoy la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público: “son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios” (art. 1.2.a). Esta moderna definición de contrato público incluye la posibilidad de que varias Administraciones se unan para celebrar un contrato (existen figuras interesantes al respecto en la Directiva como las denominadas Centrales de Compras).

En relación con las garantías exigidas a los licitadores en los procedimientos de contratación, entiendo que se podría eliminar la obligatoriedad de presentar una garantía de seriedad de la propuesta –que se exige en Colombia para todos los procesos de adjudicación de contratos públicos–. En España se ha suprimido esa obligatoriedad teniendo en cuenta que prácticamente nunca se ejecutaban las mismas y que con su eliminación se facilita la presentación de ofertas por parte de las pequeñas y medianas empresas, a las que se suprime una traba en algunos casos importante. Eso sí, se mantendría la obligatoriedad de prestación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. En este sentido, se podría precisar en la legislación relativa a estas garantías definitivas o de fiel cumplimiento del contrato que las mismas no cubren todos los posibles daños y perjuicios causados por el contratista en la ejecución del contrato, es decir, que esta garantía definitiva no limita la responsabilidad del contratista por lo que la Administración puede exigir los daños que superen la cuantía de la fianza prestada. Como señala

la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de febrero de 1998, «... la fianza de los contratos administrativos y el aval prestado por ella es una obligada garantía legal, afectada al estricto cumplimiento por el contratista de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual para cuya garantía se constituyeren; siendo la naturaleza de la fianza definitiva el de pena convencional para, que en caso de incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, la Administración pueda exigir la pena como importe mínimo del daño, sin perjuicio de poder exigir el “plus” de daños si éste rebasa la cuantía de la fianza».

En cualquier caso, también hay que advertir de las considerables cuantías que se exigen por la legislación para la constitución de las garantías, montos que pueden considerarse excesivos en la medida en que puedan suponer un obstáculo para las empresas a las hora de acudir a un procedimiento de contratación (piénsese que, por ejemplo, en España la garantía de cumplimiento del contrato asciende al 4% del importe de adjudicación del contrato).

Por lo que se refiere a la utilización de medios telemáticos en las compras públicas, hay que destacar que en Colombia se cuenta hoy con una destacada práctica electrónica en la contratación pública impulsada por el Estado. Desde el año 2000 se trabaja en la materia, si bien fue en 2004 cuando la Agenda de Conectividad impulsó de forma considerable la difusión por Internet de procedimientos de licitación (www.contratos.gov.co) . El Decreto 2434 de 2006 establece como gran novedad la obligatoriedad para las Administraciones de proceder a la publicación por Internet de los procedimientos de contratación.

El portal de contratación colombiano ofrece una notable cantidad y calidad de información, con unos buscadores muy accesibles para todos los interesados en los procesos de compras públicas.

Pero falta desarrollar legislativamente mecanismos que permitan realizar procedimientos electrónicos de compras (como los sistemas europeos de la subasta electrónica, de los sistemas dinámicos de adquisición, de los acuerdos marco, de las centrales de contratación...). En este punto debe destacarse la necesidad de que se establezca y se difunda generalizadamente en Colombia un mecanismo de certificación digital o de firma digital que garantice la fiabilidad de las comunicaciones digitales y la seguridad jurídica. Este mecanismo de certificación sería conveniente que lo regulara el Estado a nivel general y que se aplicara también en el ámbito de la contratación pública.

Los modelos de contratación electrónica de Chile –muy flexible, sin certificaciones digitales–, México y Brasil resultan también muy interesantes y de ellos se pueden extraer experiencias.

En cualquier caso, en Colombia resulta muy necesario un apoyo tecnológico, financiero y logístico para el establecimiento de los procedimientos electrónicos de compra. Este apoyo resulta especialmente necesario en las comunidades locales (en Colombia hay 1080 municipios).

En relación con los Entes u Organismos sujetos a la normativa sobre contratación pública, en Colombia se presenta un serio problema por la existencia de muchos regímenes especiales que excluyen a Entidades de la aplicación de los

procedimientos públicos de contratación de la Ley. En esta situación de encuentran entes que celebran contratos muy importantes para la economía del país como las empresas de servicios públicos, excluidas en todo caso de la legislación de contratos públicos. A su vez, también quedan excluidos de la aplicación de los procedimientos de la Ley 80 de 1993, aunque sólo en lo que se refiere a su actividad industrial, las empresas industriales y comerciales, las sociedades de economía mixta y las entidades financieras. Ahora bien, esta huída de las normas públicas sobre contratación no es, ni mucho menos, compatible con los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad. En Europa, tanto la normativa comunitaria sobre contratos públicos —singularmente las distintas Directivas sobre la materia, que definen con gran amplitud la noción de «poder adjudicador»—, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha interpretado la citada normativa —entre otras muchas, pueden destacarse las sentencias de 20 de septiembre de 1988, de 17 de noviembre de 1993 y de 15 de enero de 2005—.

Por lo que se refiere a los contratos en el sector de la defensa, hay que resalta que estos gastos constituyen una parte importante de los gastos públicos y además la industria militar es vital para el desarrollo de las altas tecnologías, las cuales pueden después ser transferidas para usos civiles. Pero la importancia económica, política y social de este sector de las compras públicas contrasta con la falta de garantía de la no discriminación, la transparencia y la igualdad de trato entre las empresas. Resulta por ello fundamental someter estos contratos a la legislación de compras públicas, admitiendo sólo como excepción los contratos que afecten a la seguridad nacional.

Otra cuestión destacada es la relativa a los Registros de Licitadores. En Colombia resultaría necesario simplificar las obligaciones que se exigen a los licitadores de registro, ya que en la actualidad los proveedores deben inscribirse tanto en el Registro del SICE como en el Registro de la Cámara de Comercio. Estos requisitos procedimentales pueden ir contra el principio de libre concurrencia de los proveedores.

También en relación con estas excesivas trabas procedimentales hay que advertir de la excesiva rigurosidad de la Contraloría del Estado en su función de control de la contratación, que ha motivado el temor de los órganos y funcionarios competentes en materia de contratación y les lleva a no aplicar por ese motivo instituciones contractuales legalmente previstas como la del equilibrio económico del contrato.

Por otra parte, sería conveniente impulsar en la legislación de contratación pública colombiana la subcontratación, que desempeña un papel importante para facilitar las posibilidades de las pequeñas y medianas empresas de acceder a los grandes contratos. En muchas ocasiones, será la única oportunidad de participar en contratos públicos para aquellas empresas que no dispongan de suficiente capacidad organizativa y administrativa para presentar ofertas en contratos importantes.

En fin, un tema que también podría ser modificado normativamente para evitar problemas en la práctica sería el de la modificación de los pliegos o bases del

concurso. Considero problemático el que el plazo para presentar observaciones o reclamaciones a los pliegos por los licitadores permanezca abierto hasta el último día de presentación de las ofertas. Se puede generar así inseguridad jurídica entre los licitadores, al tiempo que a la Administración le puede complicar sobremanera la adjudicación del contrato.

En definitiva, por lo que se refiere al régimen de contratación estatal vigente en Colombia, cabe destacar que la normativa hoy vigente en la materia (la Ley 80 de 1993) reviste una notable calidad jurídica y garantiza un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que sin embargo resulta conveniente modificar para la inclusión de previsiones legales para la utilización de procedimientos totalmente electrónicos de compra, para el completo sometimiento a la norma de todas las entidades u organismos públicos que ahora quedan fuera de la legislación de contratos sometidos a un régimen especial y para mejorar otros aspectos como los que se han indicado en esta publicación.

2.- El catálogo único de bienes y servicios (CUBS) del SICE.

Colombia cuenta con un sistema específico de clasificación de bienes y servicios aplicable a la contratación pública. En concreto, este sistema funciona mediante la clasificación dada por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE–, dependiente de la Contraloría General de la República, y se realiza a través de una codificación discriminada para los Bienes, Servicios y Obras, en niveles de acuerdo con lo que se pretenda contratar.

La Contraloría General maneja un sistema o catálogo único de bienes y servicios (CUBS) que se basa en el sistema de clasificación de los Estados Unidos el «Federal Supply Classification», si bien los códigos se han añadido de acuerdo con las especificaciones de las adquisiciones en Colombia.

El SICE fue implantado mediante la ley 598 de 2000 y establecido mediante la resolución 05296 de 11 de diciembre de 2001, expedida por la Contraloría General de la República. Pues bien, en la citada resolución se recoge al CUBS como uno de los 4 elementos del SICE, junto al Registro Único de Precios de Referencia –RUPR– (es una base de datos en la cual los proveedores que deseen contratar con el Estado, deben registrar los precios de los bienes y servicios que ofrecen como requisito para participar en los procesos contractuales); la Central de Precios (que es una base de Datos que consolida los precios de referencia, a que hace mención el RUPR, de los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores a las entidades del Estado, debidamente identificados con su NIT) y la Central de Información para la Contratación Estatal (CICE).

El Catálogo Único de Bienes y Servicios –CUBS– se define en la resolución de 2001 como la enumeración de los bienes y servicios clasificados, estandarizados y codificados que corresponden al universo de productos que pueden adquirir las entidades públicas.

La resolución 5301 de 2002, que modificó la 5296 de 2001, estableció que en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 5° y 6° de la Ley 598 de 2000, los

procesos contractuales que se inicien a partir del 1º de marzo del 2002, por parte de las entidades públicas y entidades que administren bienes y recursos públicos, deberán contener los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios adquiridos, de conformidad con el CUBS.

Mediante el Decreto 3512 del 5 de Diciembre de 2003, se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal y se dictan otras disposiciones.

En este Decreto, en el Capítulo 1 – Ámbito de Aplicación, artículo 1, se indica: “El Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, se aplica a los organismos que conforman la administración pública, a los particulares o entidades que manejan recursos públicos, y a sus proveedores de bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, de conformidad con la Ley 598 de 2000 en los términos que reglamenta el presente Decreto.”

En el Capítulo 2 - Artículo 2 se relaciona con la Organización del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

En el artículo 3, se menciona qué es el SICE y los parámetros de codificación del Catálogo Único de Bienes y Servicios.

En relación con la codificación del catálogo único de bienes y servicios (CUBS), el artículo 3 del Decreto 3512 de 2003 precisa que con el mismo se garantiza “una contratación sin detrimento de los recursos públicos”, y que el sistema permitirá la interacción de los contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, suministrando instrumentos para facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y facilitar un control posterior y selectivo, todo lo anterior con tecnología, eficiencia y seguridad.

La definición del CUBS se recoge en el art. 8 del Decreto:

Catálogo Único de Bienes y Servicios -CUBS-: Es el conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra que la administración pública y los particulares o entidades que manejan recursos públicos pueden adquirir, estandarizados en función de sus propiedades físicas, químicas y de uso, clasificados en códigos que permiten una identificación para cada uno de ellos.

Adicionalmente, en los artículos 10 y 11, se mencionan las funciones y estructura del CUBS y en el artículo 12 se adopta el CUBS en el SICE.

Por lo que se refiere a la estructura de los códigos del CUBS, los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra del catálogo único de bienes y servicios están descritos a partir de un sistema de codificación que parte de una estructura dividida en dos componentes:

a) Elementos genéricos: Es la descripción general de un bien o servicio en cuanto a su destinación. El código de un elemento genérico está de acuerdo con el nivel de desagregación desde el punto de vista de su uso, servicio o utilidad, así: 1. El tipo es la identificación de los productos que compran las entidades del Estado, ya sea como un bien, un servicio o una obra pública. 2. La clase es un conjunto de

bienes o servicios que están caracterizados por su utilización dentro de un mismo tipo.3. La subclase es un conjunto de bienes o servicios dentro de una clase caracterizados por su utilización en un ámbito más específico.4. El grupo es un conjunto de bienes o servicios dentro de una subclase, y está caracterizado porque su utilización se demanda en un sector específico de la economía;

b) Propiedades y especificaciones: Cada bien o servicio está caracterizado de manera única por valores o rangos de una serie de calificadores que dependerán del grupo. El calificador se define como el conjunto de propiedades que expresan las características físicas, químicas y utilitarias del producto y las especificaciones que identifican la presentación y forma de los elementos. Estos calificadores permiten distinguirlo como único frente a los demás.

Merece destacarse el sistema de la Contraloría General de la República por su funcionamiento y resultados, que lo hacen valioso y de gran capacidad, por lo que constituye hoy en día un gran avance en materia de sistemas de información en contratación pública, sin que agote enteramente las funciones que uno de estos sistemas debiera proveer. El SICE sobresale dentro de los varios sistemas internacionales ya existentes por su especial énfasis en el control fiscal de la contratación con dineros públicos.

3.- El sistema electrónico de contratación y la utilización de la codificación de Naciones Unidas UNSPSC.

Por su parte el sistema electrónico de contratación actualmente usa la codificación de Naciones Unidas UNSPSC.

En efecto, el Portal Único de Contratación tomó como base la Codificación Estandarizada Internacional de Bienes y Servicios para el Comercio Electrónico (UNSPSC de Naciones Unidas), que permite una clasificación estandarizada necesaria para racionalizar la contratación pública y el comercio privado y hacer posibles las operaciones comerciales electrónicas, adicionalmente, facilita la compatibilidad de catálogos, web sites, órdenes de compra, facturas, inventarios y otras operaciones de la cadena contractual (compradores, vendedores, distribuidores, almacenistas, usuarios, etc.).

La codificación de las Naciones Unidas utilizada para las licitaciones en Colombia corresponde a la versión UNSPC V5-03.01. El portal de contratación utiliza UNSPSC hasta el 3 nivel con propósito de generar estandarización en la información que se produce.

El Portal Único de Contratación es un sistema electrónico que permite la consulta de información sobre los procesos contractuales que gestionan, las entidades del Estado sujetas al Régimen de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993. El principal objetivo del Portal es promover la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por Internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía en general, así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el Estado, con el consiguiente impacto económico que ello genera en la

pequeña, mediana y grande empresa, en los niveles locales e internacionales (véase www.contratos.gov.co).

El programa de Gobierno de la actual administración contempla entre sus prioridades proporcionar la mayor eficiencia posible a las actuaciones del Estado en procura de alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de los contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado. En desarrollo de este cometido se expidió, el Documento CONPES 3249 aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en Octubre del 2003 , que establece la política de contratación para un Estado Gerencial, en la que se recomendó la creación de un sistema electrónico que permita hacer seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo.

Según el documento de Política 3249 de 2003 este sistema se concibió en dos fases de implementación. La primera consiste en la fase informativa, que se está desarrollando a través del Portal Único de Contratación. La segunda fase corresponde a la posibilidad de llevar a cabo la gestión pública contractual a través de medios electrónicos y se alcanzará una vez se termine de diseñar e implementar el Sistema de Gestión para la Contratación Pública SGPC.

A través del Portal, cualquier persona, empresa u organismo, dentro o fuera del territorio nacional, puede acceder a la información sobre la demanda de bienes y servicios por parte del Estado y obtener los documentos básicos de estos procesos de contratación, desde la etapa precontractual y contractual tanto para las modalidades de selección con base en Licitación Pública, Contratación Directa y regímenes especiales de contratación. Adicionalmente, mediante este portal las entidades tienen acceso a la información y capacitación necesaria para publicar la información relacionada con su contratación.

Bajo el auspicio de la Vicepresidencia de la República, la Agenda de Conectividad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación trabajan conjuntamente en la implementación del Portal Único de Contratación a partir de Febrero de 2003. La operación y administración de la plataforma tecnológica es realizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el apoyo de la Agenda de Conectividad.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación brinda apoyo en los aspectos legales y normativos necesarios para la conceptualización y desarrollo del Portal Único de Contratación, y en resolver inquietudes presentadas por los usuarios en materia de procesos de contratación.

El Decreto 3620 de 2004, conformó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública CINCO, integrada por: un delegado del Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el Departamento Nacional de Planeación, quien lo preside. A esta Comisión se le atribuyó la responsabilidad de definir los lineamientos funcionales que debe considerar la Agenda de Conectividad para la operación del Sistema Integral de Contratación Electrónica, incluyendo el Portal Único de Contratación.

Las entidades del Estado que requieran utilizar el Portal Único de Contratación deberán cursar una fase de capacitación en línea para que posteriormente puedan ser vinculadas como entidades usuarias. Una vez hayan sido incorporadas al sistema, las entidades deberán publicar información de los procesos contractuales que llevan a cabo.

Las entidades que publican información en el Portal Único, las personas, empresas u organismos, podrán consultar la información de los procesos contractuales que el Portal aloja. Tanto la consulta como el proceso de registro son gratuitos.

La Agenda de Conectividad es la política del Gobierno Nacional dirigida a masificar el uso de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, como Internet, para acelerar el desarrollo económico, social y político de Colombia.

La Estrategia Gobierno en Línea tiene por objeto contribuir a mejorar la eficiencia y transparencia del Estado colombiano a través de la construcción gradual de un gobierno electrónico, además de promover la actuación del gobierno como usuario modelo y motor de la utilización de las TI en el país. De acuerdo con lo anterior, esta Estrategia se enfoca en la oferta de información, servicios y trámites a la comunidad y procesos de contratación del Estado a través de Internet. Para ello, la Agenda diseñó un Plan de Acción que quedó definido en la Directiva Presidencial No. 02 del 28 de agosto de 2000.

La Directiva Presidencial No. 02 de 2000 es de carácter obligatorio para las Entidades Públicas del Orden Nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas, Entidades descentralizadas, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía mixta), en total 201 entidades.

Como parte de la estrategia para enfrentar los problemas identificados se creó dentro del Departamento Nacional de Planeación, con cargo al programa MAFP II, el Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF al que se le confió la tarea de abordar la problemática de la contratación pública, a efecto de estudiar a fondo los diversos elementos que confluyen en el tema y de plantear, entonces, una nueva visión para su manejo desde la óptica de la operación eficiente del aparato estatal.

El Portal Único de Contratación entró en funcionamiento en marzo de 2003, iniciativa que inscrita en los propósitos de transparencia, eficiencia y promoción del desarrollo, tiene como objetivo que entidades, proponentes y ciudadanía en general puedan informarse respecto de los procesos contractuales del Estado.

En fin, como se ha señalado, el sistema electrónico de contratación actualmente usa la codificación de Naciones Unidas UNSPSC, aunque se ha planteado para este sistema el que tenga en cuenta el CUBS para estandarizar la información y así elaborar catálogos de compras.

El Decreto 2178 de 2006 definió una política de integración y trabajo conjunto hacia fines comunes entre la clasificación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE– y otros sistemas de gobierno donde

se destacan el Portal Único de Contratación, el Sistema de Información Financiera SIIF-Nación y el Registro de Proponentes, todos ellos llamados a conformar un único sistema integrado llamado SECOP, el cual deberá funcionar bajo un esquema de interoperabilidad semántica y sintáctica. Este último esquema deberá incluir el desarrollo de un catálogo para compras públicas el cual tendrá como base el CUBS y que será adaptado conforme estándares internacionales.

4.- La utilización de diversos sistemas de clasificación. Las limitaciones del CUBS dada su funcionalidad básica de carácter fiscal.

En Colombia se utilizan pues en la actualidad diversos sistemas de clasificación de bienes y servicios en la contratación pública: el CUBS, operado por la Contraloría General de la República, y el Catálogo UNSPSC, utilizado hasta el 3 nivel por el Portal de Contratación.

Como hemos visto con anterioridad, la utilización de CUBS es obligatorio para todas las entidades públicas o privadas que ejecuten recursos públicos en desarrollo de la Ley 598 de 2000, mientras que la utilización del Portal de Contratación es obligatoria para todas las entidades públicas que utilicen los procesos de selección previstos en la ley 80 de 1993 en virtud del decreto 2434 de 2006.

El principal problema del CUBS es que su funcionalidad está limitada al control fiscal, ya que el Catálogo sirve principalmente para determinar cuándo hubo detrimento patrimonial y no es una herramienta que permita individualizar adecuadamente los bienes y servicios objeto del mercado de las compras públicas.

En este sentido, y por su propia funcionalidad básica, la catalogación del CUBS contiene demasiados atributos y es demasiado específico (cuenta en la actualidad con nada menos que 1.768.822 items). El CUBS del SICE fue diseñado para el control y no para comprar o vender en el marco de la legislación colombiana sobre contratación pública, ni tampoco como un instrumento para la identificación simplificada de los bienes, obras y servicios objeto de compras públicas. Por otro lado, el actual sistema encuentra problemas en materia de actualización, alimentación y sostenibilidad.

También sería importante que se aplique el sistema y se exija la clasificación del CUBS a las Entidades del Estado o particulares que manejen recursos públicos con régimen especial de contratación.

Dentro de la estructura de codificación del CUBS se pueden distinguir los elementos genéricos de las propiedades y especificaciones. Son los elementos genéricos los que mejor se adecuarían a una clasificación internacional como puede ser la UNSPSC.

En consecuencia, el CUBS presenta dificultades para su implementación en compras públicas y no se adecua bien a la idea de estandarización, catalogación y simplificación del vocabulario de contrataciones públicas.

5.- Funcionamiento práctico del CUBS.

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 3512 de 2003 el Catálogo Único de Bienes y Servicios -CUBS- “es el conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra que la administración pública y los particulares o entidades que manejan recursos públicos pueden adquirir, estandarizados en función de sus propiedades físicas, químicas y de uso, clasificados en códigos que permiten una identificación para cada uno de ellos”.

Pues bien, las partes del código son las siguientes:

Tipo: Agrupación de primer nivel, que divide los elementos del catálogo en Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Clase: Agrupación de segundo nivel, adoptado por la CGR. Cada Clase reúne un conjunto de bienes caracterizados por su utilización dentro de un mismo Tipo.

Subclase: Corresponde a la clasificación de un conjunto de bienes o servicios que pertenecen a una clase.

Grupo: El Grupo es el eje del catálogo, su parte medular. Corresponde al nombre más simple básico o genérico del bien o servicio. Está determinado por un conjunto de características propias y homogéneas a todos los productos que pueden ser clasificados dentro del mismo Grupo

Ítem: La combinación dentro de cada Grupo de un único conjunto de valores de calificadores conforma el ítem, que se constituye en el elemento identificador o unidad del catálogo. A este elemento se le asigna un código numérico, que lo relaciona con la conformación establecida en valores de los calificadores”

Elementos CUBS

Tipos 3

Clases 123

Subclases 926

Grupos 5588

Items 1768822

Otras estadísticas destacadas del SICE

Entidades registradas - Activas

Entidades del Estado 7451

Contraloría 1

Entidades de control 61

ONG 1

Proveedores jurídicos 18004

Proveedores naturales 15978

Planes de compra

Planes de compra registrados 3538

Planes de compra registrados 2006 2720

Entidades activas obligadas a registrar plan de compras 7492

Precios indicativos

Registro de precios de referencia 535955

Registro de precios temporales 766358
Items con umbral de precios 339526

Fuente: www.sice.com

El motor de búsqueda en Internet del CUBS permite que una vez se seleccione el enlace "Buscar bienes y servicios", se puedan ubicar fácilmente los códigos de los bienes y servicios registrados en el sistema.

La búsqueda se puede realizar a nivel de ítems, Grupos, Clases y subclases. Si se encuentran resultados, el sistema despliega una lista con las subclases que contienen ítems que cumplen con los criterios de la búsqueda solicitada. La búsqueda también se puede realizar a nivel de Grupo o a nivel de Clase y subclase.

Si la búsqueda se realiza a nivel de Grupo, se genera una lista con las subclases que contienen grupos que cumplen con los criterios de la búsqueda solicitada.

Una vez se selecciona el enlace *Buscar bienes y servicios*, el sistema despliega la página inicial del motor de búsqueda del CUBS, mediante el cual puede ubicar fácilmente los códigos de los bienes y servicios registrados en el sistema:

Los campos que se indican con el ícono ▶ son obligatorios.
Ubique el puntero del ratón sobre el ícono ? para obtener mas información.

Escriba las palabras que definan al bien o servicio que busca:

Objeto ▶ ?

Palabras completas ?

Buscar en: ?

Por favor reportar cualquier inconsistencia de la información al correo electrónico:
gercubs@poseidon.telecom-co.net

Un proveedor para consultar los códigos del CUBS debe ingresar por el icono de Ciudadano, en la barra de menú elegir Ayudas/Consulta CUBS y descargar los códigos según sean bienes (1), Servicios (2) u Obra Pública (3).

Para los proveedores existen manuales en la página web del SICE www.sice-cgr.gov.co, en la barra de menú, opción Ayuda/Manuales/Solicitud de nuevos códigos para bienes y servicios, para crear nuevos códigos.

Según lo ha establecido en el literal c, del artículo 15 del Decreto 3512 del 5 de diciembre de 2003, todo proveedor que desee contratar con entidades que manejen recursos públicos, deben suministrar a la entidad los números de certificado de registro de precios del bien, servicio u obra pública a ofrecer. Para el caso de bienes, la excepción presentada en el literal a, del artículo 18 del mismo decreto no aplica, debido a que si el proveedor no encuentra el Código del bien ofrecido hasta el nivel de ítem, puede generar un registro de precios temporal, el cual tiene la misma validez que un registro definitivo de precios, en cualquiera de los dos

casos el aplicativo suministra un número de certificado de registro de precios, el cual el proveedor está en la obligación de suministrar a la entidad.

