

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Maestría en Derecho de las Contrataciones
(Segunda edición)**



**“ANÁLISIS DEL MARCO REGULATORIO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA Y
SELECTIVA SEGÚN LA LEY 737, LEY DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS
DEL SECTOR PÚBLICO Y SU REGLAMENTO”**

Autora: Lic. Karla Vanessa González Carrasco

Tutor: Dr. Juan Bautista Arrien Somariba

Managua, 07 de Agosto del 2017

ACTA DE APROBACIÓN

El suscrito tutor hace constar:

Que la estudiante, Karla Vanessa González Carrasco, con carnet número 15CJ807036 ha elaborado su artículo de investigación o *paper*, de conformidad con lo estipulado en la “*Normativa para la Elaboración de los artículos de investigación en los Programas de Especialización y Maestría*”, como requisito previo para obtener el título de Maestría en Derecho de las Contrataciones, tanto en las consideraciones técnicas en cuanto al fondo del tema, así como la estructura y metodología.

Por lo tanto al criterio de este tutor, el presente Trabajo de Investigación reúne los requisitos de fondo y forma que permiten a la Coordinación de Académica del Programa proceder a su respectiva revisión normativa, como requisito previo a la programación del acto de disertación y defensa.

Dado en la ciudad de Managua, a los veintitrés días del mes marzo del año 2017.



Prof. Dr. Juan Bautista Arrien Somarriba
Tutor

Resumen

Las adquisiciones públicas en Nicaragua se efectúan a través de distintas modalidades que establece la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del sector público y su reglamento, siendo las principales la licitación pública y la selectiva, cuyas etapas y trámites, se describen y analizan en la presente investigación, encontrando que existen diversas inconsistencias, ambigüedades, vacíos, desaciertos y contradicciones entre dichas normativas, así como problemáticas técnicas que podrían afectar de forma directa la tramitación de dichos procedimientos, sin olvidar el régimen del sistema de garantías y recursos administrativos que transversalmente se aplica en las adquisiciones públicas y selectivas nicaragüenses. Así mismo, se contempla el fenómeno de normas reglamentarias que regulan aspectos, que van más allá de lo establecido en la ley, lo que podría transgredir el principio de jerarquía de la ley, , por lo que es necesario plantear recomendaciones y propuestas en pro de su mejoramiento y fortalecimiento, lo que podría implicar plasmar una reforma integral al sistema jurídico que rigen las compras estatales a nivel central en nuestro país.

Palabras claves: Contratación pública, principios contractuales, procedimiento adquisiciones, licitación pública, licitación selectiva

Summary

Public procurement in Nicaragua is carried out through different modalities established by Law No. 737, Law on Public Procurement of the Public Sector and its Regulations, the main ones being public and selective tendering, the stages and procedures of which are described and analyzed In the present investigation, finding that there are various inconsistencies, ambiguities, gaps, and contradictions between these regulations, as well as technical problems that could directly affect the processing of these procedures, not forgetting the regime of the system of guarantees and administrative resources that Is applied in public and selective Nicaraguan acquisitions. Likewise, it contemplates the phenomenon of regulatory norms that regulate aspects that go beyond what is established in the law, which could transgress the principle of hierarchy of the law, and therefore it is necessary to make recommendations and proposals in favor of Its improvement and strengthening, which could imply to translate an integral reform to the legal system that governs the central government purchases in our country.

Keywords: Public procurement, contractual principles, procurement procedure, public bidding, selective tendering.

Tabla de contenido

Introducción **1. Aspectos básicos de las compras públicas según la Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del sector público y su Reglamento;** 1.1. Definiciones; 1.2. Principios; 1.3. Órganos de ejecución de los procedimientos; **2. Etapas y trámites de la licitación pública y selectiva;** 2.1 Pliego de Bases y Condiciones (PBC); 2.2. Resolución de inicio; 2.3. Convocatoria a licitación; 2.4. Presentación y apertura de ofertas; 2. Evaluación de las ofertas; 2.5. Resolución de adjudicación; **3. Análisis sobre el sistema de garantías regulado por la Ley No. 737 y su reglamento;** 3.1 Garantía de seriedad de la oferta; 3.2. Garantía de cumplimiento; 3.3 Garantía de anticipo **4. Recursos administrativos;** 4.1. Recurso de aclaración; 4.2. Recurso de impugnación 4.3. Recurso de nulidad **5. Principales problemas que existen en la licitación pública y selectiva;** **6. Conclusiones;** **7. Referencias bibliográficas.** **8. Anexos:** I. Diagrama del desarrollo del procedimiento de licitación pública; II. Diagrama del desarrollo del procedimiento de licitación selectiva.

Introducción

Sobre las contrataciones administrativas Arrién Somarriba (2014) señala que representan en cualquier país una herramienta fundamental para el funcionamiento de las entidades públicas, al contar para el ejercicio de sus competencias con los materiales e insumos en pro de las satisfacciones colectivas, de ahí una íntima relación con la noción general de los servicios públicos.

La contratación administrativa implica la tramitación de un procedimiento previo denominado licitación. Para Dromi (1995, p. 76), procedimiento administrativo, es la actividad de la Administración que dirigida hacia el exterior constata los presupuestos, la preparación y la emanación de un acto administrativo o la formalización de un contrato administrativo.

Valle, Arrién & Navarro (2011), señalan que procedimiento de contratación administrativa es una serie de actos, internos y externos al que recurre la administración pública, con el fin de seleccionar al contratista o proveedor idóneo, de acuerdo a los principios de eficiencia, publicidad y transparencia, igualdad y libre competencia.

Las compras públicas obedecen a procedimientos que las instituciones públicas deben seguir para satisfacer sus necesidades de bienes, servicios, con la finalidad de generar beneficios para la institución y para la población, para poder adquirir los bienes, servicios de consultorías, Obras y servicios que demanda el Estado, este debe proporcionar los patrones a tomar en cuenta y que sirven de insumos para prestar los servicios y suministro de bienes que requiere, de esta manera los oferentes brindan los bienes y servicios que el gobierno requiere.

La Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativa del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 del 08 de noviembre del 2010, a la que me referiré como Ley No. 737 y su Reglamento, en adelante, regula los procedimientos de Licitación pública y selectiva, concurso, contratación simplificada y compra menor, permitiendo el desarrollo eficiente de la actividad administrativa, involucrando la gestión de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades

descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades, etc.

En esta investigación se abordarán aspectos básicos de las compras públicas, de conformidad al ordenamiento jurídico de la Ley No. 737 y su Reglamento en pro de dar cumplimiento al objeto de la Ley, el cual es establecer el régimen jurídico, sustantivo y procedimental, aplicable a la preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas celebradas por los órganos y entidades que forman parte del sector público.

Por otro lado, con este trabajo se pretende mostrar hasta donde están protegidas las instituciones públicas bajo el sistema de garantías que requieren las entidades estatales ante el intempestivo y posible retiro de ofertas o incumplimiento contractuales por parte de los proveedores y contratistas.

La regulación de los recursos administrativos de conformidad a la norma que rige la materia de contrataciones del sector público, que tienen como finalidad la revisión de un acto administrativo, mediante la aclaración, impugnación o nulidad, pretendiendo obtener una decisión nueva contraria a la resolución negativa de adjudicación, acto que puede llegar hasta el agotamiento de la vía administrativa y traspasarse a la vía judicial.

Los principales problemas que existen para contratar bajo los procedimientos de licitación pública y selectiva, las posibles contradicciones que existen en la Ley 737 su Reglamento y otras regulaciones de contrataciones, en cuanto a trámites que integran estos procedimientos.

En el presente estudio se utilizó el método de investigación deductivo y analítico, en vista que se examinaron leyes, normas, lineamientos, acuerdos, manuales, circulares y doctrina, para llegar a una conjetura de lo que realmente está aconteciendo en materia de contrataciones administrativas del sector público, así mismo se realizó un análisis de los procedimientos de contratación con el fin de identificar las problemáticas más significativas y plantear soluciones en pro de mejorar los regímenes de compras, para que permitan adquirir más y mejores bienes, obras y servicios con excelentes estándares de calidad y costo, haciendo énfasis en la licitación pública y la selectiva.

1. Aspectos básicos de las compras públicas, según la Ley No. 737, Ley de

contrataciones administrativas del sector público y su Reglamento

Esta normativa jurídica surgió de los aspectos negativos y conflictivos existentes entre algunos métodos de contratación que regulaba la antigua Ley No. 323, Ley de contrataciones del Estado, en su implementación sobre todo en la confusión generalizada entre las contrataciones directas y las materias excluidas, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las mismas, que pudieron generar ciertas discrecionalidades y problemas prácticos, según lo señalaba Dayra Valle (2012).

La vigente Ley No. 737, de conformidad al artículo 27 y en el artículo 70 del Reglamento, establece que en circunstancias especiales de tipo contractual las contrataciones del sector público se celebran a través de los siguientes procedimientos:

1. Por licitación: los tipos de procedimientos de Licitación son los siguientes;
 - a) Licitación pública: Son aquellas contrataciones cuya cuantías superen los tres millones de córdobas (3,000,000.00) pueden concurrir todas las personas naturales o jurídicas que estén en condiciones de presentarse a licitación, según las normas vigentes.
 - b) Licitación selectiva: Son aquellas contrataciones cuyos montos sean superiores a quinientos mil córdobas (C\$500,000.00) y hasta tres millones de córdobas (C\$3,000,000.00).
2. Contratación simplificada: En este tipo de procedimiento se debe efectuar la selección del contratista o proveedor de conformidad a las situaciones taxativamente señaladas por la presente Ley, dicha contratación no tiene límite de la cuantía, es decir posee independencia del monto, se dejará prueba en acto administrativo del motivo o causal respectivo por el cual se dio inciso a este tipo de procedimiento, así mismo el máximo responsable contratante dejará constancia escrita y firmada de que este tipo de contrataciones se realizan en condiciones de mercado.

3. Contrataciones menores: a través de este tipo de procedimiento administrativo se efectúa la selección para contrataciones de obras, bienes o servicios generales, cuyo monto no supere los quinientos mil córdobas (C\$500,000.00).
4. Por concurso: En este tipo de procedimiento el precio no constituirá el factor determinante para comparar las ofertas, así mismo se realizará la selección de firmas consultoras o consultores individuales, lo que determinará la contratación será las calificaciones técnicas, profesionales o empresariales de los participantes, de los equipos de trabajo y de las ofertas técnicas cuando se requieran.

El propósito de estos procedimientos es realizar una efectiva gestión de compras públicas, es decir que la finalidad del objeto contractual se concrete, conforme a los requerimientos establecidos y que este satisfaga el fin público, la contratación administrativa se formaliza con la firma del contrato, para su posterior ejecución y cumplimiento del plan anual de contrataciones de los órganos o entidades públicos.

1.1. Definiciones de contratación administrativa y procedimiento licitación

Según Dromi (1995) la Administración Pública o mejor dicho los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa, no siempre proceden por vía unilateral, sino que con frecuencia llegan a un acuerdo con los administrados y otros entes jurídicos (privados, públicos, estatales), celebrando actos bilaterales o plurilaterales de muy distinta naturaleza. Sus múltiples y complejos fines, obligan al Estado a la celebración de numerosos actos jurídicos. Estas clase de relaciones, nacidas de un intercambio de consentimientos (libre o condicionado según los casos) entre el Estado y los particulares, son las técnicas preferentemente empleadas por la administración, con el fin de obtener de los administradores la colaboración indispensable para el cumplimiento de sus fines propios.

La administración puede manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, pero es necesario llevar a cabo previamente un procedimiento de selección de su contratista. Este procedimiento parte del procedimiento administrativo, a través del cual se expresa la

administración, es un formalismo ineludible, que constituye la base del régimen exorbitante que rige en la contratación administrativa.

Al respecto, Díaz Bravo (2016, p. 180) citando a Soto Kloss (1978), señala que “Administrativo es aquel contrato celebrado por ella (la administración), para la satisfacción de las necesidades propias del servicio público y en el cual se contiene la denominadas cláusulas exorbitantes”.

Partiendo de los inicios históricos de la contratación administrativa, Santos Rodríguez (2009) citando a Rafael Entrena Cuesta (1957), hace referencia a la división de los contratos de la administración pública encasillándolos en los siguiente; contrato de colaboración, cuyo objeto es enfatizar en una de las partes, por tanto las partes están en desigualdad, por otro lado nos señala el contrato de cooperación, este se basa en que el objeto del contrato incluye ambas partes contractuales, es decir que tanto el contratista como el contratante poseen igualdad de derechos, no existen prerrogativas, en vista que ninguna de las partes puede actuar unilateralmente.

Nuestro ordenamiento jurídico la Ley No. 737, en su artículo 2 define al contrato administrativo como “acuerdos de voluntad entre las partes, que crea o modifica derechos y obligaciones contractuales, las partes que lo conforman, por un lado a un órgano de del sector público y por el otro a un contratista o proveedor particular”.

Según lo preceptuado en la Ley No. 737 y su Reglamento, puedo decir que en la realidad no se aplica de esta manera, en vista que el contratante en todo caso el Estado crea contratos de adhesión, es decir que redacta todas las cláusulas del contrato sin inmiscuir a la otra parte, por lo cual los contratistas se ven obligados a aceptar todas las cláusulas establecidas, sin poder modificar o anexar otras disposiciones al contrato, , por tanto existe una desigualdad entre las partes. Lo anterior en pro de proteger los recursos del estado ante cualquier incumplimiento.

Estos contratos administrativos, celebrados por las entidades públicas son de carácter no lucrativo, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de los órganos estatales, para que estos puedan brindar un mejor servicio a la población y en otras circunstancias para el beneficio directo de la población misma.

