

El sistema federal de contratación de los Estados Unidos: una introducción¹

CHRISTOPHER R. YUKINS²

Traducción de SEBASTIÁN BARRETO CIFUENTES³⁻⁴

RESUMEN

Este artículo proporciona una introducción al derecho de la contratación estatal de los Estados Unidos, especialmente el derecho federal, que está más desarrollado que el derecho de los estados o el derecho local, y que tiene lecciones que pueden ser útiles para otros sistemas. El artículo se divide en siete partes y su análisis abarca la historia, que ha dotado al sistema de sus características actuales; el acceso al mercado y las potenciales barreras de entrada; los principales métodos de contratación en el sistema federal; los principales tipos de contratos; el sistema de protestas para los oferentes

- 1 El original de este artículo fue publicado en inglés en la *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, n.º 69, recuperada de <https://www.urt.cc/?q=node/187> y se tituló "The U.S. Federal Procurement System: An introduction".
- 2 Christopher R. Yukins es Lynn David Research Professor en Contratación Estatal y codirector del programa de Contratación Estatal en la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington D. C. El programa se lanzó en 1960 por los profesores Ralph Nash, Jr. y John Cibinic, Jr. Véase <https://www.law.gwu.edu/government-procurement-law>. Correo-e: cyukins@law.gwu.edu.
- 3 Sebastián Barreto es docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster y candidato a doctor de la Universidad de Nottingham, y académico invitado en las universidades Paris-Nanterre y George Washington University. Correo: carlos.barreto@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3418-9916>. Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2021. Fecha de modificación: 30 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 1.º de octubre de 2021. Para citar el artículo: YUKINS, CHRISTOPHER R. traducción por BARRETO CIFUENTES, SEBASTIÁN, "El sistema federal de contratación de los Estados Unidos: una introducción", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2022, pp. 9-43. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.02>.
- 4 El traductor agradece a Juan Camilo Amado por su colaboración con aspectos formales y comentarios sobre la traducción.

agraviados; y los mecanismos de protección anticorrupción del sistema estadounidense. Todos estos elementos actúan como piezas de un engranaje que, sin ser perfecto, ha evolucionado a lo largo de los años para llegar a ser un régimen de contratación estatal que es, a la vez, complejo y maduro.

Palabras clave: contratación estatal, contratación estatal en los Estados Unidos, contratos por reembolso de costos, propuestas con negociación, negociaciones competitivas, acceso al mercado de contratación.

The U.S. Federal Procurement System: An Introduction

ABSTRACT

This article provides a modest introduction to U.S. procurement law, especially federal procurement law, which generally is more extensively developed than state or local procurement law, and suggests possible lessons learned that may be useful for other systems. This article is divided in seven parts and its analysis encompasses the history, which has endowed the system with its current characteristics, market access and potential entry barriers, the main procurement methods in the federal system, the principal types of contracts, the bid protests system for aggrieved bidders, and the anticorruption mechanisms of the US system. All these elements act as pieces of an apparatus that, without being perfect, has evolved over the years to become a public procurement regime that is both complex and mature.

Key words: Public Procurement, Public Procurement in the United States, Cost-Reimbursement Contracts, Negotiated Proposals, Competitive Negotiations, Access to Procurement Markets.

INTRODUCCIÓN

El mercado de contratación de los Estados Unidos de Norteamérica es uno de los más grandes del mundo⁵. El derecho de la contratación que guía a ese mercado es un régimen regulatorio que es, a la vez, complejo y maduro⁶, y

5 Para observar los datos sobre el gasto en contratación pública federal, consúltese www.usaspending.gov. La contratación pública federal asciende a unos 500.000 millones de dólares al año.

6 La biblioteca jurídica de la Facultad de Derecho de la GWU cuenta con una de las principales colecciones sobre derecho de la contratación pública (tradicionalmente

ofrece importantes lecciones para otros sistemas de contratación alrededor del mundo. Este artículo proporciona una introducción modesta al derecho de la contratación estatal de los Estados Unidos, especialmente el derecho federal, que está más desarrollado que el derecho de los estados o el derecho local⁷, y que tiene lecciones que pueden ser útiles para otros sistemas.

El artículo se desarrolla en siete partes. La primera revisa la historia del sistema federal de contratación, que se remonta a la guerra de Independencia. Esa parte inicial también analiza el régimen de administración que ha desarrollado el gobierno federal, un sistema separado, independiente de manera única de la ley comercial, y sostiene que diferenciar el régimen jurídico de contratación del derecho comercial tiene sentido debido a los requisitos únicos (y asignación de riesgos) entre el gobierno y sus contratistas. La segunda parte analiza el acceso al mercado, a través de la transparencia, por ejemplo, y como consecuencia de los acuerdos comerciales internacionales que garantizan la no discriminación y el trato nacional. En la tercera parte se discuten los principales métodos de contratación en el sistema federal, con especial énfasis en las negociaciones competitivas multilaterales que, para finales del siglo XX, se habían convertido en un pilar de las adquisiciones federales complejas. La cuarta parte analiza los principales tipos de contratos (a precio fijo y de reembolso de costos) y explica la ventaja estratégica que obtiene Estados Unidos a través de un sistema de contratación de reembolso de costos eficaz. La quinta analiza los recursos de los oferentes (llamadas "protestas de licitación" en el sistema de los Estados Unidos) presentadas por los oferentes agraviados. La sexta revisa algunos de los principales elementos del sistema anticorrupción estadounidense, que son fundamentales para la evolución del sistema federal de los Estados Unidos, ya que (por ejemplo) habría sido imposible utilizar negociaciones competitivas más riesgosas sin protección anticorrupción efectiva. El artículo concluye que, aunque el régimen de contratación de Estados Unidos es maduro continúa evolucionando y, dados los sorprendentes paralelismos entre el sistema de Estados Unidos

llamada "derecho de los contratos públicos" en Estados Unidos) y los bibliotecarios de la misma, coordinados por la experta en la materia Mary Kate Hunter (mhunter@law.gwu.edu), han compilado guías para apoyar la investigación sobre el derecho de la contratación pública. Véase, por ejemplo, *The Jacob Burns Law Library, Research Guides, Government Contracts Resources* (disponible en <http://law.gwu.libguides.com/govk>) y *The George Washington University Law School, Jacob Burns Law Library, Government Contracts Research* (disponible en https://www.law.gwu.edu/sites/www.law.gwu.edu/files/downloads/SRG_1_GovernmentContracts.pdf).

7 Cfr. DANIELLE CONWAY, *State and Local Government Procurement*, Nueva York: American Bar Association, 2012; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Code for State and Local Governments*, Nueva York: ABA, 2000. Disponible en <http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=PC500500>. MELISSA GAVON COPELAND, *Guide to State Procurement: A 50-State Primer on Purchasing Laws, Processes, and Procedures*, 2.^a ed, Nueva York: ABA, 2016.

y sus homólogos en el extranjero, habrá una amplia oportunidad para compartir las lecciones aprendidas en los próximos años.

1. BREVE HISTORIA DEL SISTEMA FEDERAL DE CONTRATACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

La historia del sistema federal de contratación en los Estados Unidos, de muchas maneras, ha sido moldeada por el conflicto armado⁸. A través de guerras desgarradoras, el sistema atravesó una larga serie de errores e internalizó las lecciones aprendidas de ellos. Debido a que el sistema se guio por principios relativamente constantes⁹ y un conjunto de reglas escritas que evolucionaron con el tiempo, el sistema de contratación federal, sujeto a las leyes y dirigido por funcionarios con un respeto real por el Estado de derecho, pudo acumular las lecciones aprendidas durante varios siglos. Esas lecciones se extendieron más allá de la celebración de los contratos, para incluir protestas, administración de contratos, disputas y leyes de apropiaciones. Estos desarrollos en muchos frentes resultaron en un sistema que es altamente complejo y que continúa evolucionando en la actualidad.

Importantes patrones en el sistema de contratación moderno pueden ser rastreados a la guerra de independencia, cuando el Congreso Continental organizó y reorganizó en varias ocasiones el sistema de contratación para abastecer al ejército continental¹⁰. Esa íntima relación entre el Congreso y la contratación (especialmente las compras de defensa) continúa hoy en día. De hecho, muchas reformas en la actualidad tienen comienzo en la legislación anual de autorización para el Departamento de Defensa de los Estados Unidos¹¹. Esa legislación de autorización anual en defensa, que ha sido aprobada consistentemente durante más de 50 años, ofrece al Congreso un medio para continuar su larga tradición de hacer enmiendas para mejorar, a través de ensayo y error, el sistema federal de contratación.

Desde muy pronto, en la nueva nación, el Congreso aprobó las primeras leyes que autorizaban específicamente la contratación mediante un proceso formal de contratación. Leyes que exigen publicar la oportunidad, la

8 CLIFTON E. MACK, *Federal Procurement: A Manual for the Information of Federal Purchasing Officers* viii, Washington: Procurement Division, U.S. Department of Treasury, 1943.

9 Cfr. STEVEN SCHOONER, "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", *11 Pub. Proc. L. Rev.* 103, 2002. Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=304620>.

10 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, 2.^a ed., Washington: The George Washington University, 1999, pp. 16-54.

11 La Ley Anual de Autorización de Defensa Nacional (NDAA) puede consultarse a través de la página web del Congreso de los Estados Unidos (www.congress.gov).

competencia y una adjudicación pública¹². Los nuevos Estados Unidos heredaron este sistema de contratación tradicional de Europa¹³. Varios siglos más tarde, en un giro histórico, Estados Unidos jugaría un papel destacado en un cambio internacional hacia las negociaciones multilaterales, llamadas *negociaciones competitivas* en el sistema estadounidense.

Muy pronto, el sistema federal desarrolló un medio para abordar la calificación de los contratistas, lo que ahora se denomina *responsabilidad* en la parte 9 del Reglamento de Adquisiciones Federales (FAR, por sus siglas en inglés)¹⁴⁻¹⁵. Solo se permitía a los "hombres de sustancia y talento" tener contratos con el gobierno¹⁶, un precursor del sistema de calificación altamente evolucionado hoy para evaluar los posibles riesgos de ejecución y reputación de los potenciales contratistas. Durante estas primeras décadas de la república, el gobierno federal también comenzó a delegar una discreción sustancial a los funcionarios¹⁷. De la misma manera en que el sistema federal de adquisiciones depende de contratistas "responsables", también lo hace de funcionarios profesionales y altamente comprometidos, quienes (como los contratistas "responsables") reducen drásticamente los riesgos de corrupción y fallas en la ejecución¹⁸.

A principios del siglo XIX, el sistema de licitaciones estructuradas y adjudicaciones competitivas, basados en precios bajos, estaba bien establecido, y fue construido a partir de la experiencia práctica, como la adjudicación de contratos de transporte en diligencias por parte del joven gobierno. El principio según el cual cuando el gobierno contrata no actúa como soberano, sino como parte contratante sujeto al imperio de la ley, se desarrolló con el sistema; ese principio y los supuestos de que el gobierno debe actuar de buena fe y estar sujeto a un proceso de disputas evolucionaron como principios fundamentales del sistema de los Estados Unidos¹⁹.

