

REFORMAS A LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS Y LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El 28 de mayo de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre otros ordenamientos legales.

Con esta reforma se modifica de manera sustancial el régimen de contratación pública federal, impulsando procedimientos más ágiles, a través de la eliminación de requisitos específicos como el de la adquisición de las bases de licitación y a través del establecimiento de procedimientos más transparentes relativos al ejercicio del presupuesto público, con figuras tales como la de los testigos sociales; incorporando incluso la posibilidad de promover medios alternativos para la solución de controversias.

Esta reforma establece también un régimen más flexible frente a las responsabilidades de los servidores públicos que anteriormente veían limitado su ámbito de acción, en virtud de los riesgos legales implícitos en el ejercicio de sus atribuciones en materia de contratación pública.

Los comentarios incluidos en estos Tópicos Legales pueden no ser compartidos por las autoridades administrativas o judiciales, por lo que no deberán considerarse como una asesoría profesional, siendo necesario analizar cada caso en particular.

A continuación presentamos nuestros comentarios en relación con los aspectos más relevantes de dicha reforma, los cuales se agrupan bajo el siguiente

ÍNDICE

	Página
Marco Constitucional.....	3
Simplificación del Procedimiento.....	3
Declaración de Integridad.....	4
CompraNet.....	4
Ofertas Subsecuentes de Descuento	4
Fallo Licitatorio	5
Inconformidades	6
Medios Alternativos de Solución de Controversias.....	6
Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.....	7
Herramientas de Fomento Económico	7
Contratos Celebrados Fuera del País	8
Protección al Medio Ambiente	8
Obras de Infraestructura	9
Régimen Energético.....	9
Especialización de Funcionarios	9
Deductivas	9
Comités de Contratación Pública.....	10
Ajuste de Precios.....	10
Sanciones	10
Implementación Gradual	11

* * * * *

Marco Constitucional

La reforma que se comenta remite a las disposiciones constitucionales que establecen los principios de eficacia, transparencia y legalidad en el ejercicio presupuestal y su programación, disponiendo que dichos principios deberán observarse en el ámbito de la contratación pública, de conformidad con su fuente constitucional.

Consideramos que estas referencias apuntan a una decisión gubernamental que tiende a evitar las prácticas de corrupción en el ámbito de la contratación pública, así como para que se privilegie la obtención de mayores beneficios económicos y mejores condiciones de contratación.

Se incluyen como sujetos al régimen de contratación pública de la Federación, los Municipios y los diversos entes públicos que los integran, cuando éstos ejercen el presupuesto federal.

Simplificación del Procedimiento

Esta reforma dota a los procedimientos de contratación pública de mayores herramientas de transparencia y legalidad, como se demuestra con la incorporación de la figura de los testigos sociales y con la eliminación de algunas etapas procedimentales.

A partir del 27 de junio de 2009 quedan eliminadas las bases de licitación y la necesidad de adquirirlas, como paso previo para demostrar el interés y constituir el derecho a participar en los procedimientos de contratación pública.

La convocatoria y las bases de licitación quedan fusionadas en la primera de dichas etapas, que ahora deberá establecer de manera clara y precisa, todos los requisitos de contratación, las causales de desechamiento y los lineamientos para la evaluación de las proposiciones.

La consulta de la convocatoria podrá realizarse de manera gratuita a través de la página de Internet del sistema CompraNet, y sólo se publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto de la misma.

Sólo será necesario que los licitantes interesados en participar en los procedimientos de contratación, manifiesten formalmente, ante la convocante, su intención de participar en el procedimiento de contratación pública correspondiente.

Se reducen los plazos con los que anteriormente contaban los proveedores y contratistas adjudicados para formalizar los contratos correspondientes, por lo que tanto en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, como en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, el plazo respectivo será únicamente de 15 días naturales posteriores a la adjudicación de que se trate.

La reducción del plazo para la formalización de los contratos adjudicados, aumenta la importancia de que la persona física o moral que resulte adjudicada prevea con anticipación suficiente el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha formalización, ya que de lo contrario pudiera verse imposibilitada para suscribir el contrato correspondiente y ser sancionada administrativamente por ese motivo.