Por otro lado, para Mantilla Pallares (2014, p. 144) dice que licitación pública:

Es un proceso de naturaleza administrativa, de carácter público que contiene una serie de actos previos o preparatorios a la formación del contrato estatal, para luego hacer la convocatoria pública para escoger entre las distintas propuestas la más conveniente para la entidad contratante. Así mismo hace referencia a la definición que le da el Consejo de Estado, quienes expresan que la licitación es una de las formas mediante las entidades públicas escogen las personas naturales o jurídicas con quienes celebran contratos, con la finalidad de seleccionar la propuestas que más convenga al interés general y pone freno a la corrupción y a los manejos indebidos del presupuesto.

Estos procedimientos son conocidos como licitación pública y corresponde al mecanismo general de contratación en todos los sistemas comparados. Mediante el cual estado busca obtener productos o bienes, de lo que se suele olvidar es que las reglas del proceso licitatorio dependen en buena parte de la ejecución de los contratos públicos y con ello el éxito o fracaso de estas modalidades de contratación.

Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo (2007) nos dice que siguiendo lo estipulado por el Consejo de Estado Colombiano:

“Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concursos públicos como la contratación directa constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso” Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, C.P.”

Nuestra Ley No. 737, en su art. 2 define la licitación como el procedimiento administrativo a través del cual las entidades del sector público efectúan llamados a licitación, convocando a los posibles participantes para que formulen propuestas, basados en Pliego de Bases y Condiciones (PBC), para que se seleccione la mejor oferta, la que más convenga los intereses de la instituciones públicas.

Por las definiciones antes citadas puedo decir que todo procedimiento de licitación debe

establecer requerimientos con la finalidad de que los potenciales oferentes formulen propuestas y se seleccione la oferta más conveniente, la cual cumpla con los requisitos técnicos, legales y que se ajuste al presupuesto asignado.

1.2. Principios que rigen la contratación administrativa

Díaz Bravo (2016, p. 183) citando a Eduardo Soto Kloss (1996, p. 11) sostiene que:

“Los principios básicos, fundamentales o esenciales, que son el cimiento y estructura de todo el ordenamiento público, no son otros que los que enunciamos a continuación, en una formulación que suele ser admitida, en general, pacíficamente entre nosotros, teniendo en cuenta que son las “bases de la institucionalidad”, como expresa la propia Constitución en su Capítulo I. (...) no cabe llamar principio sino a lo que es fuente, origen, o base sobre la que se asienta una estructura o edificio conceptual, especulativo o práctico”.

Cuello Duarte (2009, p. 90-91) haciendo énfasis en la sentencia C-818 de la Corte Constitucional de agosto 9 de 2005, dictada por el magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, establece que los principios tienen la obligación de hacer cumplir el sistema normativo, en vista que sirven para efectuar la base y fundamento de todo ordenamiento jurídico, operan como directriz interpretativa con el afán de aplicabilidad de las reglas jurídicas y por último son fuente integradora de derecho en los casos de insuficiencia normativa concreta y específica, es decir que señala que los principios son de fundamento, interpretación e integración.

Y es que como Moreno Molina (2008) sostiene debe insistirse en el decisivo papel que desarrollan hoy los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos... Estos principios, 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.

Citando a Mantillas Pallares, Carlos Mauricio (2014, p. 143) se puede señalar que:

“Los principios son reglas que inspiran toda regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de

cualquiera de sus estipulaciones. Sin embargo, algunas legislaciones latinoamericanas han regulado expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, estos son: transparencia, economía y responsabilidad.”

Tal y como lo afirman los profesores Rodríguez Arana (2016, p. 2), Moreno Molina, Jinesta Lobo y Karlos Navarro (2011, p.14):

“Si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido los que han hecho posible la elaboración de las normas relativas a las compras públicas para instaurar un verdadero Derecho Administrativo global de la contratación pública”.

Al respecto nuestro ordenamiento jurídico la Ley No. 737 establece en su art. 6 que sin perjuicio de los principios generales de Derecho Administrativo y del derecho común las contrataciones administrativas del sector público se rigen por principios estipulados en dicha normativa.

Por lo antes mencionado el principio de eficiencia, establece que las entidades del sector público que realicen actividades administrativas, deberán planificar, organizar, desarrollar y supervisar dichas actividades, con el propósito de satisfacer sus necesidades en el tiempo, forma y bajo las mejores estándares de calidad, pero en la realidad para el caso de licitación para la obtención de bienes y servicios, predominan los precios más bajos para la selección de la mejor oferta, según el art. 2 de la Ley No. 737.

Todo procedimiento de contratación pública, debe de cumplir con el principio de eficiencia, para lograr el efecto deseado, esperado o anhelado, en el tiempo establecido según el marco regulatorio de la Ley No. 737, que cumpla con los requerimientos técnicos y económicos.

Según el principio de publicidad las entidades del sector público, deberán dar a conocer los procedimientos de contratación, con el propósito de garantizar la transparencia de la actividad

administrativa, así mismo permitir a la ciudadanía en general el acceso a la información concerniente a dichos procedimientos.

Las entidades deberán de convocar a través de los medios establecidos en la Ley No. 737 y su Reglamento, para que haya una mayor concurrencia de participantes, así mismo plasmar de una manera clara y objetiva los requerimientos de cada procedimiento de contratación.

Si recurrimos al Derecho Comparado Español, Castro Cuenca, García López & Martínez Vargas, sostienen que todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos en España, se anunciarán en el Boletín Oficial del Estado (BOE), divulgación a la cual debe agregarse la publicación en el Diario Oficial de las comunidades Europeas, si la cuantía del contrato así lo exige. Adicionalmente, se establece que los organismos territoriales podrán sustituir la publicidad en el BOE por la que realicen en los respectivos diarios o boletines oficiales cuando la cuantía del contrato no haga necesaria su aplicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2010. p. 209).

Por su parte, el principio de transparencia indica que las entidades del sector público al realizar contrataciones administrativas deberán realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas de las ofertas, según la definición de mejor oferta contenida en el art. 2 de la Ley No. 737.

“Únicamente podrá ser restringido el acceso a la información cuando la información solicitada, coloque a un participante en posición ventajosa con respecto de los demás o cuando los documentos se hayan definido en los pliegos de bases y condiciones como confidenciales, por referirse a información de los oferentes (desgloses de estados financieros, cartera de clientes programas de cómputo”entre otros...), estos no deben ser del conocimiento de otras empresas participantes”.

En referencia a este importante principio Cordero Vega (2006, p. 33) expone que en efecto, lo que exige los procedimientos públicos, transparentes y competitivos en la selección de los participantes en la mayoría de los casos es la existencia de fondos públicos comprometidos que requieren ser bien administrados.

Por lo antes mencionado, puedo sostener que se debe de cumplir con la debida publicidad de los procedimientos administrativos tanto en el Sistema de Contrataciones Administrativas electrónicas (SISCAE), como en La Gaceta, Diario Oficial, según lo establece la Ley No. 737 y su Reglamento y cuyo procedimiento detallaré más adelante, por tanto las entidades del sector público basados en la información contenida en los PBC darán a conocer todos los requerimientos legales, técnicos y financieros requeridos en las contrataciones administrativas, con el fin de que haya una limpia participación de los proveedores, los cuales tienen derecho al acceso de la información de los compras que pretenden realizar las instituciones públicas y que estas se lleven a cabo de la forma más transparente posible, para no dar una posición ventajosa a participantes que quieren acaparar las compras públicas.

Así mismo es del conocimiento de todos los participantes la metodología que se utilizará para calificar la mejor oferta basadas en la calidad y el costo a excepción de los procesos de consultoría cuyo sistema de evaluación se realiza a manera de ponderación de las puntuaciones en las evaluaciones de las propuestas técnicas y de precio, pero en todos los procedimientos de contratación se notificará por igual a todos los oferentes participantes.

Por otro lado, en el principio de igualdad y de libre competencia, se incluirán regulaciones o tratamientos que promuevan de una forma más amplia, objetiva e imparcial competencia, pluralidad y participación de proveedores potenciales en los procedimientos de contratación administrativa, en el cual los participantes que cumplan con los requisitos técnicos, legales y reglamentarios, podrán participar en igualdad de condiciones y sin ninguna restricción no derivada de especificaciones técnicas y objetivas propias del objeto de contratación.

Díaz Bravo (2016) dice que mientras mayor es la libre competencia dentro de un ámbito como la contratación pública, mayor es la inversión y por tanto el desarrollo, lo que incide en un crecimiento sostenido para un país, generando mayor empleo y bienestar de la población.

Este principio, da la oportunidad sin restricción alguna a todos los oferentes interesados en participar en los procedimientos de contratación administrativa, no excluyendo por sus requerimientos solicitados en los PBC publicados por las entidades del sector público a ningún

potencial participante, es decir que estos deben ser tratados por igual, siempre y cuando cumplan con los requerimientos jurídicos y normados en la ley que rige la materia, de esta manera se estaría cumpliendo con la ejecución presupuestaria y el bienestar de la ciudadanía.

Según el principio de vigencia tecnológica, para cumplir con efectividad de acuerdo a los fines de los requerimientos de bienes, servicios o ejecución de obras deberán reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias, con posibilidad de adecuarse, integrarse y actualizarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos, desde el momento en que son adquiridos y por un determinado tiempo de duración.

Respecto a este principio Valle, Arrién & Navarro (2011), sostienen que podría hacer referencia a la implementación del SISCAE, en vista que involucra la posibilidad de notificaciones y comunicaciones electrónicas, transformado y modernizando el procedimiento de contratación, de igual modo las relaciones jurídicas, convocatorias, los PBC, presentación de ofertas, la adjudicación entre otros instrumentos por vía electrónica.

En este sentido y basado a este principio el art. 26 de la Ley No. 737, establece que surtirá efecto legal la comunicación y notificación de los actos derivados de cualquier procedimiento de contratación que realicen de las entidades del sector público por cualquier medio electrónico o telemáticos que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje, siempre que cumpla con la condiciones que para efecto establezca el reglamento. Así mismo requerir e indicar a los proveedores participantes los medios telemáticos idóneos para enviar comunicaciones oficiales.

En este sentido, las entidades del sector público al hacer uso de medios electrónicos o telemáticos, para la gestión y tramitación de los procedimientos de contratación administrativa, están adquiriendo mayores ventajas, en vista a que el uso de la tecnología ofrece mejor publicidad de los procedimientos de licitación, es más eficaz porque existe menos burocracia e incrementa la concurrencia de participantes por tanto ofrece más posibilidades de seleccionar la oferta técnica y económica más conveniente.

Juan B. Arríen (2014) ha sostenido que respecto, al principio de vigencia tecnológica, realmente el legislador se está refiriendo al clásico principio de adaptabilidad, es decir lo que se vaya a adquirir debe adecuarse a los adelantos técnicos e informáticos. Hubiese sido muy positivo, que en la regulación de este principio se hubiese hecho referencia a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (Tics) en las compras públicas, es decir la posibilidad de modernizar y agilizar los procedimientos de compra, mediante la ejecución de notificaciones electrónicas, el envío de ofertas por correo electrónico, la apertura de ofertas por medio de teleconferencias, en fin revolucionar la relación jurídica contractual mediante medios informáticos. Si bien la ley No. 737 en su art. 26 regula muchos de estos aspectos, al referirse a las notificaciones electrónicas, al parecer el principio que le hubiese servido de base jurídica para su desarrollo, se quedó corto, siendo recomendable ampliar su regulación haciendo referencia a las TICs.

Al respecto, Francisco Uría Fernández (2004, p. 307), ha sostenido:

“Que si la introducción de las nuevas tecnologías no se limita a aprovechar sus ventajas de intercomunicación (correo electrónico), almacenamiento de información (bases de datos como, por ejemplo, los registros electrónicos de licitadores) y capacidad de difusión de información, sino que, además, provoca una auténtica «reingeniería de procesos» de modo que los procedimientos administrativos de contratación pasen a tramitarse «en la red», de suerte que sus hitos fundamentales sean «visibles» para los interesados, que podrían conocer así, en tiempo real, las decisiones de los órganos competentes, las actuaciones de sus competidores..., se produciría un avance sustancial en materia de transparencia.”

Por otro lado, el principio de control, establece que la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley No. 681, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (CGR) y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 113 del 18 de junio de 2009, será quien regule las actividades de contrataciones y el poder jurisdiccional será realizado por el Poder Judicial.

Es evidente que las entidades del sector público, deben estar fiscalizadas para un mejor control de

los procedimientos administrativos, es por eso que el ente fiscalizador de la CGR, promueve la integridad y transparencia para que exista una mayor seguridad jurídica de que los procedimientos para las compras públicas son llevados a cabalidad y apegados a derecho.

Por su parte, el principio de debido proceso, instituye a que todas las personas, naturales o jurídicas, que participen en el procedimiento de contratación administrativa, lo harán en igualdad de condiciones, dispondrán del tiempo y los medios necesarios para su defensa y podrán formular los recursos y peticiones que conforme la presente Ley se establezcan. En este sentido los proveedores podrán hacer uso de su derecho cuando no estén conformes con los resultados obtenidos de las evaluaciones de las ofertas, es decir que podrán interponer recursos de aclaración, impugnación y nulidad, de los cuales hablaré más detalladamente en el capítulo cinco de este paper.

Finalmente, el principio de integridad, promulga que los actos referidos a las contrataciones administrativas deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia, imparcialidad y probidad. El Sector Público y proveedores deben observar normas éticas y evitar prácticas corruptas y fraudulentas en los procedimientos de contratación administrativa.

En este mismo sentido, Díaz Bravo (2016) sostiene que:

“El Derecho Administrativo ha permitido en base al desarrollo de sus principios, que sean las legislaciones las que deban ajustarse y proyectarse con base en ellos, de modo que la globalización del derecho de la contratación pública permite hablar un lenguaje común en todo el orbe, un lenguaje en sede de principios y desarrollado diariamente en sede administrativa y resuelto en orden judicial.

Los principios en la contratación pública son tanto fuente creadora de normas, como asimismo el parámetro legitimador de la actividad estatal cuando este se presenta como un agente económico que pretende satisfacer las necesidades públicas por medio de la interacción con los particulares, actuando dentro del diseño arquitectónico de los sistemas globales de contratación pública, determinados por los principios de esta disciplina del derecho. (pp. 192-193).

