



Compras públicas en la Unión Europea y el Reino Unido: recursos a las infracciones y sistemas dinámicos de adquisición

Autor

Samuel Argüello Verbanaz

Correo electrónico:
sarquello@bcn.cl

Teléfono: +56 322263188

Elaborado para la comisión
de Economía del Senado

N.º SUP: 135.927

Resumen

Hay cuatro directivas europeas principales que regulan las compras públicas en la Unión Europea y el Reino Unido. Incluyen tanto los recursos a los incumplimientos de las normativas de compras públicas como la regulación de los sistemas dinámicos de adquisición.

Existen tres categorías de recursos. 1) Medidas provisionales: buscan impedir que se generen situaciones inalterables y evitar que la adjudicación de un contrato público proceda sin los operadores económicos que pudiesen haber participado. 2) Anulación: cancelan o dejan sin efecto las adjudicaciones que no se ajustaron a la legislación o corrigen irregularidades probadas. 3) Indemnización: son compensaciones económicas para los operadores económicos dañados por el incumplimiento de las normas.

Los sistemas dinámicos de adquisición (SDA) deben ser completamente electrónicos y abiertos a todos los operadores económicos que cumplan con los criterios de selección durante todo el tiempo que estén en funcionamiento. Una forma de SDA son los catálogos electrónicos, especialmente útiles cuando los productos y servicios que se necesitan son fáciles de describir y especificar.

En Italia se ha implementado el catálogo electrónico para las compras de fármacos. El catálogo es un formato estandarizado en el que se especifican el código del Sistema de Clasificación Anatómica, Terapéutica, Química (ATC), el principio activo, el formato de presentación y la dosis. Los proveedores informan a través del catálogo el precio al que están dispuestos a vender cada fármaco.

En el Reino Unido hay un sistema de subastas electrónicas para las compras públicas. Los servicios públicos especifican las características de los productos o servicios que necesitan y los proveedores hacen ofertas en tiempo real en una subasta para que así el organismo público pueda comprar al que vende a un precio más bajo.

I. Introducción

El presente informe se realizó a solicitud de la comisión de Economía del Senado en el marco de la discusión del proyecto de ley que moderniza la ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado ([boletín N° 14.137-05](#)).

Se muestran las formas en que se regulan los recursos cuando se producen incumplimientos de la normativa de compras públicas en la Unión Europea y en el Reino Unido y los sistemas dinámicos de adquisición en que se han implementado en Italia y el Reino Unido a través de catálogos electrónicos y de subastas electrónicas que permiten la comparación de precios.

Se decidió mostrar cómo se regulan los recursos a los incumplimientos en compras públicas y los sistemas dinámicos de adquisición desde el punto de vista de las directivas porque se implementan en los veintisiete Estados de la Unión y porque también se traspusieron en el Reino Unido antes de que saliera de la Unión Europea.

Todas las citas textuales son traducciones del autor.

II. Ámbito de aplicación de las directivas de recursos

En la Unión Europea existen tres directivas principales que regulan las formas de resolución de conflictos y recursos. Los recursos son las medidas a las que los servicios públicos y los proveedores pueden recurrir cuando se producen incumplimientos de las normas que regulan las compras públicas.

Estas directivas son la 89/665/EEC y la 92/13/EEC, las que fueron modificadas sustancialmente por la directiva 2007/66/EC. Estas directivas se las conoce como directivas de recursos, a las que habitualmente se hace referencia por *remedies directives* en inglés en la literatura y en la políticas públicas. Si bien el Reino Unido ya no forma parte de la Unión Europea, las compras públicas se regulan en base a las mismas directivas mencionadas (CCS 2016).

El ámbito de aplicación de estas directivas depende del valor del contrato, del organismo que lo adjudica y del sector al que se aplica. Así, para los contratos otorgados por los organismos que figuran en el anexo IV de la directiva¹ y que no sean del ámbito de la defensa, la directiva se aplica para contratos cuyo valor estimado sin IVA sea igual o superior a 162.000 euros (Directiva 2007/66/EC artículo 7a).