Declaración de Integridad

Ahora, los licitantes deberán acompañar a sus proposiciones una declaración de integridad, en la que manifiesten bajo protesta de decir verdad, que por sí mismos o a través de interpósita persona, se abstendrán de adoptar conductas para que los servidores públicos de la dependencia o entidad, induzcan o alteren las evaluaciones de las proposiciones, el resultado del procedimiento, u otros aspectos que otorguen condiciones más ventajosas con relación a los demás participantes.

No deberá perderse de vista que esta declaración de integridad pudiera ser tomada en consideración para la imposición de sanciones administrativas, en caso de que la información contenida en dicha declaración se considere como falsa.

En relación con lo anterior, es importante tener en consideración que con estas reformas se ha eliminado la posibilidad de rectificar la información de manera espontánea para evitar la imposición de sanciones, por lo que el riesgo de sanción es mucho mayor en la actualidad.

CompraNet

El sistema CompraNet deberá ser objeto de las modificaciones necesarias para que a más tardar el 25 de julio de 2010, sea capaz de concentrar toda la información e historial de los proveedores y contratistas, las licitaciones públicas en trámite, sus respectivas convocatorias, así como de recibir las proposiciones, garantizar su secrecía y generar los sobres cerrados en los que se contendrán las mismas.

Asimismo, se establece que el sistema de CompraNet deberá ser permanente y estar a disposición de cualquier interesado, salvo en aquellos casos en que se trate de información de naturaleza reservada en los términos establecidos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Este sistema será también la vía para notificar el fallo licitatorio a los licitantes que no hayan asistido a la junta pública correspondiente, a quienes además se les enviará por correo electrónico un aviso informándoles que el acta del fallo se encuentra a su disposición en este medio de comunicación.

Ofertas Subsecuentes de Descuento

Se incorpora al régimen de adquisiciones de bienes y contratación de servicios, la posibilidad de que los licitantes realicen ofertas subsecuentes de descuentos con posterioridad a la presentación y apertura del sobre cerrado que contenga su

propuesta económica; lo cual les permitirá mejorar el precio ofrecido de manera inicial, pero sin variar las características de los productos originalmente ofertados.

No obstante, las disposiciones de la reforma que se comenta no resultan claras respecto al procedimiento y momento preciso en que podrán realizarse dichas ofertas de descuento subsecuente, por lo que esta herramienta podrá generar controversias y fomentar la presunción de tratos desiguales o privilegiados.

Fallo Licitatorio

Se precisan los alcances y contenido del fallo licitatorio, dotando a los procedimientos de contratación de una estructura que les permita transparentar el marco de legalidad de los fallos correspondientes, mismo que de manera obligatoria deberá contener lo siguiente:

- I. La relación de licitantes cuyas proposiciones se desecharon, expresando todas las razones legales, técnicas o económicas que sustentan tal determinación e indicando los puntos de la convocatoria que en cada caso se incumpla.
- II. La relación de licitantes cuyas proposiciones resultaron solventes, describiéndolas en lo general. Cuando no se señale expresamente incumplimiento alguno, se podrá presumir la solvencia de las proposiciones.
- III. En caso de que se determine que el precio de una proposición no es aceptable o no es conveniente, se deberá anexar copia de la investigación de precios realizada o del cálculo correspondiente.
- IV. Nombre del o los licitantes a quien se adjudica el contrato, indicando las razones que motivaron la adjudicación, de acuerdo a los criterios previstos en la convocatoria, así como la indicación de la o las partidas, los conceptos y montos asignados a cada licitante.
- V. Fecha, lugar y hora para la firma del contrato, la presentación de garantías y, en su caso, la entrega de anticipos.
- VI. Nombre, cargo y firma del servidor público que lo emite, señalando sus facultades de acuerdo con los ordenamientos jurídicos que rijan a la convocante. Se debe indicar también el nombre y cargo de los responsables de la evaluación de las proposiciones.

Cuando se declare desierta la licitación o alguna partida, se señalarán en el fallo las razones que lo motivaron.

En el fallo no se deberá incluir información reservada o confidencial, en los términos de las disposiciones aplicables.

Con la notificación del fallo por el que se adjudica el contrato, las obligaciones derivadas de éste serán exigibles, sin perjuicio de la obligación de las partes de firmarlo en la fecha y términos señalados en el mismo.