12 PATRICIA WITTIE, "Origins and History of Competition Requirements in Federal Government Contracting: There's Nothing New Under the Sun", *Report of the Comm. on Governmental Affairs to Accompany S. 2127, S. Rep. No. 97-665 at 3* (1982), Washington: Committee on Governmental Affairs, 1982, pp. 1-4. Disponible en línea: www.reeds-mith.com.

13 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, pp. 47-48.

14 Véase la nota 47 y el texto adjunto.

15 JOHN CIBINIC, JR., RALPH NASH JR. y CHRISTOPHER YUKINS, *Formation of Government Contracts*, 4.ª ed., cap. 4, Washington: George Washington University, 2011.

16 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, p. 50.

17 *Ibid.*, p. 71.

18 Una de las mayores organizaciones de profesionales de la contratación, tanto del sector público como del privado es la Asociación Nacional de Gestión de Contratos (www.ncmahq.org).

19 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, pp. 52-72.

Durante el primer siglo de la nueva república, antes de que comenzara la guerra civil en 1861, el gobierno federal trabajó para desarrollar su propia capacidad de fabricación, incluidas sus propias armerías, de modo que, en última instancia, el gobierno no tendría que depender de fabricantes de armas extranjeros²⁰. Esto estaba en consonancia con las actitudes, que persisten hoy en día, en las adquisiciones federales: existe consenso sobre la necesidad de garantizar la "seguridad del suministro", es decir, el acceso rápido a material vital en tiempos de guerra²¹. Durante este primer siglo de su historia, el gobierno federal a menudo confió en sus propias armerías, favoreciendo "hacer" sobre "comprar" (parafraseando); este equilibrio entre la producción interna y la subcontratación de los contratistas fue impulsado, en parte, por el dominio tecnológico del gobierno en las primeras fases de la industrialización estadounidense (por ejemplo, Harpers Ferry Armory, escenario de la incursión del abolicionista John Brown en 1859 que ayudó a iniciar la guerra civil, era una fábrica de armas de propiedad del gobierno de los Estados Unidos). El liderazgo tecnológico del gobierno se desvaneció en gran medida a fines del siglo XX; en ese momento, el sector privado estaba casi siempre por delante del gobierno, y esa nueva asimetría, ese liderazgo tecnológico nuevo y duradero en el sector privado, ayudó a dar forma a los métodos de contratación modernos que se analizan a continuación.

Desde muy temprano, el gobierno y sus contratistas comenzaron a desarrollar las construcciones jurídicas que definen sus relaciones en la actualidad, a menudo bajo la presión de la producción en tiempos de guerra. En su magistral obra sobre el sistema estadounidense, *History of Government Contracting*, James Nagle describe, por ejemplo, cómo los funcionarios federales se enfrentaron al renombrado inventor y fabricante Eli Whitney por los enormes retrasos de su empresa en la entrega de armas²². Los airados ires y venires entre los funcionarios y Whitney, y contratiempos similares, describe el autor Jim Nagle, contribuyen a explicar las severas reglas que finalmente surgieron en torno a las terminaciones por incumplimiento, ya que el gobierno claramente necesita un "garrote" fuerte para garantizar el desempeño. Al mismo tiempo, estas historias de disputas prolongadas entre el gobierno y sus contratistas, que a menudo se detienen poco antes de la terminación, ilustran la renuencia, adversa al riesgo, de los funcionarios de asumir los retrasos y la vergüenza de la terminación de uno de sus con-

20 *Ibid.*, p. 72.

21 DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADO INTERIOR Y SERVICIOS, Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security — Guidance Note: Security of Supply (discussing concept), Bruselas: Agencia Europea de Defensa, 2009. Disponible en línea: https://www.eda.europa.eu/docs/documents/guide-sos_en.pdf.

22 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, pp. 75-84.

tratos. Esta renuencia a terminar los contratos, a su vez, ayuda a entender otras doctrinas legales, tales como unos poderes expansivos de inspección²³, requerimientos de cumplimiento de los términos contractuales²⁴ y el pago, en principio, solo después del cumplimiento²⁵, que le dan al gobierno una posición privilegiada en estas batallas con los contratistas.

La contratación en tiempos de guerra también ayudó a lanzar otra doctrina importante: la terminación por conveniencia²⁶. Según esa doctrina, el gobierno puede terminar un contrato por conveniencia cuando la necesidad por el bien o servicio en cuestión desaparece. La terminación por conveniencia es una doctrina que realmente tomó forma después de las terminaciones generalizadas de contratos al final de la Primera Guerra Mundial. Los tribunales confirmaron que el gobierno conservaba el derecho, como parte de sus poderes soberanos inherentes, a terminar los contratos unilateralmente cuando las circunstancias lo demandaran, lo que implica una ruptura extraordinaria de las reglas comerciales de contratación²⁷. Cuando el gobierno termina un contrato por su conveniencia, debe compensar al contratista por el daño emergente, pero no por el lucro cesante. Como es de esperar, este es un punto de preocupación para muchos contratistas, especialmente en contratos a largo plazo.

La sensación general de confrontación entre el gobierno y sus contratistas, que surge, en importante medida, del temor constante de los funcionarios del gobierno a que los contratistas, si pueden, van a engañar al gobierno federal, también ayuda a explicar las draconianas sanciones por fraude que aplican en los Estados Unidos, tanto civil como penalmente. Las acciones por fraude civil del gobierno a menudo surgen de una demanda presentada originalmente por un denunciante (un "delator", que por ley puede compartir parte de lo recuperado por el gobierno de un contratista fraudulento) bajo la Ley de Falsas Reclamaciones²⁸. La Ley de Falsas Reclamaciones, que le ha dado al gobierno y a los denunciantes miles de millones de dólares en daños

23 FAR 52.246-2, Inspection of Supplies—Fixed-Price (cláusula de inspección estándar).

24 JOHN CIBINIC, JR., RALPH NASH, JR. y JAMES F. NAGLE, *Administration of Government Contracts*, 4.ª ed., Washington: George Washington University, 2006, p. 815. FAR 52.246-2, Inspección de suministros—Precio fijo (cláusula de inspección estándar).

25 31 U.S.C. § 3324, *Administration of Government Contracts*, supra note 21, at 1135.

26 FAR Subpart 49.1.

27 Cfr. *Administration of Government Contracts*, supra nota 21, en 1049-50 (que relata la historia y las autoridades relativas a las rescisiones por conveniencia).

28 JOHN T. BOESE, *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, 4.ª ed., Filadelfia: Wolters Kluwer, 2010; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *The False Claims Act: A Primer*. Disponible en línea: https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf.

y multas por fraude²⁹, juega un papel único y prominente en el sistema federal de contratación. Con su combinación de severas sanciones monetarias (miles de dólares por falsos "reclamos"), más daños triplicados, con bajos requisitos de conocimiento (un contratista solo necesita ser "imprudente" para activar la responsabilidad civil por fraude), y fuertes incentivos para los "denunciantes internos", el sistema antifraude de Estados Unidos es posiblemente uno de los más agresivos del mundo.

La larga e íntima relación entre el gobierno y sus contratistas, con el tiempo, ha construido una comunidad de contratación federal separada, que cuenta probablemente con algo más de 100.000 personas, incluidos cientos de abogados que se especializan en leyes de contratación federal. La especial relación entre el gobierno y sus contratistas está determinada por un conjunto único de políticas y preocupaciones comerciales y, como resultado, se ha desarrollado un cuerpo legal único con respecto tanto a la formación como a la administración de los contratos federales. Este cuerpo legal que gobierna la administración de los contratos públicos —algo que pocos países tienen— está apoyado sobre las cláusulas contractuales estándar del FAR³⁰ y los tribunales especializados (las juntas de apelaciones contractuales, la Corte Federal de Reclamaciones de los Estados Unidos y, en apelación, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal³¹) que atienden casos derivados de las decisiones de los funcionarios en virtud de la Ley de Disputas Contractuales³².

La ley federal de contratación ha experimentado varios cambios importantes en las últimas décadas, impulsados en gran parte por el Congreso. La Ley de Competencia en la Contratación de 1984^[33] presuntamente requiere

29 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Press Release: Justice Department Recovers Over \$4.7 Billion From False Claims Act Cases in Fiscal Year 2016*, 2016 ("This is the third highest annual recovery in False Claims Act history, bringing the fiscal year average to nearly \$4 billion since fiscal year 2009, and the total recovery during that period to \$31.3 billion"). Disponible en línea: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-47-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2016>.

30 Cfr. FAR Part 52 (*standard clauses*).

31 *The Civilian Board of Contract Appeals (CBCA) bears appeals regarding contract disputes from most civilian agencies, and the CBCA is complemented by the Defense Department's Armed Services Board of Contract Appeals (ASBCA). Under the Contract Disputes Act, a contractor appealing a contracting officer's adverse decision on a contract claim may elect to go to the appropriate board of contract appeals, or to the U.S. Court of Federal Claims. Appeals from the boards and from the Court of Federal Claims go to the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, from there, an appeal can be taken to the U.S. Supreme Court, which may decline review. In modern times, the Supreme Court has heard relatively few cases involving federal procurement.*

32 U.S.C. § 7101 et seq.; véase FAR Subpart 33.2.

33 KATE MANUEL, "Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements", *Cong. Res. Serv.* 2011, 2011. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40516.pdf>.

ahora una competencia total y abierta en las contrataciones federales, y regularizó el papel de la Oficina de Responsabilidad del Gobierno (GAO, por sus siglas en inglés) para decidir las protestas en la selección de contratistas (la GAO ha decidido esto desde la década de 1920)³⁴. La Ley de Racionalización de Adquisiciones, Federal Acquisition Streamlining Act (FASA), transformó gran parte de la estructura legal federal y creó una autoridad especial para que las agencias federales compren artículos comerciales bajo el FAR Parte 12 con reglas y procedimientos simplificados³⁵. Y la legislación hermana de FASA, la Ley Clinger-Cohen de 1996, llevó más allá las reformas de la FASA y en la adquisición simplificada de tecnología de la información, entre otras cosas, eliminó los recursos en el marco de los procedimientos en relación con las adquisiciones de tecnologías de la información³⁶. Las reformas legislativas continúan, en gran parte, a través de cambios incrementales aprobados (como se señaló anteriormente) a través de la legislación de autorización de defensa de cada año.