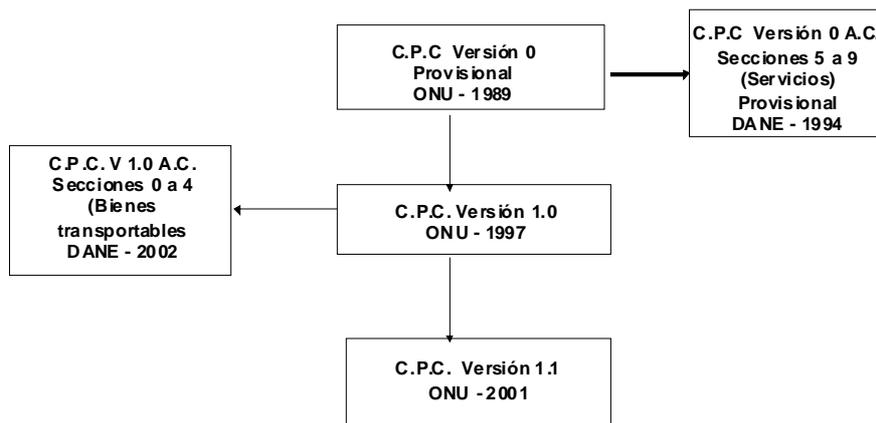
6.- Las estadísticas utilizadas por el DANE.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE–, inició desde 1994 el proceso de adopción y adaptación para Colombia de la CPC Versión 0, secciones 0 a 9 (Bienes transportables, Servicios y Activos Intangibles) con base en la versión internacional de esta clasificación; como resultado se obtuvo la Clasificación Central de Productos Adaptada para Colombia Versión 0 (CPC Ver. 0 A.C), de la cual no se hizo publicación oficial. Partiendo de la CPC Ver. 1.0 internacional y acatando recomendaciones de las Naciones Unidas, el DANE llevó a cabo la adaptación y actualización para Colombia, de la CPC Ver. 1.0 secciones 0 a 4 - Bienes transportables; entregada oficialmente a la comunidad estadística nacional, mediante Resolución 574 del 21 de octubre de 2002, por la cual se establece una Única Clasificación Central de Productos para Colombia

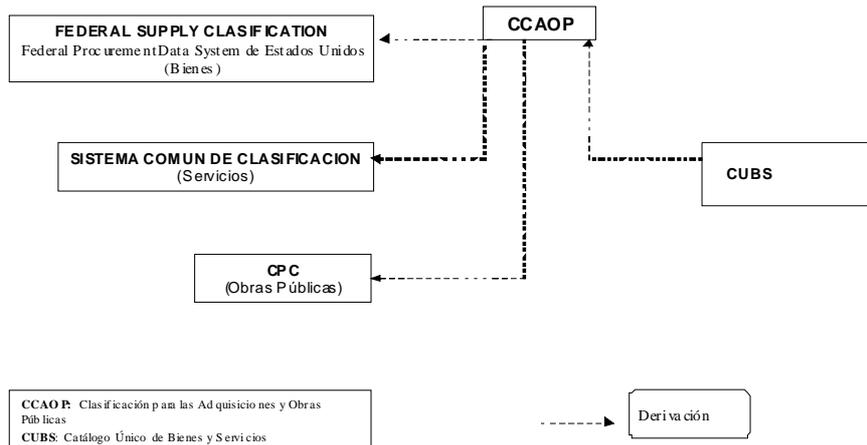
El Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- es la entidad responsable de la planeación, levantamiento, procesamiento, análisis y difusión de las estadísticas oficiales de Colombia. Perteneciente a la Rama Ejecutiva del Estado Colombiano, con más de 50 años de experiencia. Cumple con los más altos estándares de calidad. El DANE ofrece al país y al mundo más de 30 investigaciones de todos los sectores de la economía, industria, población, sector agropecuario y calidad de vida, entre otras.

DANE es la entidad pública rectora de las estadísticas en Colombia.

EVOLUCION DE LA C.P.C. Y ADAPTACIONES PARA COLOMBIA



OTRAS CLASIFICACIONES DE BIENES Y SERVICIOS



snie@dane.gov.co

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA



7.- Conclusiones.

Colombia cuenta con una amplia normatividad que regula el principio de la publicidad y transparencia en los asuntos públicos², y en el país se han producido importantes avances en la contratación pública electrónica desde la puesta en funcionamiento del Portal Único de Contratación. No obstante lo anterior, el país requiere, ante todo, una extensión del sistema electrónico a todas las Administraciones –en especial a los Municipios– y Entidades públicas, en todos los niveles e instancias del Estado, para garantizar que la ciudadanía acceda, de manera oportuna, completa y comprensible, a la información pública.

Recientemente acaba de ser aprobada una reforma a Ley 80 de Contratación Estatal cuya entrada en vigencia está prevista a los seis meses después de que el Gobierno la sancione, es decir, para el 2008. La modificación legal intenta reglamentar nuevas herramientas cuyo objetivo es que la contratación sea más transparente, económica y ágil. Se abordan así la forma de ejecución de las subastas, los convenios marco y la bolsa de producto. Asimismo, se regula la licitación de obras públicas de infraestructura.

² Véase la presentación de Roberto Laguado, Comisión Intersectorial de Contratación Pública, Departamento Nacional de Planeación de Colombia, "Participación ciudadana en la contratación pública: el caso Colombia", III Conferencia Internacional de las Américas sobre Compras Gubernamentales, Lima (Perú), noviembre 2006.

La reforma señalada introduce la subasta inversa o invertida para la adquisición de bienes uniformes. Debe destacarse asimismo la regulación del Registro Unico de Proponentes, gracias al cual los licitantes no tendrán que presentar los documentos en cada licitación.

Del análisis de la legislación, la práctica y el funcionamiento del sistema de clasificación y catalogación de bienes y servicios para la contratación pública se desprende que en Colombia se utilizan en la actualidad diversos sistemas de clasificación de bienes y servicios en la contratación pública: el CUBS, operado por la Contraloría General de la República, y el Catálogo UNSPSC, utilizado hasta el 3 nivel por el Portal de Contratación.

Pero el CUBS fue concebido y funciona desde una perspectiva de control fiscal, por lo que es demasiado específico y no funciona como un instrumento para la identificación simplificada de los bienes, obras y servicios objeto de compras públicas.

El sistema de información y vigilancia de la contratación pública se ha implementado a través de varios esfuerzos individuales por parte de varias entidades como el DANE, el Departamento Administrativo Nacional de Planeación y la Contraloría General de la República. El sistema de información debería ser uno solo; o existiendo varios, deberían estar interconectados y coordinados por una sola entidad, lo que exigiría establecer un adecuado sistema de interfaces o de links, además de solucionar los problemas de comunicación, de logística y de internetworking. Parece indispensable establecer una red única a través de la cual fluya la información sobre la contratación del Estado. Habrá que tomar la decisión política y de Estado sobre qué entidad sería la llamada a coordinar y darle forma a la red global nacional de información.

El SICE es un buen sistema para el control fiscal de la contratación. Ahora bien, para su armonización con otros países, en especial los de la CAN, se podrían diferenciar dentro de la estructura de codificación del CUBS a los elementos genéricos de las propiedades y especificaciones. Esos elementos genéricos deberían adecuarse a una clasificación internacional, que bien podría ser la UNSPSC.

III.- ECUADOR

1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Ecuador en materia de contratos públicos.

En la actualidad las normas vigentes sobre contratación pública en Ecuador son la Codificación de la Ley de Contratación Pública (febrero 2001), el Reglamento General Sustitutivo (julio 2002), la Codificación de la Ley de Consultoría (noviembre 2004) y el Reglamento Ley de Consultoría (febrero 2006).

Sin embargo, la normativa es demasiado compleja, cuenta con umbrales muy elevados y los procesos de menor cuantía quedan fuera de regulación común. Hay que tener en cuenta que el Decreto Ejecutivo nº 1565 de 2006 establece el límite inferior de 2 millonésimas del Presupuesto General del Estado del año

corriente (para el 2006, USD 17.128,43), sobre el cual, todo proceso debe ser público, de convocatoria abierta. Por debajo de aquel monto, se permite que la institución reglamente la forma del proceso de acuerdo a sus montos y naturaleza. Esta discrecionalidad que se contempla a favor de los órganos de contratación no responde a los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia.

En la Ley de Contratación Pública del Ecuador se permite que la Administración contratante pueda pagar al contratista hasta un 50% más del importe de adjudicación a través de un contrato complementario al principal. Sin embargo, esta posibilidad puede resultar peligrosa y amparar prácticas fraudulentas o de corrupción. Una limitación de la posibilidad de modificar el contrato sería positiva para garantizar el respeto del principio de legalidad. Además resulta criticable el mecanismo legal que obliga al presentar una garantía de pertinencia de reclamo para presentar reclamaciones administrativas (artículo 73 de la Ley de Contratación Pública), que supone una restricción al derecho de todos los licitadores a recurrir contra las decisiones de las Administraciones contratantes y como tal va también contra uno de los principios esenciales de un Estado de Derecho como es el de la tutela efectiva de los ciudadanos.

En relación con los Entes u Organismos sujetos a la normativa sobre contratación pública, en el Ecuador se presenta un serio problema por la existencia de muchos regímenes especiales que excluyen a Entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación de la Ley. En esta situación de encuentran entes que celebran contratos muy importantes para la economía del país como Petroecuador, la Junta de Defensa Militar, la Agencia de Garantía de Depósitos, Corpecuador, Andinatel o Entidades de Electrificación. Ahora bien, esta huída de las normas públicas sobre contratación no es, ni mucho menos, compatible con los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad.

En la actualidad se encuentra en su fase final de preparación el texto de una nueva Ley de Contratación Pública en cuya elaboración están participando el Consejo Nacional de Modernización del Estado, la Contraloría General del Estado, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y la Procuraduría General del Estado.

Para una fase posterior se deja la reforma de la Ley de Consultoría.

Los objetivos principales de la reforma son extender el ámbito de aplicación, unificar los procedimientos precontractuales, disminuir el umbral de la licitación, reducir y limitar excepciones, simplificar el trámite precontractual como tal, regular compras en el exterior, eliminar barreras como garantías de seriedad de ofertas, utilización obligatoria de documentos estándar, establecer un mecanismo eficaz para atender reclamos en la fase precontractual, proporcionar sustento legal al sistema de contratación electrónica, contemplar otras modalidades de contratación y establecer nexos con otras normas, vinculadas con temas de carácter financiero, fomento a micro y pequeñas empresas, etc.

Una de las cuestiones más preocupantes de la contratación pública en Ecuador es el sistema de recursos e impugnaciones a interponer frente a las decisiones de los órganos administrativos contratantes.

Podría recomendarse el establecimiento de un arbitraje especializado en contratación pública que, junto a un procedimiento de conciliación previa (la conciliación, al igual que la mediación, no es sino una forma convencional de resolución de conflictos en la que las partes son asistidas por un tercero neutral que actúa a petición de las mismas y en interés de la negociación, y en la que la decisión última queda siempre a disposición de las partes), puede cumplir una importante función posibilitando la resolución amistosa o arbitral de las controversias que se susciten entre los poderes adjudicadores y las empresas interesadas en la adjudicación de contratos públicos. Esta conciliación y arbitraje puede ser establecida, aprovechando su experiencia arbitral, en las Cámaras de la Construcción (como la de Quito), si bien también podría realizarse en las Cámaras de Comercio, que cuentan en Ecuador con Centros de Mediación y Arbitraje.

En relación con la normativa ecuatoriana, y dada la necesidad, en aras de garantizar y facilitar el derecho de los licitadores a impugnar las decisiones de las Administraciones contratantes, resulta criticable el mecanismo legal que obliga al presentar una garantía de pertinencia de reclamo para presentar reclamaciones administrativas (artículo 73 de la Ley de Contratación Pública). Esta garantía puede suponer una restricción al derecho de todos los licitadores a recurrir contra las decisiones de las Administraciones contratantes y como tal va también contra uno de los principios esenciales de un Estado de Derecho como es el de la tutela efectiva de los ciudadanos. También afecta esta limitación de los recursos a los principios básicos de la contratación administrativa como el de transparencia y el de legalidad. Sería deseable por tanto la supresión de la citada garantía y el establecimiento, si se quiere, de un sistema que permita el rechazo rápido de las solicitudes de recurso absolutamente inmotivadas.

También entiendo que se podría eliminar la obligatoriedad de presentar una garantía de seriedad de la propuesta (como se ha hecho en España teniendo en cuenta que prácticamente nunca se ejecutaban las mismas), manteniendo la obligatoriedad de prestación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. En este sentido, se podría precisar en la legislación relativa a estas garantías definitivas o de fiel cumplimiento del contrato que las mismas no cubren todos los posibles daños y perjuicios causados por el contratista en la ejecución del contrato, es decir, que esta garantía definitiva no limita la responsabilidad del contratista por lo que la Administración puede exigir los daños que superen la cuantía de la fianza prestada.

Otro aspecto de la legislación ecuatoriana que podría modificarse sería el de la compra de bases del contrato ya que la misma limita sin duda la libre competencia y dificulta la participación en los procedimientos de licitación de pequeñas empresas.

En la Ley de Contratación Pública del Ecuador se permite que la Administración contratante pueda pagar al contratista hasta un 50% más del importe de adjudicación a través de un contrato complementario al principal. Sin embargo, esta posibilidad puede resultar peligrosa y amparar prácticas fraudulentas o de corrupción. Una limitación de la posibilidad de modificar el contrato sería positiva para garantizar el respeto del principio de legalidad. En España, el artículo 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Gene-

ral de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permite realizar aumentos de unidades de obra "previstas" sólo hasta un 10% del precio del contrato. En efecto, este precepto establece en relación con las variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas, incorporando al efecto la cláusula 62 del Decreto 3854/1970, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales del Pliego de de 31 de diciembre de 1970, que: "1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido. 2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10 por 100 a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final a que se refiere el artículo 147.1 de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 166 de este Reglamento. No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el artículo 146 de la Ley, habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada". El precepto transcrito se ajusta a lo que disponen la Ley y el Reglamento de Contratos cuando establecen que no se podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquéllas y del presupuesto correspondiente, y establece una excepción: aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se produzcan únicamente por variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato.

Otro tema hoy decisivo en relación con las compras públicas es el de la contratación pública electrónica. El Gobierno del Ecuador está realizando importantes esfuerzos para impulsar la contratación electrónica. Sin embargo, resulta necesaria todavía una reforma de la legislación vigente para instaurar jurídicamente la utilización de los procedimientos electrónicos de contratación.

Mediante Decreto Ejecutivo nº 1565 de 2006 se dispuso que todas las entidades adscritas a la Función Ejecutiva convoquen a través del sistema oficial de información CONTRATANET (www.contratanet.gov.ec) los procedimientos precontractuales relativos a la adquisición de bienes, servicios y construcción de obras, cuyo presupuesto supere los 17.128 dólares. La disposición presidencial establece además que los organismos y entidades tienen un plazo de 90 días para modificar sus reglamentos y acogerse a esta resolución. El documento también dispone que todos los procesos, cuyos presupuestos estén por debajo del monto establecido en la Ley de Contratación Pública, igualmente deben ser publicados en CONTRATANET. El 3 de junio de 2006 CONTRATANET cumplió tres años en el Internet, y hasta la fecha se han publicado alrededor de 2500 millones de dólares

en procesos de adquisición de bienes, servicios y construcción de obras y procesos de enajenación de bienes (ventas).

A través de CONTRATANET se lleva a cabo hoy una difusión de procesos de licitación pública. Pero, además de la necesidad de que la Ley de Contratación Pública en el Ecuador contemple y discipline jurídicamente la contratación electrónica, hay que tener en cuenta que el futuro de la contratación pública electrónica se basa en el paso de una primera fase, la actual, en el que se produce la difusión sobre los procedimientos de licitación por vía electrónica a una segunda y tercera fase en la que los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas se realicen por medios electrónicos. En este punto se planteó en el Seminario la necesidad de que se desarrolle y aplique generalizadamente en Ecuador un mecanismo de certificación digital o de firma digital que garantice la fiabilidad de las comunicaciones digitales y la seguridad jurídica (hay que desarrollar y aplicar la Ley del comercio electrónico ya aprobada en Ecuador). Este mecanismo de certificación sería conveniente que lo regulara el Estado a nivel general y que se aplicara también en el ámbito de la contratación pública. La experiencia europea al efecto resulta de mucho interés, con un sistema de certificación nacional que sirve para operar en toda la Unión Europea. El sistema podría ser válido para la Comunidad Andina.

Los modelos de contratación electrónica de Chile, México y Brasil resultan también muy interesantes y de ellos se pueden extraer experiencias.

En cualquier caso, en Ecuador resulta muy necesario un apoyo tecnológico, financiero y logístico para el establecimiento de los procedimientos electrónicos de compra. Este apoyo resulta especialmente necesario en las comunidades locales (en el Ecuador hay cerca de 300 municipios).

Otra cuestión destacada es la problemática de los criterios de adjudicación de los contratos. El artículo 26 de la Ley de Contratación Pública del Ecuador dispone que el contrato se adjudicará al proponente “que presente la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, y sería jurídicamente mucho más conveniente para garantizar los principios de objetividad y transparencia que la norma precisara unos criterios de adjudicación a utilizar por las Administraciones contratantes y, sobre todo, que obligara a indicar esos criterios con detalle en las Bases –con la puntuación que se tiene previsto otorgar a cada uno de ellos–, los Registros de Licitadores (sería muy positivo de cara a un acuerdo en materia de contratación pública en la CAN que los distintos Estados reconocieran los certificados que otorguen los otros Estados), la contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y la subcontratación.

Como conclusión sobre el régimen de contratación estatal en Ecuador, cabe destacar que si bien la Ley de Contratación Pública establece un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, resultaría conveniente modificarla para la inclusión de previsiones legales para la utilización de procedimientos electrónicos de compra, para el completo sometimiento a la norma de todas las entidades u organismos públicos que ahora quedan fuera de la legislación de contratos sometidos a un régimen especial y para mejorar otros aspectos como los que se han indicado en este informe (por ejemplo, en relación

con los recursos e impugnaciones contra las decisiones de las entidades adjudicadoras –supresión de la garantía de pertinencia de reclamo–, la posibilidad de suprimir la obligatoria compra de bases o la obligatoria constitución de la garantía de seriedad de la propuesta –que limitan la participación en las compras del Estado de las pequeñas y microempresas–, la limitación de la utilización de los contratos complementarios, etc.). Hay que tener en cuenta que el Decreto Ejecutivo nº 1565 de 2006 establece el límite inferior de 2 millonésimas del Presupuesto General del Estado del año corriente (para el 2006, USD 17.128,43), sobre el cual, todo proceso debe ser público, de convocatoria abierta. Por debajo de aquel monto, se permite que la institución reglamente la forma del proceso de acuerdo a sus montos y naturaleza. Esta discrecionalidad que se contempla a favor de los órganos de contratación no responde a los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia.

2.- La ausencia en Ecuador de una clasificación general de bienes y servicios en la contratación pública.

En Ecuador no existe una clasificación de bienes y servicios aplicable con carácter general en la contratación pública.

Algunas entidades e instituciones utilizan una especie de catálogo basado en un inventario de bodega. Pero se trata de un listado bodeguero sin publicidad y con unos fines y aplicabilidad lógicamente muy limitados.

3.- La utilización del Código internacional UNSPSC por parte de CONTRATANET.

En la página web de Contratanet (<http://www.contratanet.gov.ec/>) se remite al Código UNSPSC para la clasificación de bienes y servicios en la contratación electrónica.

En la citada página web el usuario interesado se puede descargar los más de 18,000 ítems que contiene el código UNSPSC usados en Contratanet. Pulsando en el siguiente link (<http://www.unspsc.org/CodeDownloadExpand.asp?PagelD=4&MenuLoc=4>), el usuario puede complementar los datos del formulario que le solicita cuando presiona en la sección ESPAÑOL UNSPSC,PDF y de esa forma puede realizar sus búsquedas de categorías.

En concreto, en CONTRATANET se utiliza el Código hasta el nivel de Clase (2.032 ítems).

Existe la obligación para las Entidades de utilizar el Código para la publicidad de la convocatoria y el sistema de CONTRATANET busca a los proveedores inscritos en la categoría por el Código y les envía un aviso por correo electrónico. Se trata de un servicio gratuito y es un valor agregado interesante del catálogo.

El Gobierno del Ecuador está realizando importantes esfuerzos para impulsar la contratación electrónica. Sin embargo, resulta necesaria todavía una reforma de la legislación vigente para instaurar jurídicamente la utilización de los procedi-

mientos electrónicos de contratación.

La Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Órgano de Control establecido en el artículo 220 de la Constitución Política, desarrolló y administra desde junio del 2003 el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública denominado CONTRATANET, con la finalidad de dotar de transparencia, agilidad, eficiencia y economía a las contrataciones públicas, con importantes resultados y reconocimiento nacional e internacional;

CONTRATANET es el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, conforme al Decreto Ejecutivo No. 122, publicado en el Registro Oficial No. 25 de 19 de febrero del 2003

El presupuesto del proyecto ContrataNet Fase 1 es de aproximadamente USD 500,000.00; con el aporte financiero de COSUDE y la Comisión del Control Cívico de la Corrupción.

Mediante Decreto Ejecutivo nº 1565 de 2006 se dispuso que todas las entidades adscritas a la Función Ejecutiva convoquen a través del sistema oficial de información CONTRATANET (www.contratanet.gov.ec).

Así, señala el artículo 1 del citado Decreto que todos los organismos y dependencias definidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, están obligados a publicar en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, administrado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, los procedimientos precontractuales presupuestos referenciales superen una cifra cuyo valor resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 (2 millonésimos) por el monto del Presupuesto General del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Para el efecto se publicarán: las convocatorias; los documentos precontractuales; los informes de las comisiones técnicas; las solicitudes de aclaración y ampliación; las respuestas a las solicitudes de aclaración y ampliación; la resolución de adjudicación; el contrato; acta de entrega-recepción; y de ser el caso la declaratoria de desierto del proceso. Estos documentos serán publicados siempre y cuando existan en los procesos establecidos de conformidad con la Ley de Contratación Pública, su reglamento y la normativa interna de cada entidad.

Sin embargo, de una forma limitativa del derecho de acceso a los contratos públicos, dispone el precepto que la publicación de los documentos precontractuales, no obsta el pago del derecho de inscripción establecido por cada institución o dependencia para participar como oferente en el proceso. El principio de libre concurrencia que es uno de los principios esenciales de la contratación pública aconseja la supresión de estas barreras de acceso a las compras públicas.

Pero lo más importante del Decreto 1565 de 2006 es su artículo 2 que establece de forma obligatoria que los procesos cuyos respectivos presupuestos referenciales estén por debajo del monto establecido en la Ley de Contratación Pública para el concurso público de ofertas, deberán ser convocados públicamente en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, CONTRATANET. Conjuntamente con la convocatoria, deberá publicarse la información referente al pro-

ceso y las fechas de los eventos relevantes del mismo: plazo para solicitud de aclaraciones, plazo de entrega de las ofertas; forma de recepción de ofertas; fecha, hora y lugar de apertura de las ofertas.

En fin, el art. 3 del Decreto de 2006 señala que los organismos y dependencias establecidas en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que de conformidad con sus reglamentaciones internas lleven registros de contratistas calificados, deberán publicar sus registros en CONTRATANET.

También reviste importancia la disposición transitoria del Decreto que con la intención de extender la obligatoriedad de publicación en Internet más allá de la vigencia del propio Decreto precisa que los organismos y dependencias establecidas en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, dispondrán de noventa días desde la publicación de este decreto en el Registro Oficial, para modificar sus reglamentos internos para acoger las disposiciones de este decreto; haberse inscrito en CONTRATANET e iniciar la publicación de los procesos de adquisiciones en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador.

El 3 de junio de 2006 CONTRATANET cumplió tres años en el Internet, y hasta la fecha se han publicado alrededor de 2500 millones de dólares en procesos de adquisición de bienes, servicios y construcción de obras y procesos de enajenación de bienes (ventas).

Resultados tangibles en Contratanet:

771.818 visitas al sitio web

2.049 personas capacitadas* (funcionarios públicos y proveedores)

6,824 Proveedores del Estado inscritos*

330 Instituciones del Estado participantes*

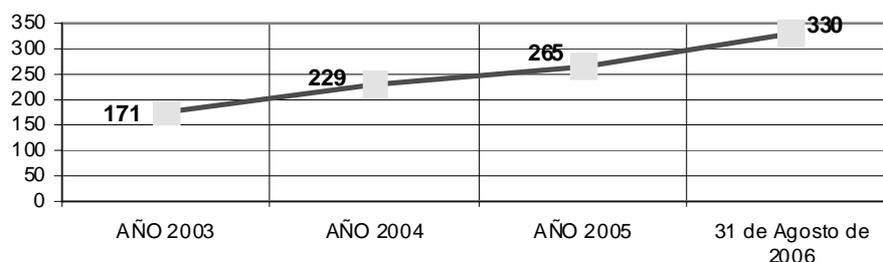
4,509 procesos de adquisición publicados*

US\$ 2'752,943,238.78 en montos de presupuestos publicados*

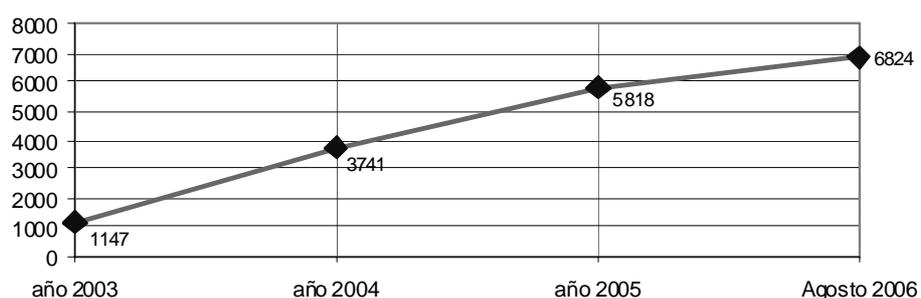
*Datos tomados de www.contratanet.gov.ec al 31 de agosto del 2006

Fuente: Presentación de Xavier Vizcaíno: "Contratanet. El desafío de la transparencia",

Cantidad de Instituciones del Estado inscritas en Contratanet desde Junio 2003 - Agosto 2006



Cantidad de proveedores inscritos en Contratanet Acumulado por año 2003 - 2004 - 2005 y Agosto 2006



en la Conferencia « Compras Públicas en las Américas - prácticas exitosas» organizada por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y la Organización de los Estados Americanos (OEA) y celebrada el día 6 de septiembre de 2006 en Quito (Ecuador), <http://www.contratanet.gov.ec>.

A través de CONTRATANET se lleva a cabo ya hoy una difusión de procesos de licitación pública. Pero, además de la necesidad de que la Ley de Contratación Pública en el Ecuador contemple y discipline jurídicamente la contratación electrónica, hay que tener en cuenta que el futuro de la contratación pública electrónica se basa en el paso de una primera fase, la actual, en el que se produce la difusión sobre los procedimientos de licitación por vía electrónica a una segunda y tercera fase en la que los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas se realicen por medios electrónicos.

4.- Clasificaciones económicas de actividades y productos en Ecuador.

a) Antecedentes

Desde la década de los años 70 aproximadamente, las diversas entidades del país y en particular el INEC, aplicaron en sus investigaciones de naturaleza económica la CIIU – Segunda Revisión y la Clasificación Internacional de Bienes y Servicios (CIBS). Se especificaron las actividades a niveles de hasta cinco dígitos, mientras que la CIBS no sufrió cambios pero se asignaba un mismo código a una infinidad de productos que se consideraba eran de la misma naturaleza.

No obstante la aplicación de dichas nomenclaturas fue muy limitada y su difusión no sobrepasó los límites de su propio entorno, por lo que, cada organismo creó su nomenclatura de acuerdo a sus necesidades. Estos inconvenientes ocasionaron varios problemas, como el dejar de lado actividades importantes y tener diferente codificación para una misma actividad, lo que dificultó las comparaciones internas.

