

CAPÍTULO 17 SIMPLIFICACIÓN DE LAS COMPRAS Y TERCERIZACIÓN

El Ministerio de la Administración Federal y de la Reforma del Estado es responsable por la política administrativa concerniente a los "servicios generales". Esto significa que la política de compras (licitaciones) y de "tercerización" forman parte de sus funciones. Desde los primeros días del Gobierno de Fernando Henrique, puse en claro que se necesitaba una nueva "Ley de Licitaciones", ya que la que había sido recientemente aprobada era el prototipo de ley burocrática, y por tanto incompatible con la Reforma Gerencial. Por otro lado, el ministerio ya estaba involucrado en un proceso para convertir en electrónicos los procesos de registro de los proveedores. Además de decidir la continuación de ese programa, solicité una política activa de tercerización de las actividades de apoyo.¹⁷⁷

UNA NUEVA LEY DE LICITACIONES

Un nuevo anteproyecto de "Ley de Licitaciones" fue elaborado por un grupo de trabajo coordinado por la Casa Civil. La ley actual, 8.666, es de fecha reciente, de 1993, pero existe actualmente una posición de casi unanimidad nacional en el sentido de que debe ser profundamente modificada, si no sustituida por una ley

177. Para escribir este capítulo, conté con la colaboración de Carlos César Pimenta.

nueva. ¿Por qué falló la ley 8.666? Esencialmente porque, al adoptar una perspectiva estrictamente burocrática, al pretender reglamentar todo, privando de autonomía y responsabilidad al administrador público, atrasó y encareció los procesos de compras del Estado y de las empresas estatales y licitaciones, sin garantizar la reducción del fraude y del contubernio. Su error fundamental consistió en haber centrado toda su atención en la tarea de evitar la corrupción mediante medidas burocráticas estrictas, sin preocuparse por abaratar las compras del Estado, ni permitir que el administrador público tomara decisiones. Se partió del presupuesto de que todo funcionario público es corrupto y entonces le fue retirada toda capacidad de negociación, dejando todo por cuenta de la ley. Se redujo así el espacio del administrador eventualmente corrupto, pero a un costo altísimo: tornó casi imposible que los administradores honestos –que son la mayoría– realizasen la mejor compra para el Estado. Por otro lado, las posibilidades de acuerdos de precio entre proveedores permanecieron intocadas, porque es imposible evitarlas con una ley a través de procedimientos administrativos. La única forma de reducir los carteles es penalmente y en este campo, la ley 8.666 se reveló sorprendentemente tímida. Su segundo error consistió en utilizar como modelo o base de referencia, la licitación de obras y servicios de ingeniería. Éste es, sin embargo, un proceso de compra complejo por definición, ya que depende de proyectos, de la evaluación de la competencia técnica y de la capacidad financiera. No puede, por tanto, servir de parámetro para la compra de una gran cantidad de otros bienes y servicios estandarizados y/o de entrega inmediata que el Estado está comprando en forma permanente. Su tercer error fue –al intentar acertadamente garantizar el acceso de los menos poderosos a las licitaciones– el de no asegurar al Estado que la obra contratada fuese con certeza concluida. Este error, más que de la ley, puede atribuirse a un veto que prohibió la inclusión en la ley de toda exigencia de verificación de la capacidad técnico-operacional para poder participar en una licitación.

A consecuencia de estos errores, el proceso de licitación se volvió lento y caro. Las estimaciones sobre el encarecimiento de las compras del gobierno, aunque precarias, varían entre 10 y 20% de su costo. Encarecimiento para el Estado, que deberá observar minuciosamente desde el momento del llamado a licitación los dispositivos formales de la ley, como las planillas de precios, y deberá discriminar rigurosamente y a priori cada tornillo necesario para la futura obra o cuántas latas de cera o escobas serán gastadas en el servicio de limpieza. Encarecimiento para el licitante, derivado de la exigencia de documentos innecesarios, de las demoras en los plazos, y de la facilidad, cuando no del incentivo, a las impugnaciones administrativas y judiciales. Encarecimiento para todos: dada la minuciosidad de la ley, estas impugnaciones se transformaron en una industria. Dado el rigor formal de la ley, el llamado a licitación perfecto es imposible, habiendo pues, siempre oportunidad para impugnaciones meramente dilatorias. Toda

empresa que pierde la licitación puede entablar juicio casi sin ningún costo, ya que la obligación de demostrar que no existe irregularidad le corresponde a la administración y no al demandante.