Para cerrar esta breve historia³⁷, es importante señalar un cuerpo legal complementario que ha evolucionado en el sistema estadounidense: la Ley Fiscal (o de presupuesto), que rige cómo los funcionarios deben interpretar y gastar las asignaciones del Congreso. La Constitución de los Estados Unidos confiere al Congreso la autoridad exclusiva para controlar el gasto, y para proteger esa prerrogativa, a menudo a raíz del uso indebido y derrochador de los fondos por parte de los funcionarios del ejecutivo, el Congreso ha aprobado leyes que prohíben (y a veces penalizan) los gastos no autorizados, como el cuerpo de leyes conocidas colectivamente como la Ley de Anti-Deficiencia³⁸. La Oficina de Responsabilidad Gubernamental (un brazo del Congreso) ha desarrollado extensas reglas y precedentes, reunidos en la Ley de Principios de Asignaciones Federales de la GAO (también conocida como el "Libro Rojo"³⁹), sobre cómo las leyes de apropiaciones deben ser

34 DANIEL I. GORDON, "Bid Protests: The Costs Are Real, but the Benefits Outweigh Them", 42 *Pub. Cont. L.J.*, 2013, pp. 489 y 490; JAMES MCKAY WEITZEL JR., "GAO Bid Protest Procedures under the Competition in Contracting Act: Constitutional Implications After Buckley and Chadha", 34 *Cath. U. L. Rev.* 485, 1985, pp. 486-87.

35 CARL L. VACKETTA y SUSAN H. POPE, "Commercial Item Contracts: When Is a Government Contract Term or Condition Consistent with 'Standard' or 'Customary' Commercial Practice?", 27 *Pub. Cont. L.J.*, 1998, p. 291 (*discussing statutory history*).

36 Cfr. DANIEL I. GORDON, "Bid Protests", p. 491.

37 Para una mejor revisión de la literatura sobre la historia del sistema de adquisiciones de Estados Unidos, véase JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, pp. 579-98.

38 U.S. ACCOUNTABILITY OFFICE, *The Antideficiency Act*. Recuperado de <http://www.gao.gov/legal/anti-deficiency-act/about>. MATTHEW H. SOLOMSON, CHAD E. MILLER y WESLEY A. DEMOR, *Fiscal Matters: An Introduction to Federal Fiscal Law & Principles*, Thomson Reuters, 2010.

39 Véase <https://www.gao.gov/legal/red-book/overview>.

interpretadas y cumplidas. Si bien el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige en general controles de la ley fiscal para controlar la corrupción, parece que pocas naciones han desarrollado reglas de control fiscal tan completas como las de Estados Unidos, probablemente porque para el gobierno de ese país los controles fiscales tienen tanto que ver con reforzar las estructuras democráticas, ya que se trata de detener la corrupción.

2. ACCESO AL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN FEDERAL

El acceso al mercado de la contratación federal se puede medir a lo largo de al menos tres variables diferentes: la transparencia del sistema, los acuerdos comerciales que abren ese mercado y las barreras "invisibles" que pueden dificultar que las empresas se unan a la competencia federal. Para las empresas nuevas, el acceso al mercado federal a menudo se obtiene a través de varios pasos: subcontratar para contratistas principales experimentados, luego unirse a un contrato "abierto" de entrega indefinida o cantidad indefinida (IDIQ, por sus siglas en inglés) (a veces conocido como un "acuerdo marco abierto" internacionalmente), y luego pasar a vehículos de contratación más especializados (y menos intensamente competitivos). Para una empresa nueva en el mercado (en parte debido a los obstáculos que se describen a continuación), puede tomar varios años atravesar estas etapas y obtener un acceso profundo a los clientes federales. Sin embargo, las empresas que logran entrar suelen establecer franquicias estables y lucrativas en el mercado federal, que tiende a favorecer a los jugadores que repiten.

2.1. TRANSPARENCIA: OPORTUNIDADES, ADJUDICACIONES Y LA LEY

Aquellos que buscan acceso al mercado federal deben, por supuesto, primero identificar oportunidades y adjudicaciones que son (al menos en principio) abiertas y transparentes para contrataciones importantes⁴⁰. Tanto las oportunidades como las adjudicaciones deben publicarse en el Punto de Entrada a Nivel Gubernamental (GPE, por sus siglas en inglés), en www.fedbizopps.gov. Los documentos relacionados, tales como las justificaciones para otros que no sean de competencia total y abierta, también deben publicarse electrónicamente⁴¹. Los datos sobre adjudicaciones de contratos federales, disponibles en el Sistema Federal de Datos de Adquisiciones (FPDS, por sus siglas

40 Cfr. FAR Part 5, Publicizing Contract Actions.

41 FAR Part 5, Publicizing Contract Actions.

en inglés), ahora también son accesibles a través de un sitio web fácil de usar (usaspending.gov). Los datos de contratación deberían estar disponibles más fácilmente en el futuro, ya que el gobierno federal implementa los requisitos de "datos abiertos" de la Ley de Transparencia y Responsabilidad Digital (DATA, por sus siglas en inglés) de 2014, que exige una mayor transparencia con respecto a los gastos federales⁴².

Hay otra serie de bases de datos federales disponibles en línea en las que se confía usualmente en la comunidad de adquisiciones. El sitio web www.sam.gov, por ejemplo, contiene información extensa relacionada con la calificación del contratista⁴³. Las empresas que utilizarán acuerdos IDIQ ("marco") para ingresar al mercado federal a menudo buscarán bases de datos como la Schedules Sales Query Database⁴⁴, publicada por la agencia de compras centralizada, la Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos, en un esfuerzo por obtener información sobre el mercado. Finalmente, varias empresas privadas agregan y venden datos del mercado federal.

Esto no quiere decir que las oportunidades y adjudicaciones en el gobierno federal sean uniformemente transparentes. Los datos sobre compras federales pendientes y aprobadas a través de contratos IDIQ ("marco"), por ejemplo, son notoriamente incompletos⁴⁵. Y los datos sobre adjudicación de subcontratos, que se supone deben ser publicados para los subcontratistas de primer nivel⁴⁶, se cree en general que son solo parcialmente reportados y publicados⁴⁷.

Los estatutos⁴⁸ y reglamentos⁴⁹ que rigen la contratación se publican electrónicamente de forma habitual, al igual que las decisiones de las juntas

42 Pub. L. No. 113-101, 128 Stat. 1146 (2014).

43 Cfr. FAR Part 9.

44 Véase <https://ssq.gsa.gov/>.

45 Cfr. Report of the Acquisition Advisory Panel to the Office of Federal Procurement Policy and the United States Congress, capítulo 7, junio de 2007.

46 FAR 4.1400 ("This subpart implements section 2 of the Federal Funding Accountability and Transparency Act of 2006 (Pub. L. 109-282), as amended by section 6202 of the Government Funding Transparency Act of 2008 (Pub. L. 110-252), which requires contractors to report subcontract award data [...]. The public may view first-tier subcontract award data at <https://www.usaspending.gov/>").

47 U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, "Federal Subcontracting: Linking Small Business Subcontractors to Prime Contracts Is Not Feasible Using Current Systems", Report GAO-15-116 (Dec. 2014), 2014. Disponible en línea: <http://www.gao.gov/assets/670/667410.pdf>.

48 Los títulos 10 (Fuerzas Armadas) y 41 (Contratos Públicos) del Código de los Estados Unidos contienen muchas de las disposiciones más importantes relativas a la contratación pública federal.

49 *The Federal Acquisition Regulation (FAR) is available through www.acquisition.gov/far. The Defense Department supplements to the FAR, which are extensive, are available through a U.S. Air*

y los tribunales que resuelven protestas (impugnaciones) y reclamaciones derivadas de contratos federales. Muchos cambios a la ley federal de adquisiciones se originan en los estatutos, y el progreso de la legislación a través del Congreso se puede rastrear, de manera relativamente transparente, a través del sitio web en www.congress.gov. Los estatutos y otras iniciativas reglamentarias generalmente deben implementarse a través del Reglamento de Adquisiciones Federales (FAR), que constituye el título 48 del Código Federal de Regulaciones⁵⁰, y las reglas propuestas y finales se publican regularmente a través del *Registro Federal*⁵¹, el diario administrativo del gobierno federal.

2.2. ACUERDOS INTERNACIONALES DE COMERCIO QUE PROPORCIONAN ACCESO

La transparencia del mercado federal, descrita anteriormente, hace que ese mercado sea prácticamente accesible para los proveedores del exterior. Sin embargo, existe una pregunta sobre si se puede hacer cumplir el acceso legal garantizado por los numerosos acuerdos comerciales de los Estados Unidos con respecto a la contratación⁵².

El punto de partida en casi cualquier discusión sobre el proteccionismo estadounidense es, por supuesto, el *Buy American Act*⁵³, que fue aprobado en 1933 y ahora, tal como se implementó, impone una preferencia de precio del 6 % o 12 % (dependiendo de si las pequeñas empresas están compitiendo), e incluso del 50 % (para las compras del Departamento de Defensa, que se analizarán más adelante)⁵⁴. No obstante, el *Buy American Act* ha sido desplazado en gran medida por los acuerdos de libre comercio que se analizan a continuación; en consecuencia, generalmente solo aquellas adquisiciones pequeñas que caen por debajo del umbral de cobertura del GPA y otros acuerdos comerciales se ven afectadas por el *Buy American Act*.

Existen otras preferencias nacionales, conocidas confusamente como "Buy America", que limitan o prohíben a las agencias federales (y, a menudo, a sus

Force-sponsored website, farsite.hill.af.mil. Rules from other federal agencies that affect federal procurement, such as the Small Business Administration, are generally available through the Code of Federal Regulations, available at www.ecfr.gov.

50 Véase www.ecfr.gov.

51 Véase www.federalregister.gov.

52 CHRISTOPHER R. YUKINS y STEVEN L. SCHOONER, "Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market", 38 *Geo. J. Int'l*, 2007, p. 529.

53 41 U.S.C. §§ 8301-8305.

54 Cfr. ALLEN B. GREEN, *International Government Contract Law*, cap.2, Washington: West, 2016.

beneficiarios) comprar bienes y servicios extranjeros⁵⁵. Estas restricciones especiales del *Buy America* suelen estar enmarcadas como exenciones de los acuerdos de libre comercio que se analizarán a continuación, e imponen severas restricciones a la compra, por ejemplo, de trenes extranjeros con fondos federales.

Estados Unidos ha celebrado diversos acuerdos de libre comercio plurilaterales, regionales y bilaterales relacionados con la contratación, probablemente el más importante de los cuales es el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁵⁶. En el marco del ACP, el gobierno federal y dos tercios de los estados de los Estados Unidos garantizan al menos cierto acceso a sus mercados de contratación. El Departamento de Defensa de los Estados Unidos también ha celebrado acuerdos recíprocos de contratación de defensa con los ministerios de Defensa de varios países aliados. Esos acuerdos, codificados en el *Defense Federal Acquisition Regulations Supplement* (DFARS), generalmente garantizan el acceso no discriminatorio al mercado de material y servicios de defensa de cada socio. Aún cuando el acceso en virtud del ACP y otros acuerdos de libre comercio ha sido codificado en el Reglamento de Adquisiciones Federales y sus suplementos⁵⁷, y por lo tanto, el acceso generalmente se respeta como una cuestión de práctica en el proceso de adquisición federal, existen barreras legales y prácticas para cualquier extranjero proveedor que busque hacer cumplir el acceso en virtud de los acuerdos comerciales⁵⁸. En resumen, el acceso de los proveedores extranjeros a los mercados de contratación pública en los Estados Unidos está lejos de estar asegurado como cuestión legal.