APLICACIÓN CLASIFICACIONES ECONÓMICAS DE ACTIVIDADES Y PRODUCTOS.- ECUADOR

DIFERENCIAS INSTITUCIONALES EN LA CODIFICACION DE LA RAMA DE ACTIVIDAD ECONOMICA

ACTIVIDAD ECONOMICA	MINISTERIO DE FINANZAS ¹	BANCO CENTRAL ²	INEC ³
Fab. Leche pasteurizada	31124	3112	31121
Fab. Llantas	35513	3551	35511
Tiendas abarrotes	62111	6200	62011
Comercio al por mayor de aves y huevos	61112	6100	61012
1. Ministerio de Finanzas y Crédito Público, Guía Tributaria 1992			
2. Banco Central del Ecuador, Metodología de Cuentas Nacionales del Ecuador No. 4, 1983			
3. INEC, Listado de Actividades Económicas incluidas en los Censos Económicos, 1980			

En tales circunstancias el INEC como coordinador del Sistema Estadístico Nacional, se vio en la necesidad de preparar nuevas nomenclaturas y creó un Sistema Armonizado de Nomenclaturas de Carácter Económico para regular el desenvolvimiento estadístico nacional, a través de cinco tomos:

Tomo I “Clasificación Ampliada de las Actividades Económicas de Acuerdo a la CIU – Tercera Revisión”

Tomo II “Clasificación Nacional de Productos por Rama de Actividad Económica”

Tomo III Clasificación Nacional de Actividades Económicas y su Relación con la Clasificación Nacional de Productos”

Tomo IV “Diccionario de Correspondencias CIU – Segunda Revisión vs. CIU – Tercera Revisión”

Tomo V “Clasificación Nacional de Ocupaciones de Acuerdo a la Clasificación Internacional preparada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) CIUO 88”.

El Sistema Armonizado se basa en las clasificaciones de la ONU tratando de reflejar sobre ellas la realidad nacional.

b) La Clasificación Nacional de Productos por Rama de Actividad Económica y su no aplicación a la contratación pública.

Así, en lo que a nosotros nos interesa la estructura de la Clasificación Nacional de Productos por Rama de Actividad Económica (CPC) mantiene la estructura dictada por la norma internacional y solo a partir del último nivel de esa desagregación se ha ampliado el detalle de la clasificación hasta siete dígitos para permitir a los usuarios ubicar con facilidad los productos, quedando la clasificación nacional estructurada de la siguiente manera:

NIVELES DISPONIBLES	CÓDIGOS
1. Sección	1 dígito
2. División	2 dígitos
3. Grupo	3 dígitos
4. Clase	4 dígitos
5. Subclase	5 dígitos
6. Producto	7 dígitos

Al igual que en las actividades económicas, se creó el dígito nueve (9) “Otros Productos no Clasificados en Otra Parte (N.C.P.)”, para incluir aquí todos los productos que por diferentes motivos no se les puede identificar plenamente dentro de cada categoría.

Una vez concluida la elaboración de la CPC se cruzó con la CIU-Tercera Revisión a nivel de clase (cuatro dígitos), para disponer de la información de los productos por origen de la industria. Asimismo, para mayor seguridad en la desagregación, se cruzó con otras nomenclaturas, por ejemplo la Nomenclatura Común – NANDINA 1996, base para la elaboración de los aranceles nacionales (SA), la Clasificación Uniforme de Comercio Internacional (CUCI).

Pero la aplicación de la “Clasificación Nacional de Productos por Rama de Activi-

dad Económica” es muy limitada, ya que es utilizada principalmente para la codificación del Tomo 2 de la Encuesta de Manufactura y Minería a un nivel de siete dígitos precedidos por los cuatro primeros dígitos de la CIU – Tercera Revisión.

IV.- BOLIVIA.

1.- Consideraciones generales sobre la normativa vigente en Bolivia en materia de contratos públicos.

Entre los temas más problemáticos de la legislación boliviana sobre compras públicas se encuentra el sistema de recursos e impugnaciones a interponer frente a las decisiones de los órganos administrativos contratantes. Resulta criticable el mecanismo legal que obliga al presentar un recurso de oposición o un recurso de impugnación ante una entidad convocante a acompañar una boleta bancaria de garantía o certificado de depósito en la cuenta de la entidad. Esta boleta puede suponer una restricción al derecho de todos los licitadores a recurrir contra las decisiones de las Administraciones contratantes y como tal va contra uno de los principios esenciales de un Estado de Derecho como es el de la tutela efectiva de los ciudadanos. También afecta esta limitación de los recursos a los principios básicos de la contratación administrativa como el de transparencia. Sería deseable la supresión de la citada boleta y el establecimiento, si se quiere, de un sistema que permita el rechazo rápido de las solicitudes de recurso absolutamente inmotivadas.

Se podría reducir o incluso eliminar la boleta de garantía provisional o de licitación y establecer en la legislación relativa a las garantías definitivas o de ejecución que las mismas no cubren todos los posibles daños y perjuicios causados por el contratista en la ejecución del contrato, es decir, que esta garantía definitiva no limita la responsabilidad del contratista por lo que la Administración puede exigir los daños que superen la cuantía de la fianza prestada.

En relación con las posibles bajas temerarias o desproporcionadas en las ofertas planteadas por los licitadores, la ley española de contratos de 16 de junio de 2000 establece un mecanismo interesante. En el supuesto de adjudicación del contrato a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el 20% del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación.

Otra solución interesante que podría trasladarse a la legislación boliviana es la previsión de la legislación española de algunas excepciones a la constitución de la garantía provisional y definitiva en determinados contratos. En efecto, no será necesaria la constitución de garantía cuando la empresa contratante sea extranjera y garantice el cumplimiento del contrato, de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales.

En relación con la contratación pública electrónica, en Bolivia se ha desarrollado una destacada práctica electrónica impulsada por SICOES (Sistema de Información de Contrataciones Estatales, destinado a proporcionar información al públi-

co, acerca de las contrataciones de las diferentes Entidades del Estado). Según lo dispuesto en los Artículos 1º y 18º del Texto Ordenado del D.S. Nº 27328, en el Reglamento aprobado por medio de la resolución Ministerial nº 110 de diciembre de 2005 están previstas las particularidades en los procesos de contratación en las Municipalidades de Categoría Demográfica A y B; así como, las condiciones, procesos y operativización del Sistema de Información de Contrataciones Estatales (SICOES).

El Texto Ordenado del D.S. Nº 27328 y el citado Reglamento son de aplicación obligatoria por todas las entidades del sector público comprendidas en los Artículos 3º y 4º de la Ley Nº 1178 y cualquier otra entidad pública con personería jurídica de derecho público que no estuviese expresamente señalada en dicha Ley. Para la utilización de técnicas electrónicas por las Administraciones municipales o municipalidades podría aprovecharse la fórmula organizativa de las mancomunidades, que podrían crear centrales de compra. En cualquier caso, en Bolivia resulta muy necesario un apoyo tecnológico, financiero y logístico para el establecimiento de los procedimientos electrónicos de compra.

Otras cuestiones destacadas sobre la contratación pública en Bolivia serían la problemática de los Registros de Licitadores (sería muy positivo de cara a un acuerdo en materia de contratación pública en la CAN que los distintos Estados reconocieran los certificados que otorguen los otros Estados), la contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, las Bases o Pliegos de Condiciones (hay que objetivar al máximo los criterios de evaluación e indicarlos con detalle en las Bases, hay que suprimir los márgenes amplios para calificar) y la subcontratación (sería recomendable que la Entidad contratante plantee desde el principio del contrato cuanta parte del contrato tiene intención de subcontratar).

Como conclusión se puede destacar que la normativa hoy vigente en materia de compras públicas en Bolivia (las normas básicas son el Decreto Supremo 27328, de 31 de enero de 2004 y la Ley nº 1178 que establece el sistema de administración de bienes y servicios, SAFCO) establecen un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos. Este sistema es aplicable a 537 entidades de compra.

Entre los aspectos a mejorar en el ordenamiento jurídico boliviano en materia de contratación pública, aparte de los ya señalados con anterioridad (por ejemplo, en relación con los recursos e impugnaciones contra las decisiones de las entidades adjudicadoras –supresión de las boletas para recurrir–, con la contratación electrónica, las garantías, las bajas desproporcionadas, etc...), cabe resaltar la problemática de las prácticas de contratistas contrarias a la libre competencia –por ejemplo los proveedores que conciertan propuestas y precios para distribuirse los procesos– (que podrían ser reguladas, en Europa se aplican a la contratación pública las normas sobre la competencia como son la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes), la necesidad de controlar la no aplicación de las normas de contratación por parte de las pequeñas Administraciones (como son las Entidades locales y municipales), la conveniencia de limitar el uso abusivo por las Entidades adjudicadoras de prácti-

cas como la parcelación de la adquisición de productos para utilizar la compra menor, la utilización excesiva del contrato de excepción, la posibilidad de suprimir la obligatoria constitución de fianzas o garantías (que limita la participación en las compras del Estado de las pequeñas y microempresas) y la necesidad armonizar las normas sobre contratación con la legislación específica con que cuentan instituciones o entidades concretas –que no aplican la legislación estatal sobre contratos– y con las normas de entidades financieras internacionales o de organismos de cooperación técnica internacional.

2.- La utilización del Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del SIGMA y su problemática actual.

En Bolivia, el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras utilizado en las compras públicas es el que funciona dentro del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA). El Catálogo de Bienes, Servicios y Obras del SIGMA - CABS (sistema de aplicación obligatoria de acuerdo al D.S. 25875 de 18/08/00), estructurado con la realidad boliviana, se ha constituido en una importante herramienta para las entidades públicas que operan con los módulos de compras y almacenes del SIGMA, que utiliza la misma descripción de los bienes y un mismo código alfanumérico correspondiente, evitando los obstáculos en el contexto del sector público.

Este Catálogo de bienes y servicios pretendió establecer criterios uniformes para la identificación de compras del sector público, su clasificación y codificación, a los efectos de la formulación de los planes anuales de contrataciones y el proceso mismo de adquisición. De esta manera, se utiliza el Catálogo –que cuenta con casi 4.000 clases y más de 27.000 ítems– para elaborar el plan anual de contrataciones (instrumento de la programación de operaciones), las solicitudes de compras de bienes y servicios, el manejo de almacenes, el inventario de activos fijos y para comparar los precios de adquisición o contratación se prevé su actualización permanente.

Sin embargo, en la actualidad el Catálogo de Bienes y Servicios del SIGMA, que opera a través de fibra óptica por lo que ha resultado muy costosa y lenta su expansión a las entidades descentralizadas del país, no resulta de aplicación a muchas entidades públicas. Además, tras las últimas reformas legislativas, el Catálogo sólo se utiliza hoy en el Módulo de Compras Menores y ni siquiera para todos los contratos menores (sólo se utiliza para los contratos menores de hasta 20.000 bolivianos -alrededor de 2.500 dólares-). A partir de esta cuantía los anuncios de licitación los publica SICOES.

Por otra parte, SIGMA cuenta con una gran cantidad de ítems clasificados, muchos de ellos catalogados a detalle, motivo que imposibilita en muchos casos utilizar estos ítems ya que no siempre se necesitarán los mismos ítems o con el tiempo cambian ciertas características, hecho que obliga a las entidades solicitar una nueva catalogación. Para que este instrumento fuera más dinámico en su aplicación, especialmente en los procesos de catalogación, sería conveniente que contuviera ítems de carácter genérico enteramente, es

decir, que no existan ítems con carácter específico.

Otra crítica importante al sistema es que no está adecuado a clasificaciones ni a estándares internacionales, se trata de una codificación interna.

Además, no se está utilizando para la contratación electrónica y resulta hoy imprescindible que se utilice en Bolivia un catálogo que sea interoperativo con SICOES.

3.- El origen del SIGMA. Su regulación normativa.

Los antecedentes del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA) los encontramos en el Proyecto de Descentralización Financiera y Responsabilidad –ILACO II (1997-2003)– del Convenio N° 033-BO, suscrito entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Banco Mundial, que en 1999 determinó un plan de acción para apoyar el desarrollo e implantación de un nuevo Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa sobre la base de las Leyes 1178 “Ley de Administración y Control Gubernamentales”, 1654 “Ley de Descentralización Administrativa” y 1551 “Ley de Participación Popular”.

El objetivo era generar información financiera útil, oportuna y confiable para el uso del Ministerio de Hacienda, las entidades del Sector Público y la ciudadanía en general.

En base al acuerdo logrado con el Banco Mundial, el Proyecto diseñó, desarrolló y puso en marcha el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa SIGMA, en las entidades del Sector Público.

El SIGMA, fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 25875 de fecha 18 de agosto de 2000, para su implantación obligatoria en todas las entidades del sector público, previstas en el artículo 3 de la ley 1178, en forma de prueba de septiembre a diciembre del 2000 y oficialmente a partir del 2 de enero del 2001 hasta la fecha.

La aprobación del Sistema se complementó con el Decreto Supremo N° 26455 de 19 de diciembre de 2001, en el que se establecieron las responsabilidades del uso y administración de información que se genera y transmite a través de los sistemas informáticos en el marco del SIGMA. Asimismo, amplió el ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 25875 a las unidades administrativas de los Poderes Legislativo y Judicial, previstas en el Artículo 4° de la Ley N° 1178.

Los objetivos del SIGMA eran los siguientes:

- Gestión de recursos en un marco de absoluta transparencia,
- Generación de información útil, oportuna y confiable,
- Promover economía, eficiencia y efectividad de la gestión pública
- Interrelacionar de los sistemas de administración financiera con los sistemas de control interno y externo.
- Interacción con los Sistemas de Planificación e Inversión Pública mediante la Programación de Operaciones y el Presupuesto, y envía información sobre

resultados de gestión al Sistema de Seguimiento de Resultados – SISER.

4.- El MAPF como unidad administradora del SIGMA

Con el objetivo de ampliar el SIGMA a los niveles de gobierno subnacional, en el año 2001 surge el Programa MAPF y se crea su unidad ejecutora, dependiente del Ministerio de Hacienda, y financiada en su origen con recursos procedentes del PSAC IDA 3507-BO.

En consecuencia, MAPF es la unidad ejecutora del Programa de Administración Financiera Municipal y tiene como finalidad el administrar recursos, controlar y ejecutar el Programa de Administración Financiera Municipal, además de administrar otros proyectos o programas que tengan por objetivo el desarrollo e implementación del SIGMA. Esta unidad surge para dar continuidad a la unidad ejecutora del Proyecto ILACO II, y se relaciona directamente con la ejecución del Proyecto asociado al convenio de Crédito 1091/SF-BO.

En la actualidad el MAPF es una unidad desconcentrada que depende del Viceministerio de Contaduría y Presupuesto y que está configurado en tres niveles: Dirección, Gerencia y Operaciones.

Las funciones del MAPF están establecidas en la resolución ministerial que fija su creación y descritas a nivel de detalle en el Manual de Cargos y Funciones vigente actualmente.

El Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA) es la actual manifestación del proceso de desarrollo mostrado por el Sistema de Información Financiera Gubernamental (SIFG) de Bolivia. Como hemos señalado, la configuración actual del sistema responde en lo esencial a los resultados del trabajo realizado en el Proyecto ILACO II, financiado por el Banco Mundial con un convenio de préstamo (NO-33 BO).

5.- El funcionamiento del SIGMA.

La ley 1178, de administración y control gubernamentales, promulgada el 20 de julio de 1990, establece sistemas de administración para programar, ejecutar y determinar los resultados y controlar la gestión del sector público, definiendo en su artículo 22 que el Ministerio de Hacienda es la autoridad fiscal y órgano rector de los sistemas de programación de operaciones, organización administrativa, presupuesto, administración de personal, administración de bienes y servicios, tesorería y crédito público, contabilidad integrada

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 25875 de fecha 18 de agosto de 2000, el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA - está compuesto por los sistemas de presupuesto, contabilidad, tesorería, crédito público, compras y contrataciones, manejo y disposición de bienes y administración de personal.

En un primer momento la implantación del SIGMA se efectuó en forma paulatina, con una prueba piloto, a partir de agosto de 2000, en las siguientes entidades:

- a) Vicepresidencia de la República
- b) Ministerio de Hacienda
- c) Ministerio de Educación Cultura y Deportes
- d) Ministerio de Salud y Previsión Social
- e) Fondo de Inversión Social

Su implantación oficial se produjo a partir de enero de 2001 en todas las entidades de la Administración central.

Actualmente el sistema cuenta con un registro de beneficiarios administrado por el Tesoro General de la Nación que agrupa los proveedores en 46 ramas comerciales divididas a su vez en 224 categorías. Este registro no se basa en ningún estándar específico y su tarea se reduce a la adaptación de un catálogo básico orientado a satisfacer las necesidades del día a día (palabras textuales...).

Hoy en día el proyecto se encuentra en una fase de estabilización y se plantea su reforma a través de un SIGMA 2, si bien no dispone de recursos para conformar una comisión de trabajo con el fin de intercambiar su información con otros sistemas (Notas internas DIGENSAG 272/2006 y MPFP/DG/CSE/1027/2006 del Ministerio de Hacienda).

6.- El Sistema de Compras y Contrataciones del SIGMA.

El Catálogo de Bienes, Servicios y Obras lo utilizan las entidades tanto de la Administración Central como descentralizada, incluidos Prefecturas y Gobiernos Municipales que operan con los módulos de compras y almacenes del SIGMA, asimismo, para mas adelante se prevé el uso de la herramienta para el sistema de Activos Fijos.

Este sistema comprende el Catálogo de Bienes y Servicios, el plan anual de contrataciones, el registro único de proveedores –contratistas– beneficiarios y los procesos de compras y contrataciones en sus diversas modalidades.

La instrumentalización del catálogo de bienes y servicios tenía por objetivo establecer criterios uniformes para la identificación de compras del sector público, su clasificación y codificación, a los efectos de la formulación de los planes anuales de contrataciones y el proceso mismo de adquisición.

Así, se utiliza el catálogo para elaborar el plan anual de contrataciones (instrumento de la programación de operaciones), las solicitudes de compras de bienes y servicios, el manejo de almacenes, el inventario de activos fijos y para comparar los precios de adquisición o contratación se prevé su actualización permanente.

El catálogo incluye la estructura y codificación de bienes de uso y consumo comunes y específicos que los organismos necesitan para realizar sus actividades.

En la actualidad –a fecha de 15 de diciembre de 2006– el Catálogo de Bienes y Servicios del SIGMA cuenta con 3.986 clases y 27.744 items. Se cuenta con 46 grupos comerciales y unas 100 ramas comerciales.

7.- Críticas al sistema. La insuficiencia del SIGMA para la clasificación de bienes y servicios en la contratación pública.

El SIGMA fue concebido como un sistema integral, formulado teóricamente a través de cuatro módulos básicos: Presupuesto, Contabilidad, Tesorería y Crédito Público. Sin embargo, en la práctica resulta ser un sistema mixto de registro y gestión, que no integra todos los procesos.

El Catálogo de Bienes y Servicios del SIGMA, que siguió el modelo argentino³, no resulta de aplicación a la mayoría de entidades públicas ya que no están integradas en el sistema alrededor de un 60% de entidades descentralizadas, un 22% de las prefecturas y la totalidad de las entidades de seguridad social. SIGMA llega a unas 70 Entidades, pero hay que tener en cuenta que en Bolivia hay alrededor de 500 Entidades públicas a la mayoría de las cuales SICOES si llega al ser una plataforma que opera por Internet, al igual que lo hacen los portales públicos de contratación del resto de países andinos (CONSUCODE en Perú, CONTRATANET en Ecuador y Portal Único de Contratación Pública en Colombia).

En este sentido, una limitación importante del SIGMA es que opera a través de fibra óptica por lo que ha resultado muy costosa y lenta su expansión a las entidades descentralizadas del país. El sistema requiere tender enlaces de fibra óptica desde el centro de cómputo del SIGMA en la ciudad de La Paz.

Por lo que se refiere al subsistema de Compras y Contrataciones, las constantes modificaciones legislativas de la normativa boliviana en la materia, ajenas a SIGMA, han ido invalidando las modalidades para las cuales se habían realizado desarrollos en SIGMA, de tal forma que en la actualidad sólo se utiliza el Módulo de Compras Menores. Así, en el año 2004, de un total de 183.095 trámites de gasto (Formulario C-31), sólo se utilizaron los módulos de SIGMA para 96 contratos y 4.596 órdenes de compra.

Es más, el SIGMA no se utiliza ni siquiera para todos los contratos menores (hasta 20.000 dólares) ya que en la actualidad se utiliza sólo para los contratos menores de hasta 20.000 bolivianos (alrededor de 2.500 dólares). A partir de esta cuantía los anuncios de licitación los publica SICOES. La Dirección General de Sistemas de Administración Gubernamental (DIGENSAG) señaló a las entidades que utilizaran SIGMA para las compras de hasta 20.000 bolivianos.

Bien es verdad que a través del módulo de Almacenes pueden entrar en el SIGMA contratos que no sean menores y por ahí ingresar al Catálogo de Bienes y Servicios.

³ El Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Argentina tiene como objetivo establecer criterios uniformes y homogéneos para la identificación de los requerimientos de compras provenientes de las entidades de la Administración Pública Nacional, clasificarlos y codificarlos para la formulación de los planes anuales de contrataciones, la adquisición de bienes y servicios y la administración de bienes. Las aplicaciones del sistema sirven para identificar, denominar, clasificar y codificar a los bienes y servicios de manera uniforme, tanto en la etapa de formulación del presupuesto como en la de gestión de las contrataciones.

La disposición adicional 6ª del Decreto Supremo 27.328 dispone que el SIGMA adecuará los modelos conceptuales, el diseño informático y los instrumentos de aplicación a la normativa, principios y procesos establecidos en el citado DS y lo correspondiente a los Subsistemas de Manejo y Disposición de Bienes aprobados por el Decreto Supremo 25.964, para su implementación en las entidades públicas. Sin embargo, desde la aprobación del Decreto Supremo 27.328 el 31 de enero de 2004 el SIGMA no se ha adaptado a la normativa y procesos establecidos por la nueva norma.

Mientras la vigencia de la anterior norma de contratación, DS 25964, el SIGMA tenía establecidos modelos y procesos para las compras menores, la invitación pública, la licitación pública y la licitación por excepción, pero tras la aprobación del DS 2728 el SIGMA no se ha adaptado a los nuevos procesos y se quedó sólo con las compras menores.

En cuanto al SIGMA municipal no es otra cosa que un SIGMA central modificado en aspectos procedimentales y que no se adapta a los requerimientos propios de las entidades municipales.

El SIGMA no ha alcanzado el nivel de un sistema de gestión e información financiera verdaderamente integrado y, por lo que se refiere a las compras públicas, no funciona como un sistema adecuado de clasificación de bienes y servicios. Dan muestra de sus problemas aplicativos los pocos contratos sujetos al sistema y la gran cantidad de entidades descentralizadas y entidades del gobierno sub-nacional que quedan fuera del SIGMA.

Prueba inequívoca de los problemas de funcionamiento del SIGMA es que dada la crítica situación del MAFP en relación con los avances en la ejecución del proyecto de extensión del sistema al nivel subnacional, se iniciaron consultas con organismos internacionales (Banco Mundial, BID, FMI) para evaluar la viabilidad del sistema. Con recursos provenientes de Japón, canalizados a través del Banco Mundial, se organizó una evaluación internacional del sistema, que se ejecutó en el segundo semestre del año 2005. Más adelante se han realizado otras consultorías internacionales con el objetivo de establecer un juicio técnico respecto de la fiabilidad y viabilidad del sistema de información financiera del Gobierno de Bolivia (SIGMA) –así la Consultoría financiada por el Banco Interamericano de Desarrollo, Préstamo 1091/SF/BO, “Participación en la evaluación del modelo conceptual del SIGMA”–.

Otra muestra de los problemas del MAFP es su reducción de personal en los últimos años ya que ha pasado de cerca de 200 funcionarios a alrededor de 60.

Por otra parte, SIGMA cuenta con una gran cantidad de ítems clasificados, de los cuales un 50% o más han sido catalogados a detalle, motivo que imposibilita en muchos casos utilizar estos ítems ya que no siempre se necesitarán los mismos ítems o tal vez con el tiempo se vayan cambiando ciertas características, hecho que obliga a las entidades solicitar una nueva catalogación. Se trata pues de una diversidad de ítems dentro del catálogo de bienes creada a libre voluntad de las entidades, lo que provoca una ramificación en forma indiscriminada de ítems demasiada detallada.

También es necesario mencionar que se ha encontrado ítems iguales pero apropiados a diferentes partidas presupuestarias, motivo que ha generado polémicas dentro de la Institución.

Otra crítica importante al sistema es que no está adecuado a clasificaciones ni a estándares internacionales, se trata de una codificación interna.

Además, no se está utilizando para la contratación electrónica. Habría que utilizar un catálogo que fuera interoperativo con SICOES.

Como señalan los propios responsables de contratación de entidades públicas, el catalogador SIGMA que se utiliza en la actualidad ha perdido la orientación objetiva de su propósito, siendo ahora un instrumento que en la mayoría de los casos perjudica la contratación en lugar de ser un viabilizador.

8.- Hacia una nueva clasificación de bienes y servicios en la contratación pública.

El establecimiento de una clasificación unificada basada en ítems genéricos, siguiendo estándares internacionales, permitiría obtener unas estadísticas fundamentales para la labor de diseño y establecimiento de una política de contratación pública. En este sentido, para el Gobierno de Bolivia sería un elemento clave disponer de estas estadísticas por productos y bienes, de las que hoy no se disponen, lo que le permitiría plantear más adecuadamente el programa del “Compro Boliviano”. La Contratación Pública es un instrumento de Gestión Pública capaz de apoyar políticas de justicia social y de desarrollo nacional.

Actualmente el SIGMA es administrado por el MAFP dependiente del Ministerio de Hacienda y es conveniente que el Ministerio de Hacienda como órgano rector del SABS siga haciéndose cargo del catalogador propuesto, resultando fundamental la coordinación e interoperatividad con la Dirección General de Sistemas de Administración Gubernamental.

La Dirección General de Sistemas de Administración Gubernamental (DIGENSAG) instancia normativa del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (SABS) que había iniciado las gestiones y estudios para desarrollar un nuevo Catálogo – además de un nuevo Registro de Proveedores–, para evitar duplicación de esfuerzos entró en acuerdo con el Programa MAFP para redirigir los mismos a realizar un diagnóstico y mejora del Catálogo en cuestión. Pero resulta necesaria en la actualidad una mucha mayor coordinación entre el Programa MAFP y la DIGENSAG.

El Gobierno boliviano previó que la DIGENSAG fuera la instancia responsable de la administración del Catálogo. Sin embargo, hasta la fecha el instrumento en cuestión continua siendo administrado por el Programa MAFP, mediante un servidor público denominado Administrador del Catálogo.

