

CAPÍTULO XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. Ámbito de aplicación	XII-1 / 475
1.1. La administración pública nacional, provincial y municipal	XII-1 / 475
1.2. Los monopolios privatizados.....	XII-5 / 479
1.3. Incidencia de la CICC	XII-5 / 479
2. Licitación pública, licitación privada, contratación directa....	XII-6 / 480
2.1. El problema de la responsabilidad	XII-6 / 480
2.2. Es un pedido de ofertas	XII-7 / 481
2.3. Notas comunes	XII-8 / 482
2.3.1. Comparación de ofertas	XII-8 / 482
2.3.2. Máxima concurrencia posible. Informalismo	XII-9 / 483
3. Principios de la licitación pública	XII-10 / 484
3.1. Publicidad y transparencia.....	XII-10 / 484
3.1.1. El primer mecanismo de corrupción, “clubes,” etc.: La venta de los pliegos	XII-12 / 486
3.1.2. ¿Publicación para interesados, o para el público?.....	XII-13 / 487
3.1.3. Autonomía de los pliegos	XII-14 / 488
3.1.4. Impugnación de los pliegos	XII-14 / 488
3.2. Concurrencia.....	XII-17 / 491
3.3. Informalismo.....	XII-19 / 493
3.3.1. Finalidad del formalismo y sus límites.....	XII-19 / 493
3.3.2. La igualdad en la licitación	XII-22 / 496
3.3.3. Evolución internacional hacia el informalismo ..	XII-22 / 496
4. Etapas de la licitación pública	XII-23 / 497
4.1. Introducción.....	XII-23 / 497
4.2. No existe preclusión procesal	XII-23 / 497

4.3. Pliegos de la licitación.....	XII-24 / 498
4.3.1. En general	XII-24 / 498
4.3.2. Los problemas de la preparación del pliego y el contrato	XII-25 / 499
4.3.3. El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo.....	XII-25 / 499
4.3.4. La participación de los oferentes en la elaboración del pliego.....	XII-26 / 500
4.3.5. La calificación jurídica del contrato en el pliego	XII-27 / 501
4.3.6. La descripción técnica del objeto.....	XII-28 / 502
4.4. Audiencia pública previa	XII-29 / 503
4.5. El llamado a licitación	XII-29 / 503
4.6. La publicación de los avisos	XII-30 / 504
5. La presentación de las ofertas	XII-30 / 504
5.1. Inscripción en el registro	XII-30 / 504
5.2. Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales	XII-31 / 505
5.3. Depósito de garantía.....	XII-32 / 506
5.4. Entrega de los sobres	XII-32 / 506
5.5. Apertura de los sobres	XII-33 / 507
5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores	XII-35 / 509
5.7. Mantenimiento de las propuestas	XII-35 / 509
5.8. Sujeción a los pliegos	XII-36 / 510
5.8.1. Ofertas condicionadas.....	XII-38 / 512
5.8.2. Oferta firme, cierta, única y seria.....	XII-39 / 513
5.8.3. Vicios de forma. Requisitos sin propósito	XII-40 / 514
5.9. El principio de contradicción en el análisis de las ofertas.....	XII-41 / 515
5.10. Criterios para la admisión de ofertas.....	XII-41 / 515
5.11. Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación	XII-44 / 518
5.12. La adjudicación como facultad reglada	XII-44 / 518
5.13. Requisitos especiales	XII-46 / 520
6. La aceptación de la oferta: La adjudicación	XII-46 / 520
6.1. Preadjudicación	XII-46 / 520
6.2. Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente.	XII-46 / 520
6.3. Contratación directa por razones de urgencia.....	XII-47 / 521
6.4. Carácter no obligatorio de la adjudicación	XII-47 / 521
6.5. Derechos de los oferentes.....	XII-48 / 522
6.6. Sobre quién debe recaer la adjudicación	XII-49 / 523
6.7. Eficiencia.....	XII-51 / 525
6.8. Equidad y justicia. Razonabilidad	XII-51 / 525

6.9. Perfeccionamiento del contrato.....	XII-52 / 526
6.10. Aclaraciones al pliego.....	XII-52 / 526
7. Excepciones al requisito de la licitación pública	XII-53 / 527
7.1. Monto menor a una suma determinada	XII-53 / 527
7.2. Adicionales	XII-54 / 528
7.3. Urgencia	XII-54 / 528
7.4. Reserva	XII-55 / 529
7.5. Especial capacidad	XII-55 / 529
7.6. Marca, patente o privilegio.....	XII-56 / 530
7.7. Licitación pública desierta	XII-56 / 530
7.8. Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas	XII-56 / 530
7.9. Licitación pública anulada.....	XII-57 / 531
7.10. Contratación directa interadministrativa	XII-57 / 531
8. El régimen de iniciativa privada	XII-57 / 531

Capítulo XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. *Ámbito de aplicación*

1.1. *La administración pública nacional, provincial y municipal*

La licitación pública es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública.¹ Así lo establecen la ley de obras públicas 13.064² y el reglamento de contrataciones del Estado.³

Es más, hay autores que consideran que la propia Constitución nacional la exigiría como principio.⁴ Para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal; Cuando es requerida por la norma, es requisito de existencia de la contratación. Así, la Corte

¹ REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, cap. II. La colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con numerosos precedentes en los cuales el máximo tribunal ha enfatizado y ratificado la trascendencia de este principio de manera inveterada. Recordamos los casos *Ingeniería Omega*, Fallos, 323: 3924, 2000; *Carl Chung Ching Kao*, Fallos, 324: 3019, 2001; *Magnarelli*, Fallos, 326: 1280, 2003; *Laser Disc Argentina*, Fallos, 326: 3206, 2003; *Indicom S.A.*, Fallos, 327: 84, 2004.

² Modificada por el decr. 1023/01; ley 25.563, decretos 666/03 y 204/04, etc. Sobre este infausto decr. ver MAIRAL, HÉCTOR, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 7 y ss.; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877; MAIRAL, HÉCTOR A., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1972; SÁNCHEZ, ALBERTO, “Licitación pública: ¿Concurrencia vs. igualdad?” *RAP*, 253: 22, y otros.

³ Según fue destacado de antaño por la PTN, *Dictámenes*, 70: 273. Ver arts. 24 del dec. 1023/01 y 15 del dec. 893/12. Ampliar en CALOGERO, MARÍA DE LAS MERCEDES, “Los principios en los procedimientos de selección del contratista,” *RDA*, 30/31: 195, 207 (1999), texto y nota 35: la Procuración destacó “que el legislador (la) había consagrado como procedimiento obligatorio para la generalidad de las contrataciones del Estado.” La realidad transita por otros carriles: GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Licitación pública v. contratación directa: ¿la batalla perdida?” *RPA*, 2006-3, 75.

⁴ Comp. MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, pp. 237-9. COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 493/97 encuentra en el preámbulo de la Constitución y en los arts. 16 y 42, 2º párr., el principio de la licitación pública, más la convención interamericana contra la corrupción y las leyes de ética pública, contabilidad y obras públicas.

Suprema sostuvo que “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.” (*Mas Consultores, Fallos*, 323: 1515, 2000.) La Corte refiere, así, a la categoría del acto inexistente como sanción frente a la contratación sin licitación pública.

Lo demás son disquisiciones parecidas al servicio público: Lo que a cada autor le gustaría que fuere el derecho positivo.⁵ A su vez, muchas constituciones provinciales la exigen, a veces en forma terminante.

En cuanto al derecho comparado, la requieren las normas de la mayor parte de los organismos internacionales y también las de la comunidad europea, la cual por lo demás tiende “a una unificación de los marcos jurídicos de los Estados miembros”⁶ en lo referente a esta materia.⁷

Del mismo modo en Brasil el art. 37 inc. XXI de la Constitución de 1998 la requiere, salvo las excepciones que establezca la legislación.⁸ La regla es claramente la misma en el derecho uruguayo.⁹ Hay un juego de palabras en quienes sostienen que la licitación sólo es exigible cuando las normas la imponen,¹⁰ pues en todo caso efectivamente las normas la imponen.¹¹ Desde luego que la norma

⁵ Ver una reseña de doctrina en GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “Cuestiones de interés vinculadas a la licitación pública,” *LL*, 1999-F, 1012.

⁶ GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid, Civitas, 1995, p. 29.

⁷ PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Contratos administrativos: versión crítica,” en FARRANDO (H.), ISMAEL (dir.), *Contratos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 439-457.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. IX, secc. I, § 2, p. 484; *Licitação*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1980; DALLARI, ADILSON ABREU, *Aspectos jurídicos da licitação*, San Pablo, Saraiva, 1997, 4ª ed., p. 11; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1994, p. 61; GRAU, ROBERTO EROS, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1995; FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Direitos dos licitantes*, San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed. Aclara que la obligatoriedad existiría sin el texto constitucional (§ I, *Introdução*), etc. En las concesiones y permisos de servicio público, el art. 175 exige “siempre” licitación pública. Ver también COELHO MOTTA, CARLOS PINTO, *Eficácia nas Licitações e contratos*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1997, 6ª ed., p. 33.

⁹ DELPIAZZO, CARLOS E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Univ. 1999, p. 121.

¹⁰ CSJN, *Meridiano SCA, ED*, 83: 445, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte,” BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la Administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 57; SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 692, nota 531; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; MODERNE, FRANK y DELVOLVÉ, PIERRE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, París, 1983, 2ª ed., p. 655. Es posible que la discusión sea meramente verbal, pues en cada país están las dos posiciones ante igual legislación. En el caso de Portugal, SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 703, recuerda la formulación —contraria a la suya— de FREITAS DO AMARAL, D., *Direito Administrativo*, III, Lisboa, 1986, p. 547. Ver COMADIRA, *op. cit.*, p. 91 y ss.

¹¹ Comp. FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*, que al criticar el criterio de MARIENHOFF, da lugar a entender que incluso sin norma la licitación sería exigible, que son las excepciones las que necesitan norma expresa. “Lo que hay es, sobre todo, visiones jurídico-filosóficas diferentes.”

general reconoce excepciones.¹² En el caso de las constituciones provinciales,¹³ su imposición no puede considerarse una regla de hierro y está sujeta a las excepciones que prevea la legislación,¹⁴ en tanto sean razonables.

En la nueva modalidad constitucional de municipios de primera categoría autónomos, se prevén excepciones originales, p. ej. la contratación directa con cooperativas pero sujeto a ratificación por referéndum popular, lo que nos parece una sabia innovación aunque en el caso del Neuquén, el Superior Tribunal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo han declarado —a nuestro juicio indebidamente— inconstitucional.¹⁵ Otra variante interesante es la contratación directa previa audiencia pública vinculante.¹⁶ Son modos de transparencia y publicidad que no pueden dejarse de lado en la nueva orientación que ve en el usuario no un mero administrado, sino un “usuario-soberano,” en la expresión de BENVENUTI.¹⁷ En Brasil se exige, para grandes contrataciones, el doble recaudo de audiencia pública y licitación pública.¹⁸

En cuanto a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que el principio es la libertad de contratación salvo cuando la legislación impone lo contrario,¹⁹ es una discusión similar a la del servicio público, como dijéramos párrafos arriba.²⁰ No se trata de hallar la “esencia” de las cosas por alguna intuición o postulación ex cátedra, sino de indagar cómo está resuelto el problema en el derecho positivo y a partir de allí construir un sistema explicativo del orden jurídico. Y desde ese punto de vista no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la licitación pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general,²¹ claro que sujeta a las numerosas excepciones

¹² En el ámbito nacional el art. 25 del dec. 1023/01 establece las condiciones bajo las cuales se autoriza un procedimiento de selección del contratista distinto al de licitación pública, fundado principalmente en el bajo monto presunto de la erogación a efectuarse, exclusividad del contratista por ser titular de una patente, vínculos interadministrativos o con universidades nacionales, entre otros supuestos, aspectos reglamentados en el cap. VI del dec. 893/12.

¹³ Ver Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 193 inc.7; Constitución de la Provincia de Corrientes, art. 22; Constitución de la Provincia del Neuquén, arts. 80, 273 y 291; entre otras.

¹⁴ Ley 13.891 de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁵ Ver nuestra nota “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” *LL*, 2002-A, 954; FERRER, FRANCISCO J., “Referéndum y provisión pública de bienes,” *RPA*, 2008-1: 63-101.