¹ El anexo IV de la directiva contiene una extensa lista de organismos que incluye a los ministerios pero que también incluye otros tipos de entidades públicas como hospitales, tribunales, universidades, museos, las provincias, los municipios, etc. La lista es demasiado larga para mencionarla en detalle en este informe. En términos generales es muy comprensiva e incluye una gran variedad de organismos públicos para cada país.

Se aplica a los contratos de 240.000 euros o más sin IVA en el caso de organismos públicos que no están en el anexo IV de la directiva. También se toma en cuenta este umbral para algunos elementos de sectores específicos entre los cuales están algunos servicios de investigación y desarrollo, algunos servicios de telecomunicaciones, algunos tipos de servicios de transporte por ferrocarril, algunos servicios de transporte marítimo y fluvial, algunos servicios sociales y de salud, etc. (Directiva 2007/66/EC artículo 7b). Las categorías específicas dentro de cada sector son demasiadas y no se pueden mencionar exhaustivamente en este informe que, es pertinente aclarar, tiene por objetivo explicar las formas de resolución de conflicto y los recursos existentes en la adjudicación de contratos públicos.

Para las contratos públicos de obras el umbral al que se aplica esta directiva aumenta considerablemente hasta los 6.242.000 euros (Directiva 2007/66/EC artículo 7c). En términos generales, los contratos públicos de obras incluyen obras fluviales, carreteras, vías férreas, puentes, túneles, construcción de edificios, etc.²

Para los contratos del sector de la defensa existen ciertas excepciones para la aplicación de esta directiva.

Respecto a quién puede solicitar alguna de las medidas reguladas en las directivas de recursos, pueden hacerlo todos los operadores económicos que hayan expresado un interés en participar en un proceso de adjudicación o que lo hubiesen hecho si este se hubiera publicitado (SIGMA 2016, p .3).

Hay que tener en cuenta que estas directivas se trasponen a las legislaciones nacionales de cada Estado de la Unión Europea, y es cuando se trasponen que se determinan los detalles específicos del contenido de la directiva. En este informe se mencionan los elementos de la directiva y no las variedades específicas en las que cada país la traspuso a su legislación nacional.

III. Principios generales y tipos de recursos

Principios que guían la directiva de recursos

Como menciona SIGMA³ (2016, p. 2), “el objetivo de las directivas de recursos es asegurar que las irregularidades que sucedan en el procedimiento de adjudicar un contrato puedan ser impugnadas y corregidas tan pronto como ocurren. [...] Es importante para los operadores económicos tener disponibles mecanismos para hacer cumplir las normas de contratación pública. Estos mecanismos motivan a los operadores económicos a monitorear la adjudicación de contratos públicos y a exigir que se respeten las normas de contratación pública para que sus posibilidades de adjudicarse un contrato nos sean reducidas de forma ilegítima.”.

² Se puede ver la lista completa de en el anexo I de la directiva.

³ SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) es una iniciativa conjunta entre la Unión Europea y la OCDE cuyo objetivo desde 1992 es fortalecer los fundamentos para una gobernanza pública mejorada (SIGMA s/f).

Las directivas de recursos deberían incrementar la legalidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos, generar confianza en los negocios y facilitar la apertura de los mercados públicos locales a la competencia extranjera.”⁴.

Los principios que guían las directivas es que los recursos disponibles para compras públicas deben ser (SIGMA 2016, p. 2):

- Claros y sin complicaciones, es decir, entendibles y fáciles de usar por los operadores económicos.
- Disponibles para todos los operadores económicos que deseen participar en una adjudicación de contrato público sin discriminación.
- Útiles para prevenir y corregir las situaciones contrarias a la ley por parte de los operadores económicos y/o las autoridades que adjudican los contratos públicos.

Tipos de recursos⁵

Los detalles de los recursos disponibles los fija cada legislación nacional de los países de la Unión Europea, pero las directivas le exigen a los Estados que implementen tres tipos de recursos: medidas provisionales, anulación e indemnizaciones. A continuación se explican estos tres recursos.