9.- La contratación electrónica en Bolivia.

El establecimiento de un sistema de clasificación para bienes y servicios sería fundamental para la consolidación de los procedimientos electrónicos en la contratación pública en Bolivia.

En Bolivia se cuenta hoy con una destacada práctica electrónica impulsada por SICOES (Sistema de Información de Contrataciones Estatales, destinado a proporcionar información al público, acerca de las contrataciones de las diferentes Entidades del Estado, <http://www.sicoes.gov.bo/>).

Según lo dispuesto en los Artículos 1º y 18º del Texto Ordenado del D.S. N° 27328, en el Reglamento aprobado por medio de la resolución Ministerial n° 110 de diciembre de 2005 están previstas las particularidades en los procesos de contratación en las Municipalidades de Categoría Demográfica A y B; así como, las condiciones, procesos y operativización del Sistema de Información de Contrataciones Estatales (SICOES). El Texto Ordenado del D.S. N° 27328 y el citado Reglamento son de aplicación obligatoria por todas las entidades del sector público comprendidas en los Artículos 3º y 4º de la Ley N° 1178 y cualquier otra entidad pública con personería jurídica de derecho público que no estuviese expresamente señalada en dicha Ley.

A través de SICOES se lleva a cabo ya hoy una difusión de procesos de licitación pública. Pero el futuro de la contratación pública electrónica se basa en el paso de una primera fase, la actual, en el que se produce la difusión sobre los procedimientos de licitación por vía electrónica a una segunda y tercera fase en la que los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas se realicen por medios electrónicos.

SICOES cuenta hoy con una base de información muy completa (dispone a fines de 2006 de la información estadística del 100% de los inicios de los procesos de contratación de 2005 y 2006, el 90% de las finalizaciones de 2005 y alrededor del 50% de las finalizaciones de 2006). Pero se carece de información estadística sobre los bienes o productos que se compran precisamente por la falta de un catálogo de bienes aplicable a todos los contratos. Y esta carencia es muy importante tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta; no puede haber un Registro de Proveedores si no se identifican los bienes.

10.- Otras clasificaciones utilizadas en Bolivia.

En 1998 entró en vigor la Clasificación de Actividades Económicas de Bolivia (CAEB-98) con el objetivo de ordenar a las unidades productivas e institucionales de acuerdo con las actividades económicas que desempeñan y de este modo conocer la estructura económica del país.

Las reglas de clasificación utilizadas se derivan de las clasificaciones internacionales.

ESQUEMA GENERAL DE CLASIFICACIONES DE BOLIVIA



11.- La Clasificación de Productos por Actividades Económicas y su no aplicación a la contratación pública.

Es una adaptación en primera instancia de la CAEB, en el que se realizaron desagregaciones de las clases de la CIU Rev. 3, por lo tanto su estructura y criterios no difieren de ésta.

Se organiza por el criterio de origen de producción, significa que cada producto se asigna a la actividad económica de la que procede, entendiendo por actividad económica a efectos de esta clasificación cada rúbrica de cuatro (Clase) y/o cinco (Subclase) dígitos de la CAEB-98.

Es un instrumento que permite clasificar a los bienes y servicios, que pretende ser un marco para poder establecer estadísticas básicas y definir en términos de productos las categorías de actividades económicas establecidas en la CAEB-98.

Clasificación de Productos por Actividad Económicas de Bolivia

NIVEL	NOMBRE	NUMERO	CÓDIGO
Primer nivel	Categoría de Tabulación	17 Partidas	Alfabético 1 dígito
Segundo nivel	División	60 Partidas	Númérico 2 dígitos
Tercer Nivel	Grupo	159 Partidas	Númérico 3 dígitos
Cuarto Nivel	Clase	301 Partidas	Númérico 4 dígitos
Quinto Nivel	Subclase	400 Partidas	Númérico 5 dígitos
Sexto Nivel	Producto	2962 Partidas	Númérico 8 dígitos

El Servicio de Impuestos Nacionales (SIN) de Bolivia –institucionalizado por la Ley 2166 de 22 de diciembre de 2000 y complementado su funcionamiento por el Decreto Supremo 26462- cataloga los diferentes contribuyentes utilizando la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU).

V.- CONCLUSIONES. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA NORMATIVA EUROPEA.

Entre los temas más importantes de la contratación pública a resaltar en la actualidad se encuentra el de los principios generales del Derecho de la contratación pública. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional (principio de igualdad y no discriminación, principio de transparencia...), son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias -frente, por ejemplo, a las Directivas europeas sobre contratos o al Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, que regulan exclusivamente las fases de preparación y adjudicación de los contratos-.

Por otra parte, en las legislaciones de los países andinos sobre contratación pública sería muy conveniente que se introdujera una definición amplia de contrato público como la que recoge hoy la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público: “son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes

adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios” (art. 1.2.a). Esta moderna definición de contrato público incluye la posibilidad de que varias Administraciones se unan para celebrar un contrato (existen figuras interesantes al respecto en la Directiva como las denominadas Centrales de Compras).

Otra cuestión de interés es el sistema de recursos e impugnaciones a interponer frente a las decisiones de los órganos administrativos contratantes. Tras constatar el funcionamiento de los sistemas nacionales en los países andinos de impugnación de decisiones administrativas en materia de contratos públicos, puede resaltarse la conveniencia de analizar el modelo europeo que pretende animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de que, llegado el caso, podrán entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos.

Existen en Europa dos Directivas relativas a los recursos en el ámbito de la contratación pública: i) la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras, servicios y suministros celebrados por los poderes adjudicadores, actualmente regulados por la Directiva 2004/18/CE; ii) la Directiva 92/13/CEE, aplicable a los contratos de las entidades contratantes que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, actualmente regulados por la Directiva 2004/17/CE (recursos en los llamados sectores «especiales»). Estas normas imponen como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. A tal efecto, exigen a los Estados que prevean los poderes necesarios para garantizar la adopción de medidas cautelares, la posibilidad de anulación de las decisiones ilegales y la obtención por las personas perjudicadas de indemnizaciones por daños y perjuicios.

En principio, cuando un órgano de contratación concluye un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las Directivas relativas a los contratos públicos, debe suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días laborables a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación. Cuando un órgano de contratación considera que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe es superior a los umbrales fijados en las Directivas sobre contratos públicos, debe (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días laborables, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado. Si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considera sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato son extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello es preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

En relación con las garantías exigidas a los licitadores en los procedimientos de contratación, entiendo que se podría eliminar la obligatoriedad que existe en los países andinos de presentar una garantía de seriedad de la propuesta. En España se ha suprimido esa obligatoriedad teniendo en cuenta que prácticamente nunca se ejecutaban las mismas y que con su eliminación se facilita la presentación de ofertas por parte de las pequeñas y medianas empresas, a las que se suprime una traba en algunos casos importante. Eso sí, se mantendría la obligatoriedad de prestación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. En este sentido, se podría precisar en la legislación relativa a estas garantías definitivas o de fiel cumplimiento del contrato que las mismas no cubren todos los posibles daños y perjuicios causados por el contratista en la ejecución del contrato, es decir, que esta garantía definitiva no limita la responsabilidad del contratista por lo que la Administración puede exigir los daños que superen la cuantía de la fianza prestada. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de febrero de 1998, «... la fianza de los contratos administrativos y el aval prestado por ella es una obligada garantía legal, afectada al estricto cumplimiento por el contratista de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual para cuya garantía se constituyeren; siendo la naturaleza de la fianza definitiva el de pena convencional para, que en caso de incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, la Administración pueda exigir la pena como importe mínimo del daño, sin perjuicio de poder exigir el “plus” de daños si éste rebasa la cuantía de la fianza».

En relación con la contratación electrónica, los países andinos cuentan hoy con un diferente desarrollo de su legislación y práctica nacionales. En general hay que comentar que Perú y Colombia son los países que se encuentran más avanzados al respecto, siendo Ecuador el que más atrás se encuentra en el proceso de implementación de estas técnicas electrónicas de compra. El portal de compras públicas colombiano (www.contratos.gov.co) es el que mejor información recoge de los procesos contractuales, con un sistema de navegación muy accesible para los interesados. En el Perú se cuenta hoy con una destacada práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través sobre todo del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que lleva a cabo ya hoy difusión de procesos (publicación de planes, convocatorias, bases, consultas, observaciones, resultados de adjudicación) y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la próxima implantación de la subasta inversa electrónica. En Bolivia la difusión de información en Internet se lleva a cabo por SICOES (Sistema de Información de Contrataciones Estatales, destinado a proporcionar información al público, acerca de las contrataciones de las diferentes Entidades del Estado).

Sin embargo, les falta en la actualidad a todos los países el desarrollo de procedimientos totalmente electrónicos de compra.

Sin duda, el futuro de la contratación pública electrónica se basa en el paso de una primera fase, la actual, en el que se produce la difusión sobre los procedimientos de licitación por vía electrónica a una segunda y tercera fase en la que los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas se realicen por medios electrónicos. Falta desarrollar legislativamente mecanismos que permitan realizar procedimientos electrónicos de compras (como los

sistemas europeos, que interesaron mucho a los asistentes, de la subasta electrónica, de los sistemas dinámicos de adquisición, de los acuerdos marco, de las centrales de contratación...). En este punto se planteó en el Seminario la necesidad de que se establezca y se difunda generalizadamente en los diferentes países andinos un mecanismo de certificación digital o de firma digital que garantice la fiabilidad de las comunicaciones digitales y la seguridad jurídica. Este mecanismo de certificación sería conveniente que lo regulara el Estado a nivel general y que se aplicara también en el ámbito de la contratación pública. La experiencia europea al efecto resulta de mucho interés, con un sistema de certificación nacional que sirve para operar en toda la Unión Europea. El sistema podría ser válido para la Comunidad Andina.

Los modelos de contratación electrónica de Chile –muy flexible, sin certificaciones digitales–, México y Brasil resultan también muy interesantes y de ellos se pueden extraer experiencias.

En cualquier caso, en los países andinos resulta muy necesario un apoyo tecnológico, financiero y logístico para el establecimiento de los procedimientos electrónicos de compra. Este apoyo resulta especialmente necesario en las comunidades locales, que se encuentran especialmente deprimidas y tienen muchas más dificultades de acceso a los medios tecnológicos.

Otra cuestión importante es el establecimiento de prescripciones o especificaciones técnicas en los contratos, materia que también ha sido objeto de atención por parte del Derecho comunitario. Este se basó inicialmente en la evitación de especificaciones discriminatorias (prescripciones técnicas de determinadas condiciones que solo pudieran cumplir, o que beneficiaran a las empresas nacionales), en cuanto pudieran convertirse en una medida de efecto equivalente a la restricción de libertades comunitarias. Estas medidas podían consistir, abiertamente, en la reserva de determinados contratos a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional: así, en el caso resuelto por la Sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1990, Dupont de Nemours Italiana c. Unitá Sanitaria Locale di Carrara, en un conflicto que afectaba a las empresas de una zona del territorio italiano. En una línea similar, la inclusión de especificaciones que indicasen fabricación o procedencia determinada también quedaba prohibida, salvo que no pudieran definirse de otro modo, añadiendo en ese caso la expresión “o equivalente” (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Reino de España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado). Además, el Derecho comunitario ha incidido en el llamado orden para el establecimiento de prescripciones técnicas. Así, ya el “Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea” (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996) señalaba que “las normas y especificaciones técnicas que describen las características de las obras, suministros o servicios objeto del contrato son un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura de la contratación pública. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los proveedores no nacionales a estos contratos. A este respecto, las directivas prevén que los poderes adjudicatarios recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obli-

gatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario. En las directivas se ha hecho un esfuerzo por resolver este problema, obligando a los poderes adjudicatarios a referirse a normas europeas siempre que éstas existan". En este sentido, se contenían normas en las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (artículo 14), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 8) y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (artículo 10), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente. El artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE contiene actualmente una completa regulación de esta materia.

En relación con la posibilidad de integrar aspectos referentes a condiciones sociales o medioambientales en la contratación pública, en Europea se ha defendido la opción de integrar dichos aspectos con preferencia en la fase de ejecución del contrato, y mejor que en la fase de adjudicación del contrato, fase en la que presentan más dificultades para garantizar el respeto del principio de igualdad de oportunidades para los licitadores. La Directiva 2004/18/CE se refiere a las condiciones de ejecución del contrato en su considerando 33 y las admite siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. En esta materia, son relevantes además dos comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea: una, la "Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos" (de 15 de octubre de 2001); otra, la "Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública" (de 4 de julio de 2001).

Por lo que se refiere a los Entes u Organismos sujetos a la normativa sobre contratación pública, en los países andinos se presenta un serio problema por la existencia de muchos regímenes especiales que excluyen a Entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación de la Ley. En esta situación de encuentran entes que celebran contratos muy importantes para las economías de los países. Ahora bien, esta huída de las normas públicas sobre contratación no es, ni mucho menos, compatible con los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad. En Europa, tanto la normativa comunitaria sobre contratos públicos —singularmente las distintas Directivas sobre la materia, que definen con gran amplitud la noción de «poder adjudicador»—, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha interpretado la citada normativa —entre otras muchas, pueden destacarse las senten-

cias de 20 de septiembre de 1988, de 17 de noviembre de 1993 y de 15 de enero de 2005—.

En el texto actualmente vigente, y siguiendo de cerca las disposiciones de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, el artículo 1 de la Ley española sobre contratos públicos establece la sujeción a la Ley de Contratos de todos los Organismos públicos y las restantes Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas», siempre que en aquéllas se den una serie de requisitos: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, financiación pública mayoritaria y control público de su gestión.

Por lo que se refiere a los contratos en el sector de la defensa, hay que resalta que estos gastos constituyen una parte importante de los gastos públicos y además la industria militar es vital para el desarrollo de las altas tecnologías, las cuales pueden después ser transferidas para usos civiles. Pero la importancia económica, política y social de este sector de las compras públicas contrasta con la falta de garantía de la no discriminación, la transparencia y la igualdad de trato entre las empresas. Resulta por ello fundamental someter estos contratos a la legislación de compras públicas, admitiendo sólo como excepción los contratos que afecten a la seguridad nacional.

La Directiva 2004/18/CE reitera en su artículo 10 que la normativa comunitaria en materia de contratos públicos se aplicará a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 CE del Tratado, que admite una excepción para que los Estados pueden otorgar carácter secreto a la información que pudiera poner en peligro su seguridad, así como alegar una exención a las normas del mercado interior en materia de comercio de armamento. La utilización de las medidas nacionales de excepción por los Estados sólo se justifica si son necesarias para realizar el objetivo de protección de los intereses esenciales de seguridad alegados.

En relación con los impedimentos para contratar con la Administración, la Directiva 2004/18/CE advierte que debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales. En España se publica en Internet el listado de empresas que actualmente no pueden contratar con la Administración por haber incurrido en alguna prohibición de las establecidas por la Ley de Contratos (<http://www.minhac.es/Portal/Servicios/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/prohibicion.htm>). Se trata de una medida positiva que podría ser trasladada a los países andinos.

Sería también conveniente impulsar en la legislación de contratación pública de los países andinos la subcontratación, que desempeña un papel importante para facilitar las posibilidades de las pequeñas y medianas empresas de acceder a los grandes contratos. En muchas ocasiones, será la única oportunidad de participar en contratos públicos para aquellas empresas que no dispongan de suficiente capacidad organizativa y administrativa para presentar ofertas en contratos importantes.

Pues bien, dado que la participación de las PYMEs en la contratación pública ha sido tradicionalmente muy escasa en la Comunidad Europea, si se compara la situación existente en Estados Unidos, Canadá y Japón, el Consejo de las Comunidades Europeas instó en 1990 a la Comisión a emprender acciones específicas destinadas a fomentar la participación, en pie de igualdad, de las PYMEs en los procedimientos de contratación pública de la Comunidad.

Fruto de ello son las disposiciones de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos que contemplan la posibilidad de la subcontratación. En concreto, dentro de las reglas comunes de participación, previstas en similares términos, en sus aspectos generales, tanto en las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios, como en la de contratos en los denominados «sectores especiales», se establece que «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros» .

Por otra parte, la legislación europea hace referencia a que en la ejecución de las obras por terceros en el contrato de concesión de obras públicas, la Administración podrá imponer al concesionario que subcontrate con terceros un porcentaje de los contratos de obras objeto de la concesión que represente un 30 por 100 del valor total de dichas obras.

Como conclusión se puede destacar que la transparencia y la publicidad es un arma eficaz en la lucha contra la corrupción y los fraudes de todo tipo respecto de los fondos públicos. La existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la desaparición de las condiciones de inmunidad e impunidad para muchos infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento de rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública. En este sentido, la legislación europea impone condiciones estrictas de participación en los contratos públicos. Se pretende así verificar la aptitud de los operadores económicos para participar en un contrato sobre la base de criterios relativos a la capacidad económica y financiera, así como a los conocimientos o capacidades de carácter profesional y técnico. Y se han establecido rigurosos procedimientos y criterios de adjudicación unificados aplicables a todos los Estados miembros. El modelo puede servir de referente en la Comunidad Andina.

No cabe duda de la importancia de la contratación pública para lograr una política eficaz de lucha contra la corrupción en todos los países.

Por lo que se refiere al régimen de contratación estatal en los países andinos, cabe destacar que la normativa hoy vigente en la materia garantiza un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que en líneas generales es compatible con la legislación europea, si bien resulta muy conveniente su reforma para incluir previsiones legales para la utilización de procedimientos totalmente electrónicos de compra, para el completo sometimiento a la norma de todas las entidades u organismos públicos que ahora quedan fuera de la legislación de contratos sometidos a un régimen especial y para mejorar otros aspectos como los que se han indicado en este informe. Hay que evitar el

uso abusivo por las Administraciones de procedimientos de urgencia y obligar a todas las entidades públicas, incluyendo los municipios, a respetar los procesos públicos de contratación.

Por último, se podrían plantear algunas propuestas normativas que mejoren el sistema de contratación administrativa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú siguiendo la experiencia europea, como serían el establecimiento de un vocabulario común de los contratos públicos, que incluya destacadamente una catalogación de bienes y servicios que unifique y estandarice este decisivo aspecto de la contratación pública (puede tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002]), y la aprobación de unos formularios comunes para la publicación de los anuncios de los contratos y para distintos documentos del procedimiento de selección de licitadores y de adjudicación de los contratos (como los que establecen la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE).

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I.- INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1.- La importancia económica de los contratos públicos.

El sector de la contratación pública tiene una gran importancia económica y social en las sociedades modernas. Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen más del 16% del Producto Interior Bruto comunitario y su papel es fundamental en sectores claves de la economía como la construcción y obras públicas, la energía, los transportes, las telecomunicaciones y la industria. En España, son miles las empresas, desde las grandes constructoras a las PYMEs, afectadas por esta contratación pública bien como adjudicatarias directas de contratos o como subcontratistas de los mismos.

Los contratos públicos están concentrados en un número relativamente reducido de sectores industriales. Así, la construcción supone alrededor de un 30% de las contrataciones públicas. Otro sector importante es el de los productos energéticos (carbón, productos refinados del petróleo y energía eléctrica), que significan un 16% de las compras públicas. Junto a estos dos sectores, habría que destacar los productos manufacturados (productos químicos, metalúrgicos, maquinaria agrícola e industrial, equipos de oficina, aparatos eléctricos, equipos de transporte, papel y productos de impresión, etc.), que alcanzan un 32% y los servicios comerciales (banca y seguros, hoteles, arrendamiento de edificios, etc.), con un 21% de las contrataciones públicas.

2.- La consecución de objetivos sociales y medioambientales.

Debido a su importancia económica, los contratos públicos son un motor importante de la economía e influyen de manera decisiva en la creación de empleo. En este sentido, las Administraciones públicas han pretendido en ocasiones utilizar la contratación pública como instrumento para desarrollar políticas regionales y sociales.

Como destaca GIMENO FELIÚ (2006, La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, Madrid, p. 47), si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configurados como políticas propias en el Tratado). La Comunidad no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria.

El artículo 2 del Tratado CE establece que la Comunidad tendrá por misión promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, ..., la elevación del nivel y de la calidad de vida”.

Hasta la aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, las Directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público. Tanto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre “la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (COM(2001) 566 final) como la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 (COM(98), 143), pretendieron clarificar el abanico de posibilidades que ofrecía el marco jurídico comunitario anteriormente vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos. Y concluyeron que es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, hay que destacar que en la sentencia Beentjes (sentencia de 21.9.1988, en el asunto 31/87), al analizar la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el Tribunal se pronunció sobre la exclusión de un licitador por no poder emplear a trabajadores en paro prolongado. A este respecto declaró, en primer lugar, «que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva (ap. 28). No

obstante, el Tribunal de Justicia consideró que el requisito era incompatible con la Directiva 71/305. En efecto, continuó indicando que «resulta [...] de la sentencia de 9 de julio de 1987 [CEI y Bellini, Asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347.] [que], para que sea compatible con la Directiva, tal condición debe respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios» (ap. 29). Además, según el Tribunal de Justicia, «aun en el caso de que los criterios anteriormente mencionados no sean en sí mismos incompatibles con la Directiva, deberán aplicarse respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene».

Posteriormente, en la sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith* (28-3-1995, as. C-324/93), remitiéndose a la sentencia *Beentjes*, el Tribunal de Justicia declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente». De ello dedujo que «la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta con arreglo al artículo 25 de la Directiva [77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 para determinar la oferta más ventajosa económicamente [...]». Además de estas dos sentencias, debe tenerse en cuenta el análisis que se efectúa en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia*, as. C-225/98.

Incorporando esta doctrina jurisprudencial, la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas sociales en la contratación. Ya en su exposición de motivos reconoce en su apartado 46 que «a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos (...), podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato». Por su parte, en el apartado 25 de la exposición de motivos se señala que «en la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben poder tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos».

Sin embargo, en el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE se incluyen como posibles criterios de adjudicación los medioambientales y no los sociales, que quedan pues sólo contemplados en el considerando. De forma acertada, el artícu-

lo 134 del Anteproyecto español de Ley de Contratos del Sector Público sí recoge expresamente ambos tipos de criterios.

Va a ser en el artículo 26 de la Directiva, referido a las condiciones de ejecución del contrato, donde se recoja la mejor posibilidad de integrar estas condiciones sociales en la contratación pública: “Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”. La cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último.

La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (COM(2001) 566 final) señala algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

- la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;
- la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;
- la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;
- la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

A estos criterios sociales podrían añadirse otros como las medidas que fomenten la estabilidad en el empleo y las medidas tendentes a la seguridad y salud en el ámbito laboral.

En relación con las exigencias de protección del medio ambiente, hay que destacar que las directivas de contratación pública no han recogido referencia explícita alguna a la protección del medio ambiente hasta la aprobación de los vigentes textos de 2004, en un contexto de notable preocupación ambiental y avanzada legislación protectora en la Unión Europea. El desarrollo sostenible exige que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable. Esto, aplicado a la contratación pública, significa que la legislación en la materia debería tener en consideración, junto a su finalidad económica primordial, las preocupaciones medioambientales.

La Comisión ha reconocido en su Comunicación sobre el mercado único y el medio ambiente (de 8-6-1999; COM(1999) 263 final) que la creciente apertura de

los mercados presenta sinergias cada vez mayores con los desafíos medioambientales y la conciencia ecológica, aunque haya inevitablemente tensiones entre el funcionamiento del mercado interior y la política medioambiental. Por tanto, la Comunidad debe buscar un enfoque coherente con la consecución de los objetivos del Tratado en materia de mercado interior y de medio ambiente, que respete asimismo sus obligaciones internacionales.

Aunque la Comisión señaló algunas posibilidades compatibilizar los aspectos medioambientales con la legislación comunitaria de contratación pública en unas Comunicaciones de 1998 y 2001, fue a través de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública (COM(2001) 274 final) cuando ofreció a los poderes adjudicadores un estudio completo que aclaraba las posibilidades que ofrecía el régimen de contratación pública para una óptima integración de la protección del medio ambiente en los contratos públicos. El documento seguía las diferentes fases del procedimiento de adjudicación y estudiaba en cada una de ellas las modalidades de integración de los aspectos medioambientales. A la conclusión que llegaba es que las principales posibilidades de contratación “ecológica” se dan al comienzo del proceso de licitación, señaladamente, cuando se toma la decisión sobre el objeto del contrato.

Pero el panorama ha cambiado sustancialmente con la aprobación de las nuevas Directivas de contratación de 2004. En este sentido, resulta muy significativo el Considerando 5 de la Directiva 2004/18/CE, cuando subraya que “la presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”.

La Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas medioambientales en la contratación. En su artículo 53, que establece los criterios de adjudicación de los contratos públicos, señala que los poderes adjudicadores se basarán para adjudicar los contratos públicos en distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, (...) las características medioambientales”.

La jurisprudencia del máximo intérprete del Derecho comunitario también había avalado la posibilidad de utilización de consideraciones ambientales en la contratación pública (sentencias Beentjes, Comisión/Francia y Evans Medical y Macfarlan Smith, antes citadas). Aunque referidas a cláusulas sociales, el razonamiento que en ellas efectúa el Tribunal de Justicia –y que ha sido objeto de análisis en el anterior apartado de este trabajo– resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las cláusulas medioambientales.

Pero el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse directamente acerca de si una entidad adjudicadora puede, y en su caso, en qué condiciones, tomar en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económica más ventajosa. Más concretamente, en el apartado 55 de la sentencia

de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 69).

En España, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 señala en su artículo 86 una serie de criterios objetivos que el órgano de contratación puede utilizar para la adjudicación del concurso. La enumeración que realiza es meramente ejemplificativa (ver el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/96, de 22 de julio de 1996) y comprende «el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes». Tanto el Consejo de Estado como el Consejo Económico y Social propusieron en sus Dictámenes al Anteproyecto de Ley de modificación de la LCAP el establecimiento en el artículo 86 de nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales, la contratación con empresas de economía social o la protección del medio ambiente. La introducción de medidas sociales o medioambientales podía venir también –y así se produjo en la práctica– por medio de la normativa autonómica, en uso de sus competencias de desarrollo legislativo de las bases del Estado. En este punto, la exigencia básica del artículo 86 del TRLCAP es que los criterios sean objetivos y que permitan seleccionar a la oferta más ventajosa para los intereses públicos. Y resulta evidente que la protección del medio ambiente es un factor objetivo que puede influir en la selección del contratista más adecuado, a la vez que se sitúan entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos en base a las demandas sociales. En cualquier caso, los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. Asimismo, el órgano de contratación podrá concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

La Directiva 2004/18/CE también contempla la posibilidad de utilizar consideraciones ambientales como condiciones de ejecución de un contrato. Estas condiciones serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o

indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Por otra parte, en los casos oportunos en que la naturaleza de las obras y/o de los servicios justifique la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de la ejecución del contrato público, podrá exigirse la aplicación de este tipo de medidas o sistemas. Los sistemas de gestión medioambiental, independientemente de su registro con arreglo a los instrumentos comunitarios, como el Reglamento (CE) nº 761/2001 (EMAS), podrán demostrar la capacidad técnica del operador económico para ejecutar el contrato.