Cuando se advierta en el fallo la existencia de un error aritmético, mecanográfico o de cualquier otra naturaleza, que no afecte el resultado de la evaluación realizada por la convocante, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación y siempre que no se haya firmado el contrato, el titular del área responsable del procedimiento de contratación procederá a su corrección, con la intervención de su superior jerárquico, aclarando o rectificando el mismo, mediante el acta administrativa correspondiente, en la que se harán constar los motivos que lo originaron y las razones que sustentan su enmienda; hecho que se notificará a los licitantes que hubieran participado en el procedimiento de contratación, remitiendo copia de la misma al órgano interno de control dentro de los cinco días hábiles posteriores a la fecha de su firma.

Si el error cometido en el fallo no fuera susceptible de corrección conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, el servidor público responsable dará vista de inmediato al órgano interno de control, a efecto de que, previa intervención de oficio, se emitan las directrices para reposición del mismo.

Inconformidades

Se incorporan diversas formalidades y requisitos para la presentación de los escritos correspondientes y los plazos para su presentación y tramitación, además de que se hace posible la presentación de inconformidades cuando se declare desierto un procedimiento de contratación pública.

La resolución correspondiente, ahora podrá tener por alcance, no sólo la declaración de ilegalidad del fallo licitatorio, sino también el de ordenar la firma de un contrato a favor del promovente de la inconformidad, lo cual permite que dicho procedimiento ya no sea solamente de anulación sino ahora también puede reconocer derechos subjetivos específicos de los promoventes.

Medios Alternativos de Solución de Controversias

Se incorpora de manera formal, la posibilidad de que las partes accedan a medios alternativos de solución de controversias, en aquellos casos que no sean relativos a la rescisión administrativa o la terminación anticipada de los contratos. Entre otros medios alternativos de solución de controversias previstos en la reforma que se comenta, destaca el compromiso arbitral.

Las partes podrán convenir, desde la celebración del contrato, o con posterioridad a éste, compromisos arbitrales respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo, así como respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de la ejecución de obras públicas o servicios relacionados con las mismas.

El costo y los honorarios propios del arbitraje deberán ser cubiertos por las partes, salvo determinación en contrario contenida en el laudo arbitral.

Este procedimiento culminará con el laudo arbitral, mismo que podrá ser considerado para solventar observaciones dentro de los procedimientos de auditoría o responsabilidades, por parte del servidor público, cuando éste sea cuestionado sobre la materia objeto de dicho laudo.

Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias, tales como recurrir al dictamen de un perito en la materia que corresponda, siempre que dichos medios alternativos se encuentren reconocidos en las disposiciones generales que al efecto dicte la Secretaría de la Función Pública.

Cabe destacar, que el medio de solución de controversias, consistente en el compromiso arbitral, no requiere aprobación de la Secretaría de la Función Pública, en virtud de que fue expresamente incluido tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

En la reforma que se comenta se establece un régimen más flexible frente a las responsabilidades de los servidores públicos, quienes anteriormente veían limitada su capacidad de toma de decisiones por el riesgo de ser sancionados por el ejercicio de sus funciones en materia de contratación pública.

Los servidores públicos podrán hacer valer en su defensa cuestiones de criterio, así como demostrar la ausencia de afectaciones económicas específicas al Estado, con motivo de un acto que en un primer momento pudiera resultar cuestionable o ilegal.

Herramientas de Fomento Económico

Consideramos que esta reforma establece disposiciones acordes con la decisión gubernamental de hacer de la contratación y gasto público, una herramienta de fomento económico que impulse el desarrollo de pequeñas y medianas empresas y la creación de puestos de trabajo, por lo que se impone a las dependencias y entidades, la obligación de diseñar y ejecutar programas de desarrollo de proveedores de micro, pequeñas y medianas empresas nacionales para generar cadenas de proveeduría respecto de bienes y servicios que liciten regularmente.

De igual forma, se da un trato preferente a aquellos proveedores o contratistas que mantengan un historial positivo que justifique la disminución de las garantías de cumplimiento que les serán exigibles con motivo de la adjudicación de contratos públicos. Para ello, será indispensable que la Secretaría de la Función Pública desarrolle bases de datos que permitan identificar a las personas adjudicadas que podrán acceder a tales beneficios.