Medidas provisionales: el objetivo de las medidas provisionales es impedir que se generen situaciones inalterables y evitar que la adjudicación de un contrato público proceda sin los operadores económicos que pudiesen haber participado y tal vez obtenido la adjudicación del contrato público.

En la práctica, típicamente se pueden aplicar tres medidas provisionales distintas:

- 1) La suspensión de la implementación de cualquier decisión tomada por la autoridad contratante.
- 2) La suspensión completa de la adjudicación del contrato.
- 3) La corrección provisional de una infracción, aunque según SIGMA (2016, p. 3) esta medida provisional es más bien inusual.

Según SIGMA (2016, p. 3), los objetivos de las medidas provisionales solo pueden lograrse si el sistema legal ofrece una posibilidad efectiva, simple y rápida de obtener una medida provisional y si el órgano competente no es reacio, por principio, a entregar medidas provisionales.

Anulación: estas medidas cancelan o dejan sin efecto las adjudicaciones que no se ajustaron a la legislación o corrige las situaciones derivadas de estas irregularidades, es decir, corrige irregularidades probadas.

Típicamente existen tres tipos de medidas de anulación:

- 1) Eliminar especificaciones técnicas, económicas o financieras discriminatorias de los anuncios de licitación, pliegos o cualquier otro documento relacionado con las compras públicas.

⁴ La referencia a la competencia extranjera es más relevante en el marco de la Unión Europea, donde existe libre movilidad de personas y capitales y puede no tener el mismo significado para otras jurisdicciones.

⁵ Toda esta sección se basa en SIGMA (2016, p. 3-4).

- 2) Anulación de decisiones contractuales irregulares.
- 3) Corrección de cualquier documento o decisión contractual que sea irregular, por ejemplo, reintegrar a un operador económico que fue excluido de manera irregular.

Si se inician las medidas provisionales o de anulación la directiva de recursos establece que no se puede adjudicar el contrato público hasta que el órgano encargado de revisar el recurso haya tomado una decisión.

Indemnizaciones: las indemnizaciones son compensaciones económicas para los operadores económicos dañados por el incumplimiento de las normas que regulan las compras públicas. El procedimiento y la jurisdicción de las indemnizaciones dependen de legislación de cada país, donde se determinan los plazos, los requisitos de prueba y los montos de las compensaciones. Además, la directiva 2007/66/EC establece que cuando se solicita una indemnización sobre la base de que una decisión se hizo de manera irregular, los Estados la pueden anular por el órgano competente (según los principios que se explican más arriba) (Directiva 2007/66/EC artículo 2.6).

IV. Sistemas dinámicos de adquisición en la Unión Europea y el Reino Unido

Principales aspectos de los sistemas dinámicos de adquisición en la Unión Europea y el Reino Unido

Si bien cada país implementa independientemente los sistemas dinámicos de adquisición (SDA), las normas generales que los regulan están establecidos en la Directiva 2014/24/CE⁶ sobre contratación pública. En cualquier caso, los SDA se utilizan para las compras de bienes y servicios que están disponibles habitualmente en el mercado de manera relativamente estandarizada.

Si se comparan con los acuerdos-marco de compras públicas, los SDA tienen la ventaja de que permiten la entrada de operadores económicos en todo momento, lo cual aumenta la disponibilidad de proveedores para los compradores públicos, a diferencia de los acuerdos-marco que suelen ser menos flexibles (Comisión Europea 2021, p. 5).

Los SDA funcionan en dos etapas. En primer lugar, se debe poner en marcha el sistema y acreditar a los proveedores, es decir, aceptarlos a participar en el sistema en base a criterios objetivos. En segundo lugar, el organismo público interesado en adquirir un bien o servicio publica una invitación para que participen los proveedores que ya están acreditados en el sistema en la oportunidad de negocio (Comisión Europea 2021, p. 7).