¹⁶ Como señala DELPIAZZO, la contratación directa no excluye la aplicación de procedimientos alternativos. Ver DELPIAZZO, CARLOS E., “Procedimientos alternativos y contingentes a la licitación pública,” en UTE, *Jornadas de profesionales y técnicos del Area Asesoría Técnica Jurídica, Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 55 y ss.

¹⁷ *Supra*, cap. VI, § 2.1.

¹⁸ FIGUEIREDO, *op. cit.*, 4ª ed., cap. X. Es la ley 8.666, cuyo art. 39 ubica esta audiencia pública obligatoria como primer paso de la licitación.

¹⁹ Ver *supra*, notas 2 y 3. FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2000, 4ª ed., cap. XVI, § 1, p. 431, lo considera discusión terminada.

²⁰ Que vimos en el cap. VI y cuyas bases explicamos en la primera parte del cap. I del t. 1.

²¹ Y así lo entendió la Corte al sostener “que el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas

que en cada caso autoriza la legislación.²² Donde no existe la excepción, retoma su aplicación la regla.²³

Hasta el advenimiento de la CICC, Convención Interamericana Contra la Corrupción, el procedimiento de la licitación pública era una materia reglada con sólo algunas normas básicas en la legislación, pero en que el grueso de la regulación provenía de las propias bases de la licitación hechas por la misma administración licitante y demás normas que ella misma dictaba. Lamentablemente, no ha cambiado, a pesar del carácter frecuentemente arbitrario de tales reglamentaciones. Es que en ocasiones la administración encuentra que el mejor modo de hacer libremente su voluntad es predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual puede luego alegar que se limita a cumplir la norma cuando en realidad está haciendo su voluntad discrecional disfrazada de norma propia.²⁴

Por ello, lo fundamental no es el cumplimiento de la forma, sino de la sustancia: Publicidad adecuada, máxima concurrencia de ofertas, mejor comparación, precio y oferta más conveniente, equilibrio contractual, precios razonables de mercado, control público, etc.²⁵ Conviene tener presente el orden jerárquico de las normas y principios jurídicos (*v. gr.* constitucional y supraconstitucional de razonabilidad),²⁶ que no debe estar ausente del análisis de una norma licitatoria (también los principios supraconstitucionales de publicidad o transparencia, equidad y eficiencia que impone la CICC).²⁷ En este último aspecto, pues, la contratación pública en

permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos.” (*CardiCorp, Fallos*, 329: 5976, 2006.)

²² La inobservancia del procedimiento de licitación pública impide, incluso, la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, aun cuando los servicios fueron prestados por el contratista, si no invocó y probó el “empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir.” (CSJN, *Ingeniería Omega, Fallos*, 323: 3924, 2000.)

²³ Ver FIGUEIREDO, *Dereitos...*, *op. cit.*, cap. I.

²⁴ Ver PULVIRENTI, ORLANDO, “El caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires),” *LL*, 2005-D, 1217; GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Licitación pública v. contratación directa: ¿la batalla perdida?” *RPA*, 2006-3: 75 y “Contratos administrativos, lenguaje y realidad,” *LL*, 2004-C, 1535, reproducidos en el t. 7, caps. XXV y I, respectivamente.

²⁵ Ver SÁENZ, JORGE A. “Los contratos administrativos en la emergencia,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 157-67; MAIRAL, HÉCTOR A., “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35; BOTASSI, CARLOS A., “Contratos públicos y emergencia actual en la Provincia de Buenos Aires,” en ALANIS, *op. cit.*, pp. 137-51.

²⁶ *Supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.”

²⁷ Ver nuestro art., “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091. Ver también, t. 5, *Primeras obras*, Libro III, *Procedimiento y recursos administrativos*, “Prólogo,” p. PRA-7; t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. VIII, p. VIII-2; t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap. I, GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Contratos administrativos, lenguaje y realidad,” p. 18 y 19 y cap. XXIX, MIRAVÉ, MARÍA PATRICIA, “La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del Estado nacional;” t. 4, anexo “Decreto 1172: Acceso a la información pública,” p. 2; t. 9, *Primeros manuales*, Libro I, *Derecho*

general y dentro de ella la licitación pública es un procedimiento administrativo que va recibiendo progresivas normas y principios supranacionales (la eficiencia y justicia para los usuarios)²⁸ que son derecho federal interno, obligatorio también para las jurisdicciones provinciales y municipales. Están dados en garantía del interés público,²⁹ de las partes contratantes y de los usuarios y consumidores afectados por el gasto del erario público y los efectos frente a terceros que el contrato pueda tener, creando una serie de redes contractuales.

1.2. *Los monopolios privatizados*

Ahora bien, con el proceso de privatización instaurado a fines del siglo XX la licitación pública es exigida también a los concesionarios y licenciatarios, a fin de que no se eleven los costos que luego pasarán a la tarifa y también para evitar subsidios o contrataciones cruzadas,³⁰ o autocontrataciones.

Los principios que explicamos para la licitación pública son aplicables a sus contrataciones, sin perjuicio de otros que establezca la autoridad de contralor. Ello, bajo pena de no poder trasladar a la tarifa los costos que no aparezcan justificados y con el procedimiento señalado, o devolver las ganancias excesivas obtenidas en infracción a tales principios.

1.3. *Incidencia de la CICC*

Un tercer paso en esta evolución viene dado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que agrega tres principios de carácter suprallegal y supranacional a satisfacer en el procedimiento de contratación: Uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público o transparente y dos se refieren al resultado material obtenido, que debe ser equitativo o justo y eficiente.³¹ Por un

administrativo de la economía (1967), cap. XII, "La protección administrativa. El procedimiento administrativo," p. XII-7 / 263; t. 10, *A mi padre: "Éste soy yo" (Carl Rogers) - Diálogos con Agustín Gordillo*, Libro II, *Diálogos con Agustín Gordillo*, Sección V, prólogo al libro de ISMAEL FARRANDO (dir.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003; *Introducción al derecho*, 1ª edición en castellano, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS (dir.), Organización Europea de Derecho Público, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. II, p. II-6 y II-7 y cap. X, p. X-9.

²⁸ Ver nota anterior.

²⁹ Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5, "El régimen jurídico de los servicios públicos privatizados bajo condiciones de monopolio;" D'ARGENTIO, INÉS, "La cuestión del interés público vinculado a la emergencia," en MILJIKER, MARÍA EVA (dir.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, *op. cit.*, pp. 31-40.

³⁰ Ver t. 1, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos." Ver EURNEKIAN, EDUARDO, "Carta abierta a mis socios italianos," diarios del 8-II-00, § 11 y 12. Allí denuncia pedidos de sus socios para contratar más caro y con peor financiación a empresas vinculadas, el modo clásico de inflar los costos y hacer más alta la tarifa o pedir que se baje el canon, según el caso. Dice *Ámbito Financiero*, 21-II-00, p. 2: "Quienes saben dicen que [...] quisieron usar una vieja treta de muchas privatizaciones [...] encareciendo las obras, [...] como se hizo con los peajes, por ejemplo."

³¹ *Supra*, cap. II, § 4.2, "Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables;" MILJIKER, MARÍA EVA, "El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo," *LL*, 2000-A, 123.

razonamiento parecido, la doctrina brasileña postula el principio de moralidad como determinante de la licitación como regla.³²

2. Licitación pública, licitación privada, contratación directa

2.1. El problema de la responsabilidad

Si bien ya hemos señalado que el contrato administrativo no debe ser definido atendiendo al procedimiento mediante el cual se lo celebra,³³ dicho procedimiento es típico: El régimen de contrataciones del Estado en general³⁴ como la ley de obras públicas, establecen un procedimiento similar. Ambas normas disponen que el contrato debe realizarse mediante licitación pública, concurso público, (o “remate público”), aunque autorizan en una serie de hipótesis que la administración prescinda de ese requisito y efectúe una “licitación privada,” un “concurso privado” o una “contratación directa.”³⁵

La administración es remisa a celebrar una contratación directa cuando legalmente puede hacerlo: Es lo que BONEO llama “el temor a ejercer la responsabilidad.” Como dice este autor “la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia y a pasar los problemas a niveles más altos, aunque sea para obtener un simple aval que libre al funcionario de responsabilidad al respecto [...] Así, p. ej., la mayor parte de las empresas tienen quejas sobre los penosos efectos que tienen sobre su economía los reglamentos de contrataciones.

Sin embargo, analizando muchos de ellos, vemos que no son esencialmente diferentes a los de la mayoría de empresas privadas y que contienen razonables

³² Doctrina uniforme. En nuestro país hay viejos antecedentes similares, como CSJN, *Empresa Constructora P.H. Schmidt, Fallos*, 179: 249, año 1949, que recordamos *supra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4.3, “Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia;” COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, 1998, p. 158.

³³ T. 1, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

³⁴ La ley de contabilidad ha sido derogada por la ley de administración financiera, 24.156. MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, con CELIA FABIANA AKIZAWA y MARISA PANETTA, RAP, 2002, 8ª ed.; *Administración financiera y control*, ECA, Buenos Aires, 1997; sólo están vigentes los arts. 51 a 54 (gestión de bienes del Estado) y 64 (escrituras a cargo de la Escribanía General de Gobierno); el régimen actual de contrataciones es el normado por el decr. 1023/01 y su complementario decr. 893/12.

³⁵ En relación a los distintos procedimientos de selección, señalamos que la licitación será procedente en aquellos casos en los que la evaluación de las propuestas recaiga sobre factores económicos, mientras que el concurso será aplicable cuando la evaluación de propuestas priorice la calidad técnica o artística del oferente. Por su parte, la subasta pública será siempre la regla cuando de la enajenación de bienes públicos se trate. Finalmente, merece especial consideración el procedimiento de contratación directa, el cual implicará un vínculo directo entre organismo y proveedor sólo en los casos de exclusividad por privilegio legal tal como una patente o un vínculo interadministrativo, entre otras hipótesis normativamente previstas, pero que se encontrará sujeto a iguales reglas que la licitación pública o privada cuando el fundamento para su celebración sea el reducido monto presunto del contrato a celebrarse, en cuyo caso la publicidad y concurrencia serán necesariamente exigibles.

causas de excepción al régimen general. Pero un funcionario, que sabe que en un caso marginal, recurriendo a la contratación directa obtendrá economías para la empresa en relación a la usual licitación pública, recurrirá a pesar de ello a esta última. Sabe que nadie pedirá cuentas por el mayor costo para la empresa de esa actitud suya; y sabe también que si recurre a la contratación directa deberá afrontar sospechas sobre su honestidad y probablemente un juicio de responsabilidad y que, aun cuando a la larga podrá demostrar la adecuación de su acción, siempre quedará una sombra de dudas sobre su persona. No es difícil adivinar su probable actitud.”³⁶

Como todo principio, la licitación pública no es un dogma absoluto: No hay que entrar en los extremos de negarla siempre o exigirla siempre, sin razones específicas aplicables al caso.³⁷

2.2. *Es un pedido de ofertas*

La licitación pública es un procedimiento administrativo³⁸ cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato;³⁹ constituye un *pedido de ofertas* efectuado en forma general al *público* o a cualquier empresa inscripta en un registro creado el efecto, cuando tal sistema de control existe.⁴⁰

Se diferencia de la *licitación privada* (un pedido de ofertas) en que este es dirigido a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), no siendo obligatorio, en algunos casos, efectuar la publicación en el *BO*, pero efectuando invitaciones a proveedores inscriptos en el registro de proveedores (SIPRO) y difundiendo la convocatoria

³⁶ BONEO, HORACIO, “Problemas de dirección en las empresas públicas,” *Análisis*, 228: 1788-95, año 1995. Dice KAPLAN, MARCOS, *Países en desarrollo y empresas públicas*, Buenos Aires, Macchi, 1965, p. 73: “El Estado y el sector público pierden los buenos agentes y no atraen a elementos aptos de la empresa privada. Tienden en gran medida a retener un personal [...] que vive en permanente inseguridad; teme innovar y asumir responsabilidad; se desinteresa de todo perfeccionamiento [...] del servicio; vegeta en la apatía, la rutina y la negligencia.” Ver nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 75-6.

³⁷ SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 61; DALLARI, *op. cit.*, p. 19; FERRAZ, SÉRGIO y FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, San Pablo, 1994; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, *op. loc. cit.* La misma necesidad de evitar dogmatismos se repite en el proceso licitatorio, como observa DALLARI, *op. cit.*, pp. 94, 115-6, etc.