El artículo 27 de la Directiva prevé asimismo que el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

En relación con las especificaciones técnicas, la Directiva apoya la posibilidad de presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para ello, propone que los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica plurinacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas.

3.- Las razones de las prácticas discriminatorias en el ámbito de la contratación pública.

Como hoy exigen tanto las normas nacionales como las europeas, la contratación debe estar abierta al mercado y a la participación de cualquier empresa interesada con independencia de su localización. Sin embargo, constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea (y, en general, en todos los Estados, desarrollados o no) el sustraer de la competencia al sector de los contratos públicos. Los poderes públicos adjudicadores, ya se trate de Administraciones centrales, regionales o locales, o de entidades instrumentales dependientes de las mismas, favorecen, con carácter general, a la hora de adjudicar contratos, a las empresas nacionales. Históricamente,

camente, el problema ha sido endémico en ámbitos como el de las defensa nacional, las telecomunicaciones, la energía y los transportes.

Estas aseveraciones tan contundentes las podemos comprobar contrastando los datos de las importaciones nacionales de la economía en general con las importaciones en contratos públicos, es decir, con adjudicaciones de contratos a empresas extranjeras. Mientras que las importaciones nacionales de bienes o servicios pueden ascender a un 25 ó 30%, las importaciones como consecuencia de contratos públicos se quedan en el 1 ó 2%.

Los fundamentos de las actitudes proteccionistas de las Administraciones los encontramos, en primer lugar, en el trascendente papel que desarrolla la contratación pública en muchos sectores de la economía moderna. En este sentido, pueden señalarse como paradigmáticos muchos sectores de la alta tecnología, como los del equipamiento médico y de telecomunicación, los cuales dependen en gran medida de la contratación pública.

Los contratos públicos, conforme han ido apareciendo nuevas necesidades y aspiraciones en el seno de la sociedad, han sido utilizados por los poderes públicos no sólo como un medio para comprar bienes o servicios, y cumplir sus funciones más económicamente, sino también como instrumento privilegiado de intervención en la vida económica, política y social de los distintos países.

Las prácticas proteccionistas en el sector de la contratación pública encuentran su explicación en muchos casos en razones estratégicas, en el estímulo del dinamismo productivo, en ayudar a la reconversión en ciertos sectores, en el apoyo del empleo en las industrias en declive, o como medio para favorecer el impulso económico de las regiones menos desarrolladas en los distintos países, para compensar a comunidades locales cercanas a industrias públicas ambientalmente perjudiciales, para apoyar a industrias nacientes de alta tecnología, etc.

Son también razones de las prácticas proteccionistas en los contratos públicos, como se deriva de los estudios encargados al respecto por la Comisión Europea, los obstáculos de orden psicológico, como la fuerza de los usos, la confianza en la fiabilidad de las producciones y técnicas nacionales, las relaciones de negocios, los vínculos financieros, razones de prestigio nacional, un cierto espíritu gremial y de solidaridad, las influencias, etc. E incluso razones de comodidad o conservadurismo, en el sentido de no romper vínculos tradicionales con empresarios nacionales.

Pero, frente a estos argumentos, hay que hacer mención también a la otra parte presente en los contratos públicos, es decir, los empresarios que contratan con la Administración. Pues bien, ante las discriminaciones que frecuentemente se producen en las adjudicaciones de los contratos, las empresas suelen mostrarse remisas a llevar a los poderes adjudicadores a los tribunales nacionales e incluso a defender sus intereses ante dichos compradores públicos en el marco de procedimientos precontenciosos, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.

Por otra parte, tampoco contribuye a fomentar la aplicación eficaz de las Directi-

vas la falta de dinamismo de las empresas para presentarse como candidatos en licitaciones abiertas a la competencia en Estados miembros distintos del suyo. Aunque es preciso tener en cuenta que si bien la magnitud de algunos contratos puede incitar a competir a las grandes empresas, dotadas de capacidad económica y técnica adecuada, no es menos cierto que perjudica a las pequeñas y medianas empresas.

Además, otro factor distorsionante lo constituye la existencia de repartos del mercado tácitos o regulados en determinados sectores económicos.

4.- Objetivos de la política de contratación de la Unión Europea.

La acción de la Unión Europea tiene como objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior. Se basa en los principios fundamentales consagrados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: la igualdad de trato, la convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria, el reconocimiento mutuo, y la lucha contra el fraude y la corrupción.

En nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de Directivas comunitarias sobre los contratos de obras, suministros y servicios, sobre los contratos en los denominados “sectores especiales” y sobre procedimientos de recurso en la adjudicación de los contratos. Pues bien, con estas normas comunitarias se pretende garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, los cuales, en mayor o menor medida según los países y el momento político, económico y social, se han visto con frecuencia seriamente comprometidos. En consecuencia, en los países miembros de la Unión lo que persigue como objetivo básico la normativa sobre contratación pública es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. El motivo de ello es claro: al elaborar las Directivas comunitarias sobre contratos se pretende conseguir un marco común apropiado para todos los Estados. Y esos Estados parten de situaciones completamente diversas: en algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos (España, Francia, Bélgica), pero en la mayoría de ellos no (Gran Bretaña, Alemania). En éstos, los contratos que celebra la Administración no difieren para nada de los contratos privados. Los valores a defender por la legislación sobre contratos son, pues, no sólo el de la defensa de las prerrogativas de la Administración, sino además los de transparencia, no discriminación y objetividad (PIÑAR MAÑAS, J.L. (1996): «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, pág. 50).

El principio esencial que informa las Directivas comunitarias sobre contratación pública es el de garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas na-

cionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible.

5.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.

Los principios generales de la contratación pública desarrollan en la actualidad un decisivo papel en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos, tanto nacional como comunitario europeo e incluso internacional. Estos principios, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias -frente, por ejemplo, a las Directivas europeas sobre contratos o al Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, que regulan exclusivamente las fases de preparación y adjudicación de los contratos-.

Los principios generales se presentan así como un necesario elemento unificador que puede poner orden y aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Como podrá comprobarse a continuación, estos principios, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional –recogidas en la Constitución española y en el Tratado de la Comunidad Europea– son hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones.

En una lúcida doctrina, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos), sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Reza así el art. 7 de la Directiva 2004/18: “La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 162 000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por dichos poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo V;

b) 249 000 EUR

- respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;
- respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;
- respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/ o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 6 242 000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras”.

Así, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado».

La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que “pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

En la Sentencia Parking Brixen GMBH se analiza por el Tribunal europeo si la adjudicación de la gestión de unos aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicios públicos a la que deben aplicarse las normas de la competencia, en particular la obligación de igualdad de trato y de transparencia. Una vez decidida por el Tribunal que se trataba de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local (en el contrato en cuestión la retribución del prestador de servicios no procedía de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos), se estudió por el Tribunal si la adjudicación de la misma sin licitación pública previa era compatible con el Derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como con el principio de proporcionalidad, en caso de que recayese en una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de un municipio, dándose la circunstancia de que

el capital social de dicha sociedad anónima pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de la adjudicación. Pues bien, para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo: "...De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia" (fundamento jurídico 52).

Las Directivas sobre contratos públicos recogen de forma destacada estos principios generales aplicables en la adjudicación de los contratos. Así, la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, establece en su artículo 2 que "los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia". Por su parte, la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los sectores especiales, señala en su artículo 10 que "las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia".

II.- EL MARCO DE DERECHO ORIGINARIO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA

1.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.

Como ya hemos visto, el sector de la contratación pública tiene gran importancia económica y social en la Unión Europea pero constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Unión el sustraer a los contratos públicos de la competencia comunitaria.

A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas sobre los mismos. El hecho no deja de producir extrañeza, si bien se comprende mejor al situarnos en los orígenes de las Comunidades Europeas, momento en que la trascendencia que posteriormente adquirió dicho sector era poco imaginable y en el que la complejidad de la materia y las considerables diferencias entre los distintos sistemas nacionales de contratación pública (en algunos países, por influencia francesa, se conocía la figura de los contratos administrativos, que se regían por sus propias reglas de Derecho administrativo, mientras que en otros Estados, la mayoría, en la contratación de las Administraciones Públicas se aplicaban las mismas normas que regían para los contratos entre particulares, es decir, las normas del Derecho civil) imposibilitaron llegar a un acuerdo.

Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo el artículo 163 del Tratado que, tras fijar como objetivo de la Comunidad «fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarro-

llo de su competitividad internacional», indica que ésta apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, permitiéndoles la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional.

2.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa.

La decisiva jurisprudencia del TJCE a la que anteriormente se hacía referencia ha interpretado las normas comunitarias y ha declarado plenamente aplicables a la contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El Tribunal ha enjuiciado, sobre la base de los parámetros del Tratado, supuestos de prácticas nacionales de contratación que no estaban sujetas a las Directivas sobre contratos públicos.

Por ejemplo, en el Asunto 45/87, Comisión contra Irlanda, se le planteó al Tribunal la aplicación de la Directiva 71/305 a un contrato público de obras adjudicado por un servicio público de distribución de agua –por tanto, era un contrato público en uno de los denominados «sectores excluidos–. El Tribunal, tras declarar que dicho contrato quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (de acuerdo con el tenor del artículo 3.5 de la misma), aplicó, sin embargo, al supuesto en cuestión el artículo 28 del Tratado CE (libre circulación de mercancías), de forma que zanjó el litigio declarando que Irlanda había incumplido sus obligaciones derivadas del Tratado al permitir la inclusión, en el anuncio de licitación del contrato, de una cláusula que discriminaba a todos aquellos participantes que no fuesen a utilizar materiales irlandeses (Sentencia de 22 de septiembre de 1988)..

Un principio importante que el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado con firmeza en el ámbito de la contratación pública es el de la libre circulación de mercancías (artículo 28 del TCE). La libertad de circulación de mercancías constituye el principal título habilitador de la intervención comunitaria en el campo de la contratación pública y, por consiguiente, es un obligado punto de referencia para la interpretación de las legislaciones, tanto nacionales como comunitaria, sobre la materia, así como para la integración de sus lagunas e insuficiencias.

También son de aplicación en el ámbito de la contratación pública el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (artículos 43 y siguientes del TCE). Estos preceptos, según el Tribunal de Luxemburgo, obligan a eliminar no sólo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJCE de 5-12-1989, C-3/88). En este asunto se cuestionó por la Comisión ante el Tribunal la adecuación al Tratado de determinadas normas de un Estado miembro (Italia) que reservaban a sociedades de cuyo capital es único titular el sector público o en las que éste posee una participación pública mayoritaria algunos contratos públicos de suministros en el sector de la informática. El Tribunal,

en su sentencia, recordó su jurisprudencia que, en base a los artículos 43 y siguientes del Tratado, a los que considera una expresión particular del principio de igualdad de trato del artículo 7, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles sino también las encubiertas, y la aplicó al caso concreto ya que: "(...) las Leyes y Decretos-Leyes controvertidos, aunque indistintamente aplicables a cualquier sociedad italiana o extranjera, favorecen principalmente a sociedades italianas(...)".

En la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GMBH, el TJCE concluyó que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no respondía a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

El Tribunal ha subrayado además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios» y, por otra parte, «garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros» (Sentencias de 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85: Comisión contra Italia, y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92: Comisión contra España).

Junto a los anteriores preceptos, desarrollan asimismo una importante función en el campo de los contratos públicos las normas sobre la competencia, principalmente la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes.

En definitiva, la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de Tratado a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones públicas europeas.

3.- El principio de igualdad de trato como esencia de la normativa sobre contratación pública. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad en la jurisprudencia del TJCE. Su aplicación en todas las fases de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos.

Entre los principios del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a la contratación pública sobresale por encima de todos los demás la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del Tratado). Esta exigencia se podría considerar, sin duda alguna, como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario. En efecto, el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

Según reiterada jurisprudencia europea, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente. Como recuerda el alto Tribunal europeo, el principio general de la igualdad de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario. Además, el Tribunal ha precisado que el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo “las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...), sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado” (Sentencia TJCE de 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, Commerzbank. Véase también la Sentencia de 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, Secco y Desquenhe).

En la Sentencia Storebaelt (de 22 de junio de 1993, en el asunto C-243/89), el Tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas y, por el otro, que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento. El Tribunal concluyó que “el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. El Tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

En la sentencia de 3 de marzo de 2005 (asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03), el Tribunal europeo reflexionó sobre unas normas belgas que prohíben participar o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia. En este sentido, el Tribunal recordó que todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.

4.- Los principios de publicidad, transparencia y concurrencia.

A) Su relación con el principio de igualdad y no discriminación.

El respeto del principio de igualdad de oportunidades y prohibición de cualquier tipo de discriminación exige que se garanticen los principios de publicidad, concurrencia y transparencia. Estos principios sirven al propósito múltiple de respe-

tar la igualdad, ampliar el abanico de las opciones asequibles y garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes, el aumento de la calidad, la reducción de plazos de ejecución y la mejora del conjunto de características de cada proyecto. Para obtener la mayor eficiencia en el proceso de contratación pública, es necesario, pues, que se lleven a cabo correctamente los procedimientos y se respeten los principios que lo sustentan (Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Centro de Publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, p. 149).

Como saben, estos principios, que están íntimamente relacionados entre sí y que se caracterizan por su transversalidad, también son aplicables a los demás actos públicos en virtud de los cuales se confía una prestación económica a un tercero, como, por ejemplo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación al no superar su importe los umbrales de aplicación del Derecho derivado. Las exigencias de publicidad y concurrencia, como garantías del principio de igualdad, han resultado reforzadas en el ordenamiento español por acción de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia del TJCE.

Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de octubre de 2000 (Sala 3ª, Sección 7ª), la manifestación más genuina del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista. Sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia.

El Tribunal de Justicia de la UE ha resaltado en su jurisprudencia la relación existente entre el principio de transparencia y el de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de este último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia. Como ha señalado el Tribunal europeo en su jurisprudencia, el principio de no discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido (Sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, apartado 31).

B) El principio de transparencia.

a) La lucha contra la corrupción. Las prohibiciones para contratar con la Administración.

Los principios de objetividad y transparencia se reconocen entre los principios generales de actuación de las Administraciones públicas en los artículos 103 CE y 3 Ley 30/1992 (LRJPAC). La transparencia es un arma eficaz en la lucha contra la corrupción y los fraudes de todo tipo respecto de los fondos públicos. La existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la desaparición de las condiciones de inmunidad e impunidad para muchos infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento de rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública.

La legislación europea impone condiciones estrictas de participación en los contratos públicos. Se pretende así verificar la aptitud de los operadores económicos para participar en un contrato sobre la base de criterios relativos a la capacidad económica y financiera, así como a los conocimientos o capacidades de carácter profesional y técnico.

En su Comunicación sobre la corrupción (COM (97), 192), la Comisión subrayó la importancia de la contratación pública para lograr una política eficaz de lucha contra la corrupción en toda la Unión.

La exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE advierte que debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales (apartado 43). Dentro de los criterios de selección cualitativa, el artículo 45 de la Directiva hace referencia a la situación personal del candidato o del licitador y enuncia los supuestos en que quedará excluido de la participación en un contrato público un candidato o licitador.

En España se conocen tradicionalmente en la legislación de contratos las prohibiciones para contratar con la Administración, que contempla el TRLCAP en su artículo 20. Estas previsiones recogen en lo sustancial lo que ya disponía el artículo 9 de la Ley de Contratos de 1965, si bien en 1995 se ampliaron y perfeccionaron técnicamente los distintos supuestos. Con la reforma de la LCAP operada en 1999 se dio una nueva redacción a los diversos apartados del precepto, principalmente para acomodar al nuevo Código Penal las figuras delictivas determinantes de la prohibición de contratar.

Otra manifestación del principio de transparencia en nuestra legislación de contratos viene dada por la previsión del artículo 12.6 TRLCAP de que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los términos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992.

b) Su garantía a través de las nuevas técnicas electrónicas de compra.

El Tribunal europeo de Justicia, en su sentencia *Telaustria*, afirma que “[la] obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación” (Sentencia TJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98. Véase también el auto de 30 de mayo de 2002, asunto C-358/00, *Deutsche Bibliothek*, Rec. I-4685).

La transparencia en la contratación pública puede garantizarse por cualquier medio adecuado, especialmente la publicidad que debe contener, en general, la información necesaria para permitir a los posibles interesados decidir si les interesa participar en el procedimiento.

La transparencia guarda una estrecha relación con los principios de igualdad,

participación, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, y persigue que el interés público implícito en la misma sea debidamente conseguido, fomentando tanto la mayor concurrencia de licitadores, como la mejora de sus ofertas.

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación, por la que apuestan decididamente las nuevas Directivas de contratación, supondrá para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia de los procedimientos de contratación.

C) El principio de concurrencia.

El principio de concurrencia aspira a promover la competencia en los contratos públicos y obtener así una oferta adecuada al mercado y, por tanto, óptima para la Administración Pública contratante.

El artículo 11.1 del TRLCAP establece el carácter relativo y excepcionable del principio de concurrencia, que contrasta con la incondicionalidad del respeto a los principios de igualdad y no discriminación (“Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”).

En España, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha destacado la relación que existe entre las normas que rigen la contratación pública y las finalidades de concurrencia. Así, en diversas resoluciones, el Tribunal ha manifestado que “las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios” y que “en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la Administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla”.

En la contestación a la consulta realizada por Telecable la CMT –en su resolución de 21-3-2002– expresa que la obligación impuesta a las Administraciones Pública por parte de las normas de contratación pública, consistente en acudir a procedimientos de contratación que respeten los la transparencia y la igualdad en el acceso, debe considerarse como un presupuesto del fomento de la libre competencia, el cual es un objetivo acogido por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; al igual que resultan acogidos en dicha Ley el principio de igualdad de oportunidades y el de supresión de los derechos exclusivos o especiales. Por ello, con relación a los hechos expuestos por Telecable, se concluyó que tanto la normativa europea (en particular el Tratado de Roma –artículos 81 y 82), como la normativa española de contratación pública y la sectorial de telecomunicaciones impiden que el prestador de servicios de telecomunicaciones que en el pasado venía actuando como monopolista continúe, a partir de la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, prestando a la Administra-

ción esos servicios salvo que ello sea consecuencia de un procedimiento público tramitado de acuerdo con el régimen de la contratación pública. Lo que no puede hacerse es perpetuar la situación anterior a la liberalización mediante fórmulas que impidan a los competidores tener entre sus clientes a la Administración.

Como hoy exigen tanto las normas nacionales como las europeas, la contratación debe estar abierta al mercado y a la participación de cualquier empresa interesada con independencia de su localización. Sin embargo, constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea (y, en general, en todos los Estados, desarrollados o no) el sustraer de la competencia al sector de los contratos públicos.

D) El principio de publicidad y su reciente impulso con la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación.

El régimen de publicidad constituye el verdadero pilar sobre el que se asienta el sistema de contratación pública establecido por la normativa comunitaria europea. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resaltar que una publicidad adecuada de los anuncios de licitación ofrece a todos los contratistas interesados de la Comunidad la posibilidad de ser informados sobre la licitación y, en su caso, de participar en ella (Sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España, Asunto C-24/91, Rec. 1992, p. I-1989, F.J. 2). Tanto el principio de concurrencia como el de igualdad necesitan como requisito imprescindible la existencia de una adecuada publicidad de la convocatoria.

El principio de publicidad se concreta en una serie de requisitos y formalidades establecidas con carácter general en el artículo 78 del TRLCAP, que obliga a la inclusión de anuncios en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. En este sentido, el TRLCAP establece no sólo la obligación de publicidad de los anuncios de los contratos que vayan a ser adjudicados, sino que también recoge la necesidad de que se lleve a cabo por los órganos de contratación una publicidad previa —referida a un ejercicio presupuestario— y una publicidad posterior a las adjudicaciones de los contratos.

Pero el principio de publicidad va a experimentar un notabilísimo impulso con la nueva regulación de la contratación pública electrónica, ya que la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación va a suponer para nuestras Administraciones un incremento de la transparencia y va a facilitar en gran medida el acceso a los contratos públicos de todos los interesados en los mismos. Como destaca la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el papel de la Administración electrónica (e-government) en el futuro de Europa de 26 de septiembre de 2003 (COM (2003) final), el proceso tradicional de contratación pública es complejo, largo, demanda multitud de recursos y constituye de hecho una causa de pérdida importante de productividad. El uso de tecnologías de la información y las comunicaciones puede mejorar la calidad, la eficacia y la relación coste-beneficio de la contratación pública, además de generar un ahorro significativo para los contribuyentes. Para la Comisión, el recurso al

uso de tecnologías de la información y las comunicaciones puede contribuir a mejorar las relaciones con suministradores, la satisfacción de los usuarios, la utilización de los recursos humanos en los procedimientos de contratación y la transparencia en el gasto público.

Las Directivas 2004/17 y 2004/18 impulsan el uso de medios electrónicos en la contratación a través de figuras como la subasta electrónica, el diálogo competitivo, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de contratación. Ahora bien, el legislador comunitario, consciente de la novedad de tales procedimientos y figuras, no ha querido imponer una adaptación forzosa de estas a los diversos sistemas nacionales, sino que deja a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse en los términos definidos y regulados por la directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: "Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva", y así se deduce de los términos de los respectivos preceptos (artículos 11, 29, 32, 33 y 54).

En España, y en espera de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, el BOE de 13 de mayo de 2005 publicó la Orden EHA/1307/2005, de 29 abril, que regula empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación de la Administración General del Estado. La norma se dictó al amparo de la autorización que otorgaba al Ministerio de Hacienda la disposición adicional décima del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y contempla las especialidades del uso de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. Podrán utilizarse medios electrónicos en los procedimientos de contratación siempre que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se haya establecido su admisibilidad. La norma de 29 abril de 2005 ha tenido particularmente en cuenta las directrices de la Directiva 2004/18/CE.

Por su parte, por medio de la Orden EHA/1744/2005, de 3 de junio, se han establecido las condiciones generales, formularios y modelos para la presentación y tramitación telemáticas de solicitudes de clasificación de empresas, y se ha aprobado la aplicación telemática para su tratamiento.

E) La falta de aplicación de los principios de concurrencia y transparencia en el ámbito de los contratos públicos de defensa. La necesidad de garantizar el respeto de los principios de la contratación pública con algunas especialidades.

Los gastos de defensa constituyen una parte importante de los gastos públicos, aproximadamente 160.000 millones de euros para los 25 Estados miembros de la Unión. Pero la importancia económica, política y social de este sector de las

compras públicas contrasta con la falta de garantía de la no discriminación, la transparencia y la igualdad de trato entre las empresas. Como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea, la situación observada en los contratos públicos de defensa muestra que varios obstáculos limitan las posibilidades de acceso de las industrias europeas a los contratos de los Estados miembros y, en consecuencia, también limitan sus oportunidades de crecimiento. En la actualidad, los contratos públicos de defensa se caracterizan por una compartimentación a nivel nacional, por especificidades que los diferencian de los demás contratos públicos y por un marco jurídico cuya aplicación es compleja.

La regulación jurídica de los contratos en el sector de la defensa tiene como norma de cabecera al artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea, que establece una exención de la aplicación de las normas del Tratado en el sector de la defensa nacional, al disponer que «todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares».

No están sujetos a las reglas comunitarias aquellos contratos públicos en el ámbito de la defensa que conciernan a productos destinados a usos exclusivamente militares, por ejemplo, armas, municiones y material de guerra, los cuales están cubiertos por el artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea. Sin embargo, la determinación de si un contrato se refiere o no a productos «que se destinan a fines específicamente militares» se presenta ciertamente complicada. Desde luego, es una cuestión de Derecho comunitario y exige un estudio producto por producto, y no por categorías enteras.

La nueva Directiva 2004/18/CE reitera en su artículo 10 que la normativa comunitaria en materia de contratos públicos se aplicará a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 CE del Tratado.

La jurisprudencia del TJCE ha delimitado las condiciones de utilización de esta excepción de manera restrictiva (sentencia Johnston, asunto 222/84 y sentencia Comisión contra España, asunto C-414/97).

5.- Otros principios aplicables en el ámbito de la contratación pública.

A) El respeto de la confidencialidad.

El respeto del principio de confidencialidad reviste una importancia decisiva en el ámbito de la contratación pública, donde están en juego ingentes cantidades de dinero y las empresas presentan ofertas con informaciones que incluyen en muchos casos secretos técnicos o comerciales. Sin embargo, la legislación española sobre contratación pública apenas se ha preocupado hasta la fecha por garantizar el principio.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho e interés legítimo de los licitadores a la confidencialidad se ve en ocasiones mermado por actuaciones de los poderes adjudicadores e incluso de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que remiten a veces expedientes administrativos completos a las partes – basta haber intervenido en un proceso de adjudicación de un contrato para impugnarlo y solicitar el expediente administrativo con las ofertas de los licitadores– sin tener en cuenta la posible existencia de secretos técnicos o comerciales. Bien es cierto que si se invoca el principio de confidencialidad los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no dudan en proteger a la empresa afectada.

El artículo 6 de la Directiva sobre contratos del sector público (2004/18/CE) establece que “sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en el apartado 4 del artículo 35 y en el artículo 41, y de conformidad con la legislación nacional por la que se rija el poder adjudicador, éste no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. Una previsión similar recoge el apartado 2 del artículo 13 de la Directiva sobre contratos en los sectores especiales (2004/17/CE), que sin embargo va más allá en la caracterización del principio de confidencialidad al prever en el apartado 1 del precepto que “en el contexto de las especificaciones técnicas a los operadores económicos interesados, de clasificar y seleccionar a los operadores económicos y de adjudicar los contratos, las entidades adjudicadoras podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen”.

Pero la protección de la confidencialidad se reconoce al máximo nivel jurídico comunitario al considerarse como un derecho fundamental recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el nuevo procedimiento de adjudicación de los contratos (junto al abierto, restringido y negociado) que establece la Directiva 2004/17/CE, el denominado diálogo competitivo, regulado en el artículo 29, se prevé que durante el diálogo, los poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores y “en particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto”. Los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

También se hace una referencia a la confidencialidad en los acuerdos marco del artículo 32 de la Directiva 2004/17/CE. Para llegar a estos acuerdos las ofertas se presentarán por escrito y su contenido deberá seguir siendo confidencial hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria.