Según la directiva europea que regula la contratación pública, los sistemas dinámicos de adquisición deben ser completamente electrónicos y abiertos a todos los operadores económicos que cumplan con los criterios de selección, no solo en el momento de puesta en marcha del SDA sino durante todo el tiempo que esté en funcionamiento. El organismo adjudicador debe resolver las solicitudes de

⁶ Igual que en el caso de los recursos, esta directiva que regula los sistemas dinámicos de adquisición también se aplica en el Reino Unido.

acreditación para participar en el SDA en un plazo máximo de diez días hábiles.⁷ Además, el SDA puede estar dividido en categorías de productos, de trabajos o de servicios y la institución encargada de adjudicar las compras debe precisar qué criterios se aplican a cada categoría (Directiva 2014/24/UE, artículo 34), de esta manera se puede favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas (Comisión Europea 2021, p. 5-6).

La Directiva que regula los SDA determina explícitamente los cuatro pasos que deben seguir los compradores públicos, es decir, los adjudicadores (Directiva 2014/24/UE, artículo 34.4):

- 1) Publicar una convocatoria de licitación donde se diga claramente que se trata de un SDA.
- 2) Especificar en los pliegos, por lo menos, la naturaleza de la compra y la cantidad estimada. También se deben precisar todas las informaciones necesarias relativas a la operación del SDA, incluida la manera en cómo funciona, el equipo electrónico utilizado y las configuraciones y especificaciones de conexión necesaria.
- 3) Indicar todas las subdivisiones en categorías de productos, de trabajos o de servicios y las características que definen cada una.
- 4) Entregar, durante el período de validez del SDA, un acceso sin restricción, completo y directo a los pliegos de licitación.

Además, la directiva prohíbe cobrar cualquier tipo de gasto a los participantes ni antes de que entren al SDA ni durante el tiempo en el que participen en este (Directiva 2014/24/UE, artículo 34.9).

Catálogos electrónicos

La directiva 2014/24/UE permite a los Estados utilizar catálogos electrónicos. Ya que en los SDA cada adjudicación es el resultado de una convocatoria para una licitación, establecer catálogos electrónicos puede ayudar a simplificar y estandarizar las licitaciones. Cuando los productos y servicios que se necesitan son fáciles de describir y especificar, sobre todo cuando hay muchos compradores y vendedores, los catálogos electrónicos son especialmente útiles (Comisión Europea 2021, p. 15).

Según el Grupo de Expertos de Varias Partes Interesadas sobre Contratación Electrónica de la Comisión Europea⁸, los catálogos electrónicos son un proceso eficaz en el que los poderes adjudicadores definen los productos o servicios que quieren adquirir y es fácil para los proveedores indicar el precio, lo que ofrecen, etc. En definitiva, los catálogos electrónicos pueden facilitar la evaluación y permitir a los usuarios finales encontrar fácilmente los productos que quieren adquirir y es transparente para las partes.

En términos generales existen dos tipos de catálogos electrónicos. En un modelo el adjudicador elabora un catálogo en forma de plantilla para cada licitación, se lo comunica a los proveedores acreditados y estos rellenan las plantillas con la información solicitada, en particular el precio al que están dispuestos

⁷ Este plazo se puede aumentar a quince días hábiles en los casos justificados, en particular cuando hay que analizar documentación complementaria o si el adjudicador debe verificar en profundidad si el solicitante cumple con los requisitos establecidos.

⁸ Este grupo es un órgano consultivo creado por la Comisión Europea para asesorar a la Comisión.

a vender el bien. En el otro modelo los proveedores los que elaboran los catálogos para participar en los SDA y los actualizan para participar en cada licitación.

Más detalladamente, en el primer modelo los organismos públicos utilizan los catálogos electrónicos para describir las características y exigencias de los productos y servicios y le piden a los proveedores que entreguen las especificaciones y los precios de forma estandarizada para que así el adjudicador pueda realizar un análisis estructurado y una evaluación automatizada. Con este procedimiento lo importante es que se diseñe la plantilla del catálogo electrónico de una forma que permita un análisis eficaz de los elementos que se utilizarán para aplicar reglas de puntaje a las ofertas de cada proveedor.

Ejemplos de implementación catálogos electrónicos en Italia y el Reino Unido

A continuación se explica el funcionamiento detallado de catálogos electrónicos en Italia y el Reino Unido. El primero es estrictamente un catálogo electrónico bajo el modelo que se explicó más arriba, mientras que el segundo es una herramienta de subastas electrónicas.