³⁸ GRAU, ARMANDO E., “Licitación,” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964, t. XVIII, p. 702; PÉREZ HUALDE, *op. cit.*, p. 439 y ss. A pesar de ello a veces se le atribuyen principios contrarios a las reglas del procedimiento administrativo; también se reiteran como principios de este procedimiento lo que no son sino principios generales del derecho constitucional y administrativo, como la igualdad. La doctrina todavía no ha concluido, pues, la simbiosis entre procedimiento administrativo y licitación pública.

³⁹ Comp. GRAU, *op. loc. cit.*

⁴⁰ Antes de su derogación en 1991, eran el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas y el Registro de Proveedores del Estado. En la actualidad se encuentra vigente el Sistema de Información de Proveedores, creado por el decr. 436/00.

por internet en el sitio de la Oficina Nacional de Contrataciones,⁴¹ mientras que aquélla está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas. (Cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la presentación.)

En la *contratación directa*, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra el convenio con ella; dado que es motivo de abusos, a veces se trata de extenderles principios análogos a los que rigen a las licitaciones. Pero lo que corresponde es controlar la razonabilidad del objeto y su precio. Lo importante no son las formas sino qué se contrata y por cuánto.

Va con ello dicho que el principio de transparencia en la gestión pública, exigido por las normas y principios para la prevención de la corrupción, sólo se ve servido por el pedido de ofertas efectuadas de manera abierta al universo de posibles oferentes. No utilizamos aquí la frase “licitación pública” porque ésta acarrea una indebida connotación emotiva, de pérdida de tiempo, engorrosos trámites, etc., cuando nada de eso hace a lo que estamos señalando como esencial. Hay que destacar el principio: La publicidad, la competencia, la participación del máximo posible de interesados y eventuales oferentes. Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de la burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas.

2.3. *Notas comunes*

La licitación pública y privada (concurso público, concurso privado, etc.) tienen ciertos caracteres comunes que las diferencian de la contratación directa. Por de pronto cabe distinguir que la similitud entre la licitación y el concurso es que se establece un sistema de reglas de juego que suponen la competencia o concurrencia a fin de escoger la mejor oferta. Ese conjunto de reglas que constituyen las bases del llamado o pliego de bases y condiciones son obligatorias para los oferentes y para la administración misma por el principio de la confianza legítima y la razonable expectativa de los oferentes de que tales reglas habrán de ser respetadas y cumplidas por el licitante. Importa destacarlo, pues muchas veces el funcionario incurre en el error de pensar que el concurso público importa la ausencia de reglas, cuando en realidad y como mínimo está obligado por las suyas propias que no sean absolutamente nulas, p. ej., las cláusulas que pretenden la irrevisabilidad jurisdiccional del resultado del concurso o sus actos de trámite.

2.3.1. *Comparación de ofertas*

En ambas hay *comparación* de ofertas de distintas empresas y por lo tanto mayor control y mejores posibilidades de obtener ofertas ventajosas.

⁴¹ Cap. V del dec. 893/12.

En la contratación directa no se compara en cambio la oferta de la empresa elegida con ninguna otra, pero pueden y deben instituirse precios testigo⁴² y publicarse en cualquier caso las adjudicaciones en el B. O. y la *Internet*, para que la ciudadanía pueda saber si se ha contratado por encima o por debajo de la media del mercado. Esa necesaria publicación, incluso en contrataciones directas, deviene también del principio de publicidad y transparencia del art. III, inc. 5°, de la CICC.

2.3.2. *Máxima concurrencia posible. Informalismo*

En las primeras existe una concurrencia⁴³ de distintas empresas y por ello debe mantenerse la *igualdad* —no un formalismo estéril, sino igualdad de que participen y pujen el mayor número posible de interesados— entre los oferentes.⁴⁴ Debe advertirse que en realidad el fin último de obtener la mejor oferta se logra cuando no se sacrifica la mayor competencia o concurrencia posible, procurando suplir o hacer suplir toda deficiencia formal que disminuya tal concurrencia.⁴⁵ Sin perjuicio que es bueno rodear de los mayores recaudos posibles la selección del mejor contratista estatal posible, debe estarse siempre atento a no crear obstáculos que terminen conspirando contra aquella finalidad esencial.

Por ello, solamente en grandes contrataciones que afectan a un número importante o incluso indeterminado de usuarios, es razonable entrar a exigir algunos requisitos procedimentales adicionales. Entre ellos es de destacar la realización de una previa audiencia pública en el caso de renegociaciones de concesiones en las que se prevea prolongar el plazo, aumentar la tarifa, reducir las multas, reducir el cronograma de inversiones o todo a la vez.

El tema es controvertido y más de una vez se sostiene, a la inversa, que es en el estricto cumplimiento de las formas donde se obtiene el mejor resultado: Un ejemplo clásico es las presentaciones tardías.

⁴² Dicho sistema es aplicable a los tres tipos de contrataciones, por encima de determinados montos, conforme lo dispuesto por el dec. 558/96 y la reglamentación establecida por la res.122/10 de la Sindicatura General de la Nación, modificada por su similar 161/11.

⁴³ Principio éste que ya destacaba en primer lugar MAIRAL, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 18; ver también GUSMAN, *op. cit.*, punto III; CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, 3ª ed., p. 43; CANOSA, ARMANDO N. y MIHURA ESTRADA, GABRIEL, “El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial,” *JA*, 1996-IV, 774. También en el derecho portugués se enfatizan los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, vertiente este último del principio de imparcialidad del obrar administrativo. Ver SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 691, texto y nota 530. La concurrencia es hoy la primera regla del derecho europeo, vinculada al sistema jurídico económico que jerarquiza la libre competencia y mercado libre en la Unión Europea, como señala GIMENO FELIU, *op. cit.*, p. 46 y ss.

⁴⁴ Art. 3°, inc. b), dec. 1023/01.

⁴⁵ En sentido similar la Provincia de Salta, ley 6.838 del “Sistema de contrataciones de la Provincia,” art. 7°, que establece para todas las contrataciones la “c) promoción de la mayor concurrencia de oferentes y d) flexibilidad y transparencia en los procesos y procedimientos.”

No compartimos esos criterios formalistas. A nuestro juicio no corresponde rechazarlas automáticamente,⁴⁶ si alguien llega uno o varios minutos después de cumplirse la hora exacta prevista para la apertura del acto, si el primer sobre no ha sido abierto: La hora que debe tomarse en cuenta es la que efectivamente sea, recién al momento de producirse la apertura del primer sobre.

De lo que se trata es de evitar la posible presentación de alguien con más de un sobre, que elige cuál entrega dependiendo de qué monto tiene la oferta (ya pública) de otro. Si esa posibilidad materialmente no existe, no hay motivo para rechazar una oferta que llega después de la hora pero antes de abierto el primer sobre.

La administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas, para obtener una mejor comparación de ofertas y tomar la decisión que resulte más oportuna y conveniente. A resultas de ello no puede la administración adjudicar el contrato a una empresa en condiciones distintas de aquellas por las que llamó a licitación; en cambio, en la contratación directa la administración puede modificar las bases con las cuales pensaba originariamente contratar, salvo que la contratación directa sea consecuencia de una anterior licitación pública fracasada.

En todos estos últimos casos queda la salvedad de que la contratación directa no puede ser reservada u oculta, salvo cuando así lo justifiquen especialísimas razones como la seguridad o defensa nacional y así haya sido decretado por el Poder Ejecutivo Nacional,⁴⁷ sino que su precio debe publicarse para que sea el público quien determine, incluso contratándose por razones de urgencia o especialidad, si se han respetado los precios del mercado.

3. Principios de la licitación pública⁴⁸

3.1. Publicidad y transparencia

Es realmente curioso que aunque el procedimiento de licitación pública está concebido para satisfacer principios de publicidad y transparencia⁴⁹ en la gestión

⁴⁶ En sentido contrario, ver PTN, *Dictámenes*, 213: 147; 242: 571; entre otros.

⁴⁷ Art. 25, inc. d), ap. 6, dec. 1023/01.

⁴⁸ Ver ley 24.156, art. 103 y ley 25.188, art. 2º, inc. h); dec. 1023/01, art. 1º y 3º; dec. 893/12, art. 24 y 42, entre otras. La doctrina comparada generalmente enuncia publicidad, concurrencia e igualdad, p. ej., SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 691, precisando que la igualdad es derivada del principio de imparcialidad. En Brasil, en cambio, la ley 9.784 de procedimiento administrativo, aplicable a las licitaciones públicas, enuncia como sus principios la “legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa y contradicción, seguridad jurídica, interés público y eficiencia” (art. 2º). Ver SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, pp. 18-24. Coinciden, en gran medida, con lo que se consideran principios constitucionales del derecho administrativo: BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, 17ª ed., cap. II, p. 86 y ss. REJTMAN FARAH, MARIO (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, comentario al art. 3º del dec. 1023/01.

⁴⁹ REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, cap. IV y V y REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01*, *op. cit.*, comentario a los arts. 9º, 10 y 32 del dec. 1023/01.

pública,⁵⁰ son estos las primeras víctimas que caen en su aplicación. Nada menos que la definición del objeto a contratar y las normas que regirán la selección del contratista y el contrato mismo, se efectúan sin publicidad ni participación ciudadana y en la mayor parte de los casos sin participación de los interesados potenciales.⁵¹

Parece un modo aberrante o cuanto menos contradictorio de empezar un proceso que toda la doctrina no vacila en calificar primero por la publicidad y transparencia, máxime cuando también lo exige la CICC y es consustancial al régimen democrático.⁵² Ese primer mal paso tiene después consecuencias funestas. El mal no termina allí, pues luego de aprobados en la penumbra y la reserva de la administración y obtenida la firma de la autoridad, ni siquiera allí se asegura efectivamente publicidad real para el futuro.

Es que las leyes y reglamentos, más la práctica de todas las instituciones administrativas, dan una interpretación maniquea: Es suficiente con publicar un anuncio en dos o tres lugares por los días que la norma indique, para satisfacer el requisito. Ello llevó a que las empresas que trabajan con el Estado tuvieran al menos una persona leyendo cuidadosamente todos los días el Boletín Oficial para tomar noticia de los llamados, inquirir sobre el asunto y tal vez conseguir una copia oficiosa del pliego, eventualmente comprarlo, etc. Eso es un cumplimiento notoriamente insuficiente del principio rector de publicidad y transparencia; es apenas una publicidad limitada y exclusiva para el sector, no para toda la colectividad.

Existe un sitio web llamado argentinacompra.gov.ar en donde se deben publicar las distintas etapas de los procedimientos contractuales que celebran las reparticiones de la administración y la posibilidad de acceder gratuitamente a la edición del Boletín Oficial de la República Argentina en función del decreto 1172/03. Es necesario utilizar las tecnologías de información disponibles en toda su plenitud, no retaceando la publicidad como habitualmente se hace.⁵³

⁵⁰ Ver REJTMAN FARAH, MARIO, "Contrataciones públicas transparentes; un desafío de la emergencia," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo... op. cit.*, pp. 103 y ss. Así también lo dispuesto en el decr. 378/05, en cuanto aprueba los llamados lineamientos estratégicos para la puesta en marcha del denominado plan nacional de gobierno electrónico y los planes sectoriales de gobierno electrónico, según lo dispuesto, entre otras normas, por el decr. 1023/01.

⁵¹ Aunque la observación puede ser obvia, no todos la puntualizan. Sí lo hace en cambio DELPIAZZO, *Contratación administrativa, op. cit.*, 165.

⁵² Ya que sin transparencia "se conoce sólo parcialmente si el Estado obra en representación de los ciudadanos y en función de los intereses y necesidades públicas. Se erosiona al sistema institucional cuando no se sabe si los representantes del pueblo actúan o no en beneficio de quienes los eligieron, en tanto la base de la democracia es, conforme la conocida fórmula, gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo," REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, op. cit.*, p. 120.

⁵³ Un ejemplo claro es publicar en el *B.O* el acto por el cual se adjudica la concesión o aprueba la renegociación, pero no los anexos que conforman el régimen jurídico del servicio...