B) Principio del reconocimiento mutuo.

De acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo, un Estado miembro debe

aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otro Estado miembro. Debe aceptar igualmente las prescripciones técnicas y los controles, así como los títulos, los certificados y las cualificaciones exigidos en otro Estado miembro a partir del momento en que se reconozca la equivalencia de estos elementos.

El Tribunal europeo de justicia estableció el principio de reconocimiento mutuo y, posteriormente, lo fue precisando en una abundante jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías, personas y servicios. En efecto, este principio se desprende de la jurisprudencia sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, en particular de las Sentencias Vlassopoulou y Dennemeyer.

Nos encontramos, sin duda, ante uno de los ámbitos de mayor influencia de la regulación comunitaria de la contratación pública sobre nuestro Derecho de los contratos. En efecto, siendo una de las principales preocupaciones de la Comunidad en materia de contratación pública evitar las discriminaciones basadas en la nacionalidad que puedan llevar a cabo los poderes adjudicadores, la regulación de las especificaciones técnicas se consideró desde un principio como una de las bases de las Directivas comunitarias sobre contratos. Las especificaciones técnicas definen las características requeridas de un material, un suministro o un servicio de manera que éstos respondan a la utilización a la que están destinados. Figurarán en los documentos del contrato (anuncio de licitación, pliego de condiciones o documentos complementarios) sin crear obstáculos injustificados a la competencia. Estas características incluirán los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción.

La preocupación de fondo que late detrás del conjunto de las disposiciones referidas a las especificaciones técnicas es siempre la de asegurar la máxima competitividad posible y evitar cualquier tipo de obstáculo a la concurrencia en el ámbito comunitario.

En las nuevas Directivas de 2004 se precisa que los poderes adjudicadores formularán las especificaciones técnicas, bien por referencia a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental (por ejemplo, las etiquetas ecológicas europeas).

C) El principio de proporcionalidad.

Según el principio de proporcionalidad, toda medida que se adopte debe ser a la vez necesaria y apropiada al fin perseguido. Un Estado miembro no puede exigir al seleccionar a los candidatos a un contrato una capacidad técnica, profesional o financiera desproporcionada y excesiva.

El TJCE reconoce constantemente en su jurisprudencia que “el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario” (Sentencia de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, apartado 21) y que es de obligado cumplimiento asimismo por las autoridades nacionales a la hora de aplicar el Derecho comunitario, incluso aunque dispongan de un amplio margen de actuación discrecional. El principio de proporcionalidad exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido (por ejemplo, en lo que se refiere a la obligación de alcanzar un elevado nivel de protección medioambiental y en lo que se refiere a la aplicación del principio de precaución). En la elección de las medidas a adoptar, un Estado miembro debe recurrir a las que menos perturben el ejercicio de una actividad económica (Véase, por ejemplo, la Sentencia de 17 de mayo de 1984 en el asunto 15/83: *Denkavit Nederland*, o la sentencia del TPI de 19 de junio de 1997 en el asunto T-260/94: *Air Inter SA*, apartado 14).

D) El principio de motivación de las decisiones.

La importancia de la motivación de las decisiones que pongan fin al procedimiento para su control judicial ha sido destacada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La motivación no sólo tendría por finalidad permitir al interesado fundamentar su recurso ante el órgano jurisdiccional, sino permitirle decidir, con pleno conocimiento de causa, si le conviene o no impugnar la decisión.

Según reiterada jurisprudencia del TJCE, la motivación de una decisión individual debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de una motivación adecuada debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso.

De acuerdo con lo establecido por las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el órgano de contratación comunicará a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite, en el plazo de 15 días a partir de la recepción de la solicitud, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición. Lo mismo procederá en los casos en los que se ha decidido renunciar a un contrato ofertado o a reiniciar el procedimiento. Informará también a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Estas obligaciones de publicidad posterior a la adjudicación de los contratos cumplen una importante función de cara a aumentar la transparencia y objetividad de las decisiones de las entidades adjudicadoras, a la par que de favorecimiento de su control.

E) Los principios de economía y de eficiencia en la asignación de los recursos públicos. Eficacia administrativa, control de la actuación pública y nuevas tecnologías.

El principio de economía tiene varias dimensiones desde las cuales debe ser

abordado en el ámbito de la contratación pública. En primer lugar se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos de las Administraciones, ya que por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar. De igual manera el principio de economía pretende aminorar los costos de la contratación, mediante la utilización de los procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo, también incentivan prácticas corruptas. Se busca entonces, facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores eliminando las posibles «barreras» que impidan la participación de la mayor cantidad de posibles contratistas.

En relación con las compras públicas realizadas por las Administraciones española, la OCDE ha alertado de los precios excesivamente elevados en determinados ámbitos, lo que sugiere para el organismo internacional “la existencia de beneficios elevados y escasa competencia”. Es el caso de las obras públicas, en relación con las cuales la OCDE ha de adjudicación de los contratos públicos, señala que los poderes adjudicadores se basarán para advertido que en España se paga por ellas un precio que supera en casi un 50% de media el precio pagado en la Unión Europea (www.oecd.org).

El Derecho administrativo de la contratación pública se muestra hoy como un sector paradigmático en el que se manifiesta la tensión permanente que existe entre la necesidad de controlar la actuación administrativa, al hilo de la cual se ha desarrollado la historia del Derecho administrativo y, por otro lado, la exigencia constitucional de actuación eficaz de las Administraciones públicas, en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. En efecto, si por una lado se exigen mayores controles procedimentales, por otro, y al mismo tiempo, se demanda mayor eficacia en la actuación administrativa y la construcción de autovías, de nuevas líneas de alta velocidad, la mejora en general de las infraestructuras, etc. A todos estos retos debe responder hoy la normativa pública sobre contratación administrativa.

La excesiva complejidad de la tramitación de los expedientes de contratación, además de los considerables «costes de transacción» que supone para las empresas, puede llegar a ocasionar, a veces, retrasos considerables en la efectiva disponibilidad de los bienes y servicios que las Administraciones Públicas necesitan, así como distorsiones en la gestión de los créditos presupuestarios anuales.

Sin duda alguna, el auge experimentado por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones, junto con la generalización del uso de los ordenadores y de las redes de telecomunicaciones en la sociedad actual, ofrecen oportunidades sin precedentes para simplificar el proceso de contratación y reducir los costes que tanto para los operadores económicos como para las Administraciones Públicas representa su gestión.

La agencia federal de administración de servicios generales de los Estados Unidos de América (GSA) ha estimado en diez millones de dólares anuales el ahorro derivado sólo de consolidar en un único sistema informático, denominado Federal Procurement Data System - Next Generation (FPDS-NG) la información de contratos de las distintas agencias federales.

La introducción de la electrónica en el sector de la contratación pública es ya un fenómeno mundial, que está dando lugar en los países más desarrollados a la adopción de ambiciosos programas al objeto de, por un lado, crear accesos electrónicos integrados a la información sobre sus contratos públicos y, por otro, generalizar el recurso a los procedimientos electrónicos de licitación para sus adquisiciones.

III.- DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

1.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.

Pese a la vigencia en el ámbito de la contratación pública de los preceptos del Tratado que establecen las grandes libertades comunitarias, las instituciones comunitarias eran conscientes de la necesidad de adoptar unas medidas de carácter positivo que aseguraran unas condiciones fundamentales de igualdad para la participación en los contratos públicos en todos los Estados miembros y una transparencia de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos, de forma que se pudiera velar mejor por la observancia de los principios establecidos en el Tratado de la Comunidad Europea.

Se plantearon entonces varias opciones o proposiciones para intentar eliminar las discriminaciones en la contratación pública en los distintos Estados de la Comunidad. Finalmente, el modelo por el que se optó, esto es, adoptar una directiva para los contratos públicos de obras y otra para los contratos públicos de suministro, es de inspiración alemana. En efecto, en este ordenamiento existía una reglamentación, principalmente referida a la fase de formación de los contratos, separada para los contratos de obras y de suministros. En otros países, como España o Francia, existe una sola norma legal que regula con carácter general toda la contratación de las Administraciones Públicas.

Surgieron así las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente. El objetivo de estas Directivas era coordinar los procedimientos nacionales de formalización de los contratos públicos, introduciendo en ellos un mínimo de normas comunes, que debían ser cumplidas en todos los procedimientos de adjudicación a los que fuesen aplicables. Principalmente, estas normas comunes pretendían garantizar una publicidad comunitaria suficiente para el desarrollo de una competencia efectiva entre los operadores económicos de todos los Estados miembros, prohibir las especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio y, por último, aplicar criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos.

Sin embargo, desde los primeros momentos a partir de su aprobación, las Directivas sobre contratos públicos, tanto la de «obras» como la de «suministros»,

empezaron a ser sistemáticamente incumplidas en los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En parte, esta circunstancia se basó en la crítica situación económica mundial que se vivió a comienzos de los años setenta, motivada sobre todo por la crisis del petróleo. En el ámbito de la contratación pública, la crisis económica dio lugar a que los distintos Gobiernos protegieran a sus debilitadas empresas nacionales frente a las empresas extranjeras. Por otra parte, las Directivas sobre contratos públicos de los años 70 presentaban serias carencias técnicas, aparte de que excluían de su ámbito de aplicación importantes sectores (producción, distribución y transporte de agua y energía, transportes y telecomunicaciones).

2.- La «segunda generación» de Directivas y sus sucesivas reformas.

Será a partir del año 1985, con la aprobación del «Libro Blanco» de la Comisión para la consecución del mercado interior (fuertemente impulsado por el presidente de la Comisión Europea el francés J.DELORS) y la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea, cuando se dé un decisivo paso adelante de cara a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública comunitaria. Desde este momento, la Comunidad adoptó, con la vista puesta en el horizonte del gran mercado único de 1992, numerosas medidas encaminadas a potenciar los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La labor normativa del Consejo desarrollando el «Libro Blanco» comenzó con la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas clásicas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de Directivas que refunden aquellas Directivas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales». Con la aprobación estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública. Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997, y por la Directiva del Consejo 98/4/CE) ,son los que han estado vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004.

Si las Directivas de los años 70 pretendían, paralelamente a la eliminación de las restricciones, la coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, respetando, en lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, las Directivas de los años 90 han supuesto una superación de aquella perspectiva, al afirmarse la exigencia de la mejora y la extensión de las garantías previstas por las Directivas.

3.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público. El fuerte impulso a la contratación electrónica.

Tras un largo período de tramitación, en 2004 fueron aprobadas las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública, que se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004 (serie L 134-1). Se trata de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 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; y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Las nuevas normas tienen por objeto refundir la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos.

Pues bien, las disposiciones de las Directivas de 2004 son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y persiguen un triple objetivo de modernización, simplificación y mayor flexibilidad del marco jurídico que existe sobre este tema: modernización para tener en cuenta nuevas tecnologías y las modificaciones del entorno económico; simplificación para que los textos actuales sean más fácilmente comprensibles para los usuarios, de modo que los contratos se adjudiquen de perfecta conformidad con las normas y principios que regulan la materia y que las empresas implicadas puedan conocer mejor sus derechos; y flexibilidad de los procedimientos para responder a las necesidades de los compradores públicos y operadores económicos.

Las Directivas prestan una especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos, que constituyen una técnica en expansión que pasa a ser definida y regulada a nivel europeo, estableciéndose normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.

Las “nuevas técnicas electrónicas de compra” –en el lenguaje de las Directivas de 2004– podrán deberán en todo caso ser utilizadas “dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. En la medida en que así ocurra, la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma de catálogo electrónico de dicho licitador” (Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE).

La Directiva citada recoge una definición comunitaria de las subastas electrónicas y las delimita mediante normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. El recurso a las subastas electrónicas permite a los

poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio. Para garantizar el respeto del principio de transparencia, establece la Directiva que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas (por ejemplo, contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual).

Los nuevos textos comunitarios van a obligar a una nueva e importante reforma de la legislación española sobre contratos. En este sentido, los Estados miembros de la Unión tenían de plazo para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE hasta el 31 de enero de 2006. Este plazo ha sido incumplido por España y por otros países de la UE.

4.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.

El principio esencial que informa las Directivas comunitarias sobre contratación pública es el de garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible. Este principio se aplica mediante disposiciones que se encuentran en el texto de la Directiva 2004/18 y que aplicables a los contratos públicos de suministro, obras y servicios de valor superior a determinados umbrales (154 000 y 236 000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y servicios ; 5 923 000 euros respecto de los contratos públicos de obras):

- procedimientos de adjudicación de los contratos: Se contemplan como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, considerando como excepcional el procedimiento negociado. En cuanto a los supuestos -rigurosamente tasados- en que los poderes adjudicadores podrán recurrir al procedimiento negociado, se distingue entre aquellos en que hará falta la publicación de un anuncio de licitación, y los casos en que se permite adjudicar los contratos sin publicación previa de un anuncio;

Pero la Directiva 2004/18 establece un nuevo procedimiento: el diálogo competitivo, al que los poderes adjudicadores podrán recurrir en el caso de contratos complejos, 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. Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación que incluya los criterios de adjudicación. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta y siete días. A continuación, los poderes adjudicadores

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). Los poderes adjudicadores garantizarán la igualdad de trato y protegerán la información confidencial. Al término del diálogo, los candidatos presentarán su oferta definitiva, que podrán precisar sin modificar los elementos fundamentales del contrato. Los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato en función de los criterios de adjudicación fijados y sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

- criterios para la adjudicación de los contratos: se permite optar entre:

- el precio más bajo, o
- la oferta más ventajosa (criterio que incluye varios elementos: precio, plazo de suministro, rentabilidad, características medioambientales –novedad introducida por la Directiva 2004/18-...). El poder adjudicados deberá precisar la ponderación relativa de cada criterio.

- especificaciones técnicas: las especificaciones técnicas exigidas (facilitadas obligatoriamente a las empresas interesadas) deben definirse con respecto a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental (por ejemplo, las etiquetas ecológicas europeas). Las características incluirán los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción.

-normas de publicidad y transparencia: Los contratos públicos cuyo importe supere los umbrales de la Directiva estarán sujetos a una obligación de información y transparencia a lo largo de todo el procedimiento. Dicha obligación se materializa en la publicación de anuncios de información redactados según los formularios normalizados de la Comisión. Existen diferentes tipos de anuncios:

- Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa (facultativo).
- Anuncio de información previa (facultativo).

Tras el envío del anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa, el propio poder adjudicador publicará este anuncio en su «perfil de comprador» o lo enviará a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. La publicación de este anuncio será obligatoria cuando el poder adjudicador desee acortar los plazos de recepción de las ofertas.

- Anuncio de licitación o anuncio de concurso (obligatorios).

El propio poder adjudicador podrá publicar este anuncio en el ámbito nacional y deberá enviarlo para su publicación, que será gratuita. El anuncio se publicará en toda su extensión en una lengua oficial de la Unión, mientras que en las demás

lenguas oficiales se traducirá un resumen.

- Anuncio sobre los contratos adjudicados y sobre los resultados de los concursos (obligatorios).

Los anuncios enviados por los poderes adjudicadores a la Comisión podrán transmitirse por medios tradicionales o electrónicos. En SIMAP (sistema de información sobre contratos públicos) se pueden encontrar modelos de formularios y precisiones sobre las modalidades de transmisión.

Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes sobre las decisiones adoptadas en relación con la adjudicación de un contrato, incluso en caso de renuncia. Respecto de todo contrato, elaborarán un informe escrito detallado y, cuanto antes, comunicarán:

- a todos los licitadores descartados, las razones por las que se ha desestimado su oferta;
- a todos los licitadores que hayan presentado una oferta válida, las ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del operador económico elegido.

Los intercambios y el almacenamiento de información entre los diferentes agentes de un contrato garantizan la integridad de los datos y la confidencialidad. Los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas hasta que expire el plazo previsto para su presentación. La utilización de medios electrónicos, no discriminatoria, permite acelerar los procedimientos. Los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas permiten utilizar la firma electrónica, garantizan la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de los datos, y permiten descubrir los posibles fraudes.

-Prohibiciones para contratar con la Administración: Podrá ser excluido de la participación en un contrato público todo operador económico:

- que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades o de intervención judicial, o que sea objeto de un procedimiento de este tipo;
- que haya sido juzgado culpable de un delito que afecte a su moralidad profesional;
- que haya cometido una falta profesional grave (por ejemplo, declaraciones falsas);
- que no haya cumplido sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social o sus obligaciones tributarias.

-Igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales: En materia de intercambio de información, la nueva Directiva pone al mismo nivel los medios electrónicos y los tradicionales. Deja que los agentes del contrato elijan los medios de comunicación que van a utilizar durante los procedimientos. Cuando se utilicen medios electrónicos, el poder adjudicador podrá acortar los plazos de recepción de las ofertas.

La Directiva 2004/18 regula una nueva técnica de compra: el sistema dinámico de adquisición, que se apoya exclusivamente en medios de comunicación electrónicos.

Además, establece las subastas electrónicas, a las que los poderes adjudicadores podrán recurrir para adjudicar determinados contratos. Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases, los participantes conocerán su clasificación respectiva con relación a los demás participantes, cuya identidad desconocerán. La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

5.- Los contratos públicos en los denominados «sectores excluidos», «especiales» o de «servicio público».

Los contratos celebrados en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones habían estado tradicionalmente excluidos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos de obras y de suministros. Esta exclusión encontraba su justificación más importante en que algunos organismos con actividades en dichos sectores eran de derecho público, mientras que otros eran de derecho privado (por ejemplo, en España encontrábamos en estos sectores a empresas privadas, a empresas nacionalizadas de ámbito nacional, a empresas públicas puras, a empresas participadas por el Estado, con o sin mayoría de capital, a entes de Derecho público que actúan en régimen de Derecho privado, etc.). Además, el mismo concepto de entidad pública varía considerablemente en los distintos Estados. Por otra parte, las entidades que operan en estos sectores no suelen efectuar convocatorias de licitación a escala europea, principalmente debido al carácter cerrado de los mercados en los que actúan, donde predominan las concesiones por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para el suministro, o la explotación de redes para la prestación de servicios.

Sin embargo, para la consecución de los objetivos comunitarios, singularmente un verdadero mercado común entre los países miembros, sin fronteras interiores, en el que estén garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, era imprescindible abrir la contratación pública también a estos sectores. Por ello, tras costosas negociaciones en el seno del Consejo (al principio se consideró necesario establecer 2 directivas diferentes, una referente a los sectores del agua, energía y transportes y otra a las telecomunicaciones), en 1990 se aprobó la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de obras y de suministros en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Con posterioridad, y al igual que ocurrió respecto a los contratos públicos de obras y de suministros, el Consejo decidió aprobar un texto único que recogiera

toda la normativa comunitaria sobre los contratos públicos en los denominados «sectores excluidos». Así, la Directiva 93/38/CEE recogió prácticamente en su totalidad las disposiciones de la Directiva 90/531/CEE, con las procedentes adaptaciones para incluir los contratos públicos de servicios, que no estaban incluidos en la Directiva 90/531.

Con la aprobación de estas normas se produjo un salto cualitativo en la apertura de la contratación, desde el momento en que no sólo deben ser aplicadas por las Administraciones públicas, sino también por determinadas empresas privadas. Ahora bien, como consecuencia de las dificultades para alcanzar un consenso sobre las normas a exigir en el ámbito de la contratación en los denominados «sectores excluidos», el Consejo optó al final por establecer un sistema cuya principal característica es la flexibilidad, frente a la rigidez de las Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios.

Pues bien, estas normas han sido posteriormente derogadas por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 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. Respecto del ámbito de actividades cubierto cabe resaltar que dejan de estar sometidas a la ley las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, al constituir un sector liberalizado, y se incorpora a la misma el sector de los servicios postales.

Cabe resaltar que la Directiva 2004/17 incorpora nuevas técnicas de contratación basadas fundamentalmente en el uso de los medios electrónicos y de las comunicaciones aplicados a los procedimientos de adjudicación de los contratos, conservando la necesaria aplicación de los principios derivados del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta, de reconocimiento mutuo y de proporcionalidad, así como en el principio de transparencia.

El ámbito subjetivo de la Directiva se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, pues no se aplica sólo a los «organismos de Derecho público» (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2004/18), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, «gocen de derechos especiales o exclusivos» concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

La nueva normativa se aplicará únicamente a los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros en el caso del contrato de obras, o de 422.000 euros en el de los contratos de suministro y servicios.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, la Directiva distingue los procedimientos abierto, restringido y negociado, recogidos ya en la Directiva de contratos del sector público, si bien introduce la novedad de no establecer supuestos concretos para la utilización del procedimiento negociado con publicidad, por el que podrá optar libremente la entidad adjudicadora. Se prevé también la posibilidad de acudir, en determinados supuestos tasados, a un procedimiento sin publicidad previa y se regula el denominado concurso de proyectos.

La Directiva 2004/17 se diferencia sustancialmente de la Directiva 2004/18 por los notables poderes discrecionales dejados a los entes adjudicadores, de los cuales la manifestación más importante es la libertad de elección de los procedimientos de adjudicación (abiertos, restringidos o negociados).

6.- La falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratos públicos. Las Directivas sobre «recursos».

Toda la completa normativa comunitaria aprobada por las Instituciones comunitarias encaminada a la apertura de la contratación pública quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia. En efecto, las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros, servicios y «sectores especiales», contienen exclusivamente normas sustantivas que disciplinan los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplasen mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas Directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del Derecho comunitario, correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, Comisión y Tribunal de Justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las Directivas.

Sin embargo, por diversas razones, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general, o lo hacían de modo insuficiente.

En primer lugar, los poderes adjudicadores siguen cometiendo numerosas irregularidades en la adjudicación de los contratos públicos, ya sea por desconocimiento de la normativa comunitaria o por mala fe. La mayoría de estas irregularidades se producen antes de que el contrato sea adjudicado. Así, entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión de las Comunidades Europeas destacan: el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las Directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas; la introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias; el incumplimiento de las normas de publicidad, recurso abusivo a la contratación directa (baste recordar las Sentencias del TJCE contra España de 18 de marzo de 1992, 17 de noviembre de 1993 y 3 de mayo de 1994); incumplimiento de las normas en el ámbito técnico -por ejemplo imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a la producción nacional-; incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes, no previstas en las Directivas, etc.); incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, utilizando criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etc.); introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas; no consideración por parte del poder adjudicador de una evaluación objetiva de las ofertas, etc.

Además de lo anterior, hay que resaltar que los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea no disponen de legislaciones homogéneas garantizadoras de las normas comunitarias de contratación. En efecto, existen al respecto grandes diferencias entre los distintos países, tanto por lo que se refiere a las vías de control internas de las Administraciones públicas como a las jurisdiccionales.

En relación con las primeras, hay que indicar que si bien todos los Estados miembros de la Comunidad prevén recursos administrativos en materia de adjudicación de los contratos públicos, los poderes de actuación de las instancias administrativas competentes varían sustancialmente en los distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, la posibilidad de suspensión de la decisión de adjudicación sólo existe en algunos Estados miembros (p.e. en Grecia, Dinamarca y España); la anulación de las decisiones de adjudicación por violación de las reglas obligatorias es posible en algunos ordenamientos, mientras que en otros no se permite si el contrato en cuestión ya está concluido; en fin, la posibilidad de conceder una indemnización directa en favor de las empresas perjudicadas por las instancias administrativas no existe más que algunos Estados (como España y Dinamarca). Por otra parte, los efectos jurídicos y procedimentales de las acciones ejercitadas sobre la base de un recurso administrativo varían en los distintos países de la Comunidad.

En cuanto a la vía jurisdiccional, también existen diferencias notables entre los distintos Estados miembros. La razón principal de estas divergencias es que los contratos públicos gozan de distinta naturaleza jurídica en los ordenamientos comunitarios, y así, mientras en unos países estos contratos tienen un carácter puramente privado (Gran Bretaña, Dinamarca, Alemania), en otros gozan de naturaleza pública (Francia, España). Ello da lugar a que las controversias en materia de contratación pública, según las distintas tradiciones jurídicas y evoluciones jurisprudenciales de los Estados, sean conocidas bien por la jurisdicción civil o bien por la jurisdicción administrativa.

A su vez, los poderes de los Tribunales tienen también un alcance diferente en los distintos ordenamientos jurídicos: así, la anulación de los procedimientos ilegales de adjudicación no puede obtenerse en condiciones similares en todos los Estados miembros; o la posibilidad de adopción de medidas cautelares efectivas no está prevista en algunos Estados, mientras que en otros sólo se admite con carácter excepcional; y otro tanto ocurre con la posibilidad de obtener indemnizaciones por daños y perjuicios, que está sujeta en muchas jurisdicciones a tales imperativos que en realidad es únicamente una posibilidad teórica (no es este último el caso de España, donde está totalmente garantizada tanto la posibilidad de recurrir -vía recursos administrativos y contencioso-administrativos, como la de obtener medidas cautelares e indemnizaciones de daños y perjuicios.

7.- La aprobación de las Directivas sobre «recursos»: la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, sobre «recursos» en los «sectores especiales».

Pues bien, a esta preocupante situación intentó poner remedio la Comunidad a través de las Directivas conocidas como de «recursos»: la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (los denominados sectores especiales o de servicio público).

El punto de partida evidente de estas Directivas se pone de manifiesto desde los primeros Considerandos de la Directiva 89/665/CEE, donde se señala que «las directivas comunitarias en materia de contratos públicos(...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva», ya que «los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse».

Así pues, teniendo en cuenta que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria «necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho» (Considerando 3º), el Consejo decidió aprobar estas Directivas sobre «recursos».

La importancia de la aprobación de las Directivas era, pues, evidente y, además, se pueden considerar como una concreción de la obligación que el artículo 10 del Tratado CE impone a los Estados miembros de crear vías judiciales de recurso efectivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.

Pues bien, las Directivas imponen como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios:

1) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, «medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados»;

2) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, «incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión»;

3) para conceder «una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción».

8.- El futuro próximo del Derecho comunitario de los contratos públicos.

A nivel comunitario europeo la aprobación de las Directivas de 2004 se enmarca en un ambicioso paquete legislativo, en el que junto a las citadas Directivas, que refunden la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa hasta ahora en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos, se han aprobado el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002], la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos (Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE) y el contravalor de los umbrales previstos por las Directivas de contratación pública aplicables a los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2004 [Diario Oficial C 95 de 20.4.2004].

Pero el Derecho europeo de los contratos públicos debe dar como próximos frutos la aprobación de un reglamento sobre formularios de los contratos, la reforma de las Directivas sobre “recursos”, la elaboración de una directiva sobre los contratos de concesiones, de otras directiva sobre los contratos públicos de defensa y la preparación –ésta mucho más compleja por su objeto– de una nueva directiva sobre colaboración público-privada.