2.3. OTRAS BARRERAS DE ACCESO

Existen otras barreras, algunas bastante formidables, para acceder al mercado federal de contratación. Uno de los más graves es la preferencia a las pequeñas empresas impuesta por la ley. Aproximadamente una cuarta parte de las adquisiciones federales está destinada a dichas empresas⁵⁹. Aunque las

55 KATE M. MANUEL, ALISSA M. DOLAN, BRANDON J. MURRILL, RODNEY M. PERRY y STEPHEN P. MULLIGAN, "Domestic Content Restrictions: The Buy American Act and Complementary Provisions of Federal Law", *Cong. Res. Serv.*, sept., 2016. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43354.pdf>.

56 SUE ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law Int'l, 2003 (*extensive background and literature regarding free trade agreements in procurement*).

57 FAR Part 25; DFARS Part 225.

58 CHRISTOPHER R. YUKINS, "International Procurement Developments in 2016 — Part I: The Trump Administration's Policy Options in International Procurement", *Gov't Con. Year in Rev. Br.* 3, 2017 (*discussing Per Aarsleff decisions*).

59 Véase <https://www.sba.gov/contracting/contracting-officials/goaling>.

pequeñas empresas elegibles pueden, en principio, ser filiales de empresas extranjeras, siempre que tengan su sede en los Estados Unidos y contribuyan a la economía estadounidense⁶⁰, en la práctica, puede resultar muy difícil para una empresa con vínculos en el extranjero calificar como pequeña empresa. En conjunto, estas preferencias para las pequeñas empresas estadounidenses pueden constituir una barrera de entrada sustancial.

Otros requisitos reglamentarios también pueden crear barreras de entrada, tanto para las empresas extranjeras como para las nacionales. Los requisitos de ciberseguridad impuestos a la tecnología de la información comprada por el gobierno federal, por ejemplo, pueden en la práctica excluir a las empresas extranjeras, porque las firmas europeas muy probablemente seguirán los estándares adoptados por la Unión Europea, mientras que las empresas estadounidenses deben seguir los estándares de ciberseguridad publicados por el Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (NIST), que han sido adoptados por el gobierno federal en su contratación⁶¹. Este tipo de barreras prácticas y legales pueden mitigarse cuando los proveedores impugnan los requisitos restrictivos, ya sea formalmente a través de un recurso⁶² o de manera informal, por ejemplo, a través del proceso de adjudicación interno convocado por el Departamento de Defensa para conciliar los diferentes estándares de ciberseguridad⁶³.

Se debe enfatizar que la gran mayoría de las regulaciones de contratación federales, que exceden los miles de páginas, en sí mismas constituyen una barrera de acceso. Los reformadores a menudo han recomendado reducir el volumen regulatorio para disminuir los costos para las empresas y minimizar las barreras de entrada⁶⁴. Sin embargo, en la práctica, existen fuertes fuerzas compensatorias, ya sean nacidas de la inercia o del interés propio burocrático, que se resisten a cualquier desmantelamiento a gran escala de lo que es, de hecho, un régimen regulatorio sorprendentemente complejo.

60 Size Appeal of Global Submit, INC., SBA No. SIZ-5804, 2017 WL 461190 (SBA OHA, Jan. 18, 2017).

61 ERIK PUSKAR, *The Benefits of U.S.-European Security Standardization*, Gaithersburg: NIST, 2012. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.6028/NIST.IR.7861>.

62 U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide* 8, 9a ed, 2009. ("Although most protests challenge the acceptance or rejection of a bid or proposal and the award or proposed award of a contract, GAO considers protests of defective solicitations (e.g., allegedly restrictive specifications"). Disponible en línea: <https://www.gao.gov/assets/210/203631.pdf>.

63 DFARS.252.204-7008.

64 ADVISORY PANEL ON STREAMLINING AND CODIFYING ACQUISITION REGULATIONS, Supplement to the Section 809 Panel Interim Report, mayo de 2017. Disponible en www.section809panel.org.

3. PRINCIPALES MÉTODOS DE CONTRATACIÓN EN LA CONTRATACIÓN FEDERAL

Para comprender los métodos de contratación que se utilizan con mayor frecuencia en el sistema federal, probablemente sea mejor ponerlos en un contexto histórico y ver estos métodos no de forma aislada sino como parte de un sistema más amplio. Como reflejó la discusión anterior, al principio la contratación en la guerra de Independencia se hizo, del lado de las colonias, en gran parte a través de un sistema de comisión dirigido por comerciantes que recibían encargos para aprovisionar al Ejército Continental⁶⁵. Eso eventualmente maduró en un sistema más moderno de "contratos", en el que los proveedores licitan para obtener adjudicaciones de contratos en lo que generalmente era un sistema de oferta sellada y más bajo precio⁶⁶. La discusión planteada en las siguientes páginas relata cómo ese sistema de licitación por sobre cerrado dio paso a un amplio uso de las negociaciones competitivas multilaterales, que a su vez se complementó (a fines del siglo XX) con contratos por "catálogo" (conocidos como contratos de "entrega indefinida o cantidad indefinida" (IDIQ) en el sistema estadounidense y "acuerdos marco" en otros países). Estos cambios fueron impulsados por los avances tecnológicos y los cambios del mercado, tanto dentro como fuera del gobierno, y por el deseo de hacer la contratación más eficiente y lograr un mejor valor.

3.1. LICITACIONES POR SOBRE CERRADO

La licitación por sobre cerrado (*sealed bidding*) se rige actualmente por la parte 14 del Reglamento Federal de Adquisiciones, y aunque ha sido reemplazada en gran medida por negociaciones competitivas (que se analizarán a continuación), todavía se usa regularmente para adquisiciones con especificaciones ya detalladas, como proyectos de construcción. De acuerdo con las mejores prácticas a nivel internacional, las invitaciones para licitaciones por sobre cerrado deben describir claramente los requisitos del gobierno y no se permiten especificaciones innecesariamente restrictivas o requisitos que puedan limitar indebidamente el número de oferentes⁶⁷. A diferencia de la práctica de las directivas europeas de contratación, no es común realizar "licitaciones restringidas". En otras palabras, en las adquisiciones federales de Estados Unidos no es común que la agencia utilice un proceso de calificación temprana para limitar el número de proveedores autorizados a ofertar⁶⁸. Los

65 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, *op. cit.*, p. 28.

66 *Ibid.*, p. 48; CLIFTON E. MACK, *Federal Procurement*, *op. cit.*, p. 9.

67 FAR 14.101.

68 FAR 9.202 (*procedural requirements that must be met before list of qualified suppliers can be prepared*).

funcionarios son personalmente responsables de revisar la invitación antes de su publicación para asegurarse de que no perjudique innecesariamente la competencia⁶⁹.

Las invitaciones para licitar generalmente deben prepararse utilizando un formato estándar establecido en el Reglamento Federal de Adquisiciones (FAR)⁷⁰. Las invitaciones para licitar deben publicarse de manera adecuada⁷¹, otorgando a los proveedores un tiempo razonable para preparar sus ofertas⁷², y luego los proveedores deben enviar sus ofertas selladas a la hora y en el lugar que especifique la invitación. Las invitaciones a licitar pueden modificarse, siempre que se notifique la enmienda a todos los oferentes⁷³, y las invitaciones pueden cancelarse antes de que se abran las licitaciones, pero solo si la cancelación es "claramente de interés público"⁷⁴. Las ofertas deben abrirse públicamente y evaluarse sin discusiones (que son el sello distintivo de las negociaciones competitivas, que se analizarán a continuación)⁷⁵.

En la modalidad de licitación por sobre cerrado, la adjudicación debe hacerse al "oferente responsable" (un concepto que se analizará más adelante) "cuya oferta, de conformidad con la invitación a licitar, sea la más ventajosa para el Gobierno, considerando solo el precio y los factores relacionados con el precio incluidos en la invitación"⁷⁶. Los "factores relacionados con el precio" pueden incluir costos previsible, tales como los de transporte, o ajustes de precios a ofertas extranjeras debido a la preferencia de precios del *Buy American Act*⁷⁷.

Mientras que la licitación por sobre cerrado disminuyó en importancia en la segunda mitad del siglo XX, las subastas inversas electrónicas —conceptualmente, el sucesor de los métodos tradicionales de contratación— ganaron prominencia en las adquisiciones federales; no obstante, el uso de subastas electrónicas siguió siendo relativamente limitado⁷⁸. Mientras los métodos tradicionales de contratación contemplan un solo conjunto de ofertas, que se abren de manera simultánea, las subastas inversas electrónicas amplían ese

69 FAR 14.202-6.

70 FAR 14.201-1(a).

71 FAR 14.203-2 (cita las disposiciones de la Parte 5 de las FAR relativas a la publicación).

72 FAR 14.202-1.

73 FAR 14.208.

74 FAR 14.209.

75 FAR 14.101(d).

76 FAR 14.101(e).

77 FAR 14.201-8; véase FAR 25.105 (*Buy American Act price preference*).

78 U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, "Reverse Auctions: Guidance Is Needed to Maximize Competition and Achieve Cost Savings", *Report No. GAO-14-108*, Dec. 9-2013, 2013. Disponible en línea: www.gao.gov/products/GAO-14-108.

concepto y permiten múltiples ofertas competitivas, ya que los proveedores compiten para ofrecer precios sucesivamente más bajos en un esfuerzo por resultar adjudicatarios. El FAR no regula las subastas inversas, a pesar de que las directivas europeas⁷⁹ y muchos otros regímenes en todo el mundo sí lo hacen⁸⁰. Quizás, como consecuencia de la falta de reglamentación, las subastas inversas en los Estados Unidos han sido criticadas, en algunos casos, por no proporcionar una competencia robusta⁸¹.

3.2. NEGOCIACIONES COMPETITIVAS MULTILATERALES

Como se señaló, la licitación por sobre cerrado (similar a la "licitación abierta" en el extranjero) dominó la contratación federal hasta el siglo XX, cuando las negociaciones competitivas multilaterales cobraron mayor importancia. Tradicionalmente, en tiempos de guerra, el gobierno federal había dejado de lado las licitaciones por sobre cerrado en favor de los contratos negociados, para acelerar la movilización⁸². Ese proceso se expandió durante el siglo XX, cuando el gobierno federal adoptó las negociaciones competitivas multilaterales como el método de contratación preferido. Este cambio hacia las negociaciones competitivas reflejó la creciente dependencia del gobierno federal en el sector privado para la provisión de tecnología de punta, por ejemplo, en armas y sistemas de tecnología de la información⁸³. Para garantizar el acceso a la última tecnología, el gobierno cambió de licitación por sobre cerrado, lo que podía asegurar al gobierno el precio más bajo, pero en una solución previamente especificada por el propio gobierno, a negociaciones multilaterales, lo que permitía a diferentes proveedores competir por medio de la presentación de diversas soluciones, y lo que permitía al gobierno interrogar a los proveedores sobre los méritos de sus respectivas soluciones.