La finalidad de los principios desde mi punto de vista, consiste en servir de base jurídica para el desarrollo de los procedimientos de contratación, así como para llenar los posibles vacíos y problemas de interpretación en la aplicación de la Ley No. 737 y su Reglamento.

1.3. Órganos de ejecución de contratación pública

De acuerdo con el planteamiento de Arríen Somarriba (2014), la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE), es el órgano rector de las contrataciones del sector público, el cual se encarga de garantizar el cumplimiento y difusión de la Ley No. 737, su Reglamento y normas complementarias, sus funciones están reguladas en el art. 9 de la misma ley, siendo una de las principales la de diseñar, elaborar y difundir normativas complementarias de carácter general, así como modelos de manuales, guías, instructivos y pliegos estándares e instrumentos de gestión, de igual modo es el encargado de desarrollar, administrar y operar el Sistema de Contrataciones Administrativas Electrónicas (SISCAE).

Podría crear un embrollo el numeral 1 del art. 9 de la Ley No. 737, en vista que pareciera que se le está otorgando iniciativa de ley con respecto a las funciones que le competen a este órgano, ya que puede proponer las modificaciones que considere necesarias al marco legal relativas a las contrataciones del Estado y con respecto al numeral 5 del mismo artículo establece que puede supervisar la aplicación de las normativas y pondrá en conocimiento a la máxima autoridad administrativa de la anomalía encontrada, antes este supuesto es probable que estén actuando dos órganos rectores, en este mismo contexto en el numeral 10, se establece que este órgano es el encargado de preparar anualmente estudios y análisis acerca del comportamiento de precios de bienes y servicios, a fin de que los organismos y entidades del Sector Público los utilicen en la preparación de sus proyectos de presupuesto y sus procedimientos de contratación.

Otro de los órganos de ejecución lo conforman el Área de Adquisiciones, según el art. 14 de la Ley No. 737, la que a su vez es dependencia de la máxima autoridad administrativa, que en coordinación con las áreas solicitantes, están a cargo de la planificación y programación anual de las contrataciones, así mismo de operar los procedimientos de contratación, el resguardo de información de los procedimientos administrativos de contratación y brindar asesoría a las áreas

solicitantes.

Con respecto a las Áreas de Adquisiciones la Dirección General de Contrataciones del Estado emitió un manual de organización y funciones del Área de Adquisiciones aprobada mediante circular DGCE/UN/13-2011, publicada el 20 de marzo del 2011, en la cual se establece que si un área contrata más 50 millones de córdobas anuales se le llame División General, mientras si el monto es menor se le denomina División, es decir que se reemplaza la palabra Área por División General o División. Así mismo instituye más funciones que las que le confiere la Ley No. 737 y su Reglamento.

El Comité de Evaluación, es otro órgano de ejecución, encargado de evaluar, calificar y recomendar las ofertas presentadas en los procedimientos administrativos de licitación, concurso o contrataciones simplificadas, a excepción de contrataciones menores, este órgano colegiado debe estar constituido por el coordinador del Área de Adquisiciones, el asesor jurídico y el experto en la materia mediante resolución emitida por la máxima autoridad administrativa, así mismo en todas las reuniones del Comité de Evaluación se levantará acta, la que será firmada por todos los miembros que lo conforman, según lo establecido en el art. 15 de la ley No. 737.

El Reglamento de la Ley No. 737, en su art. 34 y la Normativa Orgánico – Funcional del Comité de Evaluación emitida por la Dirección General de Contrataciones del Estado DGCE-UN-IG-03-2011, publicada el 10 septiembre del 2013, establecen las funciones y responsabilidades del Comité de Evaluación, así mismo les otorga la potestad para que puedan conformar un órgano de apoyo llamado sub-comité técnico, el cual estaría conformado por funcionarios y técnicos que consideren necesarios, con el fin de brindar asesoría al comité de evaluación. Este órgano de apoyo no está establecido en la Ley, pero si es de mucha ayuda en las etapas de evaluación de las propuestas técnicas y económicas.

2. Etapas y trámites de la licitación pública y selectiva

Todos los procedimientos de contratación inician con la debida planificación y programación de

las compras que pretenden realizar las entidades públicas. Antes de empezar a hablar de las etapas y trámites de los procedimientos de contratación, debo hacer una breve descripción de los requisitos previos como lo son: la planificación, organización del Programa Anual de Contrataciones" (PAC), los estudios diseños y especificaciones, así como de la estimación y programación presupuestaria

Todas las entidades del Sector Público deberán publicar la proyección del PAC dos meses antes al inicio del período presupuestario. Así mismo elaborar, confirmar y publicar anualmente el PAC en el primer mes del período presupuestario una vez promulgada la Ley Anual del Presupuesto General de la República, de conformidad al art. 20 de Ley No. 737.

La publicación del PAC es requisito para iniciar cualquier procedimiento de contratación. No tendrá carácter vinculante y, por lo tanto, no constituirá obligación de contratar o de iniciar el procedimiento, podrán modificar el referido programa para incluir contrataciones no consideradas en la proyección inicial, la que deberá ser justificada. Únicamente podrán ejecutarse procedimientos de contrataciones incluidos en el PAC, excepto lo regulado por esta Ley en materia de contratación simplificada.

Pero existe un desatino en el reglamento con respecto a la publicación del PAC, en vista que en el art. 58, establece que deberá ser publicado en el portal único de contratación al día siguiente día hábil luego de su aprobación, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de aprobado y dentro del primer mes del período presupuestario, este al parecer es un error en la redacción del mismo y no deja claro la fecha se debe realizar la publicación. Por tal razón la DGCE ha emitido diversas circulares administrativas, titulada "Lineamientos y disposiciones referente a la publicación de la Pre-PAC y el PAC", siendo las últimos; "El Lineamiento para la publicación del Programa Anual de Contrataciones de 2017", publicada el 16 de diciembre de 2016, mediante circular DGCE/SP/10-2016, en esta se detalla con exactitud la fecha de publicación del PAC y el Lineamiento Técnico de Publicación Proyección PAC 2017, publicado el 06 de octubre del 2016 a través de circular DGCE/SP/08-2016, donde indica paso a paso el procedimiento para elaborar el Pre-PAC.

Otro de los requisitos previos que las entidades del sector público deben efectuar antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación son los estudios, diseños, especificaciones generales y técnicas debidamente concluidas en el presupuesto, la responsabilidad por el contenido de los estudios, diseños y especificaciones del proceso será del área técnica de la entidad contratante, de conformidad al art. 21 de la Ley No. 737.

Es importante mencionar, que existe cierta ambigüedad en el planteamiento que hace el Reglamento al recalcar en su art. 63 con lo que establece la Ley en su art. 21, en vista que la ley estipula que diez días antes de expedir la resolución de inicio de los procedimientos de contratación, los estudios, diseños y especificaciones se harán públicos junto con el proyecto del pliego de bases y condiciones, el Reglamento establece que la entidad contratante deberá publicar los estudios, diseños, especificaciones técnicas y proyecto de pliego de bases y condiciones, es decir que por un lado la Ley indica que los estudios, diseños y especificaciones van junto con el PBC y por el otro el reglamento indica que se publicarán separados diseños, estudios, especificaciones técnica y el pliego de bases y condiciones, esta problemática se mantiene en la circular administrativa DGCE/UN/32-2011, titulada “Lineamientos sobre elaboración y publicación de los estudios previos en los procesos de contratación, publicada el 16 de noviembre del 2011 (<http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>).

Y por último la estimación y programación presupuestaria, de conformidad a los artículos 22, 23 y 24 de la Ley No. 737, los artículos del 65 al 68 del reglamento, establecen que se debe efectuar una estimación del monto del contrato, previo a cualquier contratación, para efectos de selección del procedimiento de contratación y para la estimación de dicho monto se debe elaborar el presupuesto que contemple entre otros elementos, con todos los costos que implica el contrato, incluyendo el precio, fletes, seguros, comisiones, intereses, previsión sobre reajuste de precios, tributos si procedieren, derechos, primas y cualquier otra suma que debiera precisarse. Así como asegurar la programación presupuestaria, para garantizar el pago de las obligaciones producto de las contrataciones públicas,

La Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE), emitió la Guía Operativa para el Desarrollo del Procedimiento de Licitación de Contrataciones, (2011), en la cual establece de

forma detallada los requerimientos previos para dar inicio al procedimiento de contratación, lo cual es beneficioso, en vista de que brinda mayor transparencia a los procedimientos, pero a su vez está contradiciendo en algunos aspectos establecidos en la Ley No. 737 y su Reglamento, ya que cuando se refiere a estudios, diseños y especificaciones técnicas, unifica estos requerimientos y los llama especificaciones técnicas, así mismo aborda de una manera más completa los requerimientos para la elaboración y publicación del proyecto de PBC y al PBC, de igual modo lo hace con la estimación del costo, la verificación presupuestaria y hace referencia a una solicitud de contratación de una manera procedimental.

Es necesario recordar que una norma o instrumento administrativo inferior a la Ley y al Reglamento (en este caso una guía) no puede desarrollar más aspectos que los establecidos en dichas normas jurídicas, por lo que se debería de reformar dicha guía con la finalidad de acoplarla a lo estipulado en las normas superiores, labor que solo puede llevar a cabo la misma entidad que la aprobó.

Una vez realizada la inclusión en el PAC, la publicación de los estudios, diseños junto con el PBC y al registro y verificación presupuestaria, se puede dar inicio al procedimiento de licitación, así mismo se tiene que cumplir con las etapas y procedimientos de la licitación indicando cuáles son los requisitos que son necesarias para la buena ejecución de este tipo de licitación y de esta manera establecer el marco jurídico para que tanto contratistas como contratantes, actúen apegado a derecho, estos procedimientos constarán de cinco etapas (resolución de inicio; convocatoria a licitación; presentación y apertura de ofertas; evaluación de las ofertas y recomendación y resolución de adjudicación, art. 29 de la Ley No. 737).

Asimismo, la Ley en su art. 52, establece que los organismos y/o entidades públicas pueden hacer uso de la licitación selectiva, la cual consta de las mismas cinco etapas colegiadas y preclusivas que la licitación pública, pero difieren con respecto al tiempo y a la cuantía estipulada para ese tipo de modalidad.

Además de las etapas y procedimientos señaladas anteriormente, la licitación pública comprende trámites necesarios para su buena ejecución, siendo estos los siguientes:

1. Elaboración del Pliego de bases y condiciones de la licitación, 2. Aclaración y Homologación del Pliego de bases y condiciones, 3. Corrección del Pliego de bases y condiciones, 4. Modificación o Retiro de las ofertas Presentadas, 5. Aclaración de ofertas, 6. Descalificación del oferente, 7. Rechazo de las ofertas, 8. Elaboración del dictamen de recomendación, 9. Adjudicación o Re adjudicación, 10. Declaración de licitación desierta, 11. Suspensión y cancelación del procedimiento de licitación, de conformidad al art. 29 de la Ley No. 737.

2.1 Pliego de Bases y Condiciones (PBC)

El pliego de bases y condiciones es un requisito previo, pero de mucha importancia en los procesos de contratación pública, en vista que es la norma que rige el procedimiento de licitación, para hablar un poco más sobre este tema, Marín Hernández (2008, pp. 2-3) nos refiere al pliego de base y condiciones (PBC) exponiendo lo siguiente:

“Los aludidos documentos vienen provistos de una doble naturaleza jurídica, de manera que la misma muta según el momento en el cual se analiza los efectos de que despliegan, pues si bien es cierto que durante la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato constituye un clásico acto administrativo general y no un reglamento, habida cuenta de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación o hasta ejecutarse y liquidarse el contrato, no lo es menos que una vez celebrado el convenio, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtud de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, con lo cual la naturaleza jurídica del pliego es mixta: en determinados aspectos y hasta ciertos momentos dentro del procedimiento administrativo general, en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, pasa a formar parte del clausulado del mismo.”

Moreno Molina (2008, p. 425) nos trae a colación la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de la siguiente manera:

“Para algunos autores (García de Enterría, Fernández, T. R y Tornos Mas) es no normativa, en la medida en que estaríamos ante piezas de un contrato que extraen su fuerza de su inclusión en el contrato por las partes contratantes. Sin embargo, para otro sector doctrinal (Villar Palasí, Villar

Ezcurra, Garrido Falla) gozarían de fuerza normativa por su carácter general, su aplicación supletoria y porque la competencia para su aprobación viene atribuida a órganos administrativos.”

Arríen (2015) sostiene que en Nicaragua, la Ley No. 737 en su art. 31, define a los pliegos como un documento físico o electrónico que regula cada uno de los trámites de la licitación, la formalización del contrato y su ejecución, siendo los mismos recurribles mediante el recurso de objeción, si los mismos transgrediesen los principios contractuales, por lo que cabría preguntarse, como simple agregado a la discusión expuesta por Moreno Molina si los pliegos en el sistema jurídico nicaragüense tendrían la naturaleza de actos administrativos, situación que bien podría definirse mediante una reforma parcial al art. 31 de ley No. 737.

Valle, Arríen y Navarro (2011 p. 102), lo definen al pliego de bases y condiciones como el resultado de un proceso preliminar, el cual la Administración Pública ante de la necesidad de satisfacer su requerimientos, comienza por estudiar que es lo que necesita, cuánto, cómo y a que plazos necesita la provisión de bienes, obras, servicios, etc. En base a estos antecedentes redacta los PBC, determinando las condiciones del contrato. El PBC tiene por objeto: i) Describir a los potenciales oferentes el objetivo general de la licitación y el alcance de los productos requeridos, de conformidad a los previsto en las especificaciones técnicas, ii) guiar y regular la gestión de la licitación, iii) facilitar la selección del contratista y hacerla transparente y iv) Fijar las reglas, condiciones y criterios aplicables a la licitación.