La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. La CPP está presente en los transportes, la salud pública, la educación, la seguridad, la gestión de los residuos y la distribución de agua o de energía. De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la CPP se caracteriza:

- por la duración de la relación entre los socios;
- el modo de financiación del proyecto;
- el papel de los socios en la definición, la concepción, realización, aplicación y financiación;
- la distribución de los riesgos.

El desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

La Comisión Europea presentó el 15.11.2005 una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

La colaboración público-privada es una figura que está siendo cada vez más utilizada en ordenamiento europeos -principalmente en los anglosajones- y que en España pretende incorporar el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Esta norma crea un nuevo contrato típico de colaboración público-privada, que permite el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista y que la financiación sea anticipada por el sector privado. La norma opta por una definición muy amplia y difusa del tipo contractual, que se pretende incorporar a la legislación española a pesar de que la Directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido aprobada.

IV.- EL SISTEMA ÚNICO DE CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.

En 1996, la Comisión Europea aprobó una recomendación relativa a la utilización del Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV) para describir el objeto de los contratos.

En ese momento, las Directivas europeas sobre contratación pública utilizaban 4 nomenclaturas distintas para la descripción del objeto del contrato en los anuncios, las obligaciones estadísticas y la definición del ámbito de aplicación:

- La CPA, Clasificación Estadística de Productos por Actividades en la Comunidad Económica Europea (que se estableció en 1993 a fin de armonizar las estadísticas económicas).
- La NACE, Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas en la Comunidad Europea, muy vinculada a la CPA.
- La CPC, Clasificación Central de Productos de Naciones Unidas
- La NC (nomenclatura combinada).

Todas estas nomenclaturas tienen una clara finalidad estadística.

Mediante el Libro verde «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro» la Comisión pedía a todos los interesados que se pronunciasen sobre la oportunidad de generalizar el uso del CPV. El Comité Económico y Social de la Unión Europea se pronunció al respecto mediante un dictamen que se aprobó por unanimidad el 28 de mayo de 1997 postulando la necesidad de simplificar el marco jurídico comunitario, adaptarlo a la era electrónica, subrayando las dificultades de acceso a la información existentes.

A tenor de dicho proceso de consulta, la Comisión mediante la comunicación «La contratación pública en la Unión Europea» proponía a los órganos de contrata-

ción para que se sirvieran del CPV y de los formularios normalizados en la redacción de sus anuncios y para que utilizaran, para transmitirlos, las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Desde 1996, se utiliza el CPV –una adaptación de la nomenclatura CPA destinada a describir el objeto de los contratos públicos– de forma sistemática en todos los anuncios que se publican en el Suplemento al Diario Oficial de las Comunidades Europeas con arreglo a las directivas, tanto para identificar el objeto de los contratos como para la traducción automática en todas las demás lenguas oficiales comunitarias, convirtiéndose así en el criterio esencial de búsqueda en la selección e identificación de oportunidades de contratos por los posibles licitadores.

Se empezó así a utilizar el CPV, que se compone de un vocabulario principal que forma su núcleo, ya que define el objeto del contrato, y de un vocabulario suplementario que permite introducir datos cualitativos adicionales. El vocabulario principal se desglosa en una estructura jerárquica de cinco niveles, mientras que el complementario sólo cuenta con dos. A cada Código le corresponde un enunciado que describe los suministros, obras o servicios en todas las demás lenguas oficiales.

Pero el CPV no disponía de fundamento jurídico alguno, pues ningún reglamento había definido con precisión normas que rigiesen su creación o actualización.

2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.

Las Directivas vigentes sobre contratos públicos en la Unión Europea han reemplazado las cuatro nomenclaturas que se utilizaban para clasificar los productos y servicios por una única nomenclatura: el CPV.

Esta nomenclatura constituye una evolución y mejora de las nomenclaturas CPA y NACE, en el sentido de que se adecua mejor al carácter específico del sector de la contratación pública .

El Reglamento CE nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, aprobó el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), creando pues un sistema de clasificación aplicable a todos los contratos públicos a escala comunitaria europea.

Se utilizó como instrumento jurídico el reglamento por su carácter de norma jurídica obligatoria para todos los Estados desde el momento de su entrada en vigor (frente a las directivas que son normas jurídicas que requieren de la aprobación en cada país de una norma nacional que las incorpore al derecho interno), de forma que así el establecimiento de un sistema de clasificación de los contratos públicos no requería transposición por parte de los Estados miembros.

El Reglamento 2195/2002 incluyó unos cuadros de correspondencia entre el CPV y la CPA, la CPC de la ONU, la NACE y la NC.

Con el fin de que los usuarios se familiarizaran con un sistema de clasificación

único, antes de hacerlo obligatorio en todos los Estados miembros de la Unión Europea, se contempló que el inicio de la aplicación del Reglamento 2195/2002 fuese precedido de un período de adaptación de un año.

3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.

Hay que valorar muy positivamente el establecimiento de un sistema único de clasificación para todos los contratos públicos de la Unión Europea. Sin duda, ha contribuido a garantizar una mayor información y una mayor transparencia en los procesos de licitación pública.

Se han creado así unas condiciones de fácil acceso a la lectura y comprensión de las informaciones en materia de contratos públicos, ya que el CPV permite comparar inmediatamente los datos de los anuncios de licitación cualquiera que sea la lengua de publicación original.

El sistema único es también muy positivo para las empresas europeas, ya que no introduce nuevas obligaciones, sino que pone a disposición de las mismas una nueva referencia común y plurilingüe que les facilita el acceso a los anuncios de contrato. También, el CPV permite que las empresas encuentren con mayor precisión las oportunidades de contratos que les interesen, lo que les ha abierto nuevos mercados.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que en la Unión Europea se han aprobado unos formularios comunes para la publicación de los anuncios de los contratos y para distintos documentos del procedimiento de selección de licitadores y de adjudicación de los contratos: los establecen la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE. También las Directivas de 2004 (la 2004/17 y la 2004/18) recogen en sus anexos los formularios normalizados.

Asimismo, en la Unión Europea se han simplificado las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos a través del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros. La utilización de los formularios normalizados y el recurso al vocabulario común sobre los contratos públicos ha facilitado notablemente el acceso a la información y ha contribuido a una mayor transparencia de las licitaciones.

En el ámbito de las relaciones internacionales existen y se desarrollan diversas nomenclaturas, por lo que la Unión Europea ha propuesto a terceros países en el ámbito de las negociaciones de la OMC la aplicación de este un único sistema de clasificación de los contratos públicos (CPV), por la simplificación que comporta su adopción y la transparencia en información que aporta.

4.- El funcionamiento del CPV europeo.

El CPV establece un sistema de clasificación único de los contratos públicos, con objeto de unificar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de los contratos.

El CPV se compone de un vocabulario principal y un vocabulario suplementario.

El CPV vocabulario principal sirve para definir el objeto de un contrato y el vocabulario suplementario para añadir información cualitativa adicional. El vocabulario principal se basa en una estructura arborescente de códigos de hasta 9 dígitos (un código de 8 dígitos más un dígito de verificación) que corresponden a un enunciado que describe los suministros, obras o servicios objeto del contrato.

Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y);
Grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y);
Clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y);
Categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y);

Cada uno de los tres últimos dígitos aporta un grado mayor de precisión dentro de cada categoría.

Un noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes.

El vocabulario suplementario podrá utilizarse para completar la descripción del objeto del contrato. Lo constituye un código alfanumérico, al que corresponde un enunciado que permite aportar mayores precisiones sobre la naturaleza o el destino específicos del bien que va a adquirirse.

5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.

El uso del CPV es obligatorio en la Unión Europea desde el 1 de febrero de 2006.

El CPV, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002, está en uso desde el 16.12.2003.

La versión del CPV que figura en los anexos del Reglamento (CE) nº 2195/2002 fue modificada por el Reglamento (CE) nº 2151/2003 de la Comisión. La versión del CPV que figura en los anexos del Reglamento (CE) nº 2195/2002 fue modificada por el Reglamento (CE) nº 2151/2003 de la Comisión.

La versión 2003 del CPV es la versión en vigor para:

- Rellenar los formularios de anuncios de licitación
- Buscar oportunidades comerciales en TED
- Encontrar anuncios de licitación en los archivos de TED

6.- Aplicación práctica del CPV.

¿Cómo rellenar los formularios de anuncios de licitación con el CPV?

Los poderes adjudicadores deben tratar de encontrar el código que mejor se ajuste a la adquisición prevista. Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación. Si el CPV fuera inexacto, los poderes adjudicadores deberán referirse a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista (un código más general que puede reconocerse fácilmente porque tiene más ceros).

Por ejemplo:

El poder adjudicador prevé la adquisición de un servicio de transporte por carretera diseñado para dispositivos frágiles de alta tecnología:

Códigos que pueden ser objeto de interés

60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías

60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías

60100000 Servicios de transporte terrestre

60110000 Servicios de transporte terrestre de pasajeros

[...]

60120000 Servicios de transporte terrestre de mercancías

60121000 Transporte ferroviario de mercancías

[...]

60122000 Servicios de transporte de carga por carretera

60122100 Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados

60122110 Servicios de transporte en vehículos refrigerados

60122120 Servicios de transporte en vehículos cisterna

60122130 Servicios de transporte en vehículos para productos a granel

60122140 Servicios de transporte en vehículos para carga en contenedores

60122150 Servicios de transporte en vehículos de mudanza

60122160 Servicios de transporte de seguridad

60122161 Servicios de automóviles blindados

60122170 Servicios de transporte médico

60200000 Servicios de transporte por tuberías

[...]

La entidad deberá buscar en el CPV 60122100 «Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados», dado que no hay ningún código incluido abajo que cumpla con su necesidad específica. A continuación, puede hacer que el código 60122100 sea más exacto utilizando un código del vocabulario suplementario. En este caso, podría ser X009-9 «Conducción por la izquierda», si la entidad es inglesa, irlandesa, chipriota o maltesa..

¿Cómo buscar oportunidades comerciales con el CPV en TED?

TED (Tenders electronic daily) da acceso a todos los contratos publicados a nivel europeo.

Gracias a su código numérico, el CPV puede utilizarse para buscar oportunidades comerciales en la Unión Europea superando la barrera lingüística.

Las empresas que busquen oportunidades de contratos en Ted deberán fijarse en dos tipos de códigos CPV: aquellos que mejor describan su cartera de productos, servicios o actividades de construcción; las divisiones, grupos, clases y categorías que estén situados encima de los códigos que mejor reflejen dichas actividades.

7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.

En las Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos vigentes (la 2004/18, sobre contratos del sector público y la 2004/17, sobre contratos en los sectores especiales, esto es, el agua, la energía, los transportes y los servicios postales), las nomenclaturas del CPV se utilizan para la descripción del objeto del contrato en los anuncios de licitación, para la publicidad de los procedimientos de adjudicación, para las obligaciones estadísticas y para la definición del ámbito de aplicación.

TERCERA PARTE

A MODO DE EPÍLOGO

I.- PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN Y POSIBLE ACUERDO DE UN CAPÍTULO DE COMPRAS PÚBLICAS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD ANDINA Y CON LA UNIÓN EUROPEA

En relación con el proceso de negociación del capítulo de Compras Públicas en la CAN, considero importante en primer lugar insistir en las ventajas económicas y sociales que para los distintos países se derivarían de un acuerdo sobre contratación pública. En el proceso de negociación de las Directivas europeas sobre contratos públicos la Comisión Europea insistió mucho los notables beneficios que para todos los Estados firmantes se derivaran de la apertura a la libre competencia en este ámbito. La Comisión calculó que con sólo un incremento de la competencia en la licitación pública se puede ahorrar hasta 14.000 millones de euros anuales al erario público, es decir, un tercio de las necesidades totales de endeudamiento de las Administraciones europeas.

En el marco del Acuerdo de la CAN sería muy positivo el establecimiento de procedimientos de contratación unificados para todos los países, con formularios únicos y con un vocabulario común que facilite el cumplimiento de la normativa y que incluya destacadamente una catalogación de bienes y servicios que unifique y standarice este decisivo aspecto de la contratación pública (puede tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002]). La clasificación de los productos y servicios debe estar unificada a nivel andino.

La difusión por Internet de esta información así como de guías prácticas es una práctica también muy recomendable (sirva de ejemplo la Guía Práctica elaborada por la Comisión Europea que explica los procedimientos de adjudicación aplica-

bles a los contratos de ayuda exterior de la CE financiados con cargo al presupuesto general de las Comunidades Europeas (Presupuesto general) y al Fondo Europeo de Desarrollo (FED), guía que se puede consultar en la dirección: http://ec.europa.eu/comm/europeaid/tender/practical_guide_2006/documents/new_prag_es_final.pdf).

En Europa, el conjunto de las directivas aprobadas ha contribuido a establecer una legislación comunitaria sobre contratación pública basada en normas de transparencia en la apertura a la competencia de los contratos públicos, recurso preferente a los procedimientos abiertos o restringidos y criterios transparentes de selección de ofertas; y procedimientos de recurso eficaces y rápidos contra las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores que hayan infringido el derecho comunitario de contratación pública.

Pero la Comisión europea no se ha limitado a intervenir en el ámbito legislativo o contencioso, sino que también ha emprendido otras actuaciones para incrementar la transparencia, en particular en el ámbito de la formación de los responsables de los poderes adjudicadores o de las empresas, de la normalización de los anuncios y de la calidad de la información sobre la contratación pública. Así, para incrementar la calidad de la información sobre contratos públicos y lograr que sea más fácil de traducir, remitir, leer y comprender, la Comisión fomentó la normalización a escala europea, e incluso internacional, en los ámbitos de especial importancia para la apertura de la contratación pública. Asimismo, ha creado formularios normalizados para simplificar la redacción y la lectura de los distintos modelos de anuncios prescritos en las directivas. Por otro lado, se lanzó al proyecto SIMAP (sistema de información sobre contratos públicos), que ha optimizado la utilización de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública.

En el Acuerdo de Contratación Pública se podrían incluir un precepto con definiciones, empezando por la de contrato público. Se podría introducir una definición amplia de contrato público como la que recoge hoy la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público: “son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios” (art. 1.2.a). Esta moderna definición de contrato público incluye la posibilidad de que varias Administraciones se unan para celebrar un contrato (existen figuras interesantes al respecto en la Directiva como las denominadas Centrales de Compras), así como de que la pluralidad de personas aparezca por el lado de los licitadores.

Habría que recoger expresamente también los principios generales de la contratación administrativa: igualdad de trato, no discriminación, libre competencia, publicidad, responsabilidad, confidencialidad, legalidad, confianza legítima, economía y eficiencia.

Otra cuestión destacada a incluir en el Acuerdo es la de los Registros de Licitadores. Sería muy positivo de cara a un acuerdo en materia de contratación pública en la CAN que los distintos Estados reconocieran los certificados que otorguen los otros Estados.

También habría que incluir en el Acuerdo de Compras Públicas de la CAN un precepto que contemple y unifique en lo posible la impugnación por los licitadores de los procesos de selección cuando no se respeten las reglas del Acuerdo.

Uno de los aspectos básicos del Acuerdo debe ser sin duda el de la contratación electrónica. En el caso de contar con la norma común la necesidad de la información y herramientas que sirvan para su difusión e incluso para el proceso en sí de la contratación y su control de cumplimiento de parte de los proveedores, se torna más importante.

Se debería crear un portal de compras públicas de la Comunidad Andina donde se centralice la información de los procesos de contratación y se puedan desarrollar determinados procedimientos electrónicos de contratación. Se podría establecer también un registro electrónico de proveedores andino.

El desarrollo tanto de los sistemas de información como la convalidación de procedimientos facilitará las negociaciones internas, externas y posibles acuerdos con terceros países o grupo de países.

En el caso de la CAN aunque la norma que se persigue está principalmente dirigida al reconocimiento de los principios de trato nacional, nación más favorecida y transparencia, complementada con un sistema de información, se señala que se debe tener en cuenta para su aplicación las diferencias entre las normativas nacionales en aspectos como los umbrales, el proceso administrativo y plazos, además de algunas exigencias respecto a la convocatoria y a los pliegos de condiciones, así como las características de los registros existentes.

Particularmente en la región andina se considera que, para efectos de mejorar en la aplicación de sus normas y consecuentemente en eficiencia y transparencia en cuanto a las contrataciones públicas, los países deben desarrollar y de hecho ya lo están intentando sistemas de información electrónica y telemática que cubra los diversos pasos de la misma, es decir desde que se produce la demanda, el proceso de contratación en sí y los resultados de dichas contrataciones.

Por su parte la UE cifra el éxito de las políticas comunitarias en el ámbito de los contratos públicos en el mayor grado de participación de los contratistas, lo que ha conseguido mediante la mejora de la transparencia de los mercados con una mejor información; el emprendimiento de actuaciones destinadas a aumentar la accesibilidad de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos (algo que podría hacer la CAN) y el reconocimiento mutuo de los procedimientos nacionales de clasificación de contratistas.

Por otro lado, a la hora de la determinación del ámbito subjetivo de aplicación del posible acuerdo de contratación pública de la CAN, uno de los aspectos siempre más problemáticos, se podría aprovechar la experiencia europea que ha llevado, tras una larga evolución normativa y jurisprudencial, a que se utilice un criterio mixto, de carácter definitorio y enumerativo para fijar las entidades sujetas a la aplicación de las disposiciones sobre contratación pública. De un lado, las Directivas sobre contratos enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos; de otro lado,

definen lo que para ellas son los organismos de derecho público atendiendo no a una cláusula general, sino a través de unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión. Por otro lado, se recogen en los anexos de las Directivas unos listados de organismos o entes públicos sometidos a las normas sobre contratación pública, pero la inclusión en los Anexos de las Directivas de un organismo tendría unos efectos meramente declarativos, pero no efectos constitutivos, ya que prevalece la definición de ente público que ofrecen las Directivas.

En relación con el proceso de negociación del capítulo de Compras Públicas en el posible Acuerdo UE-CAN, hay que destacar que para los países andinos este acuerdo les podría producir importantes beneficios económicos ya que sus empresas, incluso las pequeñas o medianas, podrían suministrar bienes y servicios a las Administraciones europeas a unos costes muy competitivos, más que los que en muchos ámbitos pueden ofrecer las empresas europeas (cuyos costes de materia prima y trabajadores son mucho más altos). Las oportunidades de negocio serían muy altas para las empresas de los países andinos, que podrían acceder además a los procedimientos electrónicos de contratación que se desarrollan hoy en los países europeos (subastas electrónicas, sistemas dinámicos de adquisición y acuerdos marco), lo que les simplifica enormemente su posible participación en los procedimientos de contratación (todo se desarrolla electrónicamente y desde tu país puedes presentar perfectamente la oferta vía Internet).

Como los procedimientos nacionales de contratación se respetarán en el Acuerdo UE-CAN, al contrario de lo que ocurriría para las empresas de los países andinos, que accederían a los procedimientos electrónicos de compra que hoy rigen Europa (a cuya completa información se puede acceder por Internet a través de la página web simap.eu), las empresas europeas tendrían más dificultades de acceder a los procedimientos de contratación a celebrar en los países andinos ya que en la mayoría de los casos deberían desplazarse a cada país para preparar y presentar la oferta.

El proceso de negociación en materia de Contratación Pública podría tener como modelo el Acuerdo de Asociación UE-Chile firmado el 18 de noviembre de 2002 en Bruselas, cuyo Título IV se dedica a las compras gubernamentales.

El listado de exclusiones podría ser similar aunque los países andinos deberían incluir en la negociación las materias que les interese especialmente excluir del capítulo a firmar.

El ámbito subjetivo de aplicación reviste especial importancia y parece preferible el modelo del Acuerdo UE-Chile, que incluye a todas las entidades territoriales, no solo a las del Estado central, que el del Acuerdo UE-México, que se limita al poder central o federal. El ampliar este ámbito subjetivo permitiría a las empresas andinas acceder a las compras públicas de las Administraciones regionales y locales de los países europeos, que hoy tienen una decisiva importancia económica.

La inclusión en el Acuerdo de la norma de que cada Parte se asegurará de que las

contrataciones públicas de sus entidades cubiertas por el Título del Acuerdo referido a la contratación pública se realicen de forma transparente, razonable y no discriminatoria, otorgando el mismo trato a los proveedores de cualquiera de las Partes y asegurando el principio de una competencia abierta y efectiva, supone también importantes obligaciones en el seno de los propios países andinos ya que juega también como Acuerdo de Contratación Pública entre ellos ya que deberán respetar el principio de trato nacional y no discriminación entre ellos, al igual que con la UE.

El Acuerdo Chile - Unión Europea, (Título IV), determina que las empresas chilenas pueden participar en todo concurso de licitación como lo harían exactamente las empresas europeas, salvo determinadas excepciones estipuladas en el mismo documento: el ámbito de aplicación y cobertura del Título IV será aplicable a las leyes, reglamentos, prácticas o procedimientos relativos a toda contratación realizada por las entidades de las Partes de mercancías y servicios, incluidas las obras públicas, a reserva de las condiciones especificadas por cada una de las Partes indicadas en los Anexos XI, XII y XIII del Acuerdo Chile- Unión Europea.

Habría que recoger expresamente también los principios generales de la contratación administrativa: igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia, publicidad, responsabilidad, confidencialidad, legalidad, confianza legítima, economía y eficiencia.

También habría que incluir en el Acuerdo de Compras Públicas UE-CAN un precepto que contemple y unifique en lo posible la impugnación por los licitadores de los procesos de selección cuando no se respeten las reglas del Acuerdo.

En fin, una vez se produzca la firma del acuerdo sobre contratación pública UE-CAN, se vislumbran importantes y muy fructíferas posibilidades de colaboración y desarrollo económico entre la Comunidad Andina y la Unión Europea. En este sentido, los países andinos, además del beneficio para sus empresas y del intercambio de bienes y servicios, podrían beneficiarse de importantes programas de cooperación al desarrollo así como de inversiones europeas.

II.- PROPUESTA DE UN SISTEMA ÚNICO DE CLASIFICACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS EN COMPRAS PÚBLICAS PARA LA COMUNIDAD ANDINA.

A) LAS IMPORTANTES VENTAJAS PARA LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA DE UNA CLASIFICACIÓN UNIFICADA DE BIENES Y SERVICIOS APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El establecimiento para la Comunidad Andina de un sistema único de clasificación de bienes y servicios en la contratación pública tendría múltiples ventajas para todos los países miembros, ventajas que analizaremos a continuación para comprobar como la suma de todas ellas hace muy recomendable la adopción de esta codificación unificada:

1) En primer lugar, permitiría profundizar en la integración en el ámbito de las

compras públicas. Punto de partida para llegar posteriormente a un Acuerdo General en la materia.

La catalogación sería el primer e imprescindible paso para posteriores avances en la integración en la contratación pública. Nada mejor que empezar por lo más básico de las compras públicas: identificar qué se va a comprar, cuál va a ser el objeto del contrato y que todos –Administraciones y empresarios– conozcan de qué se trata y utilicen la misma terminología.

2) También facilitaría el desarrollo de la contratación pública electrónica, que es uno de los objetivos principales de la futura norma andina en compras del sector público.

En los trabajos preparatorios de esta norma andina se evolucionó desde una pretendida armonización de regímenes nacionales hasta un texto de Decisión simple que incluyera como elementos principales:

El trato nacional

La transparencia y

El desarrollo de un Sistema Electrónico de Contratación.

Hasta el momento no se ha llegado a acuerdo alguno, en esta normativa.

Pues bien, un sistema único de clasificación impulsaría muy destacadamente tanto la transparencia como el desarrollo de la contratación electrónica.

3) La clasificación unificada reforzaría también la información a disposición de las Administraciones y Entidades Públicas así como de las empresas, que podrían acceder a una ágil y completa información sobre los procesos de contratación.

4) La clasificación única permitiría obtener unas estadísticas fundamentales para la labor de diseño y establecimiento de una política de contratación pública. La Contratación Pública debe ser un tema permanente en la agenda de las políticas de Estado y el disponer de estadísticas completas y fiables no cabe duda de que facilitaría a los políticos y responsables públicos la elaboración de nuevas políticas sobre compras públicas. En este sentido, hay que tener en cuenta que la Contratación Pública es un instrumento de Gestión Pública capaz de apoyar políticas de justicia social y de desarrollo nacional.

5) La clasificación se utilizaría en la publicidad de los procedimientos de licitación y supondría también un reforzamiento de las estadísticas de la contratación, permitiendo comparar inmediatamente los datos de los anuncios de licitación de cualquier Ente adjudicador.

6) También garantizaría una mayor información y una mayor transparencia en los procesos de licitación pública.

7) Otra importante ventaja es que facilitaría la decisiva interoperabilidad entre los sistemas de compras públicas: el Vocabulario Común europeo es un ejemplo excelente de interoperabilidad en la contratación pública, que incorpora a un mismo sistema a 27 Estados miembros con 20 lenguas oficiales distintas y a todas las empresas radicadas en los mismos, que podrán identificar oportunidades comerciales y acceder a los contratos públicos de cualquier Administración o Entidad pública europea.

8) El sistema único es también muy positivo para las empresas, ya que no introduce nuevas obligaciones, sino que pone a disposición de las mismas una nueva referencia común que les facilita el acceso a los anuncios de contrato. También permite que las empresas encuentren con mayor precisión las oportunidades de contratos que les interesen, lo que les abriría nuevos mercados.

9) Permitiría una simplificación de trámites procedimentales por ejemplo en relación con la publicidad y con la contratación electrónica.

10) Tanto la catalogación de bienes y servicios como la estandarización de documentos contractuales promoverían de forma decisiva un buen uso de los recursos públicos.

11) También se facilitarían las negociaciones con terceros países en materia de compras públicas: por ejemplo con la Unión Europea que ha adoptado un vocabulario común de los contratos públicos con una clasificación única de bienes y servicios.

La Contratación Pública está hoy en la agenda de todo proceso de integración internacional.

12) Buen ejemplo de resultados positivos con nomenclatura común lo podemos encontrar con la nomenclatura común NANDINA que facilita la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la Comunidad Andina relacionadas con la importación y exportación de mercancías.

La Nomenclatura Común NANDINA está basada en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (Sistema Armonizado) del Consejo de Cooperación Aduanera.

Este moderno sistema, que utiliza un “lenguaje” aduanero común, aceptado y reconocido a nivel mundial, permite simplificar la tarea de los importadores, exportadores, productores, transportistas y administradores de aduanas.

Desde su entrada en vigencia, en 1991, este sistema común de clasificación de mercaderías ha sido permanentemente actualizado y adecuado al desarrollo del proceso de integración y a las necesidades de las producciones de los Países Miembros. En la actualidad, la NANDINA se encuentra armonizada a nivel de 8 dígitos.