La tabla 1, de una compilación preparada por Umer Chaudhry utilizando datos publicados en el Sistema Federal de Datos de Adquisiciones, muestra que para el año fiscal 2014, las negociaciones competitivas (denominadas

79 Unión Europea, Directiva 2014/24/EU, art. 25.

80 UNCITRAL, *Model Law on Public Procurement*, capítulo 6, 2011. Disponible en línea: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>

81 DANIELLE IVORY, "Reverse Auctions" Draw Scrutiny", *NY Times*, Apr. 6, 2014. Disponible en línea: <https://www.nytimes.com/2014/04/07/business/reverse-auctions-draw-scrutiny.html>.

82 JAMES F. NAGLE, *History of Government Contracting*, op. cit., p. 415.

83 CURTIS LEE COY, *The Competition in Contracting Act of 1984*, Monterrey: Navy Postgraduate School, 1986, pp. 24-26 (citing authorities). Disponible en https://archive.org/stream/competitionincon00coyc/competitionincon00coyc_djvu.txt.

propuestas con negociación) eran el método principal de contratación en el gobierno federal; los porcentajes son del total de adjudicaciones en dólares.

TABLA 1. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN AÑO FISCAL 2014.
MÉTODOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Propuestas con negociación	38,64 %
Contratación directa	28,68 %
Sujeto a múltiples adjudicaciones oportunidad justa	21,42 %
Adquisición simplificada	4,27 %
Ninguno	2,27 %
Sobre cerrado	2,06 %
Dos etapas	1,14 %
Investigación básica	0,88 %
Arquitecto–ingeniero	0,42 %
No se informó ningún procedimiento	–
Fuentes alternativas	0,13 %
Solicitud de programa	0,09 %
Anuncio amplio de agencia	0,00 %
Procedimiento de contratación simplificados no competitivos	0,00 %
Total	100,00 %

El porcentaje de adjudicaciones atribuibles a negociaciones competitivas (“propuestas con negociación”), aproximadamente del 39 %, superó con creces las adjudicaciones realizadas mediante licitación por sobre cerrado, de aproximadamente el 21 %. Además, más del 21 % de las adjudicaciones se realizó por el método de contratación con competencia en una segunda etapa, esto es, bajo contratos IDIQ (acuerdos marco, enumerados anteriormente como premios “sujeto a múltiples adjudicaciones oportunidad justa”). Esa competencia, en una segunda etapa entre los titulares del contrato por catálogo, a menudo implica muchos de los atributos de las negociaciones competitivas⁸⁴. En conjunto, las adjudicaciones realizadas por la vía de las

84 VERNON J. EDWARDS, *Competitive Processes in Government Contracting: The FAR Part 15 Process Model and Process Inefficiency*, 2003 (criticizing use of full competitive procedures in second-stage awards under standing catalog contracts). Disponible en línea: <http://www.wifcon.com/anal/analcomproc.htm>.

negociaciones competitivas y las competiciones en segunda etapa representaron aproximadamente el 60 % de todas las adjudicaciones federales por dólar.

Las negociaciones competitivas se rigen por la parte 15 del FAR, y esas reglas fueron objeto de una "reescritura" durante la administración Clinton⁸⁵, bajo el entonces administrador de la Oficina de Política de Adquisiciones Federales Steven Kelman (quien se tomó un tiempo de su largo mandato como profesor en la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard). Aunque la amenaza de recursos en las licitaciones (llamadas *protestas* en el sistema de Estados Unidos) dejó a los funcionarios reacios, incluso después de la "reescritura", a utilizar la gama completa de herramientas de recopilación de información disponibles en la parte 15 del FAR⁸⁶, las negociaciones competitivas juegan un papel crucial en permitir contrataciones federales complejas.

Bajo las reglas, los procedimientos en la parte 15 del FAR, "Contratación por negociación", pueden ser utilizados tanto para negociaciones competitivas como contratación directa⁸⁷. En la práctica, sin embargo, debido al fuerte sesgo contra la contratación directa en las adquisiciones federales⁸⁸, las negociaciones competitivas son la norma.

La parte 15 del FAR contiene diferentes enfoques de selección, los cuales dependen de la naturaleza de la adquisición negociada. Aunque los dos enfoques básicos asumen una búsqueda del "mejor valor", una ponderación del precio y la calidad entre sí, los enfoques pueden variar radicalmente. Cuando las especificaciones son "claramente definibles y el riesgo de ejecución fallida es mínimo", el FAR insta a que el precio o costo juegue el papel predominante en la adjudicación. En ese caso, una adjudicación del tipo el "precio más bajo técnicamente aceptable" (LPTA, por sus siglas en inglés) puede hacerse a la propuesta técnicamente aceptable con el precio más bajo⁸⁹. En la práctica, un

85 La norma final que incorpora la "reescritura" se encuentra en 62 Fed. Reg. 51224 (30 de septiembre de 1997), disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1997-09-30/pdf/97-25666.pdf>.

86 DAVID A. WHITEFORD, "Negotiated Procurements: Squandering the Benefit of the Bargain", *Pub. Cont. L.J.* 509, 2003, p. 32. En 2011, el entonces administrador de la Oficina de Política de Contratación Pública Federal, Daniel Gordon (que posteriormente fue decano asociado en el programa de derecho de contratación de la GWU), publicó su conocido memorando "rompe-mitos" (<https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/procurement/memo/Myth-Busting.pdf>), con el cual incentivaba a los funcionarios de contratación a participar más ampliamente con la industria en el proceso de adquisición, teniendo en cuenta las autoridades creadas por la Parte 15 de las FAR.

87 FAR 15.002.

88 FAR Subpart 6.3 (*Procedural Requirements that must be met before employing other than Fulland-Open Competition*).

89 FAR 15.101-2.

procedimiento LPTA difiere materialmente de un procedimiento tradicional de licitación por sobre cerrado en un aspecto importante: bajo el procedimiento LPTA, la agencia puede participar en intercambios de información con los oferentes⁹⁰, lo que mitiga el riesgo de que la agencia cometa un error durante la adquisición.

Alternativamente, la agencia puede participar en un "proceso de compensación" (*tradeoff process*), en el cual haga parte del interés del gobierno "considerar adjudicar a alguien diferente de aquel que ofrezca el precio más bajo o a otro distinto a quien esté calificado como el mejor proponente desde el punto de vista técnico"⁹¹. La evaluación de los factores que serán tomados en cuenta en la compensación para la adjudicación —tanto la evaluación de factores y los subfactores significativos— deben ser establecidos en la solicitud y los factores de "relativa importancia deben [también] establecerse claramente en la solicitud"⁹². Estos requisitos son similares a los de la Directiva Europea⁹³ y la Ley Modelo de la CNUDMI⁹⁴.

Como en otros sistemas⁹⁵, la estructura de reglas de los Estados Unidos deja a la agencia federal contratante flexibilidad para sopesar los diversos factores durante el proceso de evaluación. Esta flexibilidad probablemente se debe a que la discreción de los funcionarios no está demasiado limitada por los factores de evaluación de la licitación. Esto es contrario a lo que a veces se sugiere en otros regímenes de contratación en los que por ejemplo la adjudicación en una negociación competitiva debe basarse en una fórmula rígida. En estos eventos, esa pérdida rígida de discreción privaría a los funcionarios de su capacidad para considerar y sopesar las soluciones nuevas e innovadoras presentadas por los oferentes. La GAO ha dicho que la autoridad de selección de una agencia (el funcionario decisor, en el sistema de Estados Unidos) no puede tomar una decisión de adjudicación basada únicamente en una fórmula mecánica establecida en la solicitud⁹⁶. Estas resoluciones de

90 FAR 15.101-2(b)(4).

91 FAR 15.101(a)

92 FAR 15.101-1(b)(1).

93 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/24/EU, Recital (45).

94 UNCITRAL, *Model Law on Public Procurement*, supra note 77, Art. 11(5) (c) (*solicitation must set forth the "relative weights of all evaluation criteria"*).

95 UNCITRAL, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2012, p. 196. (Model Law "contains detailed rules regulating the procedures [...] which are designed to include safeguards against possible abuses or improper use of this method and robust controls. Nonetheless, they also preserve the necessary flexibility and discretion on the part of the procuring entity in the use of the method, without which the benefits of the procedure disappear."). Disponible en línea: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-e.pdf>.

96 C & B Constr., Inc., *Comp. Gen. B-401988.2*, 2010 CPD, 1 (Jan. 6, 2010) (*sustaining protest because contemporaneous evaluation record consisted merely of numerical scores assigned to each vendor's*

la GAO, que son parte de una línea decisional en protestas en contratación⁹⁷, ofrecieron una importante lección: aunque es tentador obligar al funcionario adjudicatario a una fórmula predeterminada para reducir el riesgo de corrupción, privando a ese funcionario de toda discreción en la evaluación, en esencia, despojará a la evaluación competitiva de gran parte de su valor, y devolverá a la agencia a los días de licitación por sobre cerrado/licitación abierta cuando la adjudicación se realizaba sobre la base de criterios rígidos definidos antes de que el gobierno entrara en la rica diversidad del mercado.

Para acceder a esa información de mercado, la parte 15 del FAR ofrece al gobierno varias formas de interactuar con los proveedores: a través de reuniones e intercambios durante el proceso de planeación del proyecto⁹⁸, a través de intercambios y negociaciones por escrito⁹⁹, y a través de presentaciones orales (aunque son opcionales) y sesiones informativas después de la adjudicación. Las sesiones informativas están, en esencia, destinadas a ayudar a los proveedores a preparar mejores ofertas en competencias posteriores. Es importante resaltar que tanto el ganador como los perdedores tienen derecho a solicitar informes. Sin embargo, en la práctica, los informes también desempeñan un papel fundamental en las protestas (que se analizarán más adelante): las agencias esperan que los informes exhaustivos disuadan a los oferentes decepcionados de protestar y un recurrente a menudo se basará de cerca en la información revelada en una sesión informativa para argumentar que la adjudicación fue defectuosa.

3.3. CONTRATOS POR "CATÁLOGO"—ACUERDOS MARCO: CONTRATACIÓN DE ENTREGA INDEFINIDA O CANTIDAD INDEFINIDA (IDIQ)

Como se explicó, las negociaciones competitivas vinieron a dominar la contratación federal para la última parte del siglo XX. En los noventa, sin embargo, y en parte como resultado de la legislación introducida en el *Federal Acquisition Streamlining Act* de 1994, un método diferente de contratación, conocido comúnmente en el sistema federal de los Estados Unidos como contratación por "entrega indefinida o cantidad indefinida" (IDIQ), vino al frente en los rangos de los métodos federales de contratación.

quotation, and lacked any information to show a basis for those scores, or a reasoned basis for any tradeoff judgments made in the source selection).

97 Cfr. Formation of Government Contracts, supra note 12, p. 678-69 (reviewing authorities).

98 FAR 15.201.

99 Como se señaló, véase el texto que acompaña a la nota 83, con demasiada frecuencia los funcionarios contratantes no llegan a intercambios con los proveedores por temor a que esas discusiones puedan desencadenar en una impugnación de la oferta.