Existe actualmente unanimidad en el gobierno y en el servicio público, en todos sus niveles, en el sentido de que es preciso reformar esa ley. Los únicos que no comparten esa convicción son los burócratas empedernidos y principalmente algunos pequeños contratistas que se benefician indebidamente de la radical eliminación de las exigencias de capacitación técnica mediante el veto del presidente Itamar Franco. Estas personas argumentan que el gran problema es evitar la corrupción del administrador público. Y para esto es suficiente establecer normas detalladas en la ley de modo de limitar al máximo el subjetivismo de los administradores públicos en las licitaciones, quitándoles todo poder de decisión. De esta manera, de nada serviría corromper a un funcionario del Estado, que sería tan incorruptible como un robot... Es ésta una prédica arcaica y burocrática, indigna de un empresario moderno. Parte del principio de que el administrador público no debe decidir, sino sólo cumplir fielmente el reglamento. Está claro que la administración de la cosa pública –del patrimonio público– exige cautela, no pudiéndose comprar en el Estado con la misma libertad con que se compra en el sector privado, pero de ahí a condenar al Estado, a sus empresas, autarquías y fundaciones a comprar ineficiente e irracionalmente hay una distancia muy grande.

El nuevo proyecto evita o disminuye cinco costos: el costo del contubernio entre el comprador y el vendedor (corrupción); el costo del contubernio entre los vendedores (cartel); el costo de recibir un bien o un servicio de calidad inferior al que fue contratado (fraude); el costo de simplemente no recibir el bien o el servicio contratado dada la incapacidad del vencedor de la licitación; y el costo del encarecimiento y atraso de la compra debido a las exigencias burocráticas excesivas y a la posibilidad de impugnaciones judiciales irracionales meramente dilatorias.

La Ley 8.666, "Ley de Licitaciones" se preocupó sólo por el primer costo, negando todo poder de decisión a las comisiones de licitación; no resolvió el segundo y puso en un segundo plano absoluto los tres últimos costos. El fraude en la calidad del servicio contratado está directamente relacionado con la rígida adopción del principio del costo más bajo. El costo de no recibir un bien o un servicio contratado es consecuencia de no exigir calificaciones y garantías mínimas a los proveedores. El costo del encarecimiento de la compra es consecuencia de las exigencias de documentos y plazos, de las posibilidades de impugnaciones y dilaciones, del atraso del gobierno en los pagos. Todos estos costos acaban siendo asumidos por el Estado, ya que los proveedores no tienen otra alternativa más que la de incluirlos en el precio ofertado.

EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY

Una primera versión del nuevo anteproyecto fue publicada en el Diario Oficial y en internet XE, en febrero de 1997, para que pudiese recibir sugerencias de los interesados. Las sugerencias fueron muchas. La más importante fue aquella que desaconsejaba nuestra idea inicial de hacer dos leyes: una general, breve, y otra disciplinando las compras del Gobierno Federal a partir de la primera. Esta segunda serviría como "default", hasta que los Estados, Municipios y empresas estatales no preparasen sus respectivos reglamentos a partir de la ley general. Por el contrario, decidimos hacer una única ley mucho más breve, dejando eventuales detalles para ser implementados por decreto en caso de que fuese necesario en los diversos niveles de gobierno. Mi recomendación a la comisión fue la de reducir la ley a la mitad. Ese objetivo se logró, y el anteproyecto de ley presentado por el grupo de trabajo es menor que la ley vigente en un 70%. Según podemos observar en el Cuadro 17.1, una comparación entre la Ley actual y el Anteproyecto de Ley de Licitaciones revela que el número de dispositivos en el anteproyecto se redujo a la mitad, y el número de caracteres usados a menos de un quinto en relación a los existentes en la ley actual.