Nuestro ordenamiento jurídico la Ley No. 737, en su art. 31 lo define como el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos que conforme el procedimiento establecido en la presente Ley, se recogen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas al que ha de ajustarse la licitación, la adjudicación y formalización del contrato y la ejecución del mismo. Así mismo regula la forma en que la entidad contratante determinará la mejor oferta al objeto licitado, las prestaciones, términos y condiciones del contrato que eventualmente sea adjudicado. El pliego de bases y condiciones de la licitación deberá ser elaborado y aprobado por el Área de Adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes.

En el art. 21 de la ley No. 737 y el 63 de su Reglamento, establecen que los estudios, diseños y

especificaciones junto al proyecto del pliego de bases y condiciones se hará público, pero el art. 85 del reglamento señala que una vez reunida la información de dichos requisitos y del pliego de bases y condiciones, se emitirá la resolución de inicio del procedimiento, como se puede apreciar no se hace referencia a dicho proyecto del pliego, sino al pliego mismo, lo que podría deberse a un error técnico o de redacción, que se podría resolver con la primacía de la ley, aplicando la figura del pre pliego.

2.2 Resolución de inicio

Realizados los trámites previos, incluida una publicación del pre Pliego de Bases y Condiciones (pre PBC), en el tiempo determinado por la Ley No. 737, se procede a la elaboración de la resolución de inicio de conformidad a lo estipulado en el art. 30 de la misma Ley y al 85 de su reglamento, en la cual mandata que para iniciar un procedimiento de licitación pública, la máxima autoridad administrativa de la institución contratante debe hacer una resolución motivada teniendo en cuenta los objetivos y la finalidad que se pretende satisfacer con la adquisición en cuestión, la cual debe ser justificada en base al Presupuesto Nacional o el Plan Nacional de Inversiones, esto según lo establece el art. 49 del Reglamento de la Ley. Además, el contratante deberá establecer el pliego de bases y condiciones que regirá este procedimiento, lo cual constituye un aspecto jurídico, económico y técnico que deben satisfacer la demanda.

En este particular, el Ministerio de Transporte e Infraestructura (MTI) realiza estudios y diseños, los cuales son elaborados por firmas consultoras que fueron debidamente contratadas a través de la modalidad de concurso y una vez se inician los procedimientos para la contratación de bienes, obras y servicios los alcances de los mismos son incluidos en las especificaciones técnicas y términos de referencias que son incorporados en los pre PBC, que se publican en cumplimiento al art. 21 de la Ley No. 737 y a los artículos del 59 al 64 de su Reglamento.

Sobre la publicación de la resolución de inicio Arríen Somarriba (2014), nos muestra otra contrariedad entre la Ley No. 737 y su reglamento, en vista que el art. 21 de la Ley y el 63 de su reglamento establecen que se hará público el proyecto del pliego de bases y condiciones o pre PBC y el art. 85 del reglamento señala que una vez reunida toda la información de los requisitos

previos y el PBC se emitirá la resolución de inicio del procedimiento, es decir que este no hace referencia al proyecto del pliego si no al pliego mismo, lo que podría ser un error técnico o de redacción, que se resuelve con la primacía de la Ley.

Con lo anterior quiero decir que al primar la Ley, se debe de proceder a la publicidad del pre pliego, con la finalidad de darlo a conocer a posibles oferentes, para que estos puedan tener la oportunidad de plantear sus señalamientos al respecto. Así el art. 85 del Reglamento debería acoplarse a esta publicidad regulada en la Ley, mediante una posible reforma del mismo.

Es evidente que en el procedimiento de licitación selectiva también se establece una resolución de inicio de los procedimientos, de conformidad al art. 54 de la Ley No. 737 en el cual cita que el procedimiento se iniciará con una resolución motivada, emitida por la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante, en la cual se debe establecer el objeto de la contratación, la finalidad pública que se persigue satisfacer, una referencia de la justificación dentro del Presupuesto del Plan Nacional de Inversiones y la elaboración del pliego de bases y condiciones que regirá el procedimiento.

Por su parte, la Guía operativa para el desarrollo del procedimiento de licitación (2011), establece que los participantes interesados pueden adquirir los PBC a través del pago por gastos de reproducción o por publicación en el portal electrónico www.nicaraguacompra.gob.ni y deja claro que los planos o diseños deberán ponerlos a disposición en el sitio web institucional, o en su caso solicitar a los proveedores los dispositivos electrónicos para brindar la información (USB, CD, DVD), en vista que el SISCAE soporta la carga de hasta 5Mb.

Todas estas condiciones se establecen como reglas o normas jurídicas sobre las cuales los oferentes debe basar sus ofertas de tal manera que las propuestas de la licitación se haga apegada a Derecho conforme la norma que rige la materia de contratación pública.

2.3 Convocatoria a licitación

Respecto a la convocatoria las normativas de otros países de Latinoamérica tales como República

Dominicana, nos refiere únicamente a la convocatoria la cual es muy clara concisa y precisa, en vista que (Ley 449-06, Ley sobre contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones, 2006) indica el tiempo de publicación para cada procedimiento, según lo establece en su artículo 18 que cita textualmente:

“La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en la gaceta oficial y en dos diarios de mayor circulación del país por el término de tres (3) días, con un mínimo de veintidós (22) días hábiles de anticipación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. En los casos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, deberán ampliarse los plazos de antelación fijados, en las condiciones que determine la reglamentación. Cuando se trate de licitaciones internacionales deberán disponerse, además, avisos en publicaciones de países extranjeros, en los plazos, con la forma y con las modalidades que establezca la reglamentación. La invitación a presentar ofertas en licitaciones restringidas deberá efectuarse por el término de dos (2) días en la Gaceta Oficial y en dos diarios de mayor circulación del país, con veinte (20) días hábiles de anticipación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. La invitación a presentar ofertas en comparación de precios deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en la Gaceta Oficial y en el diario de mayor circulación en el país, durante dos (2) días, con un mínimo de diez (10) días hábiles de anticipación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación.”

Esta normativa es clara al referirse a la convocatoria por cada tipo de procedimiento, de igual modo detalla el tiempo de preparación de oferta para cada modalidad, este mecanismo aplicado a nuestra normativa de contratación pública, podría fortalecer las debilidades que actualmente enfrentan las contrataciones estatales al no establecerse por ejemplo plazos de convocatoria para el concurso de firmas y tener que estar utilizando de forma supletoria el de concursos individuales o el de la licitación pública en base al art. 84 del reglamento de la Ley No. 737.

Nuestra Ley No. 737, en su art. 33 establece que el llamado a licitación lo hará el Área de Adquisiciones del organismo o entidad licitante el cual deberá publicarse en el portal único de contrataciones o en los medios que para el efecto disponga el reglamento, se publicará un aviso en La Gaceta, Diario Oficial en tanto no se logre el desarrollo de los medios tecnológicos a que se

refiere la ley, y además en caso que lo amerite esta publicación se podrá dar a conocer a nivel internacional.

Por otro lado, el art. 98 y 99 del Reglamento de la Ley No. 737, nos refiere a un Aviso a la Licitación que indistintamente de la modalidad aplicada, deberá publicarse en el portal único de contratación y en La Gaceta Diario Oficial, el aviso deberá indicar: a. Número del proceso licitatorio, b. Objeto de la Contratación, c. Designación del Organismo Adquirente, d. Lugar donde se podrá acceder a la Convocatoria al PBC y los estudios cuando corresponda. Así mismo, el art. 99 del mismo Reglamento, se refiere a la convocatoria de la licitación, la cual debe contener la siguiente información:

- a. El nombre y dirección de la entidad adjudicadora y el tipo de procedimiento, b. La índole, cantidad y lugar de entrega de los bienes que hayan de suministrarse, c. El plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes la terminación de las obras, d. La fecha y forma de obtener el PBC, e. Cuando proceda, el precio no podrá exceder de su costo de producción para lo que deberá indicar la moneda y forma de pago, f. Idioma con se enviará el PBC, g. Lugar y plazo para la presentación de ofertas, h. Origen de los fondos con que se financia la licitación.

La diferencia entre el aviso y la convocatoria, es que el aviso detalla de manera abreviada su contenido, mientras que la convocatoria lo hace más detallado y transmite con mayor énfasis lo que se requiere, esto establece una mayor transparencia y facilita la labor a las entidades públicas.

Por otro lado, el art. 55 de la Ley No. 737, establece que para el procedimiento de licitación selectiva, se debe emitir una invitación pública a ofertar, que se publicará en el portal único de contratación o en los medios de publicación que establezca el Reglamento de la Ley. Por lo antes mencionado el reglamento en artículo 127 y el 129 establecen que debe realizar invitación cursada a no menos de cinco proveedores previamente seleccionados de lista funcional afines al objeto que se busca adquirir y con la respectiva publicidad en el portal único de contrataciones, así mismo encomienda que el Área de Adquisiciones será quien recibirá las consultas por un período mínimo de dos días hábiles contados desde el día siguiente de la invitación, así mismo hace referencia a que lo no previsto para el procedimiento de la selectiva, se aplicarán las disposiciones de la

licitación pública.

Por tanto, puedo decir que existe cierta contradicción entre la Ley No. 737 y su Reglamento, en vista que la Ley indica que se debe efectuar una convocatoria y no hace referencia al Aviso, que se menciona en el Reglamento de la misma Ley. Otra contradicción es el número de invitados que se deben realizar dado que en la Ley no los establece, mientras que el Reglamento nos indica que deben enviar invitación a no menos de cinco (5) proveedores en licitación selectiva. Es evidente que ante esta situación claramente primaría la Ley sobre cualquier otra norma inferior, por lo que recomendaría al legislador reformar la Ley con respecto al número de proveedores que sería meritorio invitar, así mismo establecer un solo término para nombrar dichas invitaciones.

2.4 Presentación y apertura de oferta

En el art. 36 de la Ley No. 737, se manifiesta que las ofertas podrán presentarse por escrito o en forma electrónica, siempre que en este último caso se cumplan con las condiciones que para el efecto establezca el Reglamento con el propósito de asegurar la inalterabilidad de las mismas y que las ofertas que se presenten fuera del plazo establecido serán devueltas sin abrir a los oferentes que las hayan presentado, aunque en el art. 107 de la reglamentación de la misma Ley, no especifica la presentación electrónica de las ofertas, por lo que se considera, que existe un vacío al respecto, hace énfasis en que las ofertas deben ser presentadas en físico. Además, se aclara que cuando las ofertas tengan que ser presentadas total o parcialmente mediante formularios o formatos, éstos podrán ser llenados por cualquier medio, incluyendo el manual, debiendo llevar el sello y la rúbrica del oferente o su representante legal o mandatario designado para tal fin.

En la práctica, se establece en los llamados a licitación que las ofertas deberán hacerlas llegar a las Áreas de Adquisiciones de forma física, dejando entrever que no se aceptarán ofertas electrónicas, dichas ofertas deben ser presentadas en los formularios estipulados por la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE) en conjunto con cada entidad pública, deben estar debidamente firmados y sellados, aunque la Ley no haga mención de rúbrica según el párrafo anterior, si hace énfasis en que si llegara a faltar la rúbrica a las ofertas presentadas, las mismas serán rechazadas en base al art. 46 de numeral 1 de la Ley No. 737. Por tanto en apego a lo

estipulado en nuestro sistema jurídico y primacía de la ley sobre el reglamento y normativas, se podrían presentar ofertas electrónicas, pero aún no están siendo utilizadas en toda su amplitud.

Asimismo, establece que el plazo que tendrá el oferente para la presentación de su oferta en los procedimientos de licitación pública, no podrá ser menor de treinta (30) días calendarios contados a partir de la convocatoria y para los procedimiento de licitación selectiva se establece un plazo para la presentación de ofertas no menor de siete (7) días hábiles, contados a partir de la fecha de inicio de la invitación a ofertar. Aunque el tiempo para presentación de esta última es más corto, con la finalidad de contratar en menos tiempo que un procedimiento de licitación pública, no se logra a cabalidad este objetivo, en vista que tiene que cumplir con las mismas etapas y trámites de la licitación pública.

En relación al párrafo anterior se podría que reformar la Ley, y establecer menor tiempo al período de evaluación, el periodo para interponer y dar repuesta a los recursos, con la finalidad de no hacer extenso el procedimiento de la licitación selectiva.

En el art. 103 del Reglamento de la Ley No. 737, se establece que si en la sesión de homologación o aclaraciones respectivas, se deriva enmendar aspectos esenciales al PBC, el Área de Adquisiciones procederá en el término de la distancia a emitir la correspondiente enmienda, mediante escrito debidamente fundamentado y notificado por medios escritos a los posibles oferentes y debe ser publicado en el portal único de contratación y en la página web de la entidad o a los correos electrónicos de los participantes, debiendo modificar el plazo de apertura de las ofertas en un período que no supere hasta en un 50% al plazo original.

Con relación a la apertura de las ofertas, es importante mencionar que una vez que las ofertas han sido presentadas en tiempo y forma, con la debida recepción de documentos, se procede a la apertura de las mismas. en el art. 42 de la Ley No. 737, se especifica que serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, en las condiciones que determine el reglamento, el órgano o entidad licitante que presidió el acto de apertura de ofertas, una vez concluido éste deberá remitir al Comité de Evaluación las ofertas presentadas para su correspondiente evaluación, pero en el art. 108, del Reglamento de la misma Ley No. 737, nos refiere a un acto de presentación de ofertas,

dicho acto será público cuando el procedimiento convocado sea licitación pública y licitación selectiva, no hace referencia a que se pueda efectuar de forma electrónica, quebrantando lo estipulado por la Ley, según lo mencione anteriormente.

Es importante realizar una distinción entre presentación y apertura de oferta aplicado a la realidad, en vista que se las entidades públicas realizan ambas actividades, primeramente la presentación en sobres sellados de las ofertas en físico en el sitio designado por el organismo contratante y posteriormente se realiza un acto público para la apertura de las misma, debidamente avalado por el comité de licitación.