Este método, comúnmente referido como contratación por catálogo, pues los contratistas típicamente aceptarán vender un abanico de bienes y servicios al gobierno bajo un contrato catálogo maestro, comúnmente conocido como acuerdo marco en otras jurisdicciones (tales como la Unión Europea). El contrato maestro generalmente establecerá precios techo por unidad; cuando la agencia contratante (u otra agencia usuaria) ordena del contrato maestro, la agencia que hace la orden puede negociar precios más bajos, en algunas ocasiones con una "mini-competición"¹⁰⁰ entre los contratistas. El gobierno originalmente puede adjudicar solo un pequeño número fijo de contratos maestros (conocidos como acuerdos marco cerrados en la Ley Modelo de la CNUDMI)¹⁰¹, o puede permitir que proveedores adicionales se unan al acuerdo a lo largo del tiempo (un acuerdo marco abierto). Como está estructurado el acuerdo, por ejemplo, por cuánto tiempo está vigente el contrato maestro, cuántos proveedores pueden ser contratistas de un contrato maestro, y cuántas ordenes pueden ser notificadas y objeto de competencia en esos contratos maestro¹⁰², puede tener efectos profundos en el éxito de este método de contratación.

Hay dos tipos diferentes de contratos por catálogo en el sistema federal de los Estados Unidos: los contratos de múltiple adjudicación programada (MAS, por sus siglas en inglés), administrado por la Administración de Servicios Generales (GSA, por sus siglas en inglés) de conformidad con la parte 8 del FAR, y los contratos IDIQ, manejados por otras agencias (normalmente agencias compradoras que proveen servicios centralizados a otras agencias usuarias) de acuerdo con la subparte 16.5 del FAR. Los dos regímenes son diferentes en pequeñas, pero importantes, maneras. Por ejemplo, en la publicación y transparencia de las oportunidades y las adjudicaciones, en la amplitud de la competencia y en si las adjudicaciones pueden ser objeto de protesta (lo que en el extranjero puede denominarse *protestas contra contratos marco* bajo el actual acuerdo marco)¹⁰³.

Probablemente la diferencia más importante entre los contratos IDIQ y los contratos de múltiple adjudicación programada del GSA es cómo se controla el precio. A diferencia de los acuerdos cerrados del IDIQ, que fuerza a los

100 El término es británico, aunque el concepto se aplica igualmente a los procesos en Estados Unidos. Cfr. UK DEPARTMENT OF EDUCATION, *Run a mini-competition between suppliers on a framework*. Disponible en <https://www.gov.uk/guidance/buying-for-schools/3b-run-a-mini-competition-between-suppliers-on-a-framework>.

101 UNCITRAL, *Model Law on Public Procurement*, supra note 77, Art. 2(3)(ii) ("*Closed framework agreement' means a framework agreement to which no supplier or contractor that is not initially a party to the framework agreement may subsequently become a party*").

102 Véase, GIAN LUIGI ALBANO y CAROLINE NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

103 FAR Subpart 8.4 (GSA MAS contracts); FAR Subpart 16.5 (IDIQ contracts).

proveedores a competir para unirse, como se señaló, los contratos GSA MAS son acuerdos abiertos, contratos por catálogo vigentes, y nuevos contratistas pueden postularse para unirse al acuerdo en cualquier tiempo. Como resultado, es muy difícil usar la competencia entre contratistas para controlar el precio o la calidad, pues los contratistas se unen a acuerdos vigentes. Esto, porque sería muy difícil solicitar competencia entre proveedores tan potencialmente distintos y, aún así, mantener un acuerdo marco robusto y eficiente. Los contratos GSA MAS, en consecuencia, integran las fuerzas competitivas de fuera del mercado gubernamental, en el mercado *comercial*, para controlar los precios: bajo una provisión de "consumidor más favorecido" conocida como la "Cláusula de Reducción de Precio"¹⁰⁴, los contratistas MAS deben intentar reducir sus precios MAS si quieren reducir sus precios comerciales. Aunque la GSA ha anunciado que hacia futuro tiene la intención de confiar más en los datos de precios pagados y menos en esta estrategia de cliente más favorecido¹⁰⁵, entre otras cosas, porque un compromiso con el cliente más favorecido crea riesgos de fraude para los contratistas¹⁰⁶, la cláusula denota los desafíos especiales que plantea un acuerdo marco "abierto", como los contratos GSA MAS.

4. TIPOS DE CONTRATOS: PRECIO FIJO Y REEMBOLSO DE COSTOS

En el sistema federal de los Estados Unidos hay dos tipos básicos de contratos: a precio fijo y basados en costos¹⁰⁷. Los contratos a precio fijo incluyen contratos de precio fijo en firme ("llave en mano" o "solución completa") y contratos de precio fijo con ajustes de precios (por inflación, por ejemplo), que son muy parecidos a los contratos en otros mercados de contratación de todo el mundo. Es importante destacar que todos los contratos federales para artículos comerciales según la parte 12 del FAR, una parte sustancial del mercado, deben ser contratos a precio fijo¹⁰⁸.

104 GSAR 552.238-75–Reducciones de precio.

105 U.S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION, *GSA Acquisition Rule Captures Transactional Data, Drives Savings and Eliminates Burdensome Reporting*. Disponible en línea: <https://www.gsa.gov/portal/content/137210>.

106 AARON WOODWARD, "The Perverse Effect of the Multiple Award Schedules' Price Reductions Clause", 41 *Pub. Cont. L.J.*, 2012, p. 527; Informe final del Panel Asesor del Programa de Premios Múltiples 5, 2010 (*distinguished agency/stakeholder panel, noting that Price Reduction Clause is not effective*). Disponible en línea: https://www.gsa.gov/graphics/staffoffices/MAS_Panel_Final_Report_Signatures.pdf.

107 *Formation of Government Contracts*, supra note 12, ch. 9.

108 FAR 12.207.

Los contratos por reembolso de costos, por el contrario, se utilizan típicamente para proyectos más riesgosos, porque el gobierno presuntamente absorbe gran parte de los riesgos de costos y ejecución. El sistema del gobierno federal para la contratación por reembolso de costos podría decirse que le da a los Estados Unidos una ventaja estratégica, pues este maduro sistema le permite al gobierno emprender iniciativas mucho más riesgosas en el desarrollo, por ejemplo, de nuevas armas o vehículos para la exploración espacial. Si bien es cierto que los contratos por reembolso de costos son menos comunes, constituyen un subconjunto importante del mercado federal; muchos de los contratos más grandes, por ejemplo, para el desarrollo de armas, se realizan como contratos por reembolso de costos y, a menudo, solo los contratistas más grandes y sofisticados tienen los sistemas de contabilidad necesarios y los controles para manejar las complejas reglas y los procedimientos de la contratación por reembolso de costos¹⁰⁹. Los nuevos participantes en el mercado, como los contratistas emergentes de tecnología de la información y los proveedores extranjeros, tienen muchas menos probabilidades de ejecutar un contrato por reembolso de costos.

5. RECURSOS EN LA CONTRATACIÓN: PROTESTAS EN LAS LICITACIONES EN EL SISTEMA FEDERAL

En las últimas décadas, a través de acuerdos comerciales internacionales y otros canales, Estados Unidos ha presionado a otras naciones para que adopten sistemas de recursos en licitaciones (conocidos como "protestas en la licitación" en el sistema federal de Estados Unidos). El Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública (ACP) requiere que los miembros cuenten con un sistema de impugnación de licitaciones¹¹⁰, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (que ha sido adoptada por la mayoría de las naciones) exige específicamente en el artículo 9.º un sistema "efectivo" de revisión nacional, incluido un sistema eficaz de apelación, en cada nación miembro¹¹¹.

109 FAR 16.301-3.

110 XINGLIN ZHANG, "Constructing a System of Challenge Procedures to Comply with the Agreement on Government Procurement", en Sue Arrowsmith y Robert Anderson (Eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 483.

111 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convention Against Corruption (UNCAC)*, art. 9. Disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

Según el sistema de los Estados Unidos, que es muy similar a los sistemas de remedios que existen actualmente en muchos países¹¹², posibles oferentes y proponentes pueden impugnar solicitudes defectuosas antes del plazo establecido para la presentación de ofertas o propuestas, y después de la adjudicación, los proponentes u oferentes decepcionados pueden impugnar fallas en el proceso de adjudicación. Aunque las protestas pueden ser controvertidas (las protestas aumentan los costos y retrasos, y a menudo hacen que la relación entre los licitadores y los funcionarios del gobierno sea más conflictiva), han demostrado ser un medio esencial para responsabilizar a los funcionarios por las fallas en el sistema de contratación y, por lo tanto, para preservar la legitimidad pública del sistema de contratación.

En el sistema de Estados Unidos (como en muchos otros sistemas alrededor del mundo), las protestas se pueden presentar en cualquiera de tres foros diferentes: en la propia agencia contratante, en una agencia independiente encargada de escuchar las protestas, la Oficina de Responsabilidad del Gobierno de Estados Unidos (GAO), o en la Corte Federal de Reclamaciones. Como se señaló, en cualquiera de los tres foros, una protesta en relación con los términos de una licitación (con respecto a especificaciones excesivamente restrictivas, por ejemplo) generalmente debe presentarse antes de que venza el plazo para presentar las ofertas¹¹³. Las fechas límite para las protestas posteriores a la adjudicación son más complicadas: ante la agencia contratante y en la GAO, se debe presentar la protesta posterior a la adjudicación, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que el protestante conocía o debió haber conocido de los motivos de la protesta¹¹⁴, aunque ese período puede extenderse por varios días en la GAO si el manifestante solicita y recibe un interrogatorio¹¹⁵. En la Corte Federal de Reclamaciones, por el contrario, no hay un plazo fijo para la presentación de protestas posteriores a la adjudicación¹¹⁶.

Los procedimientos en los tres foros también varían considerablemente. En una protesta presentada ante la propia agencia contratante, el protestante generalmente solicita que la revisión se haga por un funcionario de un nivel

112 OECD, *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*, *Sigma Papers*, n.º 41, París: OECD Publishing, 2007. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60q9vkl-t-en>.

113 FAR 33.103(e).

114 FAR 33.103(e); 4 C.F.R. § 21.2 (GAO bid protest rule).

115 4 C.F.R. § 21.2.

116 U.S. Court of Federal Claims Rules, App. C, Procedure in Procurement Protest Cases Pursuant to 28 U.S.C. § 1491(b); RAYMOND M. SAUNDERS y PATRICK BUTLERA, "A Timely Reform: Impose Timeliness Rules for Filing Bid Protests at the Court of Federal Claims", 39 *Pub. Cont. L.J.* 539, 2010.

más alto, en un esfuerzo por asegurar al menos algún grado de independencia¹¹⁷. No obstante, la agencia no debe proporcionar al protestante el expediente administrativo ni permitirle la oportunidad de investigar las fallas de la agencia. Como resultado de estas y otras restricciones de procedimiento, las protestas a nivel de la agencia generalmente son vistas con recelo por parte de los proveedores y son relativamente poco utilizadas.