Cuadro 17.1: Comparación de la Ley Actual
y del Anteproyecto de Ley de Licitaciones

	Ley 8.666	Anteproyecto
Dispositivos	682	276
Caracteres	210.285	52.061

Fuente: Ley 8.666 y Anteproyecto de Ley de Licitaciones y Contratos

Obs.: "Dispositivos" corresponde a la sumatoria de Artículos, Parágrafos, Incisos y Acápites.

Las principales modificaciones introducidas en la ley son las siguientes: La ley clasificará los objetos de contratación en: (a) obras o bienes por encargo; (b) bienes estandarizados y (c) demás bienes; (d) servicios de ingeniería; (e) servicios técnico-especializados; (f) servicios continuos; (g) servicios técnicos "intermediados", como publicidad y turismo; y (h) demás servicios. Esta clasificación entre bienes y servicios se guía por el criterio de mayor a menor complejidad. En esos términos, será posible diferenciar los procesos de compras de acuerdo a su complejidad y valor, con exigencias proporcionales en cuanto a documentos, garantías y plazos.

El caso de las agencias de turismo y de las empresas de publicidad, que asumen encargos estandarizados, encareciendo indebidamente las compras del

Estado, exigirá un tratamiento especial. Se deberá utilizar preferiblemente la licitación de tipo técnica-y-precio, haciendo posible el establecimiento de un descuento máximo o una comisión mínima, para evitar la competencia predatoria. En caso de igualdad de precios, prevalecerá el criterio técnico.

En las grandes obras, que podrán ser realizadas de acuerdo al criterio de mejor técnica al mejor precio y no sólo de precio, en caso de que el poseedor de la mejor técnica no presente el mejor precio, la comisión de licitación tendrá la posibilidad de negociar y obtener de éste una rebaja en el precio para lograr un precio mejor. Actualmente esto es casi imposible, porque la ley determina que las licitaciones que exigen mejor técnica o técnica y precio sean "utilizadas exclusivamente para los servicios de naturaleza predominantemente intelectual". La ley actual contiene un dispositivo que permite excepcionalmente ese procedimiento, pero las exigencias o condiciones son tantas que se torna impracticable. Es sabido que tal rigor y minuciosidad fue introducido en la legislación en el entendido de que las obras licitadas de tipo "técnica" o "técnica y precio" eran en muchos casos orientadas, dado el carácter subjetivo de la evaluación técnica. De la forma en que está instrumentado en la nueva ley, ese riesgo desaparece. La técnica superior sólo permite al que la detenta, tener la oportunidad de poder reducir su precio.

Por otro lado, para las compras pequeñas, los mecanismos de compra serán simplificados. En esa línea, se valorizarán los registros, preferiblemente electrónicos. El registro previo de los proveedores, de los bienes y de los precios anteriormente establecidos eliminará la exigencia de documentación en el momento de la licitación; estandarizará un número mayor de productos; volverá los precios del mercado más fácilmente conocidos y accesibles; permitirá el inventario automático de quienes podrán ser habilitados para la licitación; tornará posible la verificación directa y electrónica de los certificados negativos de débitos. Este registro, así como los demás dispositivos de la nueva ley, determinarán que la compra sea mucho más rápida, disminuirán los costos de proveer al Estado, harán que las licitaciones sean más simples, reducirán la oportunidad de los recursos judiciales, y simplificarán la exigencia de documentos de habilitación en la recolección de precios y en las competencias.

En la propuesta, se redujo una modalidad de compra: la convocatoria. Se realizó una unificación de los valores tope, actualmente diferenciados para obras y servicios de ingeniería y compras y demás servicios. Y se amplió el tope de gastos de licitación. Los valores tope son máximos y podrán ser reducidos en reglamentos particulares, respetando el límite de la Ley.¹⁷⁸

178. Estos límites más elevados fueron introducidos, en mayo de 1998, en un proyecto de conversión de la medida provisoria que ya establecía una serie de pequeños cambios de la Ley de Licitaciones.