3.1.1. *El primer mecanismo de corrupción, “clubes,” etc.: La venta de los pliegos*

Los pliegos a veces se venden a precios que oscilan entre carísimos y prohibitivos. Pues si se ha de vender en cientos de miles de dólares, como ha ocurrido, es obvio que se trata de un precio destinado exclusiva y prioritariamente a excluir su conocimiento público: Su sólo precio es índice cierto de corrupción en ciernes, de falta deliberada de transparencia. De ese modo conocen sus detalles sólo el más pequeño manojito de interesados directos e inmediatos en el objeto del llamado, excluyéndose así en forma deliberada —no creemos en la ingenuidad, en este punto— el conocimiento y acceso por la opinión pública y la prensa y demás interesados y asociaciones de usuarios o interesados. Así se construyen los grandes negociados.

Además y lo que es mucho peor, al exigirse la compra del pliego para poder ofertar se permite reducir el universo de potenciales oferentes al puñado de adquirentes concretos de aquél. De este modo la administración *ayuda* a que los reales interesados *sepan* de su existencia recíproca y por ende se reúnan, formen clubes, *acuerden* en definitiva cómo van a ofertar y a qué precios. Si no fuera porque la práctica de vender los pliegos es, por ello, indubitablemente corruptora, forzoso sería concluir que es irremediablemente tonta.

Para perfeccionar el mecanismo, la administración suele exigir que se acompañe a la oferta el recibo de compra del pliego, “estupidez” suprema porque ella, que los vendió, ya sabe quiénes son. Es entonces no imperdonable tontería sino clara amenaza mafiosa para que nadie “saque los pies del plato.” Todo esto es conocido y común en infinidad de países y ha sido suficientemente denunciado mucho antes de ahora.⁵⁴ Sólo falta que alguien lo declare inmoral e inconstitucional y lo prohíba o mande a la justicia de instrucción cada vez que ocurra.⁵⁵

⁵⁴ Ver el amplio y vigoroso desarrollo de DALLARI, *op. cit.*, pp. 99-101. En todo caso, uno de los modos de romper ese entuerto es legitimando para impugnar el pliego o la adjudicación a quien no compró el pliego, como lo recuerda BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la administración provincial, op. loc. cit.* Ver también *supra* cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.10, “Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego.” En igual sentido el derecho brasileño admite la impugnación del pliego por cualquier ciudadano o elector hasta cinco días antes de la apertura de los sobres: SUNDFELD, *Licitação..., op. cit.*, pp. 181-3. COMADIRA, *op. cit.*, pp. 125-26 y nota 224, considera que la compra de los pliegos debería ser irrelevante para conferir legitimación para impugnarlos, aunque pareciera restringir dicha legitimación a la existencia del derecho a participar en el procedimiento de selección.

⁵⁵ El cumplimiento de los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato para interesados y oferentes exige necesariamente la gratuidad de los pliegos, a los cuales sólo puede establecérselos un valor de adquisición que resulte exacta derivación de los gastos en los que debió incurrir la administración para la reproducción gráfica o impresión de los mismos. Dicho costo ha de ser la expresión de una ecuación contable de resultado cero, que hace inconcebible cualquier clase de beneficio económico para el organismo convocante. No obstante, en la actualidad con la pluralidad de soportes informáticos de gran capacidad de almacenamiento e ínfimo costo, tal el caso de los discos compactos, no parece encontrarse justificación al anti ecológico, oneroso y vetusto pliego impreso.

3.1.2. *¿Publicación para interesados, o para el público?*

En realidad, no es sólo ni principalmente en el boletín oficial y los diarios que deben publicarse los llamados. Es en la Internet donde las jurisdicciones nacionales, provinciales y municipales deben contar con un sitio o página en donde se pueda consultar la totalidad de las instancias del trámite contractual, desde las convocatorias hasta los pormenores de la ejecución contractual, pasando por las etapas de evaluación de ofertas, impugnación y emisión de la orden de compra, es decir con todos los detalles incluidos. Podrá decirse que esto es caro y es falso: Basta con consultar los costos.

Si este autor puede poner sus libros gratis en la Internet en el sitio www.gordillo.com que consta en la tapa, ¿con qué excusa el Estado no habrá de poder hacerlo, cuando tanta otra publicidad oficial incluye en sus diversas páginas Web? En el 2000 comenzó con la experiencia de páginas como www.cristal.gov.ar hoy inactiva, modelo que se profundizó luego del 2001 con el sitio www.argentinacompra.gov.ar; habrá que seguir perfeccionando su desarrollo, actualización y profundización.

La dificultad es precisamente la tendencia medieval al secreto, la posibilidad de realizar negocios al margen de la ley de ética pública, el interés a veces de los propios contrincantes y competidores en que no se conozca mucho del asunto, no sea que vengan terceros o la prensa a inquirir sobre la racionalidad de lo que se proyecta, a preguntar si se ha hecho audiencia pública previa en caso de corresponder, etc. Incluso si el costo no fuera pequeño la solución no debiera variar.

La publicidad y transparencia es justamente para permitir la crítica pública, la participación ciudadana, el control judicial y nada de ello puede hacerse eficazmente si —en primer lugar— no se conoce lo que la administración se apresta a contratar. En esa línea de razonamiento, es también claro, insistimos, que deben incluirse todas las aclaraciones al pliego que se vayan haciendo durante el trámite del procedimiento licitatorio, como así también los actos finales de adjudicación, suscripción del contrato con todos sus anexos, precio obtenido, etc.

Menos que eso, no se podrá decir que habrá habido publicidad ni transparencia, sin las cuales se está violando el principio supranacional del art. III inc. 5° de la CICC, tanto si se hace licitación pública como si se trata de una licitación o concurso privado, o una contratación directa. Para cumplir con los principios de publicidad y transparencia la publicación, inclusive de una contratación directa, debe incluir:

- a) El llamado y sus bases completas, circulares, aclaraciones y modificaciones ulteriores, incluyendo todos los aspectos que formen parte del pedido de ofertas,
- b) el precio y forma de pago y demás condiciones de contratación en la adjudicación y formalización del contrato y

c) el precio final de liquidación del contrato cuando se conoce el costo que demandó al erario concluir ese contrato.⁵⁶

3.1.3. *Autonomía de los pliegos*

Los pliegos de una licitación suelen ser preparados anónimamente: nunca nadie se responsabiliza de ellos. Sin embargo, cada art. es objetivamente una toma de decisión, que necesita sustento fáctico suficiente y adecuada motivación.⁵⁷ ¿Por qué se exige “X” capital? ¿Por qué se fija el plazo “Y”? ¿Por qué tales recaudos técnicos?⁵⁸ No es suficiente con elevar al órgano máximo un expediente en el cual falta sólo su firma, pero no hay antes firma alguna que fundamente cada art. del proyecto. Si el superior firma sin analizar demuestra impericia o negligencia. Por ello debe desenfatzarse el clásico rigor formal en su aplicación⁵⁹ y acentuar en cambio la línea de precedentes que declaran, así sea tardíamente, la nulidad de las cláusulas del pliego que se opongan a derecho,⁶⁰ o justifican su razonable incumplimiento.⁶¹

3.1.4. *Impugnación de los pliegos*

Hay un argumento de razonabilidad o justicia natural, más uno de congruencia, que deben plantearse en relación a la publicidad de los pliegos y los derechos de los particulares a impugnarlos. Pues ha de ser obvio que bien poco vale conocer los pliegos y advertir sus dislates o negociados,⁶² o la dilapidación de fondos públicos,⁶³ o que no se ha hecho audiencia pública,⁶⁴ o que el pliego está dirigido a favor o en contra de personas o empresas determinadas, si no se puede hacer nada sino acudir a los medios de prensa.⁶⁵

⁵⁶ Resulta un gran avance en la materia la prescripción establecida por el art. 58 del dec. 893/12, por el que se exige a los organismos la obligación de difundir en la web las distintas instancias del trámite contractual.

⁵⁷ DALLARI, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁸ DALLARI, *op. loc. cit.*

⁵⁹ Que recuerda CALOGGERO, *op. cit.*, pp. 208-9.

⁶⁰ Ver los ejemplos que recuerda CALOGGERO, *op. cit.*, p. 209 y ss.

⁶¹ CALOGGERO, *op. cit.*, pp. 213-7.

⁶² Allí parece apuntar el magnífico fallo *Torello*, CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

⁶³ El eficiente, razonable y prudente manejo de gasto exagerado, excesivo, inútil o superfluo de los fondos públicos, por lo tanto la prohibición del gasto superfluo, viene ordenada por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Pues es evidente que el terreno fértil para el cohecho es realizar como contrapartida un gasto estatal objetivamente injustificado. Ver CNFed. CA, Sala IV, *Rojas*, con nuestra nota “La Justicia apunta al despilfarro público,” *LL*, *SJDA*, agosto de 2003.

⁶⁴ Ampliar en *supra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

⁶⁵ Ver los caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo” y el argumento que vincula el art. 18 a los 42 y 43 de la C.N. *in re Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); Sala II, *Gambier*, 18-VI-98 (Teatro Odeón); *Gambier*, *LL*, 1999-E, 624 (propaganda oficial); Sala I, *Castro, Ángel*, *LL*, 2000-B, 305, año 1999; *Verbrugge*, *ED*, 185: 995, año 1999; CSJN, *Ekmekdjian*, *Fallos*, 315: 1492, 1992; *LL*, 192-C, 543; *ED*, 148: 354; *supra*, cap. III, § 6.1-6.11.

A su vez el maquiavelismo licitatorio está perfeccionado, a punto tal que uno de los puntos que nadie olvida introducir en el pliego es la prohibición de ofertas o ser adjudicatario a quien tuviera cualquier litigio o controversia con la administración licitante.⁶⁶ Esa regla no es para el pasado solamente, es también para el *futuro inmediato*: Pues el potencial oferente⁶⁷ que cuestione judicialmente el pliego, incluso con razón, quedará automáticamente “incurso” en la “causal” de inadmisibilidad. Entonces ningún potencial oferente cuestiona nada, por más absurdo que sea.⁶⁸

La única salida a este engendro es admitir la legitimación de los jubilados afectados, como en *Torello*, o de los ciudadanos, como en *Gambier* y *Halabi*, o de las asociaciones de usuarios (*Consumidores Libres*, *PADEC*, *Unión de Usuarios y Consumidores*), o los usuarios potenciales (*Fernández*, *Youssefian*), que son los que pagarán con sus tributos o peajes la obra o sufrirán el aumento de su tarifa o la merma de sus prestaciones; o del Defensor del Pueblo, o de los vecinos.⁶⁹

Si la justicia no legitima a nadie salvo al oferente que está enredado en la trampa administrativa, es tan responsable como quienes arman estos entuertos y estas trampas. Y si un gobierno se propone desterrar la corrupción, tiene que prohibir estas prácticas y legitimar a todo ciudadano a cuestionar judicialmente su incumplimiento. Por ello es del caso retomar el tema de la “naturaleza jurídica” de los pliegos y los derechos de los futuros oferentes y demás ciudadanos a impugnarlos y cuestionarlos judicialmente. La interpretación clásica, en el sistema preconstitucional y presupranacional, era que son reglamentos y no podía en consecuencia impugnárselos judicialmente pues no afectaban en forma directa e inmediata derechos subjetivos sino en todo caso intereses legítimos.⁷⁰ Sin embargo, bien se advierte que hay derechos subjetivos y de incidencia colectiva en juego, tan importantes como que afectan la simiente misma del Estado.⁷¹

⁶⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁷ Que, como recuerda DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 172, pasa también por un proceso interno de toma de decisión, el cual no suele ser destacado pero tiene una importancia fundamental. Es la otra parte, nada menos, del proceso de formación de la voluntad contractual.

⁶⁸ Los arts. 60 y 61 del dec. 893/12 prevén la posibilidad de que los interesados efectúen consultas al contenido del pliego y que la administración como consecuencia de éstas le efectúe modificaciones mediante la emisión de circulares.

⁶⁹ Pues como dice RAMÓN MARTÍN MATEO, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed., p. 387: “Cualquiera tiene interés [jurídicamente tutelable] en defender la ciudad donde habita.” La aclaración, nuestra, condice con el sentido del párrafo. Es la solución en el caso *Gambier (I)* del Teatro Odeón, que citamos en el cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” junto a los demás fallos aquí mencionados.