Entre el 29 de mayo de 2009 y el 31 de diciembre de 2009 las dependencias y entidades estarán exceptuadas para celebrar licitaciones públicas, en toda contratación de construcción, mantenimiento o reparación de obras, en las que se acredite contar con empleo intensivo de mano de obra que represente al menos un 50% del costo total del proyecto.

Por otra parte y sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales que cuenten con un capítulo de contratación pública y prevean un trato no discriminatorio a los nacionales de las partes celebrantes, se impone la obligación a los contratistas de incorporar el 30% de mano de obra nacional.

Este tipo de requisitos deberá ser incorporado en la convocatoria a la licitación correspondiente, e incluso dentro del contrato de que se trate, ya que de otro modo, difícilmente podrá ser considerado como requisito que afecte la solvencia de la proposición o como obligación exigible durante la ejecución o cumplimiento de los contratos.

Contratos Celebrados Fuera del País

A efecto de garantizar la aplicación de los principios de economía, eficacia, imparcialidad, honradez y transparencia, todos los contratos de obra pública y servicios relacionados con la misma celebrados fuera del país, deberán estar precedidos por un dictamen de procedencia suscrito por el titular de la entidad o dependencia de que se trate, así como de un escrito de conformidad emitido por el titular del área contratante.

Protección al Medio Ambiente

Se incorpora una serie de requisitos relativos a la protección del medio ambiente tendientes a que en todo procedimiento de contratación, ya sea de adquisiciones, arrendamientos u obra pública, se apliquen las disposiciones de carácter general que emitan las dependencias del sector, así como para que se privilegie el uso eficiente y sustentable de los recursos naturales.

De esta forma, los estudios, planes y programas para la realización de obras públicas asociadas con proyectos de infraestructura de los sectores de comunicaciones, transportes, hidráulico, medio ambiente, turístico, educación, salud y energético deberán incluir la valoración del impacto ambiental que pudiera derivar de su ejecución, así como las medidas necesarias para la protección al ambiente.

Tratándose de adquisiciones de madera, muebles y suministros de oficina, las entidades y dependencias convocantes deberán requerir la presentación de certificados emitidos por unidades de verificación acreditadas y registradas ante la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, a efecto de garantizar el manejo sustentable de los bosques y demás recursos naturales.

Es importante mantener en consideración que los procedimientos de certificación tienden a ser complejos y altamente especializados, por lo que será indispensable que dicha certificación sea obtenida con suficiente anticipación, ya que el cumplimiento de estos requisitos afectará directamente la solvencia de las proposiciones.

Por lo que hace a la adquisición de papel para uso de oficina, se deberá requerir un mínimo de 50% de fibras de material reciclado y blanqueado, libre de cloro. Por ello, la Secretaría de la Función Pública y la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales deberán emitir, a más tardar el 25 de junio de 2009, los lineamientos correspondientes.

En este espíritu, también se encuentra orientada la decisión de digitalizar la tramitación y documentación de los procedimientos de contratación pública, que ahora se realizarán, por regla general, mediante el uso de tecnologías informáticas.

Obras de Infraestructura

Las obras de infraestructura que requieran inversión a largo plazo y amortizaciones programadas quedarán sujetas a la aprobación que otorgue la Cámara de Diputados, conforme a sus facultades constitucionales y demás leyes de orden presupuestario aplicables, quedando incluidas en el catálogo de obras públicas sujetas a dicha aprobación.

Régimen Energético

Acorde con las reformas en materia energética recientemente aprobadas en nuestro País, se excluyen del régimen general de contratación pública los trabajos de exploración, geotécnica, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas natural que se encuentran en el subsuelo y plataforma marina que integran el territorio nacional, los cuales quedan regulados por la normatividad especial que actualmente se encuentra vigente.

La alta importancia de la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas natural, justifica la creación de procedimientos expeditos que atendiendo a las exigencias y necesidad de especialización de la materia, permitan una mayor agilidad y garanticen la eficiencia en los procedimientos de contratación pública, así como una mayor eficacia presupuestal que permita la obtención de prestaciones con estándares internacionales que incrementen la competitividad de la industria del ramo.

Especialización de Funcionarios

Se reconoce la necesidad de que los funcionarios involucrados en los procedimientos de contratación pública cuenten con un perfil específico, capaz de garantizar el apego a los principios que rigen la materia, otorgando a la Secretaría de la Función Pública facultades específicas para establecer las directrices conforme a las cuales se determinarán los perfiles de los citados funcionarios y su capacitación.