Finalmente, la nueva ley dará al Estado mayores garantías de que la obra o servicio sean efectivamente realizados en los plazos fijados. La Ley 8.666, en la forma como fue aprobada originalmente por el Congreso, otorgaba ventajas excesivas a los contratistas más grandes al establecer pesadas exigencias de calificación técnica. La prohibición de esas exigencias llevó el problema al extremo opuesto, permitiendo en ciertas situaciones que se presentaran proveedores sin calificación técnica. Estas empresas tienen una tendencia mayor a no completar la obra, incluso porque acostumbran a presentar precios inejecutables. El problema no se resuelve aceptando o rechazando la prohibición. La nueva ley deberá resolver este problema en forma equilibrada. La idea consiste en exigir al proveedor comprobantes de haber realizado obras o servicios compatibles con el objeto de la licitación, pudiéndose considerar la sumatoria de varios contratos; y para contratos de menor valor la exigencia se limita sólo a la comprobación de la capacidad profesional.

El objetivo de la ley es permitir que el Estado compre al precio de mercado más que a un precio más bajo, especialmente si ese precio menor fuese un precio inejecutable. De esta forma, serán establecidos criterios más objetivos para excluir los precios no ejecutables. Con el mismo objetivo de garantizar la ejecución del contrato –cosa que es importante en las obras y especialmente importante en las concesiones de servicios públicos que deben ser también licitadas– se valoriza el *performance bond*, que, en caso de ser exigido en el llamado a licitación, podrá sustituir todas las garantías, en el caso de obras, así como toda la documentación relativa a la calificación técnica y económico-financiera. Como la obtención de este tipo de seguro depende mucho más de la calidad y confiabilidad de la empresa que de su tamaño y capacidad financiera, no estarán siendo penalizados los pequeños y medianos contratistas de calidad. El asegurador no tendrá dificultad para asegurar una empresa relativamente pequeña que tenga capacidad técnica y que haya ganado la competencia. El seguro que privilegia a la gran empresa es el *bid bond*, que no estará previsto en la ley.

Se permitirá la inclusión de esquemas de financiamiento en las competencias, a empresas públicas o sociedades de economía mixta que puedan generar ingresos capaces de amortizar los financiamientos, si su costo está claramente explicitado. Será obligatoria la aceptación de empresas en consorcio. Será explícito el permiso de fijación de precio máximo, como inhibidor de precios elevados en situaciones de menor competitividad. Será admitida en la licitación la participación de empresas recién constituidas, mediante la presentación del balance de apertura. Será aumentada la pena para los casos de contubernio entre licitantes o corrupción de licitantes.

En síntesis, las comisiones de licitaciones tendrán más autonomía y mayor responsabilidad. La complejidad del proceso de licitación será proporcional al

objeto de compra. El proceso de licitación será más rápido y más barato. El Estado y las empresas públicas que al final no fuesen privatizadas podrán comprar a mejor precio, con mayor rapidez, y con un menor costo, sin perjuicio de los controles que la *res publica* exige. Por el contrario, ésta será protegida en la medida en que el dinero del contribuyente será mejor empleado.

El registro de los proveedores. Para facilitar el proceso de participación en las licitaciones, ya fue implantado el Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) en medio electrónico, como módulo del SIASG –Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais–. Es un sistema de registro desburocratizado y unificado, a nivel nacional, que permite ampliar la competitividad y asegurar la transparencia en las licitaciones. Cualquier proveedor se puede registrar en 27 estados de la federación, quedando apto para participar en las licitaciones en toda la administración federal. El registro en el sistema, que opera *on line*, dispensa al proveedor de la presentación de documentación en cada licitación y asegura su convocatoria automática, en el caso de licitación por convocatoria. El SICAF se encuentra presente ya en 2.629 unidades de la administración federal, contando con 13.390 usuarios. A finales de 1997, ya estaban registradas cerca de 60.000 empresas, de las cuales cerca del 30% eran representadas por microempresas. Paralelamente, se está desarrollando la integración del SICAF con los registros de los órganos de recaudación. La Receita Federal y la Procuradoria da Fazenda Nacional ya están interconectados, posibilitando la consulta automática de los registros de CGC y CPF presentados en el registro y de la existencia de débitos fiscales que impiden la habilitación para la participación en licitaciones. La integración con otros organismos ya está en marcha. Con estos progresos, no será viable la presentación de certificaciones falsificadas por los proveedores, fortaleciendo la confiabilidad de los procesos de licitación.