Una vez concluido el acto de apertura, se levantará un acta que deberá ser firmada por los miembros del Comité de Evaluación y los proponentes que se encuentren presentes. En ella se hará constar los datos generales de las ofertas presentadas tales como precios de las ofertas, descuentos, modificaciones o retiros de ofertas, la existencia o falta de garantía requerida y cualquier otro detalle que el órgano convocador considere apropiado anunciar, de conformidad a lo estipulado en el art. 110 del reglamento de la Ley No. 737.

Al respecto, según la ley se entiende que es un órgano o entidad licitante ajeno al Comité de Evaluación quien preside el acto de apertura, pero el reglamento indica que deberá ser firmado por los miembros de dicho comité, por lo antes expresado y atendiendo la supremacía de la norma, el Comité de Evaluación no tendría que firmar las actas, pero en la práctica los miembros del Comité de Evaluación asisten a los actos de presentación y apertura de ofertas, lo firman en conjunto con los proveedores que asisten a dicho acto, asimismo incorporan observaciones si las hubiere en el acta de apertura de ofertas.

En total acuerdo con el planteamiento de Arríen Somarrriba (2014) que hace adición al señalamiento anterior otra contradicción entre el art. 41 de la Ley No. 737 y el inicio del art. 87 y 66 del reglamento de la misma ley, en cuanto estipula una posible modificación o retiro de la oferta antes que venza el plazo límite de presentación y el hecho de que no podrá modificarse, ni retirarse las ofertas una vez presentados. Por lo tanto primaría la Ley en esta contradicción.

En el análisis efectuado anteriormente, se puede decir que podrían existir grandes problemáticas y contradicciones entre la Ley No. 737 y su Reglamento, al no estar armonizados, en vista que la Ley es la norma establecida para regular, las contrataciones públicas y su reglamento es una norma jurídica subordinada, es el documento que detalla la forma de regular todas las actividades para contratar, pero no puede regular más allá de lo establecido en la Ley, en base al principio de jerarquía de la ley.

1.4 Evaluación de las ofertas

Por su parte, en el art. 43 de la Ley No. 737, se establece que se debe especificar que “El órgano o entidad licitante establecerá en el PBC los criterios para la calificación y evaluación de las ofertas presentadas. La calificación y evaluación de las ofertas será realizada por el Comité de Evaluación y dentro de un plazo de hasta siete (7) días hábiles contados a partir de la apertura de las ofertas. En casos excepcionales, atendiendo a la complejidad del objeto de la contratación y la cantidad de oferentes participantes, este plazo podrá ser prorrogado por la máxima autoridad administrativa, hasta por el cincuenta por ciento (50%) del plazo original.

De acuerdo con el planteamiento de Arrién Somarriba (2014) de que la ley No. 737 no hace referencia a que la evaluación de las ofertas será pública, lo cual sí está regulado en el art. 87 inciso “s” del reglamento de la ley No. 737, al referirse a la evaluación dice examen, por lo que no especifica la actividad de evaluación misma, o al examen del cumplimiento de los requisitos de la oferta, no deja claro si se está ante algún tipo de problema técnico e incluso de contradicción entre ambas normativas, y si así fuese el caso, lo estipulado en la ley No. 737, lógicamente primaría.

Ante esta situación, nos encontramos una posible contradicción entre la Ley No. 737 y su Reglamento y al aplicarlo a la realidad las ofertas se evalúan en privado y posteriormente se dan a conocer los resultados a cada uno de los oferentes participantes, es decir que prevalece la Ley, en vista que el solo hecho de evaluar en un acto público haría que este se extienda y no se podría realizar de manera inmediata lo que traería serias complicaciones y retrasos al período de evaluación y por tanto al procedimiento de contratación como tal.

En el art. 44 de la Ley No. 737, se deja claramente establecido que es el Comité de Evaluación a través del Área de Adquisiciones quien podrá solicitar a los oferentes aclaraciones de sus ofertas, las cuales se harán por escrito dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles a partir de la fecha de recepción de la solicitud de aclaración, en este sentido primará lo sustancial sobre lo formal, siempre y cuando no alterare el contenido de la oferta original, ni violar el principio de igualdad sobre la cual está fundamentada la Ley, pero el art. 111 del reglamento de la misma Ley, establece que se puede subsanar todo documento que soporte las condiciones de capacidad del oferente o las condiciones técnicas o cualquier otro que no afecte la calificación de la oferta, ante este criterio se podría estar solicitando subsanar defectos en las ofertas, lo que estaría dando ciertas ventajas a los oferentes, en vista que se pueden cambiar las ofertas y se estaría faltando al principio igualdad, debido a todas las personas, naturales o jurídicas, que participen en el procedimiento de contratación administrativa, lo harán en igualdad de condiciones. Por tal razón se podría dejarse señalado en los Pliegos de Bases y Condiciones (PBC), que documentos serían subsanables y cuales no serán subsanables, sin alterar lo preceptuado en la Ley.

Por otro lado, la Ley No. 737 en su art. 47, establece que se debe elaborar un dictamen de recomendación del Comité de Evaluación, se recomendará la adjudicación total o parcial de la licitación al oferente u oferentes, que se ajuste a los requisitos del pliego de bases y condiciones y que presente la mejor oferta, en este dictamen debe estar detallado el análisis y comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que fundamenta su recomendación. Así mismo deberá ser enviado a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante en un plazo de dos (2) días hábiles posteriores a su suscripción, con copia a los oferentes participantes, pero en el art. 116 del reglamento de la Ley No. 737 se establece la notificación del acta de evaluación donde se describa detalladamente la evaluación practicada, deberá comunicarse por medios escritos, mientras no se logre la implementación efectiva del SISCAE, una vez notificada los oferentes podrán interponer los recursos administrativos dispuestos en la Ley y su reglamento.

Aunque existe esta contradicción entre la Ley No. 737 y su reglamento, en vista que la Ley indica la elaboración de un dictamen del análisis de la evaluación de las ofertas y el reglamento hace el señalamiento de la elaboración de un acta de evaluación y recomendación, en la realidad se emite

un dictamen de evaluación firmado por los miembros del Comité de Evaluación, el cual es notificado a la máxima autoridad administrativa con copia a los oferentes participantes, debido a la primacía la Ley.

En mi humilde opinión considero que estos documentos contienen todo lo concerniente a cada una de las etapas de evaluación y que las entidades públicas los realizan con la finalidad de que se emita un solo documento en el cual el comité de evaluación puede avalar los resultados de las evaluaciones.

2.5 Resolución de adjudicación

En el art. 48 de la Ley No. 737 dice que la máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo licitante, deberá dictar una resolución motivada para adjudicar total o parcialmente la licitación, declararla desierta o cancelarla de acuerdo a lo dispuesto en la misma ley.

Dicha resolución deberá hacerse dentro de un plazo máximo de tres días, después de recibido el dictamen de recomendación de parte del Comité de Evaluación. Una vez emitida la resolución será notificada a los oferentes dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. En caso que éstos no recurran contra ella, será firme y se publicará.

El art. 122 del reglamento de la ley No. 737, establece que el consentimiento de la adjudicación se presume pasados los tres días hábiles de su notificación, sin que los oferentes hayan ejercido recurso alguno contra la misma. En caso de haberse presentado una sola oferta, el consentimiento de la adjudicación se presume el mismo día de su notificación. Una vez consentido el otorgamiento de la adjudicación, el Área de adquisiciones remitirá el expediente de contratación a la dependencia encargada de la administración del contrato, la que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización y administración del mismo.

Mientras tanto el art. 123 del reglamento de la Ley No. 737, especifica con claridad los aspectos que debe contener la resolución o carta de adjudicación, entre los cuales está: nombre del participante ganador y el monto total de su propuesta, forma, lugar y plazo para la presentación

de las garantías, lugar y plazo para entrega de los anticipos, lugar y fecha en que el licitante deberá firmar el contrato, fecha de inicio de los trabajos y plazo de ejecución de los mismos y una vez que el licitante ganador tiene la resolución y el modelo de contrato podrá tramitar las garantías a que hace referencia la ley y su reglamento.

Una vez firme la resolución de adjudicación y sin que se haya interpuesto recurso, el organismo o entidad contratante, puede formalizar el contrato de acuerdo con el modelo incluido en las bases de la contratación y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes con el proveedor que haya sido seleccionado por presentar la mejor oferta.

La formalización de un contrato administrativo no requerirá de escritura pública, salvo cuando lo requiera el derecho común. Los contratos administrativos derivados de un proceso ordinario de contratación, tendrán el carácter de documentos públicos con fuerza ejecutiva, de conformidad al art. 70 de la Ley No. 737, así mismo en el art. 216 del reglamento de la misma Ley, se establece que una vez que la adjudicación ha quedado firme, tanto la entidad como el o los oferentes adjudicados, están obligados a suscribir el o los contratos, salvo por razones de recorte presupuestario, sobrevinientes con posterioridad al inicio del procedimiento de contratación y cuya potestad radica solamente en la máxima autoridad, las que deben estar debidamente acreditadas y cuyas razones deberán ser comunicadas a los oferentes que corresponde y publicadas en portal único de contratación. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en su titular o máxima autoridad administrativa o el funcionario delegado.

En caso que el o los oferentes adjudicados se nieguen a suscribir el contrato, serán objeto de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la adjudicación, condición que deberá ser comunicada a la administración, para su posterior verificación y declaración por la administración.

Aunada a los párrafos de este capítulo puede decirse que una vez que no se haya interpuesto ningún recurso ante la resolución de adjudicación, la entidad contratante procede a suscribir contrato con el oferente adjudicado, pero en la realidad las entidades públicas dejan establecidos en los PBC

que el requisito para hacer firme el contrato es la presentación de las debidas garantías, lo que me parece importante, en vista que quedan completamente asegurados al momento de la suscripción del contrato.

3. Análisis sobre el sistema de garantías regulado por la Ley No. 737 y su reglamento

Según Leiva Matamoros (2012 p. 15)

La palabra garantía es en la actualidad un vocablo de uso generalizado y todos tenemos una idea más o menos clara de su significado, el que generalmente asociamos con el compromiso de restablecer el costo o reponer un artículo que adquirimos si este resulta defectuoso o inutilizable, siendo esta una idea totalmente válida, sin embargo el alcance de su significado es mucho más amplio, pues abarca otros aspectos relacionados con el mundo de los negocios, en los que se hace indispensable para la seguridad del tráfico jurídico garantizar el pago de una contraprestación, de ahí que garantía se equipare con la seguridad jurídica en el cumplimiento de una obligación o de un pago o con el compromiso de resarcir o de reparar un daño causado.

El mismo Leiva Matamoros (2012), citando a Manuel Ossorio y Florit, (981), define garantía como “afianzamiento, caución, obligación del garante, cosa dada en seguridad de algo, protección frente al peligro o riesgo” (p. 332) y establece los conceptos de garantía hipotecaria, pignoratícia, prendaria, real y constitucional.

Nuestro sistema legislativo regula las garantías reales y las garantías personales. Se consideran garantías reales las que recaen sobre bienes inmuebles, como la hipoteca; y garantías personales aquellas que se constituyen en base a las personas, como la fianza en sus diferentes modalidades (Código Civil de Nicaragua, 1904).

Por su parte el sistema de garantías que el Estado utiliza para asegurarse contra cualquier daño por parte de los proveedores, decir que a través de estos se pretende que las instituciones públicas queden cubiertos contra cualquier inconveniente que puedan sufrir durante y después del procedimiento de licitación.

En aras de protección, las instituciones públicas establecen en sus PBC una serie de garantías con las cuales pretenden quedar protegidas ante cualquier riesgo, según las que están previamente señaladas en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1 Garantía de seriedad de la oferta

Por lo antes expresado, la Ley No. 737 en su art. 66, establece la presentación de una garantía de seriedad de oferta, la cual consiste en una declaración notariada ante un notario público, presentada por el proveedor, esta debe indicar el periodo de validez de la oferta, según lo estableció el PBC, a excepción de los procesos licitatorios, en vista que en estos se hará uso de una garantía pecuniaria. Si el proveedor retira o modifica su oferta luego de la recepción y apertura de las mismas, cuando no cumpliera con la firma del contrato o no entregue la garantía de cumplimiento se le aplicará una sanción de inelegibilidad por el período de un año impuesta por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público y no podrá participar en procedimientos de contratación administrativa.

El reglamento de la Ley No. 737 en su art. 209 establece que el monto de esta garantía deberá ser equivalente entre el uno por ciento (1%) y el tres por ciento (3%) del valor total de la oferta, se incluirán los impuestos cuando fuese el caso por un plazo de 60 días prorrogables por 30 días más a solicitud del contratante y se podrá establecer un monto fijo dentro del rango establecido, cuando la entidad pública contratante lo considere conveniente.

Ante esta situación y totalmente de acuerdo con el planteamiento de Arríen Somarriba (2014), existen dos tipos de garantías de seriedad de la oferta; una de carácter notarial y otra pecuniaria, esta última solo aplica en procesos de licitación. Si bien la notarial incrementa el índice de participación de los proveedores en las contrataciones, existe un problema latente en este tipo de garantía, en vista que si los participantes retiran su oferta, únicamente serán sancionados por un año, mas no será afectado su capital, lo mismo pasaría con la pecuniaria, debido a que es inejecutable, contraviniendo y distorsionando la naturaleza jurídica de lo estipulado en el último párrafo del art. 71 de la Ley No. 737, que establece ejecutar garantías sin hacer alguna referencia específica a cual.

Respecto a esta problemática, la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE) emitió y público en el portal único (www.nicaraguacompra.gob.ni) la Guía procedimental para la ejecución de fianzas y garantías en los procesos de contratación pública, versión DGCE-SP-2015.00, del 17 de agosto del 2015, en la cual detalla lo siguiente;

“Fianza o garantía seriedad de oferta: Es aquella que debe presentar el oferente como condición para participar en el procedimiento de selección, mediante la cual se obliga a mantener la validez de la oferta presentada durante plazo previsto en el pliego de bases y condiciones, así como la suscripción del contrato que le fuere adjudicado y rendir la fianza o garantía de cumplimiento correspondiente.

Esta fianza o garantía podrá consistir en una declaración rendida ante notario público, o en una fianza o garantía pecuniaria en el caso de los procedimientos licitatorios.”