Los procedimientos en el foro más utilizado, GAO, son más complejos. Después de la presentación de la protesta, el informe de la agencia, relacionado con los motivos de la protesta, debe entregarse dentro de los 30 días con el correspondiente expediente administrativo¹¹⁸. El protestante y el tercero (el adjudicatario) generalmente tienen diez días para responder, y si el expediente administrativo revela nuevos motivos para protestar, el protestante puede complementar sus argumentos originales de protesta¹¹⁹. El protestante debe demostrar que el error protestado lo perjudicó, en otras palabras, hizo que el protestante perdiera la adjudicación, para poder obtener una decisión a su favor¹²⁰. Si bien solo un porcentaje relativamente pequeño de las adjudicaciones federales se protestan ante la GAO cada año, y el porcentaje de protestas exitosas que resultan de una eventual adjudicación es aún menor, la perspectiva de una decisión adversa de GAO impulsa a muchas agencias a actuar de manera más deliberativa y a tomar medidas correctivas con prontitud cuando surge una protesta fuerte¹²¹.

Aunque la GAO es, por mucho, el foro de protesta más popular y generalmente se le reconoce como la autoridad líder en temas de formación de contratos federales¹²², la Corte Federal de Reclamaciones ofrece un foro alternativo de protesta, y una posible segunda línea de revisión, en gran parte *de novo*, en caso de que la GAO se pronuncie en primera instancia en contra de la protesta. Las protestas en el Tribunal Federal de Reclamaciones no se limitan a 100 días, como ocurre en la GAO, y el proceso a veces más amplio en el Tribunal Federal de Reclamaciones puede hacer que las protestas sean más costosas de litigar; esto ayuda a explicar la preferencia de los proveedores por la GAO. No obstante, los jueces de la Corte de Reclamaciones Federales

117 FAR 33.103(d)(4).

118 4 C.F.R. § 21.3.

119 GAO, *Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide*. Disponible en línea: <http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/filing.html>.

120 *Formation of Government Contracts*, supra note 12, at 1735-40.

121 MOSHE SCHWARTZ & KATE M. MANUEL, "GAOBid Protests: Trends and Analysis", *Cong. Res. Serv.* julio 21, 2015. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40227.pdf>.

122 MICHAEL J. SCHAENGOLD, T. MICHAEL GUIFFRÉ y ELIZABETH M. GILL, "Choice of Forum for Federal Government Contract Bid Protests", 18 *Fed. Circuit B.J.* 243, 2009 (*discussion of the three bid protest forums, with statistics*). Disponible en línea: <http://cfcbar.org/upload/2009-Choice-of-Forum-for-FederalGovernment-Contract-Bid-Protests.pdf>.

y, en apelación, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal (o incluso la Corte Suprema) pueden permitir un descubrimiento (*discovery*) probatorio más profundo de la agencia y pueden estar más dispuestos a aplicar un estándar de revisión más exigente o desarrollar una nueva doctrina. Esto puede no ser posible ante la GAO, que tiende a aplicar un estándar de revisión más conservador y que no ofrece un derecho formal de apelación. En consecuencia, los protestantes en ocasiones llevarán los casos más difíciles directamente ante el Tribunal Federal de Reclamaciones.

A diferencia de los foros de protesta en otros países, que pueden brindar un alivio mucho más amplio (incluso lucro cesante) a una parte a la que se le negó injustamente una adjudicación, el remedio posterior a la adjudicación por una protesta exitosa en los foros de Estados Unidos tiende a ser mucho más limitado: generalmente un mínimo de honorarios por abogados, los costos de la oferta en los que se incurrió el protestante y una instrucción (o recomendación, en el caso de GAO) de que se corrija y reabra el proceso. Si bien esto puede parecer una recompensa insignificante en comparación con los costos de presentar una protesta y de antagonizar a la agencia-cliente, la utilidad flexible de las protestas, incluida, de manera importante, la posibilidad de que las agencias tomen medidas correctivas inmediatas para resolver una protesta fuerte, las convierte en una parte duradera e importante del sistema federal de contratación.

6. MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN

Más allá del sistema de los recursos descrito anteriormente, el gobierno federal ha desarrollado una serie sustancial de estrategias e instituciones anticorrupción. Dos aspectos importantes de estas medidas anticorrupción merecen una mención especial. En primer lugar, estas medidas anticorrupción no están dirigidas únicamente a lo que se podría llamar corrupción en el sentido tradicional, como sobornos y dádivas. Por el contrario, estas medidas anticorrupción en el gobierno federal, que rastrea medidas similares en gobiernos de todo el mundo, generalmente abordan una gama más amplia de fallas en el sistema de contratación, desde el soborno hasta la de los funcionarios. En otras palabras, están dirigidas en términos generales a todas las posibles fallas que, podría decirse, son inherentes a cualquier sistema de contratación que confía las compras a un agente, y la ejecución a un contratista con ánimo de lucro¹²³.

123 PETER TREPTE, *Regulating Procurement*, cap. 2.3, Oxford: Oxford University Press, 2004 (sobre la discusión de la teoría del principal-agente en contratación pública); ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2.^a ed., Oxford: Hart

En segundo lugar, los diversos instrumentos federales anticorrupción (algunos de los cuales se presentan a continuación) no están bien coordinados—un fiscal que investiga el soborno de un contratista, por ejemplo, puede no coordinarse de manera efectiva con otros funcionarios que proceden contra el contratista—. Aún cuando esto parece desorganizado, la falta de coordinación significa que un contratista que decide incurrir en corrupción enfrenta un riesgo legal mucho más variado, uno que es difícil de evaluar y probablemente imposible de controlar.

6.1. SANCIONES PENALES

Aunque la mayoría de las consecuencias penales contra la corrupción¹²⁴, contra el soborno y las dádivas, por ejemplo, y contra los conflictos de intereses ilegales, están en el título 18 del Código de los Estados Unidos, hay excepciones notables. Por ejemplo, tanto la Ley de Integridad en Contratación¹²⁵ (que impone consecuencias penales a quien filtre información de ofertas) y la Ley Anti-Kickback¹²⁶ (que castiga el soborno comercial entre los contratistas y subcontratistas) se encuentran en el título 41 del Código General de Contratos Públicos.

6.2. ÉTICA

Los códigos de ética en el sistema de contratación de los Estados Unidos generalmente se honran y hacen cumplir rigurosamente¹²⁷, y están estrechamente ligados a las sanciones penales. Bajo el título 18 del USC, sección 208, por ejemplo, los conflictos personales de interés en la búsqueda de empleo pueden desencadenar sanciones penales, a menos de que la actividad en cuestión esté permitida por las regulaciones de ética publicadas por la Oficina de Ética del Gobierno de los Estados Unidos (OGE, por sus siglas en inglés). En virtud de la parte 18 del USC, sección 207, el director de la OGE puede remover ciertas restricciones de empleo. Las reglas de ética, en otras palabras, pueden proporcionar un puerto seguro del enjuiciamiento

Publishing, 2015, pp. 56-58 (a propósito de la literatura sobre *Agency Theory*); CHRISTOPHER R. YUKINS, *A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model*, *op. cit.*, p. 40.

124 Formation of Government Contracts, *supra* note 12, at 148-219.

125 41 U.S.C. ch. 21.

126 41 U.S.C. § 51 et seq.

127 JESSICA TILLIPMAN, *Gifts, Hospitality and the Government Contractor*, 14-7 Briefing Pap. 1, Washington: Thomson Reuters–West, 2014. La Oficina de Ética Gubernamental de los Estados Unidos (OGE) mantiene un excelente sitio web de recursos sobre leyes y reglas de ética. Véase www.oge.gov.

penal, y el régimen de ética trabaja de la mano con las sanciones criminales más severas. El régimen de ética tampoco es unidimensional; mientras que las normas generales de ética administradas por la OGE se aplican a todos los empleados de la Rama Ejecutiva, un conjunto de reglas adicionales más estrictas se aplica, en cumplimiento de la Ley de Integridad en Contratación (mencionada anteriormente), a los funcionarios más sénior en contratación¹²⁸.

6.3. COMPLIANCE

El régimen de ética mencionado es relevante mucho más allá del gobierno, ya que de muchas maneras recibe la aplicación "espejo" en la comunidad de contratistas, según los sistemas de *compliance* exigidos por el FAR¹²⁹. El *compliance* corporativo, que se lanzó previamente en el sector privado de los Estados Unidos bajo las directrices de la Sentencing Commission's Organizational en 2008, se convirtió en una parte estándar de la contratación federal¹³⁰. La autolimpieza (*self-cleaning*) de que trata el artículo 57 de la Directiva Europea sobre contratación pública debe ocurrir después de que se haya producido un mal acto, ya que el contratista busca redimirse¹³¹. Por el contrario, en el sistema de los Estados Unidos se requiere que un contratista constantemente "se limpie a sí mismo" para implementar y hacer cumplir el vigoroso sistema de *compliance* tan pronto como se convierta en un contratista relevante¹³². Como parte de esa constante "limpieza" bajo las reglas de *compliance* corporativo, un contratista debe implementar reglas internas que reflejen las reglas éticas del gobierno. Por lo tanto, por ejemplo, debido a que las reglas federales de regalo se activan generalmente para regalos de más de US\$20, o para regalos anuales acumulativos de más de US\$50, de la misma fuente¹³³, un Código de Conducta de Contratista, una parte esencial de cualquier sistema de *compliance*, puede instruir a los empleados del contratista a coordinar y limitar sus regalos a funcionarios gubernamentales individuales de conformidad con estas estrictas reglas.

128 FAR 3.104-3.

129 FAR 52.203-13 (clause) and FAR Subpart 9.4 (*debarment standards*).

130 73 Fed. Reg. 67064 (Nov. 12, 2008) (*final rule*).

131 SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK* 1271-72, 3.^a ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014.

132 FAR 52.203-13; FAR 3.1004(a).

133 5 C.F.R. § 2635.204. *Cfr.* The Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch, 5 C.F.R. Part 2635.

6.4. DEBARMENT

La "autolimpieza" corporativa, como se llama en Europa, también desempeña un papel fundamental en la inhabilitación (exclusión) en el sistema de los Estados Unidos. Por ley, las inhabilitaciones no pueden ser un castigo¹³⁴; en su lugar, son un medio para que las agencias federales excluyan contratistas que signifiquen un riesgo particular, como un riesgo reputacional o de ejecución. A diferencia del sistema de sanciones del Banco Mundial, que es rígidamente procesalista, el sistema de los Estados Unidos es altamente flexible. Por lo tanto, aunque el contratista que enfrenta la exclusión tiene derecho a una audiencia ante la agencia que suspende o inhabilita (*suspending and debarring official*, SDO por sus siglas en inglés)¹³⁵, esa audiencia es en la práctica muy flexible, y el SDO puede usar la oportunidad no para el hallazgo de información, sino también para presionar al contratista a adoptar controles internos más agresivos. Esto, a su vez, puede reflejarse en un acuerdo administrativo entre la agencia y el contratista. La suspensión y la inhabilitación en el sistema de los Estados Unidos son, en suma, herramientas de mitigación de riesgos. No son un régimen de sanciones para castigar a los contratistas descarriados.