Italia⁹

En 2011 el Consip¹⁰ puso en marcha el primer SDA en Italia para los productos farmacéuticos. El catálogo electrónico del Consip se basa en una descripción estandarizada de cuatro características técnicas de los productos farmacéuticos.

Las características técnicas del catálogo electrónico de fármacos deben incluir 1) el código del Sistema de Clasificación Anatómica, Terapéutica, Química (ATC), 2) el principio activo, 3) el formato de presentación y 4) la dosis.

El catálogo electrónico de fármacos contenía en 2021 más de 6.500 productos. Se publica en formato Excel junto con los pliegos y documentos asociados al SDA establecido para este mercado y solo el organismo adjudicador de las licitaciones puede solicitar que se añadan productos.

En este caso específico las compras de medicamentos se hacen de forma centralizada. Por lo tanto, el catálogo lo utilizan los organismos públicos que quieren comprar fármacos (hospitales, por ejemplo), los cuales indican la cantidad que necesitan de cada uno, y los proveedores, los que indican a qué precio venden cada uno de los fármacos y presentan su oferta.

Luego, la plataforma del Consip procesa todos estos datos automáticamente y clasifica las ofertas de los proveedores según el criterio establecido, que en este caso es el precio más bajo.

Para entender mejor cómo funciona, en la tabla 1 se muestra un ejemplo de la estructura del catálogo electrónico del Consip. En este ejemplo los diversos organismos públicos que quieren comprar fármacos deberían indicar la cantidad necesaria, el Consip agrega luego todas las solicitudes hechas a través del

⁹ Esta sección se basa en Comisión Europea (2021, p. 16).

¹⁰ El Consip es una empresa estatal al servicio exclusivo de la administración pública que se encarga de utilizar instrumentos y metodologías digitales a través de soluciones innovadoras de compras públicas electrónicas (conocidas en inglés como *e-procurement*) (Consip 2022).

catálogo electrónico y los proveedores presentan sus ofertas en el mismo formato de catálogo electrónico para cada producto y cantidad.

Tabla 1. Ejemplo de la estructura del catálogo electrónico del Consip

N.º id. del lote	Id. Del sublote	Código ATC	Principio activo	Forma de administración	Dosis	Unidad de medida	Cantidad necesaria	Precio base
		R05CB02	Bromhexina clorhidrato	Comprimidos	8 mg	Comprimido		
		R05CB02	Bromhexina clorhidrato	Ampollas	2 ml (2 mg/ml)	Ampolla		
		R05CB02	Bromhexina clorhidrato	Gotas	40 ml (2 mg/ml)	Frasco		
		R05CB02	Bromhexina clorhidrato	Jarabe	250 ml (0,8 mg/ml)	Frasco		
		S01CB11	Bromfenac sesquihidrato de sodio	Colirio	5ml (0,9 mg/ml)	Frasco		

Fuente: Comisión Europea (2021, p. 16).

Reino Unido

En el Reino Unido existe la herramienta eAuction¹¹, un sistema de subastas electrónico para las compras del sector público. eAuction es una herramienta que funciona completamente en línea y en tiempo real. El Crown Commercial Service (CCS)¹² gestiona eAuction de principio a fin y dispone de profesionales que ayudan y guían a los compradores del sector público durante el proceso de adquisición de bienes y servicios (CCS 2022a). Dada la forma en que opera, se utiliza para bienes y servicios comunes que pueden ser especificados con precisión.

eAuctions permite compras individuales de servicios públicos y también la agregación de los pedidos de un mismo tipo de producto o servicio de varios organismos públicos para aumentar el volumen de compra y así lograr precios más bajos. En lo fundamental, eAuctions permite a los proveedores pujar de manera abierta por los bienes y servicios que demandan los servicios públicos. En general los proveedores compiten solamente por precio, es decir, el que ofrece un precio más bajo en la puja es quien se adjudica el contrato. Ahora bien, se pueden establecer otros criterios previos que deben cumplir, como por ejemplo la cantidad a entregar o la calidad del producto. En ciertos casos de eAuctions se pueden ponderar criterios técnicos, de calidad y entregas junto con el precio para determinar quién se adjudica a compra pública (CCS 2022a).