⁷⁰ El principio estaba vigente antes de la reforma constitucional y la ratificación de la CICC, pero había sido objeto de fundadas críticas. Ver, entre otros, BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de obra pública*, t. II, Ábaco, 1984, p. 485 y ss.; *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, p. 261 y ss., 274; “La situación jurídica del administrado. Derecho subjetivo e interés legítimo,” *RAP*, 11: 7, 15, Buenos Aires.

⁷¹ Ver el desarrollo del fundamental fallo de la Sala II *in re Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,”

Todos sabemos que es en las licitaciones públicas y más específicamente en los pliegos del llamado donde se cometen las verdaderas tropelías, los grandes costos al erario público, las grandes bases de la corrupción ulterior: lo demás es mera continuación de lo ya empezado mal. Se impide escuchar a quienes puedan tener soluciones alternativas o simplemente no estén conformes en que sus dineros privados sean públicamente dilapidados de tal modo.⁷² En suma, se contrapone el derecho de la comunidad al uso razonable y sano de los fondos públicos (cuya violación lleva a *déficit*, inflación, pobreza, etc.) con el supuesto privilegio del gobernante de turno de hacer a su capricho lo que le plazca, sin control judicial oportuno y eficiente.

No debe olvidarse que la situación de endeudamiento crónico que padecemos, con todas sus consecuencias jurídicas y prácticas, tiene su origen en el mal empleo de los fondos públicos. Casi podríamos decir que aquí se encuentra uno de los principales males que nos aqueja como sociedad y la respuesta jurídica y práctica debe ser proporcional a esa gravedad.

Entendemos que al haber aprobado por ley la Convención Interamericana contra la Corrupción (y depositado el instrumento en Washington) y contar con el art. 43 de la nueva Constitución nacional, se torna imprescindible declarar la inconstitucionalidad del decreto-ley 19.549/72 en cuanto no habilita la impugnación judicial directa de reglamentos, por la vía del amparo del referido art. 43 o de la acción de defensa del usuario y del consumidor. Pues los ciudadanos seremos los usuarios finales y sobre todo los contribuyentes plenos, de la obra a licitarse. Es la aplicación, una vez más, de la nueva tendencia del derecho público a recuperar para el usuario la condición de soberano.

Debemos tener el derecho de ver y criticar judicialmente qué se hace con nuestro dinero: Y poder demandar la nulidad de una reglamentación licitatoria que en todo o en parte sea ilegítima.

Nuestra legitimación es constitucional y debemos tener el derecho de discutir judicialmente la ilegitimidad de un acto reglamentario licitatorio cuando él baja nuestro *standard* de vida, malgastando fondos públicos que son nuestros, desviando fondos de otras finalidades públicas. Podrá redargüirse que esta propuesta no es *delege lata* sino *de lege ferenda*.

Pero como ella es de acuerdo a la Constitución y a la Convención Interamericana contra la Corrupción, ese doble fundamento jurídico debiera ser suficiente

LL, 2000-B, 274; *supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.6, "El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos."

⁷² Ha corregido ese grave problema: *Torello*, Sala II, LL, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, citado en la nota anterior. Como hemos señalado los derechos de incidencia colectiva llevan a una enfatización del control judicial y desenfátización del control administrativo: "La legitimación," UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, 1998, p. 441.

en un gobierno democrático frente a un decreto-ley que en este punto ha devenido arbitrario e inconstitucional en el sistema económico actual.

Así lo han comenzado a entender nuestros tribunales federales en materia procesal administrativa, que han admitido amparos cuestionando privatizaciones sin audiencia pública, marco regulatorio ni ente de control previo: El pliego estaba siendo vendido y ello no fue óbice procesal para impedir la impugnación exitosa de todo el procedimiento.

Es la buena senda, si algún día habremos de poner coto, como sociedad, a la corrupción administrativa: Llamemos las cosas por su nombre y sepa la justicia que la sociedad observa y recuerda, tanto lo que hace para corregirla como, por omisión, para ayudarla.

Han detenido campañas de publicidad política con fondos públicos (*Gambier II*), anulado cláusulas abusivas a favor de los contratistas en los pliegos, cuestionadas por los usuarios (*Torello*), etc.,⁷³ o por otros potenciales oferentes.⁷⁴ Pero no todos los justiciables han hecho las acciones judiciales pertinentes.

3.2. *Concurrencia*

Así como la publicidad en la licitación pública es la aplicación particularizada de un principio general del sistema constitucional, también la concurrencia es la aplicación al caso del principio general del procedimiento administrativo conocido como principio de contradicción: La existencia de interesados y contra-interesados.⁷⁵ Los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian hoy como principio fundamental de la licitación, el de la concurrencia o competencia entre los oferentes. Lo que se postula concretamente es la participación de *la mayor cantidad posible de oferentes*.⁷⁶

Se ha dicho en tal sentido que “interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.”⁷⁷ Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento.

⁷³ Ver *supra*, caps. II a IV. Es una jurisprudencia coherente y sistemática.

⁷⁴ La impugnación se fundaba en el carácter discriminatorio y anticompetitivo de sus cláusulas, como en *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, Cámara Federal de Mar del Plata, 2-III-00. Ver también el fallo que anota BOTASSI, *op. loc. cit.*

⁷⁵ Categoría ésta hoy aceptada entre nosotros: *Supra*, cap. IX, § 12. Ver también BUJ MONTERO, MÓNICA, “La licitación pública: principios generales,” en FARRANDO(H.) (dir.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p.79. En el derecho comparado es ya uniforme. Ver, entre otros, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 729, § 939 y pp. 738-9, § 951.

⁷⁶ Lo menciona, entre otros, ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. I, p. 334; DALLARI, *op. cit.*, p. 76 y ss., p. 81.

⁷⁷ ESCOLA, *op. ult. cit.*, p. 334.

Por supuesto, a fin de favorecer la concurrencia y competencia con miras a la obtención de la mejor decisión para el erario público debe favorecerse también la contradicción, no solamente entre los potenciales oferentes y los oferentes concretos, sino también de parte de la comunidad alcanzada por la obra, a través de los derechos de incidencia colectiva.⁷⁸

El principio se remite a la antigua ley de contabilidad⁷⁹ y se encuentra recogido en el dec. 1023/01 y en la reglamentación establecida por el dec. 893/12.⁸⁰ No se trata de subordinar el fin de obtener el mejor precio y condiciones en situación de competitividad, al medio por el cual los postulantes hacen su propuesta y menos a las formalidades. Ello sería incurrir en el ya clásico error de privilegiar los controles de formas y normas o reglas, antes que el control de resultados, eficiencia, etc.⁸¹ Máxime cuando ahora la ley 25.188 de ética pública exige que en las licitaciones se aplique el principio de razonabilidad;⁸² p. ej en cuanto al objeto y precio del contrato.

No bastará con decir que se siguió el procedimiento y adjudicó al mejor postor, sino que será necesario demostrar que el objeto es necesario y el precio por el que se contrata es razonable, comparando con los precios del mercado. Si el precio está por fuera del mercado, o hay corrupción o la administración no ha conferido seguridad jurídica. Un comportamiento administrativo que, por defectos subsanables de forma, excluyera ofertas e impidiera una eficiente comparación de los precios del mercado, importaría caer en el clásico error que hace ya muchos años denunciara un autor como la “racionalidad irracional de la administración.”⁸³

⁷⁸ En tal sentido GUSMAN, *op. cit.*, § 3, destaca que el art. 42 de la Constitución al garantizar el derecho “a una información adecuada y veraz” incluye “el conocimiento del desarrollo de las distintas facetas de la licitación pública, e incluso el contenido de las ofertas, de suyo una vez abiertos los sobres.” Recuerda cómo MAIRAL, *op. cit.*, p. 20, ya censuraba la práctica de conducir el trámite “de manera clandestina y oculta a los ojos de los oferentes.”

⁷⁹ CASELLA, JORGE VÍCTOR; CHOJKIER, RAQUEL y DUBINSKI, ALEJANDRO, *Contrataciones del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 97: “Los distintos regímenes de compras o reglamentos de contrataciones del Estado establecen que para que haya una buena competencia de precios, los pliegos de condiciones deben favorecer la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes, con lo cual el organismo licitante puede hacer una mejor selección de su proveedor.”

⁸⁰ Régimen que a pesar de distintas reformas mantiene inalterable el criterio.

⁸¹ Tema éste que ya analizamos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*, cap. IV. Ampliar y comparar en SÁNCHEZ, ALBERTO M., “Licitación Pública: ¿concurrencia vs. igualdad?” *RAP*, Buenos Aires, 1999, 253: 15-23.

⁸² Ley 25.188, art. 2º, inc. h).

⁸³ Destaca KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, pp. 162-3 y 158 que tales actitudes producen o llevan a una “incapacidad disciplinada,” pues se obliga al directivo “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento y todo lo demás es secundario.” Para más datos ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema-jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpresión 2001, pp. 116-7, también como parte del t. 6, libro II, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012.

3.3. *Informalismo*

Hace décadas que vienen levantándose voces contrarias al excesivo formalismo en la licitación, p. ej. en cuanto hace a defectos de la oferta, respecto a los cuales es pacífico que su saneamiento no altera el principio de igualdad,⁸⁴ del mismo modo que se admite la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta⁸⁵ y en general el saneamiento de vicios de forma.⁸⁶

Corresponde pues “evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta.”⁸⁷ Como también se ha dicho: “Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario.”⁸⁸ “La administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado.”⁸⁹ Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve.⁹⁰

3.3.1. *Finalidad del formalismo y sus límites*

Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia. Son los resabios de las prácticas antiguas, que por supuesto el intérprete debe interpretar

⁸⁴ ROEHRSEN DI CAMMERATA, G., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, t. I, Bologna, Zanichelli, 1967, p. 198; BOQUERA OLIVER, JOSÉ M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.

⁸⁵ QUANCARD, MICHEL, *L'ajudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 93 y sus referencias.

⁸⁶ ROEHRSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, JOSÉ LUIS, *La contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, Madrid, Municipalia, 1966, p. 177 y ss.

⁸⁷ MAIRAL, *Licitación Pública, op. cit.*, p. 18.

⁸⁸ FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública*, Abeledo-Perrot, 1972, p. 44.

⁸⁹ FIORINI y MATA, *Licitación Pública, op. cit.*, p. 44; CASSAGNE, *El contrato administrativo, op. cit.*, p. 43. COMADIRA, *op. cit.*, p. 24 y ss.

⁹⁰ Esta es la solución a la que también se ha llegado en el derecho comparado: BANDEIRA DE MELLO, *Licitação e prerrogativas da administração*, San Pablo, EDUC, Universidad Católica de San Pablo, 1977, p. 63; FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Direitos dos licitantes e prerrogativa da administração*, San Pablo, EDUC, 1977, p. 54; San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed.; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *Los Contratos del Estado*, San José de Costa Rica, 1989, pp. 124-5, habla de los incumplimientos relativos, saneables a posteriori. En contra SUNDFELD, *Licitação..., op. cit.*, p. 23 y ss. quien recuerda en igual sentido a HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1988, 8ª ed., p. 20.

arquitectónicamente, en el sentido de LINARES, para adecuarlas a las circunstancias de hecho, rectoras o arcónticas⁹¹ que dan sustento fáctico a la norma y sin las cuales su aplicación literal deviene nuevamente irrazonable y —por ende— no sólo ilegal sino también inconstitucional.

Esas prácticas e interpretaciones perimidas en derecho fueron en su momento denunciadas severamente, en su contenido y finalidad. En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA expresa que debe dejarse atrás el “procedimentalismo y leguleyismo” —“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia.”⁹²

Se ha dicho también que: “Al resultarle imposible acatar totalmente las imposiciones legales y reglamentarias, ya sea porque se trata de exigencias alejadas de la realidad o porque de acatarlas queda descolocado frente a su competencia, el empresario vive a menudo sujeto al riesgo de graves sanciones y en una actitud de sumisión ante los funcionarios públicos que tienen en sus manos la supervivencia de la empresa a poco extremen su celo investigativo. El problema, si bien es particularmente grave dentro del sector empresario, se extiende a todos los habitantes ya que con mayor o menor frecuencia todos infringen normas que desconocen o que de todos modos no pueden cumplir por irreales.”⁹³

Todo ello implica que “existe un costo social y político pocas veces destacado” de tales excesivas e irreales reglamentaciones administrativas, o de su interpretación formalista y rigurosa, olvidando cumplir el fin que la norma y el procedimiento, como en el caso de la licitación pública, están destinados a satisfacer. El objetivo que perseguía este detallismo era lograr homogeneidad entre las ofertas, para que pudieran valorarse con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas. De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación;⁹⁴ pero en realidad lo que se hacía era llegar a una supuesta automaticidad en la cual el funcionario limitaba su accionar a una aplicación ciega de formas que omitían medir la razonabilidad de la decisión, por ende no necesariamente orientada al fin último que la licitación debe cumplir.