Así mismo, establece el mecanismo para la ejecución por incumplimiento de la fianza o garantía de seriedad de la oferta pecuniaria, por las razones expuestas en el art. 66 de la Ley No. 737, la cual se realizará mediante resolución motivada para producir efectos legales y deberá presentar denuncia ante la DGCE, para la aplicación de la sanción.

Esta disposición parece una normativa completa y muy efectiva en su aplicación, pero está regulando más allá de la Ley No. 737 y el Reglamento, para lo cual se tendría que reformar la norma superior e inferior, donde se detalle forma completa el procedimiento para la ejecución de las fianzas y garantías.

3.2 Garantía de cumplimiento

Otro tipo de garantía que también está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es la garantía de cumplimiento del contrato de conformidad al art. 67 de la Ley No. 737, la cual se deberá presentar el oferente adjudicado previo a la formalización del contrato, ante la entidad contratante, dentro del plazo señalado en la notificación de adjudicación a excepción de las contrataciones menores. Para las contrataciones de servicios y bienes el monto de dicha garantía oscila entre el cinco por ciento (5%) y el diez por ciento (10%) del monto del contrato y para el caso de obras de construcción entre el diez por ciento (10%) y el veinte por ciento (20%) del monto del contrato.

Esta garantía es de obligación de dar o entregar cantidades liquidas a favor de la entidad contratante y comprobado el incumplimiento, para su debido pago bastará la sola presentación del documento para formalizar la ejecución de la garantía ante la entidad emisora.

Así mismo, el reglamento de la misma Ley, en su art. 211 establece que la garantía de cumplimiento constituye una obligación de dar o hacer a favor de la entidad contratante, en caso de incumplimiento se notificara al contratista que se procederá a la ejecución de dicha garantía, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles siguiente a la notificación, para que el contratista presente sus pruebas y alegatos. La garantía se podrá ejecutar total o parcialmente, mediante resolución motivada y se podrá en este caso hacer uso del arbitraje, agotado este procedimiento y para proceder al pago, bastará la sola presentación del documento para formalizar ante la entidad del garante.

Si la ejecución de la garantía no afecta la continuación del contrato, el contratista deberá presentar una nueva garantía de cumplimiento hasta su ejecución total, de igual modo es obligación del contratista mantener la vigencia de dicha garantía, pero la entidad contratante podrá prevenir con al menos diez días hábiles la necesidad de prorrogar la garantía de cumplimiento.

Arrién Somarriba (2014), manifiesta las evidentes contradicciones entre la Ley y su reglamento, en vista que el reglamento instituye la obligaciones de hacer, así mismo indica la ejecución de la garantía mediante resolución razonada, el plazo previo a la ejecución de la garantía que se le brindará al contratista, de igual modo permite el uso del arbitraje sin especificar si hubo incumplimiento de contrato o sobre la ejecución de la garantía, estas figuras no aparecen en la Ley.

Otra observación que hace dicho autor es la contradicción existente entre el art. 211 y el 215 del reglamento de la Ley No. 737, en vista que ante el incumplimiento contractual se ejecuta el monto de la garantía y no se devuelve, aunque el contrato continúe, así mismo plantea que existe un choque entre los incisos b y c del artículo 215 y no queda claro cómo resolverlo, debido a que en la parte in fine de este señala que corresponderá íntegramente a la entidad contratante el monto de la garantía, independientemente de la cuantía del daño causado. En este punto estaríamos

enfrentándonos a la posible contradicción entre incisos o artículos del mismo reglamento lo que impediría aplicar el principio de jerarquía y por lo tanto nos deja frente a un dilema o problema jurídico que solo se podría resolver mediante una reforma al reglamento o lógicamente con una reforma a la Ley No. 737 que aclarase dicha contradicción y permitiese así la aplicación del principio señalado.

Ante tales sucesos la Guía procedimental para la ejecución de fianzas y garantías en los procesos de Contratación Pública (2015), establece que la fianza o garantía de cumplimiento de la oferta se podrá ejecutar por el porcentaje objeto de incumplimiento, en sede administrativa, si: a) El Contratista incumple total o parcialmente con las obligaciones pactadas en el contrato y b) Incumple con la necesidad de prorrogar la vigencia de la fianza o garantía de cumplimiento, así mismo establece taxativamente el párrafo in fine del art. 211 del reglamento y que:

Cuando por las condiciones especiales se requiera la intervención de dos o más órganos o entidades contratantes, quedará a cargo de cada una de ellas la responsabilidad sobre la ejecución de la parte del contrato que le corresponda; lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que, en razón de las atribuciones conferidas, tenga la entidad encargada de la planeación y programación del conjunto.

El equipo administrador del contrato deberá estar pendiente y ser notificado del resultado de las acciones implementadas como consecuencia del informe enviado al Área de Adquisiciones, con el objetivo de tomar oportunamente las medidas necesarias para proseguir la ejecución del contrato, modificarlo o rescindirlo por incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas.

Arríen (2014, p. 30) sostiene que:

“No sé si no he realizado una adecuada lectura de la ley 737 y su reglamento, pero no he encontrado una regulación precisa de la devolución de las garantías, por lo que podrían surgir varias interrogantes, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para la devolución de las garantías?, ¿en qué momento se devolverían?, en fin este es un punto que debería ser regulado con detenimiento.”

Y es que la Ley No. 737 en su art. 65 establece que la regulación de la devolución de garantías se realizará mediante el reglamento de dicha normativa, pero la realidad es que la misma se llevó a

cabo a través de la Circular Administrativa DGCE/ SP/01/ 2014 titulada Disposiciones técnicas sobre la devolución de garantías en los procesos de contratación” emitida por la DGCE, por lo que cabe la duda sobre la legalidad de esta última circular, por su carácter inferior y por estar transgrediendo lo estipulado en la misma Ley No. 737.

3.3 Garantía de anticipo

Por otro lado, la Ley No. 737 en su art. 68, establece que el contratista presentará una garantía de anticipo por un monto de cien por ciento (100%), previo a recibir estimaciones en concepto de anticipo, dicha garantía se reducirá a medida que se amortice el anticipo cubriendo el máximo saldo deudor, esto en el caso de obras y se computará al valor total del contrato en el caso de bienes.

Respecto a la garantía de anticipo la guía procedimental para la ejecución de fianzas y garantías en los procesos de Contratación Pública (2015), establece que se ejecutarán por incumplimiento de las obligaciones del proveedor o contratista, la fianza o garantías de anticipo u otras garantías discrecionales, las que este emite a favor de la entidad contratante, quien podrá hacer efectiva su ejecución total o parcial con sede administrativa. De conformidad al procedimiento establecido para la ejecución de fianza o garantía de cumplimiento.

Es evidente que la Guía procedimental para la ejecución de fianzas y garantías en los procesos de Contratación Pública (2015), emitida por la DGCE, está regulando atribuciones más allá de la Ley No. 737 y su Reglamento, claramente existe un problema de jerarquía y confusión jurídica, en vista que la Ley es norma que rige la materia de contrataciones, por tanto de mayor jerarquía a este documento.

Como hemos podido apreciar existen una serie de problemas en la aplicación práctica de las garantías, así como una serie de contradicciones entre la ley No. 737 y su Reglamento, lo cual se supera desde mi punto de vista con la aplicación de la norma jurídica superior sobre la inferior o con una reforma integral del Reglamento que permita establecer la garantía a utilizar en cada procedimiento la ejecución de las mismas y su devolución

4. Recursos administrativos regulados por la Ley No. 737 y su reglamento

Para dejar entrever lo que son los recursos Arrién Somarriba (2005, p. 205) citando a Jesús González Pérez los define como actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión. Los recursos administrativos constituyen vías de revisión a instancia siempre de interesados, sujeta a plazos determinados.

Al respecto Valle, Arrién y Navarro, sostienen que:

“El recurso administrativo en tanto acto de impugnación se le puede definir como aquel que regulado por el Derecho Administrativo realiza quien alega un derecho subjetivo o un interés legítimo con el fin de requerir a la autoridad administrativa en plazo fijado, la extinción o sustitución total o parcial de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de oportunidad, merito o conveniencia. (2011, p. 140).”

Por otro lado, el art. 46 de la Ley No. 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de Julio del 2000, mandata que se podrá ejercer el uso de lo contencioso –administrativo una vez que se haya agotado la vía administrativa, la que entenderá por agotado lo siguiente:

1. Cuando en tiempo y forma se haya hecho uso de los recursos administrativos señalados por la Ley que aplica a la materia y se notifique resolución al respecto
2. Cuando dentro del plazo de treinta días no se haya emitido resolución final y se produzca silencio administrativo, en este caso la solicitud del recurrente se tendrá por aceptada.
3. Cuando la Ley expresamente así lo disponga.

Los recursos administrativos son interpuestos por parte de los proveedores u contratistas participantes en el procedimiento licitatorio ante las autoridades correspondientes, que haciendo uso de su derecho en el tiempo establecido, deberán agotar la vía administrativa antes de proceder a la vía judicial, tal y como lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia de Nicaragua, en Sentencia No. 330, de la 1:45 p.m., del 29 de julio de 2009, en sus considerandos II y V, con las excepciones correspondientes, claro está.

4.1 Recurso de aclaración

La Ley No. 737, nos refiere en su art. 111 al recurso de aclaración, es el primer recurso administrativo, el cual una vez que el Comité de Evaluación haya dado a conocer los resultados de la evaluación a más tardar tres (3) días antes del vencimiento del mismo, los ofertantes que estén participando en el procedimiento licitatorio, podrán solicitar aclaraciones a los resultados de la evaluación en un plazo no mayor de dos (2) días, dichas aclaraciones deberán ser atendidas por el Comité de Evaluación en el acta de evaluación y recomendación de adjudicación.

El art. 296 del reglamento de la misma ley indica el procedimiento para interponer el recurso de aclaración el cual debe contener la siguiente información; identificación del oferente, número, nombre del objeto de la licitación, referencia del acta de evaluación y los aspectos que consideran deben ser aclarados. Así mismo, el art. 297 de dicho reglamento señala que será causal de nulidad de la evaluación realizada, la no atención a las aclaraciones.

Si bien la Ley no indica ningún tipo de causal de suspensión temporal o definitiva al interponer el recurso de aclaración, el reglamento nuevamente va más allá, sobrepasando a la norma superior al establecer nulidad de la evaluación.

Arrién (2015) sostiene que en base al art. 43 de la Ley No. 737, el plazo de evaluación es de siete días, teniendo el Comité de Evaluación, al cuarto día que dar a conocer los resultados de la misma, para que en un plazo de dos días, es decir el sexto día a más tardar, los oferentes puedan si lo desean interponer el recurso de aclaración regulado en el art. 111 de dicha ley, el cual tendría que resolverse en el día restante del plazo, si no hubiesen ampliaciones.

En otras palabras, este recurso se interpondrá en dos días y se resolverá en uno, siendo estos plazos fugaces, pero además podría haber una especie de contradicción con el art. 116 del reglamento, que en su parte in fine señala que una vez notificada (el acta de evaluación) los oferentes podrán

interponer los recursos dispuestos en la Ley No. 737, que sería el de aclaración, es decir ante la incierta redacción técnica del reglamento pareciera que hubiese una nueva oportunidad de interponer el recurso señalado, lo cual podría corregirse reformando el art. 116 del reglamento, utilizando como base la regulación contenida tanto en el art. 43 como en el 111 de la ley No. 737.

Cabe señalar que el plazo de evaluación en base al art 43 segundo párrafo de la Ley No. 737 es ampliable hasta en un cincuenta por ciento, por la máxima autoridad, aunque el reglamento en su art. 34 letra “c”, le otorga dicha competencia al Comité de Evaluación, clara contradicción, que nuevamente se resuelve aplicando la supremacía de la ley, obligando a los integrantes de dicha entidad a tramitar la resolución administrativa correspondiente para integrarla al expediente de contratación correspondiente de forma previa al resultado de la evaluación.

4.2 Recurso de impugnación

Por otro lado, la Ley en sus artículos 112 y 113, nos refiere a la presentación y admisibilidad del recurso de impugnación, el cual deberá ser interpuesto por los participantes en el procedimiento licitatorio o de contratación ante la Procuraduría General de la República (PGR) con copia a la máxima autoridad de la entidad contratante, en un plazo de tres (3) día hábiles a partir de la notificación de la resolución adjudicación, cuando estos consideren que se realizaron anomalías en la etapa de evaluación de ofertas, de esta forma podrán impugnar parcial o total la resolución que resuelva la adjudicación o que declare desierto el procedimiento. Así mismo, al día siguiente de ser interpuesto el recurso la Procuraduría General de la República, requiere el expediente de contratación que deberá enviar la entidad contratante en el transcurso de un (1) día hábil, dentro de dos (2) días hábiles se determina su admisibilidad y una vez se declare su admisible la PGR emplazará las partes para que comparezcan dentro de tres días hábiles siguientes a la última notificación.

Si la PGR no resolviera en el plazo de máximo de diez (10) días hábiles a partir del último emplazamiento, el recurrente podrá interponer recurso de nulidad ante la Contraloría General de la República.

Pero según el Acuerdo Administrativo 03-2011, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 71 del día 13 de abril del 2011 indica que el recurso de impugnación debe ser interpuesto ante la Procuraduría Nacional de Finanzas de la Procuraduría General de la República, recibido dicho recurso, solicitará a la entidad adquirente el expediente, dentro del siguiente día hábil, para que mediante auto administrativo determine la admisibilidad de dicho recurso, pero es un tanto osada al instituir que será inadmisibilidad por la falta de uno de los requisitos establecidos en el art. 298 del reglamento de la Ley No. 737, en vista que la Ley misma no hace referencia a este señalamiento.

Según Arríen Somarriba (2014, p. 121), aún existen interrogantes como las consecuencias que habría si las entidades recurridas envían el expediente administrativo incompleto y la norma establece que se resolverá en base al contenido del expediente otra interrogante que plantea es que si sería adecuado resolver sin tomar en cuenta todos los trámites administrativos de dicho expediente.