Deductivas

Cuando las dependencias o entidades realicen retenciones económicas a las estimaciones por retrasos en la ejecución de los trabajos, éstas podrán ser recuperadas

por los contratistas en las siguientes estimaciones siempre que regularicen los tiempos de atraso conforme al programa general de ejecución de los trabajos.

Comités de Contratación Pública

Se acentúa la importancia de la participación y toma de decisiones de los comités de contratación pública, mismos que atendiendo a las características específicas del sector podrán incluso tener la naturaleza de órganos desconcentrados de la Secretaría en cuestión, lo que consideramos, aporta un elemento adicional en la transparencia e imparcialidad en el establecimiento de los criterios de adjudicación y en la determinación de los requisitos a observar.

Ajuste de Precios

En materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, el ajuste de precios será de exclusiva responsabilidad de aquella parte a quien beneficie y deberá promoverse en los plazos y cumpliendo con los requisitos al efecto establecidos. En todo caso, el procedimiento y requisitos correspondientes, deberá establecerse desde la convocatoria, invitación y/o contrato correspondiente.

Cuando el porcentaje del ajuste de los costos sea a la alza, el contratista deberá promover dicho ajuste dentro de los sesenta días naturales siguientes a la publicación de los índices aplicables al mes correspondiente, mediante la presentación por escrito de la solicitud, estudios y documentación que la soporten.

Si el referido porcentaje es a la baja, será la dependencia o entidad quien lo determinará en el mismo plazo, con base en la documentación comprobatoria que lo justifique, salvo cuando se trate de casos en que ya se encuentre establecida la proporción en que intervienen en el proyecto los insumos en el costo directo y el ajuste ya se encuentre pactado.

La dependencia o entidad contará con un plazo de sesenta días naturales para resolver lo que en cada caso proceda, configurándose afirmativa ficta, para el caso en que no se emita la resolución respectiva dentro del plazo indicado.

No obstante, la dependencia o entidad contratante podrá apercebir, por escrito, al contratista para que, en el plazo de diez días hábiles a partir de que le sea requerido, subsane el error o complemente la información solicitada, cuando ésta se haya presentado incompleta o con errores.

El reconocimiento por ajuste de costos en aumento o reducción se deberá incluir en el pago de las estimaciones, considerando el último porcentaje de ajuste que se tenga autorizado.

Sanciones

Con esta reforma se limita a ciertos casos, la posibilidad de cumplir espontáneamente las disposiciones que se hubieren dejado de observar, por lo que ya no

quedarán exentos de responsabilidad quienes acepten espontáneamente haber proporcionado información falsa en algún procedimiento de contratación, en la celebración del contrato, durante su vigencia, o bien, en la presentación o desahogo de una conciliación o de una inconformidad.

En estos términos, es fundamental no perder de vista que la mayoría de las declaraciones bajo protesta de decir verdad que se hacen dentro de las proposiciones, se realizan utilizando formatos predeterminados y uniformes, lo que aumenta el riesgo en la suscripción de los documentos en cuestión, ya que no será posible revertir las imprecisiones que se pudieran cometer por el uso de dichos formatos.

Implementación Gradual

Aun cuando estas reformas entraron en vigor el pasado 27 de junio de 2009, las disposiciones transitorias del decreto que se comenta establecen que los cambios en el sistema de contratación pública deberán implementarse y producir efectos a corto, mediano y largo plazo.

En una primera etapa, se flexibiliza durante el año 2009 el régimen de excepciones para los procedimientos de contratación pública mediante adjudicación directa e invitación a cuando menos tres personas, lo cual estimamos es acorde con la estrategia gubernamental que tiende a buscar en la contratación que se realiza una herramienta que promueva el desarrollo económico nacional, en la etapa de crisis económica que actualmente se vive en el País.

Mediante disposición transitoria se establece que el Ejecutivo Federal deberá emitir de manera gradual los reglamentos necesarios para la implementación de este régimen, al igual que las diversas Secretarías deberán emitir los lineamientos que les correspondan; para concluir con la implementación y mejoramiento de los sistemas informáticos que deberán concretarse a más tardar el 25 de julio de 2010.

* * * * *