13) Posibilidad de obtener ayudas de Organismos Internacionales, como podría ser el Programa EuropeAid a través de la Oficina de Cooperación EuropeAid o financiación a través de la OEA, en cuyo seno funciona la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (www.compraspublicas.org).

Otros organismos que podrían financiar el proyecto de implantación de un catálogo único de bienes y servicios para las compras públicas serían el BIRF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), la AIF (Asociación Internacional de Fomento), el Banco Mundial y el BID podrían ayudar como ya lo han hecho en ocasiones anteriores en diversos proyectos referidos a las compras públicas en los países de la región.

B) LAS PRINCIPALES OPCIONES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA ÚNICO DE CLASIFICACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS EN COMPRAS PÚBLICAS PARA LA COMUNIDAD ANDINA. LAS VENTAJAS DE UTILIZAR UNA CODIFICACIÓN CON APOYO EN EL UNSPSC.

A continuación se señalarán 3 opciones que, entre otras posibles que se han explicado en el apartado del presente informe referido a las principales clasificaciones internacionales, los Estados de la Comunidad Andina tendrían a su disposición para el establecimiento de un sistema único de clasificación de bienes y servicios en compras públicas. Las opciones se explicarán por orden de menor a mayor posibilidad de implantación en la Comunidad Andina, a juicio del consultor.

1) Clasificación basada en el CPC de Naciones Unidas.

La CCP incluye todos los bienes y servicios que sean resultado de una actividad económica y también las operaciones de compraventa de tierras, o transacciones análogas, y las que resulten de contratos jurídicos (tales como patentes, licencias y derechos de autor). Por consiguiente comprende bienes transportables y no transportables, servicios y activos tangibles e intangibles.

Sirve de marco para la comparación internacional de estadísticas que se refieren a bienes, servicios y activos, y ayuda a orientar a los países que elaboren por primera vez una clasificación de productos.

La CCP es un sistema de categorías que abarca bienes, servicios y activos, conformando, en las secciones 0 a 4, los bienes transportables y/o activos tangibles; y en las secciones 5 a 9, los servicios y/o activos intangibles.

Pero la CCP cuenta con alrededor de 42.000 items, lo que se antoja excesivo a los efectos de una armonización comunitaria, y, por otro lado, no está concebida como una clasificación para utilizar en el ámbito específico de las compras públicas.

2) Elaborar una clasificación propia de bienes y servicios aplicable a las Compras Públicas en la Comunidad Andina.

Sin embargo, su elaboración sería muy complicada y poco realista por las dificultades técnicas y económicas que conllevaría, el tiempo que requeriría una larga preparación y una búsqueda de consenso entre los distintos Estados. En este sentido la Comisión Europea invirtió mucho dinero en preparar el vocabulario común y tardó muchos años en lograr la obligatoriedad jurídica vinculante del CVP para todos los Estados miembros (esa obligatoriedad no se ha producido sino hasta 2006 cuando la CPV existe desde 1996).

3) Utilizar una codificación con apoyo en el UNSPSC.

UNSPSC son las iniciales de United Nations Standard Products and Services Code. Es un sistema de cifrado que clasifica productos y servicios para fines comerciales a escala mundial. La gestión y desarrollo de UNSPSC está coordinado por GS1 US y respaldado por la ONU desde 2003. La versión actual de la clasificación contiene más de 18.000 términos y puede descargarse libremente del portal de UNSPSC.

El recurrir a un catálogo internacional resulta especialmente importante para los países de la CAN ya que importan muchos productos de fuera de sus fronteras y no cuentan con un mercado interno tan fuerte y autosuficiente como el de la Unión Europea.

Además, no se puede ir a una solución distinta y posiblemente contraria a un escenario global completo de la contratación electrónica pública y del comercio electrónico.

Una de las claves del sistema que se adopte debe ser la sostenibilidad de los mecanismos de homologación ya que el escenario internacional es clave y aquí la UNSPSC juega con ventaja.

El código UNSPSC se podría pues utilizar para la codificación de productos para definir un Código Común Andino incluyendo un nivel común de codificación.

En este sentido, hay que destacar que este código se utiliza en la actualidad en Colombia cuyo sistema electrónico de contratación usa la codificación de Naciones Unidas UNSPSC. En efecto, el Portal Único de Contratación tomó como base la Codificación Estandarizada Internacional de Bienes y Servicios para el Comercio Electrónico (UNSPSC, véase www.contratos.gov.co). También en Ecuador en la página web de Contratanet (<http://www.contratanet.gov.ec/>) se remite al Código UNSPSC para la clasificación de bienes y servicios en la contratación electrónica. Por su parte, en Perú la Resolución Ministerial N° 284-2005-PCM de fecha 12 de Agosto del 2005, publicada el 13 de Agosto del 2005, aprueba el Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que deberá ser implementado sobre la base del Sistema de Catalogación de las Naciones Unidas (UNSPSC) y adoptado por las Entidades comprendidas bajo el ámbito e la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a partir del 01 de Julio del año 2007.

En las recomendaciones surgidas tras los trabajos sobre compras públicas entre los países de la CAN apoyados por la OEA se planteó el posible apoyo en la definición de un Código Común Andino en la UNSPSC.

Chile también ha adoptado, con adaptaciones, el sistema UNSPSC en su sistema ChileCompra. En la implementación del CBS, Chile tuvo en cuenta el catálogo de la OTAN y el de EAN*UCC. También han adoptado el UNSPSC Paraguay y Costa Rica.

Además de lo anterior, hay que destacar que el Sistema de Catalogación de las Naciones Unidas (UNSPSC) reúne unas características que lo hacen muy recomendable para los países andinos:

1. Incluye bienes y servicios.
2. Ha sido diseñado para compras electrónicas.
3. Es de fácil acceso para todos los involucrados en el proceso de adquisiciones y contrataciones. Sin costos de uso y libre disponibilidad en la página Web de UNSPSC.
4. Cuenta con versión oficial en español si bien no muy consolidada y que plantea problemas aplicativos.

En este sentido, resulta importante destacar que la Red Interamericana de

Compras Gubernamentales auspiciada por la OEA tiene la intención de plantear ante Naciones Unidas una adecuación del estándar UNSPSC para América Latina, lo que supondría un paso adelante muy importante. Se contaría así como una adecuada versión en español del catálogo.

Hay que tener en cuenta que hoy existen incluso barreras idiomáticas utilizando el mismo idioma –español– y dentro de un mismo país –en las distintas regiones o partes del territorio se denomina de forma diferente a productos y bienes–. Por ello esta búsqueda de un estándar común para América Latina y, en cualquier caso, para los países andinos, reviste una importancia decisiva

5. Es de carácter internacional y cuenta con el respaldo de las Naciones Unidas.

6. Su implementación, uso y mantenimiento implica costos accesibles tanto para el Estado como para los proveedores.

Ahora bien, para adecuarse al UNSPSC, el consultor propone que en vez de incluir en un único Catálogo todo el proceso de compras, la cadena total de abastecimiento, como plantea en Colombia el CUBS y en Perú utiliza el catálogo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas para el Sistema Integrado de Gestión Administrativa y quiere utilizar el catálogo que propone la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT, por el contrario se apruebe una Clasificación de Bienes y Servicios unificada apoyándose en el Código UNSPSC. Esta clasificación unificada, basada en ítems genéricos y no específicos, que se aplicaría a las compras públicas y no tendría una finalidad tributaria o presupuestaria ni comprendería las fases de almacenamiento y distribución de los productos, es la que verdaderamente afectaría a los contratos públicos y la que resolvería los problemas actuales por la diversidad de catálogos.

Así, en Colombia se podrían diferenciar dentro de la estructura de codificación del CUBS a los elementos genéricos de las propiedades y especificaciones. Esos elementos genéricos deberían adecuarse a una clasificación internacional, que bien podría ser la UNSPSC.

La codificación de bienes y servicios con una clasificación estandarizada internacional es necesaria para racionalizar la contratación pública y el comercio privado y hacer posibles las operaciones comerciales electrónicas.

La codificación estandarizada internacional facilitaría la compatibilización de catálogos y web sites. De este modo sería posible automatizar y racionalizar la gestión, la toma de decisiones y permitir un amplio acceso a la contratación pública de los distintos Estados.

C) LAS BASES DE ARMONIZACIÓN COMUNITARIA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CLASIFICACIÓN UNIFICADA DE BIENES Y SERVICIOS.

El término conceptual clasificar implica establecer los significados de los referentes en forma normalizada. Las clasificaciones se apoyan en una codificación, que es un tipo de lenguaje o de comunicación no idiomática en la que cada uno de los componentes del código se refiere a un criterio fijado.

La catalogación es la esencia de cualquier proceso sistemático de tratamiento de Información; el lenguaje de los números es un lenguaje universal que puede ser entendido por todos.

A la hora de la adopción de un nuevo Sistema de Clasificación de Bienes y Servicios aplicable a las compras públicas resulta fundamental elegir uno implementado a nivel internacional. Ello se explica en la necesidad de contar con un Sistema ya disponible, confiable y debidamente probado y que acorte el tiempo de implementación. La adopción significa asumir las funcionalidades del sistema a adoptar y las modificaciones para la adecuación a las realidades nacionales, en el presente caso de los países andinos, respetando la estructura del sistema elegido.

El Sistema de Clasificación que se adopte debe ser administrado en cada país por una entidad del sector público especializada, lo que permitirá garantizar su sostenibilidad, homogeneidad, operatividad, mantenimiento, difusión y accesibilidad para satisfacer los requerimientos de compras y contrataciones de los entes participantes.

En este sentido, en las recomendaciones surgidas de las reuniones sobre compras públicas entre los Estados de la CAN impulsadas por la OEA se planteó en relación con la codificación de productos la necesidad de representación y voz común y/o conjunta ante el organismo que se seleccione.

El Sistema de Clasificación que se adopte debe estar soportado por un sistema informático con bases de datos centralizadas con la información de los bienes y servicios que adquiere el Estado.

Un esquema de clasificación útil para productos y servicios debe ser jerárquico, ya que los artículos representan instancias únicas de grandes clases y familias. Solamente una organización jerárquica de nombres y categorías puede proveer facilidades para pasar rápidamente de un grupo a otro.

El código debe facilitar la localización del bien en la clasificación, así como proporcionar conocimiento del bien y permitir extraer estadísticas. Estas características implican un código con:

- Estructura analítica (jerárquica), estableciendo niveles de clasificación del bien o servicio.
- Único, todo bien o servicio debe tener un sólo código, relación uno a uno entre código y nombre o denominación.
- Amplitud en todos sus niveles.

En la definición de la cobertura, se debe considerar que una Clasificación de Bienes debe convertirse en una fuente de información para la Administración, los productores y proveedores.

Un catálogo online de alta calidad debe proporcionar información suficiente para tomar una decisión de compra desasistida.

También resulta fundamental potenciar al máximo las búsquedas de productos, una de las claves de la clasificación será que cuente con un motor de búsqueda ágil.

La solución se debe integrar lo más estrechamente posible en el entorno tecnológico actual y estar lo mejor preparada para su futura evolución. Debe disponer de una interfase de usuario fácil de utilizar, preferiblemente en Web, para permitir el acceso desde cualquier punto, tanto a nivel corporativo como en el contexto de posibles aplicaciones tipo E-Commerce. La solución debería estar lo más preparada posible para los diversos medios de publicación: Catálogos impresos, CD-ROM, Internet, WAP, etc.

El Sistema de Clasificación debe clasificar y codificar los bienes susceptibles de ser comprados y vendidos de acuerdo a convenciones y estándares de clasificación internacional para facilitar la cadena de procesos para su obtención y distribución, permitir la interoperabilidad y el comercio electrónico, la interacción con los proveedores, generar información para análisis y estadísticas y la integración con información relacionada.

Resulta decisiva la relación del Código Común que se adopte con otros códigos Estándares, en especial con la CPV de la Unión Europea, la CCP de la ONU y la NANDINA.

Esta relación facilitará la obtención de información asociada requerida por otros sistemas, sectores estatales, entidades internacionales y otros organismos para los fines de elaboración de informes, estadísticas, análisis, investigaciones, etc.

También sería importante coordinar la clasificación de bienes y servicios aplicable a la contratación pública con los organismos de cada país responsables de las Estadísticas (Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– en Colombia, Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI– en Perú, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –INEC– en Ecuador e Instituto Nacional de Estadística –INE- en Bolivia).

Debe contemplarse la necesidad de ofrecer facilidades de asistencia técnica y capacitación en relación con el catálogo único que se adapte.

Otro aspecto decisivo es que debe exigirse la aplicación de la Clasificación a todas las Administraciones públicas y a todas las Entidades públicas, ya que el sistema unificado podría fallar si se admiten excepciones generalizadas –como ocurre hoy en todos los países andinos en relación con la normativa de contratación pública, que no se aplica a un buen número de entidades públicas que cuentan con su propio régimen de contratación–.

En fin, de lo anterior se desprende que los criterios básicos de la clasificación que se adopte deben ser: operatividad, funcionalidad, exhaustividad, unicidad, consistencia, comparabilidad y jerarquización.

D) LA POSIBLE ESTANDARIZACIÓN Y APROBACIÓN DE FORMULARIOS COMUNES

Se podría aprovechar la adopción de una Decisión Común como la que se plantea en la presente publicación para incluir en la misma otro instrumento unificador en materia de contratación pública como podría ser la aprobación de unos formula-

rios comunes. Estos formularios permitirían unificar aspectos relativos al funcionamiento práctico del propio sistema de clasificación unificada. De esta forma se contaría con instrumentos estandarizados a nivel andino, facilitando las compras públicas entre todos los países de la Comunidad.

Ahora bien, en este primer momento la estandarización debería ser limitada a algún documento sencillo de la propia clasificación común, dejando para más adelante la aprobación de más formularios comunes relativos al procedimiento de contratación, como podrían ser modelos para la publicación de anuncios de los contratos en las páginas webs públicas de los distintos países de la Comunidad Andina. Esta labor sería más compleja pues requeriría un trabajo a nivel legislativo para poder hacerlos obligatorios y, en definitiva, sería muy oneroso desplegar en estos momentos una estrategia de estandarización supranacional con el ánimo de armonizar una pequeña fracción de mercado de compras públicas en el marco de la Comunidad Andina.

Un ejemplo interesante al respecto viene dado por los formularios que se han aprobado en Europa y que resultan de obligado cumplimiento para los 27 Estados miembros de la Unión Europea: se trata de los formularios que establecen la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE).

Los formularios normalizados y unificados impulsan el respeto del principio de igualdad de oportunidades y la garantía de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia. Estos principios sirven al propósito múltiple de respetar la igualdad, ampliar el abanico de las opciones asequibles y garantizar la lealtad competitiva, lo que contribuye a la reducción de costes en la contratación pública.

E) CONCLUSIÓN. LA CONVENIENCIA DE LA APROBACIÓN DE UNA DECISIÓN ANDINA QUE ESTABLEZCA UNA CLASIFICACIÓN ÚNICA DE BIENES Y SERVICIOS APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

De todo lo señalado anteriormente se desprende como conclusión la importancia de la unificación, mediante un sistema de clasificación único de los contratos públicos, de las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de los contratos en todos los países andinos.

La utilización de diversos sistemas de clasificación y nomenclaturas perjudica la apertura y transparencia de la contratación pública en cada uno de los países andinos y al mismo tiempo dificulta la integración y la adopción de acuerdos comunitarios en la materia.

Se propone pues una clasificación de bienes y servicios para la contratación

pública unificada, esto es, un sistema de referencia único, que utilice la misma descripción de los bienes y un mismo código alfanumérico correspondiente, permitiendo así eliminar los obstáculos a escala comunitaria.

El modelo más conveniente a utilizar sería el código UNSPSC. Esta clasificación unificada se aplicaría a las compras públicas y no tendría una finalidad tributaria o presupuestaria ni comprendería las fases de almacenamiento y distribución de los productos.

La codificación estandarizada de Bienes y Servicios para Comercio Electrónico de las Naciones Unidas es cada vez más usada por las empresas y gobiernos en todo el mundo y por su funcionalidad comienza a sustituir rápidamente las codificaciones de las empresas, las clasificaciones nacionales y otras clasificaciones de aplicación universal como EAN.

Para su adopción unificada para los países andinos se podría acudir a una Decisión Andina que establezca un marco común, como ya se ha establecido con la NANDINA o en el ámbito de la propiedad intelectual.

El momento actual se presenta como propicio para la adopción de un sistema único de clasificación ya que los distintos Estados Miembros de la Comunidad Andina se encuentran en una fase de implantación de procedimientos electrónicos de compras pública y de reforma de sus sistemas de clasificación para adaptarlos a las clasificaciones internacionales.

Si se aprobara, se trataría de un importante instrumento comunitario que reforzaría la integración en un ámbito tan estratégico hoy como es la contratación pública, y también facilitaría notablemente la capacidad negociadora andina en sus relaciones con terceros países, en particular, con la Unión Europea.

ANEXO

LA NORMATIVA REGULADORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA

1.- PERÚ.

- Ley N° 28267, que modificó la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Ley N. 26850 que crea el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Mediante Decreto Supremo 031-2002-PCM del 08.05.02, se declara de interés del Gobierno, implantar un Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE).
- “Inventario de Bienes Muebles del Estado” aprobado con Resolución N° 157-97/SBN, la que fuera reemplazada con la Resolución N° 039-98/SBN).
- Catálogo Nacional de Bienes Muebles del Estado aprobado con Resolución N° 158-97/SBN y su Directiva N° 001-97/SBN-UG-CIMN Normas para el Uso y Aplicación del Catálogo.
- Mediante Decreto Supremo 099-2002-PCM del 10.10.02, se creó la Comisión Multisectorial encargada de emitir el informe sobre los requerimientos técnicos y funcionales del SEACE.
- Mediante Decreto Supremo 067-2003-PCM, del 27.06.03 se le otorga a la Presidencia del Consejo de Ministros la facultad de dictar los lineamientos de la política de contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en el Lineamiento III del Decreto Supremo 031-2002-PCM.

- Mediante Decreto Supremo 067-2003-PCM, del 27.06.03 se crea la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática, encargado de proponer los lineamientos para las contrataciones electrónicas del Estado y de proponer la política nacional de Gobierno Electrónico e Informática. Oficina dependiente de la Secretaria de Gestión Publica.
- Mediante Ley N. 28112 – Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Publico, la cual tiene por objeto modernizar la administración financiera del Sector Publico, estableciendo las normas básicas para una gestión integral y eficiente de los procesos vinculados con la captación y utilización de los fondos públicos, así como el registro y presentación de la información correspondiente en términos que contribuyan en un contexto de responsabilidad y transparencia fiscal.
- Decreto Supremo 031-2002-PCM, que aprueba Lineamientos de Políticas Generales del Desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo 099-2002-PCM, por medio del cual se crea la Comisión Multisectorial que elaborará informe sobre requerimientos técnico funcionales y de información del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.
- Resolución Ministerial 282-2005-PCM, que aprueba «Lineamientos para la Implantación Inicial del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE».
- Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
- Resolución Ministerial 027-2004-PCM, por medio del cual rectifican artículo de la R.M. N° 362-2003-PCM, mediante la cual se creó la Comisión Multisectorial encargada de analizar conclusiones sobre catalogación de bienes y servicios.
- Resolución Ministerial 362-2003-PCM, que crea Comisión Multisectorial encargada de analizar las conclusiones sobre catalogación de bienes y servicios realizada por la Comisión Multisectorial creada por D.S. N° 099-2002-PCM
- Resolución Ministerial 284-2005-PCM, que aprueba Catálogo de Bienes, Servicios y Obras Oficial que será adoptado por las Entidades bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
- Directiva N° 001-80-INAP/DNA, del 16-ENE-80 “Normas para la Catalogación de Bienes” aprobada por Resolución Jefatural No. 015-80-INAP/DNA, del 23-ENE-80., que establece los procedimientos y criterios para elaborar, utilizar y actualizar el Catálogo Nacional de Bienes y de Servicios
- Directiva N° 001-86-INAP/DNA, del 29-ENE 86; “Normas para la sustitución de códigos de los Catálogos de Bienes” aprobada por Resolución Ministerial N° 005-86-PCM; del 27-ENE-86., que establece los procedimientos para sustituir los códigos en el Catálogo de Bienes de cada organismo del Sector Público.

- Resolución Directorial N° 002-93-INAP/DNA., del 22-DIC-93, que aprueba la actualización de las clases de bienes y de servicios no personales de los grupos genéricos del Catálogo Nacional de Bienes y Servicios.

2.- COLOMBIA

- Ley 80 de 1993, de Contratación Pública, que establece el marco legal para regular las relaciones contractuales del Estado en Colombia.
- Decreto 2434 de 2006, de 18 de julio de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 855 de 1994
- Decreto 2170 de 2002
Ley 598 de 2000 que creó el SICE
- Resolución 05296 de 11 de diciembre de 2001, expedida por la Contraloría General de la República
- Resolución 5301 de 2002, que modificó la 5296 de 2001, que estableció que en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 5° y 6° de la Ley 598 de 2000, los procesos contractuales que se inicien a partir del 1° de marzo del 2002, por parte de las entidades públicas y entidades que administren bienes y recursos públicos, deberán contener los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios adquiridos, de conformidad con el CUBS.
- Decreto 3512 del 5 de Diciembre de 2003, se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal

3.- ECUADOR

- Ley de Contratación Pública, Codificación No. 000. RO/ 272 de 22 de Febrero del 2001
- Decreto Ejecutivo No. 2822. RO/ Sup 622 de 19 de Julio del 2002, Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.
- Decreto Ejecutivo No. 122. RO/ 25 de 19 de Febrero del 2003, Sistema Anticorrupción del Ecuador.
- Ley No. 67. RO/ Sup 557 de 17 de Abril del 2002, de Comercio Electrónico.
- Reglamento General de Bienes del Sector Público, Acuerdo Contraloría General del Estado No. 918. RO/ 258 de 27 de Agosto de 1985
- Decreto Ejecutivo nº 1565 de 2006
- Codificación de la Ley de Consultoría (noviembre 2004)

- Reglamento a la Ley de Consultoría, Decreto Ejecutivo 1103, Registro Oficial 204 de 7 de Febrero del 2006.

4.- BOLIVIA

- Decreto Supremo 27328, de 31 de enero de 2004
- Decreto Supremo 25875 de fecha 18 de agosto de 2000, sobre el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA)
- Decreto Supremo 26455 de 19 de diciembre de 2001, en el que se establecieron las responsabilidades del uso y administración de información que se genera y transmite a través de los sistemas informáticos en el marco del SIGMA
- Ley nº 1178 que establece el sistema de administración de bienes y servicios –SAFCO–
- Ley nº 2446, de 19 de marzo de 2003
- Decreto Supremo nº 27230, de 31 de octubre de 2003
- Ley 2166 de 22 de diciembre de 2000 y complementado su funcionamiento por el Decreto Supremo 26462
- Decreto Supremo 25964

BIBLIOGRAFÍA

AAVV (2004), Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Centro de Publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.

ARIÑO ORTÍZ (2003), Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vol. I, Comares, Granada.

ARROWSMITH, LINARELLI y WALLACE (2000), Regulating Public Procurement. National and International Perspectives, Kluwer Law Internacional.

BORRAJO INIESTA (1986), "Las Directivas sobre contratación como manifestación de la libertad comunitaria de circulación", Noticias CEE nº 21.

CANALES GIL, A. y ELICES HUECAS, A. (1994), "La contratación por el Ministerio de Defensa de armamento y material: las compensaciones económicas, industriales y tecnológicas", en Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español, Cuadernos de Estrategia del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, nº 64, Ministerio de Defensa, Madrid.

COX, A. (1993), The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992, Earlsgate Press, N. Humberside.

DELGADO PIQUERAS, F. (1995), La terminación convencional del procedimiento administrativo, Aranzadi, Pamplona.

ESCUIN PALOP, C. (2005), "Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública", Revista Contratación Administrativa Práctica, nº 46.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Y. (2005), "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo", RAP 166.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003), "Una nueva sentencia del TJCE sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)". Revista Española de Dere-

cho Administrativo, núm. 120.

GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

-La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, Madrid, 2006.

-“Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004.

GOSALBEZ PEQUEÑO, HUMBERTO (2003), “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, nº 20.

HURGA LORA, A. (2005), “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario”, *REDA* nº 126.

JARA, MARIO LINARES, *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*. Asociación de Estudios en Derecho Administrativo, Editorial Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006; *Principios licitatorios*, Tribunal Administrativo y Arbitraje. *Visión comparada*. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Asociación de Estudios en Derecho Administrativo, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006; *El capítulo de las Inversiones en el TLC Perú – Estados Unidos, los contratos públicos de infraestructura y la relativización del principio de soberanía*. *ADVOCATUS*, Nueva época. *Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, septiembre 2006.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L. (2003), “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, nº 18.

-“El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004.

MATTERA, A. (1991), *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, p. 386.

MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996, *Principios Generales de la Contratación Pública*, Bomarzo, Albacete, 2006 y *Nuevo régimen de la contratación administrativa*. *Comentarios al RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2000.

MORO, D., “Liberalization of Public Contracts or European Public Tenders?”, *Journal of Regional Policy*, vol. 9, n. 4 (1989).

NAVARRO ESPEJO, A., "Derecho comunitario de la contratación pública", trabajo de investigación presentado al VI Master de Derecho Comunitario, Centro de Estudios Europeos, Toledo, 2004.

NOGUERA DE LA MUELA, B. (2002), "Las Directivas comunitarias de "sectores excluidos" y la Ley 48/1998 de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación", Noticias de la Unión Europea, núm. 205.

ORTEGA ALVAREZ, L. (1994), "El reto dogmático del principio de eficacia", RAP nº 133.

PIGNON, S. (2004), "Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics", Actualité Juridique-Droit Administratif nº 26.

PIÑAR MAÑAS, J.L., "La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos públicos", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 585 (2003).

-«El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1996, pág. 50.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., "La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública", Justicia Administrativa, nº 6 (2.000).

- Contratos públicos y derecho comunitario, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

REZZOAGLI, B.A. (2005), Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas, Ratio Legis, Salamanca.

RIVERO ORTEGA, R. (2004) ¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?, REDA 121.

URÍA FERNÁNDEZ, F. (2004), "Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas", RAP 165.

VAN GERVEN y GILLIAMS, «La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos», Gaceta Jurídica de la CEE, nº 96 (1991), p. 309 (traducción al español del «Rapport général», cuya versión original se encuentra en FIDE, 14 Congrès, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 333 y ss.).

Libro impreso en Bellido Ediciones E.I.R.L.
Los Zafiros 244, Balconcillo. Telefax: 470 2772. La Victoria
Lima - Perú