⁹¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1984, p. 53.

⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 110.

⁹³ MAIRAL, HÉCTOR A., “La inseguridad jurídica en la Argentina,” *Revista de la Unión Industrial*, abril-junio de 1971, p. 9 y ss., p. 19; premisa que desarrolla en su magnífico libro *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos RPA, Rap, 2007.

⁹⁴ Comp. FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Licitação*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 64 y sus referencias; CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires*, t. I, La Plata, Scotti, 2004, 2ª ed., cap. 3.

Con ese apego excesivo a la formalidad, en suma, se violaba el principio central de la competitividad o concurrencia: Una licitación así manejada era un fracaso como resultado material, aunque se hubiera adjudicado conforme al riguroso cumplimiento del pliego. La desinterpretación de la finalidad de la norma llevaba en suma a su lisa y llana violación o desconocimiento sustancial.

De cualquier modo, cabe destacar que las exigencias de igualdad cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad de la propuesta y de la licitación, o sea debe considerarse que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, a la prestación propuesta. (Cantidad y calidad, precio, condiciones, etc.) No cabe pues referirlas, o no en la misma medida, a las condiciones meramente formales (garantías, poderes, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.), que debe cumplimentar el oferente con la presentación, las que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

En rigor y como recuerda DALLARI en su excelente obra, “la concurrencia pública procura que el mayor número de licitantes sea habilitado para el objetivo de facilitar a los órganos públicos la obtención de cosas y servicios más convenientes a sus intereses. En razón de esa finalidad, deben ser evitadas demasiadas exigencias y rigorismos inconsistentes con una buena exégesis de la ley.”⁹⁵ La omisión de algún requisito necesario y no meramente formal, no autoriza el rechazo de una oferta, por la “subsanaibilidad de la falta de prestación de fianza en el procedimiento de contratación [...] si la Administración no advirtió inicialmente el defecto al interesado para que éste pudiera subsanarlo, no puede luego alegar la inadmisibilidad sobre la base de dicho defecto.”⁹⁶

Las licitaciones públicas formalistas pertenecen a la economía cerrada que derogaron las leyes 23.696 y 23.697 y los sucesivos decretos desreguladores.⁹⁷ Interpretar un pliego de modo formalista es violentar el fin y el espíritu de ese sistema que entendemos sigue en vigencia en lo esencial a pesar de algunos conatos intervencionistas de los albores del siglo XXI, que no parecen suficientes para alterar el sistema.

Pero es frecuente encontrar licitaciones en que se introducen recaudos o prohibiciones graves para la moralidad pública, como prohibir que se presenten quienes tengan juicios con el Estado. Es decirle que mejor sepa “arreglar” sus asuntos en sede administrativa, pues si va a juicio no será admitido a una lici-

⁹⁵ DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., p. 115, transcribiendo el fallo del TJ de Río Grande do Sul, *Revista de Direito Público*, 14: 240; BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, 17ª ed., cap. IX, secc. IX, § 119, p. 548, citando a DALLARI y al TSJR; *Licitação...*, *op. cit.*, p. 37 y ss., p. 55 y ss. Más terminante es PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Paraguay, Intercontinental, 1997, pp. 329-30: propugna la “elasticidad” del pliego y admite “excepciones” a él.

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, IV, 3, pp. 458-9 y sentencias que citan.

⁹⁷ Aunque en materia diversa, es de interés comparar un parecido razonamiento de USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, “El control de los servicios de gestión privada,” en IEDA, *Estudios de derecho administrativo II*, *op. cit.*, p. 161 y ss.

tación pública. En otros pliegos se adopta una posición intermedia, la de exigir una manifestación de juicios pendientes con el ente licitante, indicando si es actor o demandado, objeto de la litis, monto, etc., con lo cual al menos se puede someter a discusión racional si es que surgen o no de tales causas elementos de juicio suficientes para ponderar, en contra del contratista.

3.3.2. *La igualdad en la licitación*

Es claro que “no pueden ser comparadas cosas desiguales,”⁹⁸ “la administración pública debe respetar y cumplir tales procedimientos, ya que si no lo hace el contrato celebrado con arreglo a un procedimiento irregular estaría viciado por violación de la forma establecida.”⁹⁹ “Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de *igualdad*, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de «concurrentia» y «publicidad», permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público.”¹⁰⁰ Este principio debe ceder ante el interés superior de la mayor concurrentia o competitividad en la licitación.¹⁰¹

3.3.3. *Evolución internacional hacia el informalismo*

Ya en el año 1959 el Tribunal Supremo español sostuvo que “so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma rituarial, tal efecto más que formal, formulario, carece de virtualidad invalidatoria.”¹⁰² Igual tendencia se encuentra en Brasil,¹⁰³ Chile,¹⁰⁴ Paraguay¹⁰⁵ y en las provincias argentinas.¹⁰⁶

⁹⁸ FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes e prerrogativas da administração*, op. cit., p. 49; 3ª ed., p. 61; 4ª ed., cap. II, quien recuerda a BANDEIRA DE MELLO, “no se licitan cosas desiguales.”

⁹⁹ ESCOLA, *Tratado integral...*, op. loc. cit.

¹⁰⁰ MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, p. 204; REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, op. cit., cap. VII.

¹⁰¹ *Supra*, § 3.2. Como dice DALLARI, op. cit., p. 106, la administración debe alentar a los concurrentes, no “espantarlos.” Comp. SUNDFELD, *Licitação...*, op. cit., p. 22. Ver asimismo COMADIRA, op. cit., p. 44 y ss. En tal sentido espantan a los oferentes las arbitrarias revocaciones del acto de llamado a licitación pública una vez abiertos los sobres.

¹⁰² GONZÁLEZ - BERENGUER URRUTIA, *La contratación administrativa*, op. cit., pp. 178-9.

¹⁰³ BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 17ª ed., op. cit., cap. IX, secc. XI, “A habilitação,” § 119, “Descabimento de rigorismos inúteis na habilitação,” p. 548, y citas que efectúa. En cambio parece más estricta FIGUEIREDO, *Curso...*, 2000, 4ª ed., op. cit., p. 454.

¹⁰⁴ PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO, “A licitação: novas tendências (O caso chileno: uma aplicação da administração em participação),” *Revista de Direito Administrativo Aplicado, R.D.A.A.*, Curitiba, Genesis, 1997, 13: 313, 323.

¹⁰⁵ CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, “O procedimento licitatório como pressuposto das contratações,” *Revista de Direito Administrativo Aplicado, R.D.A.A.* Curitiba, Genesis, 1997, 11: 939, 942.

¹⁰⁶ Así p. ej. en el art. 7º de la ley 6.838 de Salta, “Sistema de contrataciones de la Provincia,” “flexibilidad y transparencia en los procesos y procedimientos.”

En nuestro país es oficial a nivel nacional y pueden citarse innúmeras resoluciones ministeriales que determinan que la aplicación y las normas de los pliegos sean “flexibilizadas a fin de hacer más atractiva la venta” y para “posibilitar la concurrencia del mayor número de oferentes para garantizar la puja que asegure el éxito del proceso licitatorio.”¹⁰⁷

4. *Etapas de la licitación pública*

4.1. *Introducción*

Por de pronto, conviene recordar el principio que enunciamos en el cap. XI, que en grandes proyectos o grandes concesiones o licencias, es necesaria la audiencia pública previa. En la ley brasileña se impone tanto la audiencia pública como la licitación pública para las contrataciones de gran monto.¹⁰⁸ Aquí es un criterio que está progresando poco a poco.¹⁰⁹

En lo que sigue nos referiremos al procedimiento de la licitación pública en la ley de obras públicas y las normas generales establecidas en el dec. delegado 1023/01 y el decreto reglamentario 893/12.

4.2. *No existe preclusión procesal*

En derecho administrativo no existe la preclusión procesal para impedir la anulación de un acto nulo de nulidad absoluta, tanto que ni siquiera la prescripción corre a su respecto. Esta clase de afirmaciones son muy vapuleadas en algunos pronunciamientos judiciales totalmente adversos a dichos principios, pero hay, a la inversa, sensibles progresos en el control judicial de la contratación pública.¹¹⁰

Es además aplicable en la especie el clásico aforismo romano conforme al cual: *Melius est intacta jura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere*.¹¹¹ “Creemos que la falta de reclamación contra la adjudicación provisional no puede tener la consecuencia de hacer perder la posibilidad de impugnar la adjudicación definitiva. *La pasividad de los interesados no tiene por qué significar el consentimiento de un acto que todavía no existe, ni tampoco ser una prueba de su*

¹⁰⁷ Resolución 490/92 M.E. y O. y S.P.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, *op. cit.*, cap. X; BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, cap. IX, § 73 a 75, pp. 525-6, “Licitações de grande vulto e licitações de alta complexidade técnica.” COELHO MOTTA, *op. cit.*, p. 43 y ss. que alude a las fases interna y externa de la selección.

¹⁰⁹ El cambio en la materia comenzó a verificarse en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el dec. 436/00 y el aún vigente dec. delegado 1023/01, el cual se ha venido a profundizar con el dictado del dec. 893/12.

¹¹⁰ Ver *supra*, nota 40 y cap. III, § 6.6, “El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos,” § 6.10, “Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego.”

¹¹¹ CATALDI, GIUSEPPE, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milán, Giuffrè, 1967, p. 4. Este principio se aplica a todas las etapas de una licitación pública, incluso aquellas que son comunes a otros procedimientos de contratación.

*legalidad.*¹¹² Si ni siquiera con la preadjudicación se puede hablar de preclusión procesal, mucho menos antes de que ella se produzca.

4.3. *Pliegos de la licitación*

4.3.1. *En general*

En toda licitación pública se preparan los llamados “pliegos,” que no son sino conjuntos de disposiciones reglamentarias¹¹³ de carácter minucioso destinadas a regir la convocatoria y presentación de las propuestas, su evaluación, el contrato y su ejecución. Los hay de “bases generales,” de “bases especiales,” de “especificaciones técnicas,” etc., de acuerdo a un diverso contenido y en su conjunto forman una parte cuantitativamente muy importante del régimen jurídico del contrato pertinente. Los pliegos de la licitación adolecen del excesivo e irrazonable reglamentarismo que es consustancial a las viejas prácticas de la administración pública,¹¹⁴ porque en cada nuevo acto licitatorio que hacen los funcionarios quieren introducir en normas nuevas la experiencia del anterior: La tentación de legislar es demasiado grande y luego no se envían los pliegos a la oficina de legales para que verifique si están o no conforme a derecho.¹¹⁵ Además, es frecuente que se quiera limitar o prohibir la impugnación de la adjudicación, lo cual es una norma que puede reputarse inexistente por su absurdidad en un Estado de derecho y en una sociedad democrática, donde acto alguno puede quedar exento del control tanto administrativo como jurisdiccional.

Una de las formas de limitar la impugnación de los perdedores es fijar en el pliego una suma elevada, a pagar como depósito, que se pierde si el recurso es rechazado y se devuelve si el recurso se gana. Aquel que viene de perder la licitación no estará entusiasmado en arriesgar dinero para ver si puede hacer revertir el criterio administrativo, con lo cual la administración logra la impunidad por sus actos si la justicia no anula o declara inexistentes normas de esta índole. Es una clara norma corrupta.

¹¹² BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas*, op. cit., p. 148.

¹¹³ Por ende subordinados a la legislación general, como resolvió la CSJN *in re Espacio S.A.*, ED, 159: 43, año 1993 y explica BOTASSI, *Contratos de la administración provincial*, op. loc. cit.; GUSMAN, op. cit., § IV, *in fine*. Si bien ello significaba que se impugnaba como los reglamentos, como ha sido señalado por LINARES, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 398 y ss. y GUSMAN, op. cit., § V, hoy en día se puede impugnar en forma directa por vía de amparo, incluso sin comprar el pliego, las cláusulas ilegales que tuviere: Ver los casos mentados por BOTASSI, op. loc. cit.