4.3 Recurso de nulidad

Por otro lado, de no dar lugar al recurso de impugnación o que el mismo no haya sido resuelto, podrá entonces el proveedor o contratista recurrir de nulidad, este recurso deberá ser interpuesto antes la Contraloría General de la República, según el art. 115 de la Ley No. 737, en el plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación que resuelve el recurso de impugnación, así mismo otros oferentes además del que recurrió de impugnación, podrán interponer recurso de nulidad.

Lo anterior implica una legitimación activa más amplia, dependiente de haber participado o no en el procedimiento de licitación y no sólo por haber interpuesto el recurso de impugnación, lo cual podría originar que la entidad pública siempre tendría que calendarizar el plazo para recurrir de nulidad, incluso cuando no hubiese recurrido nadie de impugnación, rompiéndose posiblemente la cadena de unión entre ambos recursos y con esto cuestionándose la existencia de una vía

administrativa en contrataciones si se presentasen estos hechos, es decir si nadie recurriese de impugnación, lo cual originaría además otro problema saber si en base al art. 122 del reglamento la resolución de adjudicación es firme o si en base al art. 115 y 116 de la Ley No. 737, cualquier oferente podría recurrir de nulidad.

Mientras tanto el reglamento de la Ley en su art. 299, indica que si la Contraloría General de la República (CGR) no resolviere el recurso en el plazo establecido debe notificar al recurrente y a la entidad contratante la ampliación del plazo por un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, ampliación que no está regulada en la Ley No. 737.

Claramente y en común acuerdo con Arrién Somarriba (2014), esta ampliación de plazo nos deja ante la inminente incertidumbre jurídica de jerarquía, en vista que este tiempo no está regulado por la Ley.

Por su parte, el artículo 300 del reglamento de la Ley No. 737 establece que si se declara nulidad total se vuelve a iniciar el procedimiento de contratación y si fuese el caso que se resolviere nulidad parcial, la entidad contratante, deberá evaluar nuevamente las ofertas, especificándose que esta evaluación se efectuará a partir del acto que se declara nulo.

Está claro, que al declararse nulo el procedimiento de evaluación, se inicia un nuevo procedimiento de licitación, pero al retrotraer el mismo, se tiene que evaluar de nuevo, y existe la posibilidad de que vuelva a quedar seleccionado el oferente o contratista por el cual existió la disconformidad o aun peor, que quede otro distinto al recurrente, por tanto estamos ante el inminente riesgo de que se repita el ciclo y se interpongan los recursos administrativos correspondientes, a menos que apliquemos la parte in fine del art. 116 de la Ley No. 737 la cual establece que con la resolución de la CGR se agota la vía administrativa, con lo cual la misma no podría abrirse nuevamente.

Por otro lado, de no haber lugar al recurso de nulidad, se entiende por agotada la vía administrativa, teniendo la posibilidad de recurrir al contencioso – administrativo en base al art. 15 numeral 2 de la Ley No. 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo.

5. Principales problemas que existen en la licitación pública y selectiva

Debido a las múltiples contradicciones que existen entre la Ley No. 737 y su Reglamento, expuestas en esta investigación, nos enfrentamos a problemáticas técnicas en lo que respecta a las contrataciones administrativas del sector público, en vista que cuando se presentan inconvenientes en el transcurso del procedimiento de licitación, nuestra norma jurídica nos ocasiona mayores confusiones, al respecto haré algunos señalamientos de las dificultades prácticas más comunes en ambos tipos de licitación.

Es evidente que se ha venido trabajando de una forma errónea respecto a las notificaciones y publicación de los informes de evaluación, en vista que los miembros que evalúan las ofertas y emiten informes técnicos y económicos de las propuestas presentadas para cada procedimiento de contratación, son los nombrados órganos de apoyo como el sub-comité de evaluación, debidamente avalados por el Comité de evaluación, al parecer las organismos y entidades públicas no están claros que la única función de este órgano es fungir como asesores del Comité y no suplir al mismo o ejercer sus competencias, con la finalidad de que los integrantes de dicho Comité solo ratifiquen lo realizado por aquel.

En pro de ayudar a subsanar las contradicciones de la Ley y su reglamento, como hemos visto la Dirección de Contrataciones ha ido aprobando normas complementarias a nuestro sistema jurídico de contrataciones públicas, desde esta perspectiva creó el manual de organización y funciones del área de adquisiciones aprobada mediante circular DGCE/UN/13-201, el cual está pasando por encima de la ley, en vista que cambia el nombre de área de adquisiciones por división general o simplemente división de adquisiciones.

Así mismo dicho manual es confuso y ambiguo, ya que indica el cambio de nombre del Área de adquisiciones, pero el mismo la refiere como Área de adquisiciones, además delega a esta Área funciones que la ley expresamente las delega al Comité de Evaluación tales como indicar que el Área de Adquisiciones debe brindar asesoría, apoyar y dar seguimiento al Comité de Evaluación en los procedimientos de licitación, además de la elaboración de informes y estudios técnicos

requeridos para evaluar las ofertas, efectuar las notificaciones que correspondan, elaborar las actas y dictámenes, recibir y custodiar las ofertas.

Otro punto importante es que la Ley No. 737, presenta otro vacío con respecto a la fecha exacta de publicación de la proyección del PAC y el mismo PAC y el reglamento al establecer las fechas no la regula con claridad, creando ambigüedad y peor aún en el afán de resarcir el error la Dirección General de Contrataciones ha creado lineamientos y disposiciones, que agravan la situación por regular más allá de los establecido en ambas normativas, pasando por encima de la norma suprema en materia de contratación.

Cabe mencionar que ninguna norma por disposición inferior a la Ley y su reglamento pueden regular, modificar o adicionar aspectos que no estén previamente establecidas en dichas normativas, porque esto implicaría la posible trasgresión del principio de jerarquía lo cual solo podría corregirse mediante una reforma al art. 20 de la Ley 737 y los art. 57 y 58 de su reglamento.

Es necesario traer a colación otra de las contradicciones existentes entre la ley No. 737 y su reglamento, en vista que el reglamento tergiversa lo estipulado por la Ley en cuanto a la publicación, ya que la norma rectora establece que se publicarán los estudios, diseños y especificaciones generales y técnicas junto con el proyecto de PBC o pre PBC, para que posteriormente se emita resolución de inicio motivada, al respecto el reglamento señala que estos requerimientos previos se publican todos por separado y que lo que se publica es directamente el PBC, ignorando por completo el proyecto de PBC.

Como se pueden apreciar los problemas técnicos en la etapa de preparación del procedimiento de licitación es y ha sido una realidad demostrada incluso por la necesidad de la DGCE de emitir manuales o lineamientos o circulares con la finalidad de resolver las contradicciones y ambigüedades planteadas, que debieron haber motivado desde hace un buen tiempo una propuesta de reforma, al menos parcial de la ley No. 737 y su reglamento, previendo que en el éxito de la preparación de la licitación está el de la contratación.

Según el art. 30 de la Ley No. 737, se establece que la resolución ministerial debe ser emitida por

la máxima autoridad administrativa de la institución pública, esta debe ser motivada como requisito para dar inicio al procedimiento, así mismo debe contener el objeto contractual, la finalidad de la contratación, su justificación en el presupuesto y elaboración del PBC, mientras tanto el artículo 85 del reglamento de la misma ley, establece que para la emisión de la resolución ministerial de inicio se debe concentrar la siguiente información; especificaciones técnicas, valor estimado, disponibilidad financiera en el presupuesto nacional, de igual modo indica que consecutivamente se debe efectuar la publicación de los estudios, diseños y especificaciones y del el PBC.

Como se puede apreciar hay una contradicción entre ambas normas jurídicas, consistente en que el la Ley No. 737 establece que se debe iniciar los procedimientos de contratación a través de resolución de inicio la cual debe contener una serie de requisitos entre estos la elaboración del PBC y por otro lado su reglamento indica que para la emisión de dicha resolución se debe tener en cuenta la misma documentación, pero consecutivamente se debe efectuar la publicación de los estudios diseños, especificaciones y el PBC todo se publicará en conjunto

Por otro lado, respecto al período de preparación y presentación de ofertas del procedimiento de licitación selectiva, lo que se pretende es desarrollar la contratación en menor tiempo que la licitación pública, para tal efecto la ley No. 737 estipula en el art. 56 que el plazo para la presentación de ofertas debe ser no menor de siete (7) días hábiles, que serán contados a partir de la fecha de invitación de oferta, lo que resulta casi imposible en la realidad, en vista que el procedimiento conlleva todas las etapas de la licitación pública y es por eso que no resulta tan beneficioso realizar las contrataciones públicas implementado este procedimiento.

Otro problema específico que existe en la licitación selectiva, es que el reglamento establece que se debe invitar de forma directa a por lo menos cinco (5) proveedores previamente seleccionados por su actividad, en este caso se podría estar violando el principio de igualdad y libre concurrencia, en vista que se está establecido para proveedores que previamente fueron escogidos y no deja claro en qué momento ocurre esta preselección, situación que podría estar limitando la participación en igualdad de condición. Por tanto fomenta la ventaja de proveedores que por su naturaleza las entidades públicas consideren más óptimas para formalizar el objeto contractual,

aún y cuando se establece en la normativa una especie de rotación de los proveedores para ser invitados dicho procedimiento no está claramente regulado.

Resulta muy común la confusión práctica de si emitir un Dictamen, un acta o un informe de evaluación, pero además la normativa de contrataciones, no señala que tipo de instrumento jurídico tendrá que emitir el sub comité, luego cuál podría ser recurrido de aclaración y con cuál contestar dicho recurso, debemos tener claro que la terminología importa y ya no digamos el contenido de fondo de cada uno de esos instrumentos jurídicos,

Respecto a que la máxima autoridad administrativa pueda cancelar el procedimiento de licitación en base al art. 48 de la Ley No. 737, nos deja ante la incógnita, si en base al art. 51 de la misma norma, tendríamos primero que suspender el procedimiento para luego cancelarlo, lo que nos deja ante una situación incómoda de dos posibles artículos de una misma ley que podrían chocar en cierto punto, sobre todo cuando se cumplen las causales del art. 51, teniendo presente que dicho choque no se resolvería en base al principio de jerarquía ya aplicado en otros casos de contradicciones jurídicas expuestas en esta investigación, por lo que en este caso, solo cabría una interpretación auténtica de la ley o una reforma a la misma.

Es evidente que la Ley No. 737 y su Reglamento está delegando que órganos ajenos a la entidad contratante resuelvan los recursos administrativos tanto de impugnación como de nulidad y el problema se extiende por que según el acuerdo ministerial 03-2011, el recurso de impugnación se interpone ante la Procuraduría Nacional de Finanzas de la Procuraduría General de la República ente cuya misión número 2 y 3 es resolver recursos de impugnación interpuestos a los procedimientos de contratación administrativas por encomienda del Procurador General de la República y brindar apoyo técnico en materia de derecho administrativo y financiero, para lo cual la Ley ni su reglamento señalan este tipo de ordenación, únicamente dice que deberá ser interpuesto ante la Contraloría General de la Republica.

6. Conclusiones

El legislador ha acertado en la Ley No. 737 y su reglamento al ampliar los principios generales de

la contratación pública, así como al establecer un orden en las etapas y trámites a seguir en cada uno de los procedimientos de selección, sin olvidar la regulación de las competencias de cada uno de los órganos ya sea normativos o ejecutores de los mismos. Aunque he concluido que podría haber cierta confusión en algunas de ellas, por ejemplo, en la labor del sub comité, como una especie de Comité de Evaluación, o en la redacción del inciso 1 del art. 9 de la ley No. 737, del cual pareciera deducirse una posible función de la Dirección General de Contrataciones del Estado, que le permitiese tener iniciativa de ley, lo que jurídica y técnicamente sería incorrecto y debería ser corregido.

La regulación y utilización de medios electrónicos para la notificación de resoluciones administrativas, así como para la agilización de la gestión de los procedimientos de adquisición y la implementación de instrumentos electrónicos, como los pliegos de bases, los programas anuales de compra, son una realidad, que permiten celeridad, simplificación de trámites, superación de la burocracia y ahorro presupuestario, pero al mismo tiempo implican un verdadero reto hasta su perfecta concreción. También, considero que se perdió la oportunidad en los principios contractuales sobre todo en el de vigencia tecnológica de hacer referencia a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (Tics) en las compras públicas y sólo considera al principio de adaptabilidad en la ejecución de las mismas.

Comparto plenamente una de las conclusiones expuestas por el Dr. Arrién (2014) en cuanto a su profunda preocupación por una serie de posibles problemas técnicos que presenta ley No. 737 y sobre todo su reglamento, así como frecuentes contradicciones entre ambos cuerpos normativos que se han señalado en el presente trabajo de investigación, especialmente en materia de trámites específicos, de garantías y recursos administrativos, que tal y como se ha dicho, sólo se podrían superar aplicando únicamente lo expuesto en la ley por su carácter jerárquicamente superior o incluso mediante una posible reforma parcial ya sea de la ley No. 737 o de su reglamento, o de ambas normativas.

La Ley 737 no nos deja claro que pasaría si la PGR recibiese el expediente de contrataciones de forma incompleta, lo cual le podría restar elementos de hecho y de derecho para resolver los recursos de impugnación, por lo que sería adecuado regular ese vacío en una posible reforma a

dicha normativa.

Se Propone tomar en cuenta las fechas específicas de la publicación tanto del Pre-PAC como del PAC mismo, con el propósito de que los órganos de contratación pública posean la mayor transparencia posible en lo que refiere a la publicación de las compras públicas que pretenden adquirir en cada período presupuestario.