6.5. LA SOCIEDAD CIVIL Y LA SUPERVISIÓN LEGISLATIVA

Tanto la sociedad civil como el congreso desempeñan roles muy activos en la supervisión del sistema de contratación; para garantizar su integridad. Miembros de la sociedad civil, periodistas, diversas organizaciones y académicos sin fines de lucro, por ejemplo, han obtenido un importante conocimiento del sistema de contratación federal a medida que este se ha vuelto más transparente. Es probable que su acceso se profundice en los próximos años, ya que los principios de "gobierno abierto" serán implementados en el gobierno federal, a través de reformas, como la Ley de Datos, que exige una mayor transparencia con respecto a los gastos del gobierno¹³⁶. Al mismo tiempo, el Congreso continuará jugando un rol importante en la supervisión diaria del sistema. Se debe hacer notar que algunos de los más grandes escándalos fueron traídos a la luz, en parte, por la supervisión del Congreso. El senador John McCain (R-AZ) y su *staff*, por ejemplo, fueron de los primeros en descubrir

134 FAR 9.402(b) ("*The serious nature of debarment and suspension requires that these sanctions be imposed only in the public interest for the Government's protection and not for purposes of punishment.*").

135 FAR 9.406-3(b)(2) ("*In actions not based upon a conviction or civil judgment, if it is found that the contractor's submission in opposition raises a genuine dispute over facts material to the proposed debarment, agencies shall also [...] [a]fford the contractor an opportunity to appear with counsel, submit documentary evidence, present witnesses, and confront any person the agency presents*"); *Formation of Government Contracts*, supra note 12, p. 494-96.

136 Supra nota 39 y texto complementario.

la perturbadora evidencia de que Daren Druyun, uno de los principales funcionarios de contratación de la Fuerza Aérea de su tiempo, estaba enredada en un conflicto ilegal de intereses con el contratista Boeing¹³⁷. Aunque la supervisión del Congreso suele ser más intensa cuando la Casa Blanca y el Congreso están controlados por partidos políticos diferentes, la política de contratación, en el fondo, no es un tema partidista, y la supervisión del Congreso, así como las iniciativas de reforma son, como se señaló, elementos centrales del sistema de contratación de los Estados Unidos.

CONCLUSIÓN

Como la exposición lo refleja, aunque las leyes y prácticas que configuran el sistema de contratación federal de los Estados Unidos tienen una historia profunda y rica, en muchas maneras, reflejan los desarrollos paralelos que surgen en otras jurisdicciones. La historia del sistema de contratación de los Estados Unidos muestra que una estructura regulatoria puede continuar evolucionando durante muchos siglos, acumulando lecciones en un sistema que honra el Estado de derecho y comparte esas lecciones con otros sistemas de todo el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANO, GIAN LUIGI Y CAROLINE NICHOLAS. *The Law and Economics of Framework Agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Model Code for State and Local Governments*. Nueva York: ABA, 2000.

ARROWSMITH, SUE. "Government Procurement in the WTO". *Kluwer Law Int'l*, 2003.

ARROWSMITH, SUE. *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK 1271-72*, 3.ª ed. Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014.

BOESE, JOHN T. *Civil False Claims and Qui Tam Actions*, 4.ª ed. Filadelfia: Wolters Kluwer, 2010.

137 CAROLINE DANIEL y DEMETRI SEVASTOPULO, "Inside the 'iron triangle': armed with e-mails, John McCain battles the US defence establishment", *Financial Times*, Jan. 28, 2005.

- CIBINIC JR., JOHN, RALPH NASH JR. Y CHRISTOPHER YUKINS. *Formation of Government Contracts*, 4.^a ed. Washington: George Washington University, 2011.
- CIBINIC, JR., JOHN, RALPH NASH JR. Y JAMES F. NAGLE. *Administration of Government Contracts*, 4.^a ed. Washington: George Washington University, 2006.
- CONWAY, DANIELLE. *State and Local Government Procurement*. Nueva York: American Bar Association, 2012.
- DANIEL, CAROLINE, Y DEMETRI SEVASTOPULO. "Inside the 'iron triangle': armed with e-mails, John McCain battles the US defense establishment". *Financial Times*, Jan. 28, 2005.
- DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADO INTERIOR Y SERVICIOS. Directive 2009/81/ EC on the award of contracts in the fields of defense and security — Guidance Note: Security of Supply (discussing concept). Bruselas: Agencia Europea de Defensa, 2009. Disponible en línea: https://www.eda.europa.eu/docs/documents/guide-sos_en.pdf.
- EDWARDS, VERNON J. *Competitive Processes in Government Contracting: The FAR Part 15 Process Model and Process Inefficiency*, 2003. Disponible en línea: <http://www.wifcon.com/anal/analcomproc.htm>.
- GAVON COPELAND, MELISSA. *Guide to State Procurement: A 50-State Primer on Purchasing Laws, Processes, and Procedures*, 2.^a ed. Nueva York: ABA, 2016.
- GORDON, DANIEL I. "Bid Protests: 'The Costs Are Real, but the Benefits Outweigh Them'". *42 Pub. Cont. L.J.*, 2013.
- GREEN, ALLEN B. *International Government Contract Law*. Washington: West, 2016.
- IVORY, DANIELLE. "'Reverse Auctions' Draw Scrutiny", *NY Times*, Apr. 6, 2014. Disponible en línea: <https://www.nytimes.com/2014/04/07/business/reverse-auctions-draw-scrutiny.html>.
- LEE COY, CURTIS. *The Competition in Contracting Act of 1984*. Monterrey: Navy Post-graduate School, 1986.
- MACK, CLIFTON E. *Federal Procurement: A Manual for the Information of Federal Purchasing Officers viii*, Washington: Procurement Division, U.S. Department of Treasury, 1943.
- MANUEL, KATE M., ALISSA M. DOLAN, BRANDON J. MURRILL, RODNEY R. PERRY Y STEPHEN P. MULLIGAN. "Domestic Content Restrictions: The Buy American Act and Complementary Provisions of Federal Law". *Cong. Res. Serv.*, sept. 2016, 2016. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43354.pdf>.

MANUEL, KATE. "Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements". *Cong. Res. Serv.* 2011, 2011. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40516.pdf>.

MCKAY WEITZEL JR., JAMES. "GAO Bid Protest Procedures under the Competition in Contracting Act: Constitutional Implications After Buckley and Chadha". *34 Cath. U. L. Rev.* 485, 1985.

NAGLE, JAMES F. *History of Government Contracting*, 2.^a ed. Washington: The George Washington University, 1999.

OECD. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union, SIGMA Papers*, n.º. 41, París: OECD Publishing, 2007. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60q9vkl-t-en>.

PUSKAR, ERIK. *The Benefits of U.S.-European Security Standardization*. Gaithersburg: NIST, 2012. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.6028/NIST.IR.7861>.

SANCHEZ GRAELLS, ALBERT. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2.^a ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

SCHAENGOLD, MICHAEL J., MICHAEL GUIFFRÉ Y ELIZABETH M. GILL. "Choice of Forum for Federal Government Contract Bid Protests", *18 Fed. Circuit B.J.* 243, 2009. Disponible en línea: <http://cfcb.org/upload/2009-Choice-of-Forum-for-FederalGovernment-Contract-Bid-Protests.pdf>.

SCHOONER, STEVEN. "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law". *11 Pub. Proc. L. Rev.* 103, 2002. Disponible en línea: <http://ssrn.com/abstract=304620>.

SCHWARTZ, MOSHE Y KATE M. MANUEL. "GAO Bid Protests: Trends and Analysis". *Cong. Res. Serv. July 21*, 2015. Disponible en línea: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40227.pdf>.

SOLOMONSON, MATTHEW H., CHAD E. MILLER Y WESLEY A. DEMOR. *Fiscal Matters: An Introduction to Federal Fiscal Law & Principles*. Thomson Reuters, 2010.

TILLIPMAN, JESSICA. *Gifts, Hospitality and the Government Contractor*, 14-7 Briefing Paper 1, Washington: Thomson Reuters/West, 2014.

TREPTE, PETER. *Regulating Procurement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

U.S. ACCOUNTABILITY OFFICE. The Antideficiency Act. Disponible en línea: <http://www.gao.gov/legal/anti-deficiency-act/about>.

- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Press Release: Justice Department Recovers Over \$4.7 Billion From False Claims Act Cases in Fiscal Year 2016, 2016.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. The False Claims Act: A Primer. Disponible en línea: https://www.justice.gov/sites/default/files/civil/legacy/2011/04/22/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf.
- U.S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION. *GSA Acquisition Rule Captures Transactional Data, Drives Savings and Eliminates Burdensome Reporting*. Disponible en línea: <https://www.gsa.gov/portal/content/137210>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. "Federal Subcontracting: Linking Small Business Subcontractors to Prime Contracts Is Not Feasible Using Current Systems", *Report GAO-15-116 (Dec. 2014)*, 2014. Disponible en línea: <http://www.gao.gov/assets/670/667410.pdf>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. "Reverse Auctions: Guidance Is Needed to Maximize Competition and Achieve Cost Savings", *Report No. GAO-14-108, Dec. 9-2013*, 2013. Disponible en línea: www.gao.gov/products/GAO-14-108.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide* 8, 9.^a ed., 2009.
- UNCITRAL. *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2012.
- UNCITRAL. *Model Law on Public Procurement*, 2011. Disponible en línea: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/24/EU.
- VACKETTA, CARL L., Y SUSAN H. POPE. "Commercial Item Contracts: When Is A Government Contract Term or Condition Consistent with 'Standard' or 'Customary' Commercial Practice?". 27 *Pub. Cont. L.J.*, 1998.
- WHITEFORD, DAVID A. "Negotiated Procurements: Squandering the Benefit of the Bargain". *Pub. Cont. L.J.* 509, 2003.
- WITTIE, PATRICIA. "Origins and History of Competition Requirements in Federal Government Contracting: There's Nothing New Under the Sun". *Report of the Comm. on Governmental Affairs to Accompany S. 2127, S. Rep. No. 97-665 at 3*, Washington: Committee on Governmental Affairs, 1982, pp.1-4. Disponible en línea: www.reedsmith.com.

WOODWARD, AARON. "The Perverse Effect of the Multiple Award Schedules' Price Reductions Clause". *41 Pub. Cont. L.J.*, 2012.

YUKINS, CHRISTOPHER R. "International Procurement Developments in 2016 — Part I: The Trump Administration's Policy Options in International Procurement", *Gov't Con. Year in Rev. Br.* 3, 2017.

YUKINS, CHRISTOPHER R., Y STEVEN L. SCHOONER. "Incrementalism: Eroding the Impediments to a Global Public Procurement Market". *38 Geo. J. Int'l*, 2007.

ZHANG, XINGLIN. "Constructing a System of Challenge Procedures to Comply with the Agreement on Government Procurement". En Sue Arrowsmith y Robert Anderson (Eds.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.