¹¹⁴ Que señalamos en el t. 1, *Parte general*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 10.3, “La exacerbación reglamentaria,” p. 20.

¹¹⁵ De conformidad con el art. 36 del dec. 1023/01, los contratos celebrados por las reparticiones o entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se rigen por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas contenidas en el Título III del decreto-ley 19.549/72, por lo que debe requerirse la opinión del servicio de asesoramiento jurídico permanente del organismo antes del dictado del acto administrativo que apruebe el pliego. REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01*, op. cit., comentario al art. 36 del dec. 1023/01.

4.3.2. *Los problemas de la preparación del pliego y el contrato*

La preparación unilateral y reservada de los pliegos por la administración,¹¹⁶ sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posibles oferentes para acercar al debate, en la etapa preparatoria, su mejor conocimiento de la realidad del mercado lleva a frecuentes desconocimientos del medio hacia el cual planea lanzar su pedido de ofertas.¹¹⁷

Ello a su vez no hace sino encarecer las ofertas si lo que se pide lleva condiciones innecesariamente onerosas o desventajosas para los oferentes, que al contrario no cumplen en realidad un fin práctico para la administración, o inciden en el precio más de lo que significan para el Estado. Un ejemplo de esto es no incluir un mecanismo arbitral de solución rápida, imparcial y efectiva de controversias. Ello desmejora los precios de los oferentes, porque es mucho más caro tener que prever en el precio juicios que pueden durar una década o más para dirimir algún conflicto que pueda presentarse con el comitente.

Eso es un costo que paga la administración innecesariamente, el costo de que no haya una justicia eficiente y oportuna para resolver controversias y que el comitente tampoco incluya alternativas de resolución de conflictos. Otro costo que paga la administración, en licitaciones complejas, es el de preparar unilateralmente el proyecto de contrato con el cual formalizar la relación con el adjudicatario, sin consultar posibles alternativas de interés para los oferentes antes de presentar sus ofertas.

4.3.3. *El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo*

Ello ha llevado también a que la administración desnaturalice el procedimiento y en ocasiones, luego de adjudicada la licitación, se ponga a discutir los términos del contrato con el adjudicatario, lo cual es un verdadero dislate desde el punto de vista de la igualdad de los oferentes.¹¹⁸ Toda variación que se introduzca en dicho documento contraria a lo previsto en el pliego es desde luego nula de nulidad absoluta. También es nula, a nuestro entender, la cláusula que a veces introduce el pliego de la licitación en el sentido de cuál habrá de ser el orden de prelación de las normas que integran el contrato. El orden de prelación es cuestión objetiva,¹¹⁹

¹¹⁶ Observa el hecho, sin desarrollar conclusiones, DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁷ El art. 8° de dec. 1023/01 y el art. 32 del dec. 893/12 disponen, a juicio de la autoridad competente, la celebración de una etapa previa de consulta y formulación de observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares previo a su aprobación. REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01, op. cit.*, comentario al art. 8° del dec. 1023/01.

¹¹⁸ La CSJN ha señalado que este principio de igualdad de los oferentes se aplica aún en los casos en que se haya presentado un solo oferente al proceso licitatorio, *Fallos, 316: 382, Vicente Robles*, cons. 16. COMADIRA, "Algunos aspectos de la Licitación Pública," en UA, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, p. 327 y ss.

¹¹⁹ Ver el cap. II del dec. 893/12.

no materia susceptible de decisión en más de un sentido.¹²⁰ Debe comenzar por las normas de rango superior o más general, de las que no pueden apartarse las de rango inferior, en particular el instrumento mismo del contrato.¹²¹ De admitirse que el contrato puede modificar el pliego se destruye todo el sistema de la licitación pública: Publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad. Es lo mismo que no hacer licitación pública sino contratación directa y ello importa la nulidad de las cláusulas del instrumento del contrato que se apartan de las normas que rigieron el llamado, a menos que efectivamente se configuren las causales de contratación directa. Ese orden de prelación es inexistente: Tan grosera es la violación al ordenamiento que comporta.

4.3.4. *La participación de los oferentes en la elaboración del pliego*

Una forma de solucionar estos graves inconvenientes es introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato,¹²² como se hace p. ej. en los EE.UU.: Se indican los objetivos que se busca y se piden ideas acerca de su racionalidad o viabilidad y cómo concretarlos, sin aún pedir ofertas ni comparar precios; recién cuando la administración y los potenciales interesados están de acuerdo en la factibilidad y racionalidad del pliego, se piden las ofertas.

En las privatizaciones realizadas bajo la égida del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos se aplicó el sistema usualmente nominado por uno de sus componentes, el *Data Room*, banco o archivo de datos. En esencia esto

¹²⁰ La sujeción del Pliego a las normas de rango superior fue reconocida por la Corte al afirmar que “los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes.” (*El Rincón de los Artistas*, Fallos, 326: 3700, 2003.) Comentando el fallo, MERTEHIKIAN sostiene que la “eventual omisión de un precepto o disposición de rango superior en el pliego de bases y condiciones generales debe ser suplida por la aplicación directa al caso de la norma omitida.” MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2007, p. 185. Ampliar en REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01*, op. cit., comentario al art. 11 del dec. 1023/01.

¹²¹ En sentido similar, aunque menos terminante, BARRA, op. cit., p. 487. Hoy el orden de prelación normativo se encuentra expresamente establecido en el art. 7° del régimen de contrataciones de la administración nacional, decr. 1023/01. Ver el comentario de MAIRAL al caso *Robles* de la Corte Suprema en MAIRAL, HÉCTOR A., “¿Uno o dos derechos administrativos?”, *LL, Suplemento Extraordinario 75 Aniversario*, 2010, pp. 1-8, reproducido en el t. 7, cap. IX; MIRAVÉ, MARÍA PATRICIA, “La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del Estado Nacional,” *infra*, t. 7, cap. XXIX.

¹²² Claro que, para ello, será necesario modificar la visión que entiende como una regla que “la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisibles y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad.” (CSJN, *Hotel Internacional Iguazú*, Fallos, 308: 618, 1986.) Ver MIRAVÉ, “La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del Estado nacional,” t. 7, cap. XXIX.

consiste en que la administración prepara el pliego de la licitación y el contrato a celebrar y llama públicamente a los interesados, *no todavía a presentar ofertas*, sino a estudiar todos los datos de que ella dispone y proponer modificaciones o aclaraciones al pliego y al contrato. De este modo todos los interesados, avisados por la publicación en el Boletín Oficial, tienen oportunidad —en condiciones de igualdad y competitividad— de acercar sus sugerencias sobre la mejor forma de realizar el llamado y definir los términos y condiciones legales del contrato a celebrar y el anteproyecto técnico. Ello permite a la administración estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar el llamado y el contrato y proyecto técnico definitivo, de modo que no impongan a los contratistas cargas no necesitadas por la administración, que repercutan entonces en forma negativa en los precios de oferta, sin sustento fáctico suficiente. Es que quienes redactan el pliego a veces se ponen a inventar obligaciones del futuro oferente, como si fuera gratis.¹²³ Pero no lo es. En este mecanismo, pues, la competición entre los interesados comienza desde antes de la presentación de las ofertas, en la presentación de sugerencias para el contrato. Es un buen modo de testear también el grado de interés y responsabilidad de los futuros oferentes. También puede ser y suele ser parte de estos procedimientos, una preselección de contratistas en calidad de ser futuros oferentes en base a satisfacer un mínimo de condiciones técnicas que se determinan en el llamado.¹²⁴ Cuando participan organismos multinacionales en el financiamiento de la obra, la fraseología con la cual se denomina esta práctica es la de *short list* o lista corta, compuesta de posibles oferentes en condiciones de ser invitados a participar en una licitación o concurso privado, con la anuencia del organismo multilateral. A veces tanto el procedimiento de preselección como la confección de una *short list* es independiente del procedimiento más complejo de participación en la elaboración de los pliegos que describimos.

4.3.5. *La calificación jurídica del contrato en el pliego*

Otro de los problemas que presentan los pliegos es que en ellos se define cuál habrá de ser el régimen jurídico que regirá la contratación. El problema nace de que solamente los que llaman a licitación para edificios, puentes, caminos, etc., tienen en claro que se trata de una locación de obra pública regida por la ley 13.064, o en su caso una concesión de obra pública como las autopistas por peaje. Sin embargo, quienes contratan una locación de obra intelectual, que puede ser consultoría u obra pública, a veces declaran aplicable el reglamento de suministros y piden entonces p. ej. la “provisión” de un dictamen, absurdo que hemos visto personalmente. Si se trata de encargar objetos muebles que no se hallan en el

¹²³ Es por ello deseable que al momento de elaborarse el pliego el organismo, es decir los funcionarios intervinientes, actúen bajo pautas de razonabilidad del proyecto y eficiencia que permitan cumplir con el interés público comprometido.

¹²⁴ PANTOJA BAUZÁ, *op. cit.*, p. 329.

comercio y deben construirse especialmente, lo cual también es una locación de obra, nadie convencerá *ex post*, luego de la publicación del llamado formal, a los funcionarios encargados del departamento correspondiente que eso es una locación de obra pública, regida por la ley 13.064. Llamarán y contratarán por el pliego y las normas del reglamento de contrataciones del Estado, que son básicamente correspondientes al contrato de suministros (compraventa) y no de locación de obra. Si lo que piden es un servicio intelectual, tal vez hagan lo mismo. Si van a pedir un servicio de integración informática llave en mano, que también es una obligación de resultado y por ende una locación de obra, también utilizarán las normas del suministro. Ni qué decir que emplear un régimen jurídico que no es el apropiado causa infinidad de dificultades en la ejecución del contrato, que no deja de ser el que corresponde; cuando la discusión llegue a una instancia informada en derecho se calificará correctamente el contrato. Por ello el mecanismo de permitir objeciones al pliego en condiciones de igualdad y publicidad y recibir sugerencias sobre el anteproyecto técnico y las normas legales del contrato, puede constituir una ayuda eficaz para las administraciones públicas que tengan la mente abierta a reconsiderar las enseñanzas recogidas del pasado que no están vigentes en el derecho administrativo actual. Con todo, esa apertura se presenta en las grandes contrataciones en que intervienen funcionarios más dedicados y especializados. En las licitaciones en que la administración delega a sus departamentos de contratación la tramitación de la licitación y la elaboración unilateral de los pliegos, el grado de desconocimiento jurídico, y técnico muchas veces, trasladado al pliego y al contrato puede ser realmente sorprendente. Resulta además caro a la sociedad, que debe pagar los costos de la *ignorantia iuris* de tales funcionarios.

4.3.6. *La descripción técnica del objeto*

La administración indica con precisión aquello que desea y no admite variantes, lo cual no es una buena práctica. Desperdicia la experiencia del mercado en cuanto a eficiencia para cumplir un fin. Si la administración fuera el mejor experto, sería lógico que indicara con precisión lo que desea y los oferentes se limitaran a ofrecer su precio. Pero la administración a veces pide cosas que no son sensatas, o no constituyen una eficiente inversión de fondos públicos, o respecto de las cuales existen alternativas mejores o más baratas o pone requisitos y exigencias de nuevo rico, que encarecen el costo de la prestación sin un fundamento de costo–beneficio racional, a veces ni siquiera estimado. Parece necesario permitir a los futuros oferentes ofrecer variantes, sea en el acto de la oferta o antes del llamado. Hemos visto, a la inversa, llamados indeterminados para pedir ideas sobre qué hacer en determinada materia, lo cual es preferible a la emisión unilateral e inconsulta de un pliego que ya no admite discusión. Si se incluyen disposiciones irrazonables

se invita a los audaces y a quienes confían en soluciones “paralelas” y se desanima a quienes intentan tanto contratar como ejecutar seriamente su contrato. La forma de evitarlo es la mencionada y el *Data Room*, o el procedimiento de la iniciativa privada, a fin de no tener requerimientos de propuestas incumplibles, que solo darán problemas.¹²⁵ De todas maneras, la corrupción no se evita sólo con la licitación pública y el *Data Room*. Hacen falta mecanismos anticorrupción como la acción *qui tam* y tantas cosas más que el poder público es renuente a llevar a cabo, más una administración de justicia eficiente y oportuna, temas a los que nos referimos en su lugar.¹²⁶

4.4. Audiencia pública previa

Reiteramos que en el derecho brasileño se exige una audiencia pública, primera etapa de la licitación pública, cuando el monto a contratar sea cien veces mayor al mínimo que exige la licitación pública.¹²⁷ Traducido a nuestras normas, exigiría la audiencia pública previa a la licitación toda contratación que superase los 75 millones de dólares. Parece un criterio a tener en cuenta en la evolución jurisprudencial que exige audiencia pública incluso sin texto legal expreso. En nuestra práctica, se había empezado a exigir e imponer la audiencia pública como recaudo previo en grandes contrataciones, *v. gr.* ferrocarriles en 1999, pero luego de la reafirmación del principio a comienzos del siglo XXI, la práctica posterior de la segunda mitad del primer decenio ha sido su constante negación, a tono con la práctica no participativa de la entonces administración pública nacional. Esperemos que los tribunales comiencen a reafirmar esta mínima norma de un Estado de Derecho.