Se Puede concluir que es necesario reformar el reglamento de la Ley No. 737 en lo que respecta a la publicación de los estudios, diseños, especificaciones generales y técnicas, y proyecto del pliego de bases y condiciones (pre PBC), por las ambigüedades creadas en este documento legal, respecto a la norma reguladora de las contrataciones estatales, así mismo unificarlo con los señalamientos emitidos en la Circular Administrativa DGCE/UN/32-2011, titulada “Lineamientos sobre elaboración y publicación de los estudios previos en los procesos de contratación” y con la “Guía operativa para el desarrollo del procedimiento de licitación” para que haya mayor claridad tanto para las entidades públicas como para los participantes. Es importante que los cambios planteados pudiesen ser aplicados basados en la funcionalidad que actualmente realizan las entidades públicas, por la serie de complejidades y retrasos que pueden resultar de la publicación de todos estos requerimientos.

Sería recomendable regular tanto en la Ley No. 737 como en su reglamento una misma metodología de publicación de la convocatoria para licitar, obviando la publicación del aviso, que podría estar causando posibles retrasos, sobre todo al contar con el SISCAE, como un medio electrónico de notificación.

Se puede concluir que el art. 107 del Reglamento de la Ley No. 737, establece que mientras no se logre la implementación efectiva del SISCAE conforme las condiciones dispuestas en dicho reglamento, las ofertas deberán presentarse en físico. Por lo antes mencionado y basada en la realidad de las adquisiciones públicas, los actos de presentación de ofertas únicamente se realizan de manera física, no se están realizando de forma electrónica, tal como lo indica la Ley, el hecho de que podamos aplicar la tecnología, es decir que se reciban ofertas y se efectúen actos de apertura a través de medios electrónicos, constituye un reto que nos reduciría tiempo y gastos

administrativos en los que incurren las instituciones públicas así como los oferentes al realizar estos actos.

En lo que se refiere a las ofertas que son presentadas fuera del plazo, se propone que se devuelvan al instante a los oferentes que las presentaron, en vista que no tiene razón de ser la recepción de las mismas, ya que estas no serán evaluadas, por su entrega tardía.

Se puede concluir señalando que es clara la confusión de términos utilizados por la Ley No. 737 y su reglamento al momento de realizar las evaluaciones de las ofertas, sobre todo entre los términos dictamen, acta e informe, que deberían ser corregidos mediante una reforma integral con la finalidad de establecer claramente el término a utilizar.

Sería recomendable regular si cabe cancelar procedimientos sin necesidad de suspenderlos de forma previa, es decir habría que lograr un equilibrio entre la regulación del art. 48 y el 51 de la Ley No. 737, para evitar contradicciones internas en la misma norma jurídica, que sólo podrían resolverse vía reforma o interpretación.

Es fácil concluir que en las licitaciones selectivas el número de proveedores a invitar no está regulado en la Ley No. 737 sino en su reglamento, lo cual debería ser regulado, así como la adaptación de los plazos de presentación de oferta, al de los trámites de la licitación pública que de forma supletoria se aplican a la misma, sin olvidar los ajustes necesarios para la ejecución de un sistema de rotación de proveedores con la finalidad de eliminar posibles actos de corrupción o colusión.

Hago mía la conclusión del Dr. Arrién (2014) en cuanto a que el sistema de garantías en general, podría no haber sido regulado de la forma más adecuada e incluso podría haber perdido su sentido y la naturaleza jurídica de esta figura, por una serie de problemas prácticos que contienen, por ejemplo, la falta de ejecución de la garantía de seriedad de la oferta de índole pecuniaria, la devolución del monto ejecutado de la garantía de cumplimiento, la ausencia de una regulación reglamentaria para la devolución de las mismas, tal y como lo estipula ley No. 737, entre otros aspectos, que hacen promover una reforma parcial de este sistema, en la cual también se pueden

adecuar a dicha reforma las disposiciones emitidas por la DGCE.

En lo que respecta al tiempo para dar respuesta ante la interposición a los recursos de aclaración, en vista que si los oferentes tienen 2 días para solicitarla, se necesita más de un día para atenderlos ya que estas pueden contener puntos complejos que requieren mayor tiempo de revisión y análisis por parte del Comité Evaluación, por lo que se considera que se podría dejar establecido de dos (2) a tres (3) días para responder dichas aclaraciones. Con referencia al recurso de impugnación se podría considerar que este sea interpuesto ante la entidad pública contratante y en cuanto al recurso de nulidad debería regularse con mayor detenimiento la legitimación activa que permite a cualquier oferente haya o no interpuesto impugnación recurrir de nulidad, determinando incluso si el plazo para recurrir a dicho recurso debe o no calendarizarse como parte de los procedimientos de licitación.

Los señalamientos y recomendaciones que se han realizado en esta oportunidad tienen una visión constructiva, con la esperanza de ser tomados en cuenta como un aporte académico, ante una posible nueva reforma parcial al reglamento de la ley No. 737 (la última ocurrió en el año 2013) y otras disposiciones administrativas de rango inferior al mismo con la finalidad de resolver las contradicciones señaladas o como parte de una reforma integral al sistema de adquisiciones públicas nicaragüenses. Espero que con este trabajo de investigación se pueda mantener vivo el debate al respecto.

7. Referencias bibliográficas

Arrién Somarriba, J. B (2015). Retos y perspectivas para la implementación de la nueva ley de contrataciones administrativas de Nicaragua. *Revista Centroamericana de Administración Pública* (68): 5, Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), San José, Costa Rica.

Arrién Somarriba, J. B. (2014). Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua. *Revista de Derecho* No. 17, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua.

- Arrién Somarriba, J. B. (2005). Los recursos administrativos en Nicaragua. *Revista de Derecho* No. 11, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua.
- Castro Cuenca, C. G, García López, L. F, Martínez Vargas, J. R. (2010). *La contratación estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional*. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- Cordero Vega, L. (2006). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista de Derecho Administrativo Económico* No. 17, Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 330, Sala Constitucional, de la 1:45 p.m., del día 29 de julio de 2009.
- Cuello Duarte, F. (2009). *Contratos de la Administración Pública* (3er Edición). Eco Ediciones. Recuperado de <http://www.ecoediciones.com/wp-content/uploads/2016/08/contratos-de-la-admin-publica.pdf>
- Díaz Bravo, E. (2016). Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea. *Revista de Derecho Administrativo Económico* No. 22, Bogotá, Colombia.
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2011). Guía Operativa para el Desarrollo del Procedimiento de Licitación. (Versión DGCE-UN-IG-13-2011). Recuperado <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2011). Manual de Organización y Funciones del Área de Adquisiciones. (Versión DGCE-UN-IG-10-2011). Recuperado de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2011). Circular Administrativa titulada: Manual de organización y funciones de las Áreas de Adquisiciones. <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2011). Normativa Orgánico – Funcional del Comité de Evaluación (versión DGCE-UN-IG-03-2011). Recuperado de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2011). Normativa Interna Orgánico – Funcional del Comité Técnico de Contrataciones (versión DGCE-UN-IG-02-2011). Recuperado de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2014) Circular Administrativa DGCE/ SP/01/

- 2014 titulada Disposiciones técnicas sobre la devolución de garantías en los procesos de contratación”. Recuperada de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2015). Guía Procedimental para la Ejecución de Fianzas y Garantías en los procesos de Contratación Pública. (Versión DGCE-SP-2015). Recuperado de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2016). Circular Administrativa titulada: Lineamiento para la publicación del Programa Anual de Contrataciones 2017. (Versión DGCE/SP/10-2016). Recuperada de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dirección General de Contrataciones del Estado (2017). Circular Administrativa titulada: Lineamiento Técnico de Publicación Proyección PAC 2017. (Versión DGCE/SP/08-2016). Recuperada de <http://www.nicaraguacompra.gob.ni/normativa>
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública* (2da Edición). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (1997). *Derecho Administrativo* (6ta Edición). Buenos Aires. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*. N° 41, Madrid, España.
- Juan Gerardo Leiva Matamoros (Junio 2012). Análisis Jurídico del Sistema de Garantías y su Aplicación Práctica, según la Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público y su Reglamento. “Seminario de Investigación II” y como requisito previo para obtener el título de Master en Derecho de Empresas con especialización en Asesoría Jurídica.
- Ley No. 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 140 del 25 de Julio del 2000.
- Ley No. 449-06, Ley Sobre Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones. 06 de Diciembre del 2006. República Dominicana.
- Ley No. 737, Ley de contrataciones Administrativa del Sector Público. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 del 08 de noviembre del 2010.
- Ley No. 1150, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Publicada el 15 de Julio del 2016 en La Gaceta, Diario Oficial 46.691. Bogotá, Colombia.
- Mantillas Pallares, C. M. (2014) Importancia del principio de selección objetiva del contratista en

- el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Revista Principia Iuris* No. 22, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia.
- Marín Hernández, H.A. (2008). Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones. *Revista Digital del Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Molina, J. A (2008) *La nueva Ley de contratos del Sector Público*. Madrid, España. Editorial LA LEY.
- Moreno Molina, J.A (2012). El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública. *Revista DIXI. Vol. 14 No. 15*. Bogotá, Colombia.
- Reglamento de Ley 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 214 del 09 de noviembre del 2010.
- Rodríguez Arana, Jaime; Moreno Molina, J. A.; Jinesta Lobo, E. & Navarro, K (2011). *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán.
- Rodríguez Arana, J. (2016) Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Revista de Derecho, segunda época, año 12, No. 13*, julio 2016, Universidad Católica del Uruguay.
- Rodríguez Tamayo, M. F (2007) *La contratación directa como mecanismo de selección del contratista y las reformas de la Ley No. 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Recuperado el 10 de marzo del año 2017 de <https://app.vlex.com/#vid/352293334>
- Santos Rodríguez, J. E (2009). Consideración sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Digital de Derecho Administrativo (No.1)*. Universidad Externado de Colombia.
- Uría Fernández, F. (2004) Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, en *Revista de Administración Pública*, RAP No. 165, Madrid, España.
- Valle, D., Arrién, J., & Navarro, K. (2011). *Compendio Normativo Contrataciones Administrativas* (2da ed). Nicaragua. Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana.
- Valle, D. (2012), *Exclusiones de procedimiento y contrataciones simplificadas en las contrataciones administrativas del sector público nicaragüense*, Instituto de Estudios

Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP), Managua, Nicaragua.

8. Anexos: Diagramas de los procedimientos de licitación pública y selectiva

**DIAGRAMA DEL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION
PÚBLICA**

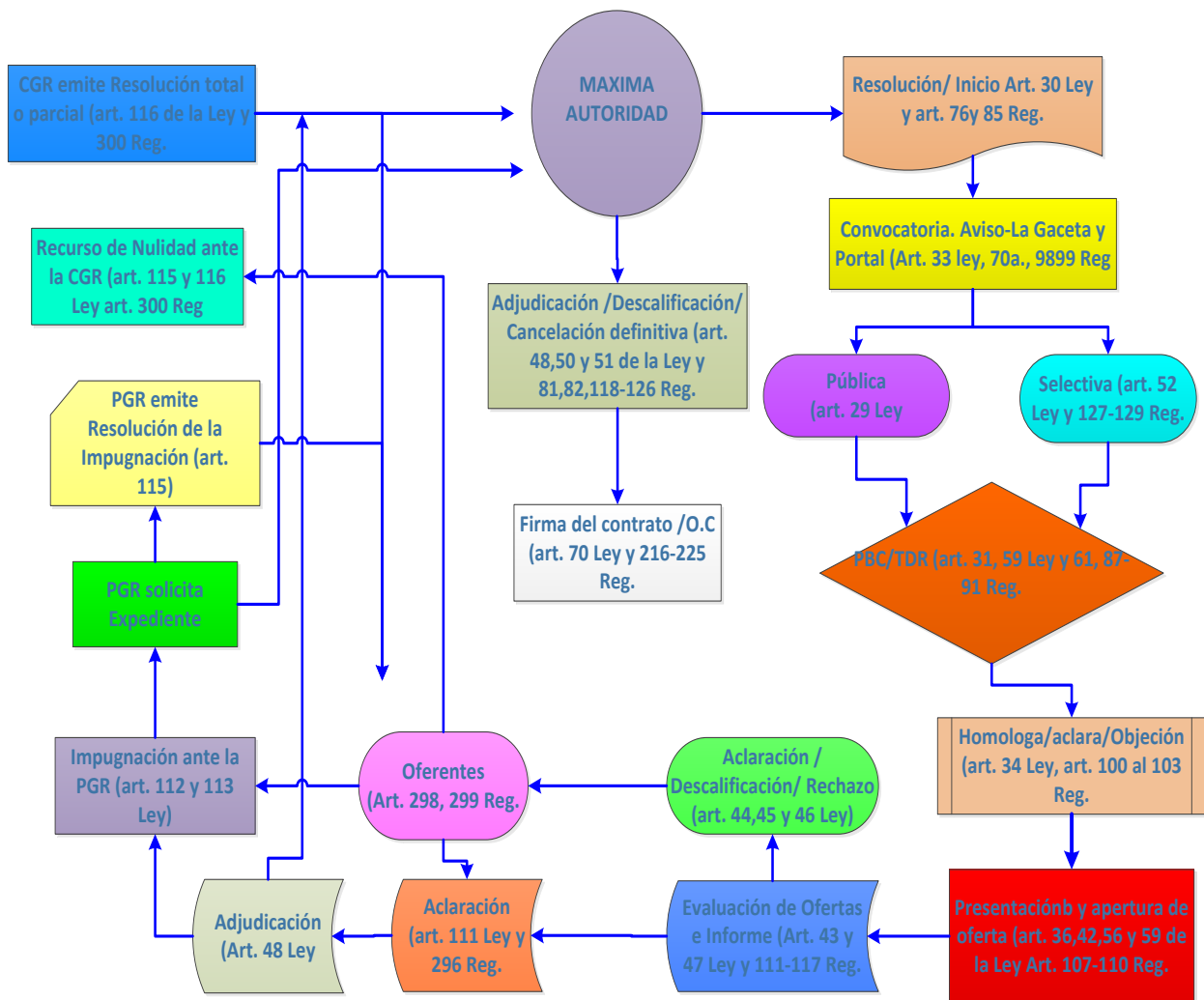


DIAGRAMA DEL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACION SELECTIVA