Registro de precios y divulgación electrónica. El registro de precios, otro módulo del SIASG, será un instrumento poderoso para el abaratamiento de las compras gubernamentales, porque permitirá la comparación sistemática de precios ofertados a la administración federal en todas las compras y contratos realizados. Será responsable del seguimiento de todas las licitaciones y contratos. Los resultados de todas las licitaciones realizadas estarán disponibles en medio electrónico, particularmente la identificación de la empresa vencedora y el precio global de la compra o de la contratación. Al conducir una licitación, el gestor público contará con un referencial de precios en el ámbito de la administración y, en algunos casos, del mercado, de manera de poder evaluar con certeza la oportunidad, conveniencia y sitio de adquisición del bien. El gobierno se podrá valer de su poder de compra de manera más efectiva.

Las licitaciones en todos los organismos y entidades de la administración federal en Brasilia, están siendo ya divulgadas también en *internet*. La inserción en

internet se produce automáticamente, como procedimiento operacional del SIASG. Es decir, toda compra o contratación es ahora obligatoriamente divulgada en medio electrónico, facilitando el acceso a los proveedores, que pueden con una simple consulta a *internet*, encontrar en un mismo lugar los llamados y convocatorias de todos los organismos y entidades de la administración federal. Aunque restringida a las licitaciones realizadas en Brasilia, la divulgación electrónica alcanzará, hacia mediados del año próximo, las licitaciones de la administración federal en todo el territorio nacional.

TERCERIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

Una política central de la Reforma Gerencial, es la de tercerizar las actividades de apoyo, de modo que éstas se realicen de manera competitiva por empresas privadas. De esta forma, se está ampliando la relación de servicios que puedan ser fácilmente provistos por prestatarios especializados del sector privado. El objetivo es permitir que la administración oriente claramente sus áreas de acción, ejecutando con competencia sólo las actividades que son propias o exclusivas del Estado. Aquello que represente una actividad similar a la del sector privado debe ser objeto de ejecución indirecta, mediante contratación de prestatarios de servicios bajo condiciones que permitan la mayor economía de costos.

Esta política fue iniciada por el Decreto-ley nº 200/67, todavía en vigor. El Decreto nº 2271, del 7 de julio de 1997, reglamenta la ejecución indirecta de las actividades en la administración pública, abarcando en especial aquellas que corresponden a cargos que fueron eliminados o que lo serán en el momento de la jubilación de sus ocupantes. La tercerización está orientada hacia las actividades de naturaleza accesoria, instrumental o complementaria en relación al área de competencia del organismo o entidad; es por esto que las actividades de conservación, limpieza, seguridad, vigilancia, transportes, informática, copiado, recepción, reproducción de documentos, telecomunicaciones y manutención de locales, equipos e instalaciones deberán ser de preferencia contratados.

Además de permitir la tercerización de un conjunto de actividades que anteriormente eran atribuciones de cargos permanentes en la administración pública, la nueva reglamentación corrige distorsiones que hacían perder su especificidad a la institución de ejecución indirecta, en especial, la práctica de la utilización de los contratos de prestación de servicios para suplir las necesidades de personal que deberían ser provistas mediante la admisión o redistribución de funcionarios públicos. Además de esto, estipula normas para asegurar la economicidad de los contratos, evitando la manipulación de los costos y la imposición, a la administración

pública, de valores incompatibles con la realidad del mercado. De esta manera, el decreto establece reglas rigurosas, con el objetivo de evitar que la tercerización se desvirtúe: no podrá ser contratada la prestación de servicios que permita la subordinación directa de los empleados de la empresa contratada al organismo o entidad contratante; quedan prohibidas las cláusulas de reajuste automático de los valores de los contratos; en caso de alteración de los precios de mercado en contratos de ejecución continua de servicios, éstos deberán ser vueltos a pactar, respetando un intervalo mínimo de un año; los llamados a licitación deberán fijar siempre precios máximos, con base en valores de mercado, evitando la manipulación de las licitaciones por parte de los competidores, apuntando a inflar los precios; y finalmente, la contratación de servicios deberá basarse en la medición del servicio por unidad de medida específica, que deberá propiciar la medición del servicio efectivamente realizado.