La mecánica de la subasta es que los proveedores potenciales compiten entre ellos reduciendo el precio al que ofrecen los bienes y servicios, es decir, es lo que habitualmente se conoce por subasta inversa. A diferencia de las licitaciones tradicionales donde la oferta inicial es la definitiva, la eAuction permite a cada proveedor hacer múltiples ofertas iterativas con precios cada vez más bajos en competencia con el resto de proveedores que pujan en tiempo real (CCS 2022b).

Si bien la manera principal de funcionar de eAuction es de subastas por precios a la baja o subasta inversa (los postores hacen ofertas con precios cada vez más bajos), también existen subastas

¹¹ eAuction significa *electronic auction*, lo que se puede traducir al castellano como subasta electrónica.

¹² El Crown Commercial Service es el principal encargado de las compras públicas en el Reino Unido.

tradicionales por precio al alza (los postores hacen pujas con precios cada vez más altos). Esto último se puede utilizar, por ejemplo, para un servicio público que quiere reciclar grandes cantidades de papel y pone en marcha una eAuction para contratar el servicio con el proveedor que más le pague por kilo de papel para reciclar (CCS 2022c).

En la práctica, el típico proceso de eAuction implica que el servicio público estable las necesidades de compra y su disposición a agregar las compras junto con otros servicios públicos si fuera necesario. Se establecen los términos de la subasta, se publican y los proveedores envían sus respuestas de que quieren participar junto con las características su oferta y el precio inicial. Luego se evalúan las respuestas de los potenciales proveedores y se invita a la subasta a los que quieren participar y cumplen con los requisitos establecidos. Durante la subasta los oferentes saben en qué puesto están pero no saben contra quién compiten. Después de treinta minutos desde el inicio de la subasta cada puja extiende el plazo para pujar y la subasta se cierra si pasan cinco minutos sin ninguna nueva puja. La subasta dura típicamente entre una y tres horas, aunque puede ser más larga, y los datos se actualizan en tiempo real para todos los participantes, en particular la posición de cada oferente respecto a los demás, la que se recalcula cada vez que entra una nueva puja (CCS 2022c).

Referencias

CCS (2016). A brief guide to the 2014 EU public procurement directives. Crown Commercial Service. Disponible en <http://bcn.cl/35frh> (consultado el 21 de septiembre de 2022).

CCS (2022a). Aggregations, eAuctions, and how to take advantage of the public sector's national buying power. Crown Commercial Service. Disponible en <http://bcn.cl/35frj> (consultado el 20 de septiembre de 2022).

CCS (2022b). eAuctions. Crown Commercial Service. Disponible en <http://bcn.cl/35frn> (consultado el 20 de septiembre de 2022).

CCS (2022c). eAuctions. Guidance. Crown Commercial Service. <http://bcn.cl/35frr> (consultado el 20 de septiembre de 2022).

Consip (2022). Chi siamo. Disponible en <http://bcn.cl/35frr> (consultado el 14 de septiembre de 2022).

Directiva 2014/24/UE. Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/UE. Disponible en <http://bcn.cl/35fru> (consultado el 15 de septiembre de 2022).

Directiva 2007/66/EC. Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007. Disponible en <http://bcn.cl/35frx> (consultado el 14 de septiembre de 2022).

Comisión Europea (2022). Systèmes d'acquisition dynamiques. Guide d'utilisation. Disponible en <http://bcn.cl/35fry> (consultado el 15 de septiembre de 2022).

SIGMA (s/f). SIGMA at a glance. Disponible en <http://bcn.cl/35fs0> (consultado el 13 de septiembre de 2022).

SIGMA (2016). Public procurement. Remedies. Brief 12. Unión Europea y OCDE. Disponible en <http://bcn.cl/35fs2> (consultado el 14 de septiembre de 2022).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)