4.5. El llamado a licitación

Luego de producidos los informes técnicos que aconsejan la realización de la obra y preparados los planos, proyectos y pliegos que habrán de regir la licitación, se dispone —previa audiencia pública en su caso— el llamado a licitación pública.¹²⁸ Para hacer el llamado debe existir también previamente la necesaria previsión o partida presupuestaria, con la estimación oficial del posible costo. Esta información debe ser pública, aunque frecuentemente no lo es.

¹²⁵ Respecto a la iniciativa privada ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. II, reproducido *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*; en el derecho chileno ver PANTOJA BAUZÁ, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁶ Ver *infra*, caps. XIII a XV.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, cap. IX, VII, § 73 a 75, pp. 525-6, “Licitações de grande vulto e licitações de alta complexidade técnica,” FIGUEIREDO, *Direitos...*, *op. cit.*, cap. X; LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2002, 13ª ed., p. 118; COELHO MOTTA, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

¹²⁸ Será competente el Presidente de la Nación, el ministro del ramo, etc., de acuerdo al monto de la contratación.

4.6. *La publicación de los avisos*

Dicho llamado debe publicarse en el *Boletín Oficial* y eventualmente en periódicos privados, por un término que varía —según la legislación y reglamentación vigentes— de acuerdo al monto del contrato, exigiéndose la publicación en el sitio web de la Oficina Nacional de Contrataciones para las restantes clases de procedimientos cuyo objeto no sea la obra pública.¹²⁹ Demás está decirlo, hay que publicar también el precio de adjudicación, las condiciones del acto de adjudicación y sus anexos y el precio final del contrato. En las contrataciones directas o por licitación privada, si bien el llamado no necesita ser también tan abierto, el resultado sí, por la misma razón del control de eficiencia que impone la CICC. El incumplimiento de este requisito determina la nulidad.¹³⁰ En caso de publicación por menos días de los indicados en la ley, o en forma incompleta o imprecisa, el grado de la nulidad dependerá a nuestro juicio de cómo ello ha afectado de hecho, en el caso concreto, la publicidad del acto. Es el mismo conforme al cual se aprecian todas las nulidades y sus efectos en materia de actos administrativos en general.¹³¹ Si ha tenido una razonable publicidad y las firmas interesadas han podido enterarse de él y de su contenido, no habría razón para decretar la nulidad.¹³² En cambio, si de las constancias del caso resulta que la publicidad ha resultado insuficiente, p. ej. porque se presentó un número demasiado reducido de empresas, entonces correspondería anular la licitación. En el caso de grandes contrataciones que requieren instrumentos contractuales complejos, la publicidad requiere hoy en día que se realice una audiencia pública previa al perfeccionamiento del contrato o al comienzo del procedimiento como en el derecho brasileño.

5. *La presentación de las ofertas*¹³³

5.1. *Inscripción en el registro*

Se ha ido abandonando¹³⁴ el recaudo de la inscripción en un registro especial de constructores de obras públicas¹³⁵ o de proveedores del Estado,¹³⁶ requisito que

¹²⁹ Ver ley de obras públicas 13.064; dec. 1023/01 y dec. 893/12.

¹³⁰ CSJN, *Fallos*, 181: 306, *Empresa Constructora P.H. Schmidt vs. Provincia de San Juan*, 1938; 179: 249, *Empresa Constructora P.H. Schmidt vs. Provincia de Mendoza*, 1937; PTN, *Dictámenes*, 79: 179, 182; BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas*, op. cit., pp. 59-60.

¹³¹ Ampliar, *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.” Ver también, en particular, § 17 y 18.

¹³² Comp. BOQUERA OLIVER, op. cit., pp. 61-2. Es el principio procesal de improcedencia de la nulidad por la nulidad misma. En palabras de la CSJN, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes. (*Fallos*, 295: 961, 298: 312, 305: 554, entre otros.)

¹³³ REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, op. cit., cap. VIII.

¹³⁴ PÉREZ HUALDE, op. cit., p. 439 y ss. Ver también nuestro art. “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IX; BUSTAMANTE, JORGE EDUARDO, *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

¹³⁵ Ley de obras públicas, art. 13 y su reglamentación; decreto 1724/93.

¹³⁶ Ley de contabilidad, reglamentación del art. 61.

tenía excepciones.¹³⁷ La tendencia actual es tener un registro de inhibidos para cotizar, más que un registro de autorizados para hacerlo, o en su caso disponer que la falta de inscripción al Registro no es causal de desestimación de la oferta, pudiendo subsanarse tal requisito con posterioridad.¹³⁸

En todo caso, la globalización de la economía lleva a la internacionalización de las licitaciones y de las ofertas, lo cual torna imposible a cada Estado determinar *ex ante* la capacidad de cada oferente: No queda en tales casos otra alternativa que estudiarlo en cada licitación, en ocasión del análisis del sobre “A” o de la precalificación de oferentes que se presente de cualquier parte del mundo. Ciertamente que este mecanismo puntual y aislado no es tan eficaz como un registro previo y sistemático, pero es claro que tal registro no resulta materialmente posible tenerlo con alcance universal, como es la economía de hoy.

5.2. *Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales*

Es motivo de alguna duda, a nuestro juicio, el mecanismo establecido por el órgano fiscalizador de impuestos nacionales¹³⁹ para los proveedores del Estado, que exige un certificado fiscal para contratar, acreditando su condición fiscal y su cumplimiento impositivo y previsional.¹⁴⁰

Sin perjuicio de reconocer la exactitud de las críticas formuladas por la doctrina brasileña a normas similares,¹⁴¹ nos parece que en una realidad de continua emergencia fiscal como la nuestra, el contexto del caso es diferente.¹⁴² En efecto, dado que una parte nada despreciable de la población ni siquiera cumple con sus mínimas obligaciones fiscales formales, la exigencia de inscripción y presenta-

¹³⁷ Decreto 6.808/61, arts. 1º, 16 y 27, en lo referente a obras públicas; art. 61, inc. 51, del reglamento 5720/72 de suministros.

¹³⁸ Conf. arts. 85, 228 y ss. del dec. 893/12.

¹³⁹ La res. gral. de la AFIP 1814/05, modificada por res. gral. de la AFIP 2581/09 y 2852/10, crea el “Certificado Fiscal para Contratar.”

¹⁴⁰ El mismo requisito aparece exigido normativamente en Brasil, lo que ha motivado diversas críticas de la doctrina: BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, cap. IX, § 105, pp. 541-2 y sus referencias; DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., p. 122; FIGUEREIDO, *Direitos dos licitantes*, *op. cit.*, p. 101 y otros autores allí citados por ellos: TOSHIO MUKAI, ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA, ANTÔNIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES, IVAN BARBOSA ROGOLIN, LOPES MEIRELLES, etc. En nuestro ordenamiento estos requisitos hoy se encuentran previstos por el art. 234 del decr. 893/12.

¹⁴¹ Dice en efecto DALLARI, *op. cit.*, p. 122 que “La utilización de un medio impropio, aun para la obtención de un fin legal, es jurídicamente inaceptable positivamente, al menos en el campo del derecho jamás los fines justifican los medios.” La doctrina brasileña es en esto uniforme.

¹⁴² Cabe destacar que en Brasil la solución no es uniforme. SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 122, explica con razón que no hay inconstitucionalidad alguna en el requisito, pues para el Estado es “cuestión vital;” en igual sentido CITADINI, ANTONIO ROQUE, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, San Pablo, Max Limonad, 1999, 3ª ed., pp. 254-5; MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Río de Janeiro, Aide, 1993, p. 166; parcialmente, sólo en lo que se refiere a la seguridad social, ZANELLA DI PIETRO, MARÍA SYLVIA, *Direito administrativo*, San Pablo, 1995, 5ª ed., p. 284.

ción regular y continua de las pertinentes declaraciones juradas, tiene más que sustento fáctico suficiente y adecuado.¹⁴³ Es por ello plenamente válida.

El Estado no puede contratar con un sistemático incumplidor fiscal. No significa ello, que tener conflictos pendientes puede ser causal de inhabilitación *per se*. Pero no parece irrazonable acreditar la condición fiscal y previsional. De hecho es una práctica usual incluso en relaciones entre particulares.

5.3. Depósito de garantía

Los oferentes deben constituir un depósito de garantía de oferta en el Banco de la Nación Argentina¹⁴⁴ o constituir una fianza bancaria¹⁴⁵ por un determinado por ciento del contrato; o también puede optar por alguna de las formas de garantía establecidas en el art. 101 del dec. 893/12, siendo las más habituales en los procedimientos el pagaré y el seguro de caución con una compañía de seguros. Este documento se asemeja a una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento, que en su caso deberá ser afianzado al momento de su celebración en caso de resultar normativamente exigible.¹⁴⁶ Si el depósito de garantía de oferta no es integrado en forma completa la oferta no puede ser aceptada.¹⁴⁷

También se establecen excepciones a la obligación de presentar garantías en casos determinados.¹⁴⁸

5.4. Entrega de los sobres

Los pliegos suelen exigir que la entrega de las propuestas debe hacerse bajo sobre cerrado y firmado (entendiendo por tal que las firmas cruzan el cierre), a veces incluso lacrado y acompañada de los documentos que acreditan haber comprado el pliego y efectuado el depósito de garantía de mantenimiento de la oferta.¹⁴⁹ El primero de estos requisitos se presta a la corrupción, pues si el precio es suficientemente alto, es una forma de evitar que el público en general pueda controlar la seriedad de los procedimientos licitatorios y sus bases.¹⁵⁰

¹⁴³ Ver *supra*, cap. I, “La prueba de los derechos,” notas 1.5 y 1.26.

¹⁴⁴ Art. 14 de la ley 13.064. Art. 31 del decr. 1023/01 y tít. II, cap. XI del dec. 893/12.

¹⁴⁵ Ley 14.000, referida también a obras públicas.

¹⁴⁶ Conf. SPOTA, ALBERTO G., “Prevalencia de las leyes de obras públicas frente a la ley de quiebras y al Código Civil,” *JA*, 1942-II, 823, 825.

¹⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 76: 371. Se ha dicho que “Esta garantía asegura al licitante que el oferente no se va arrepentir de su obra antes del cumplimiento de determinado plazo,” FARRANDO (H.), *Contratos... op. cit.*, p. 439 y ss. Ver art. 84, inc. d) del dec. 893/12. Ampliar en REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01, op. cit.*, comentario al art. 31 del dec. 1023/01.

¹⁴⁸ Art. 14 de la ley 13.064 y art. 103 del decr. 893/12.

¹⁴⁹ Ley 13.064, art. 15.

¹⁵⁰ Una innovación muy importante es la previsión de que el público realice observaciones al proyecto de pliego. Siempre el pliego tiene complejidades y sutiles trampas, que justifican su debate

Ello incluye hoy en día, necesariamente, el control judicial de las graves arbitrariedades o discriminaciones del pliego, por vía de amparo, sea por un usuario¹⁵¹ o por una empresa que no compra el pliego pues quiere impugnar antes sus cláusulas discriminatorias, etc.¹⁵²

En todo caso y por lo que respecta a la compra del pliego, consideramos que es un requisito tan absurdo como para merecer el calificativo de inexistente. La falta u omisión de alguno de los documentos formales, en todo caso, puede suplirse posteriormente.¹⁵³ Dada la cantidad de antecedentes que se piden a los oferentes, es usual que se trate de cajas en las cuales van incluidos distintos sobres o carpetas por rubros, una de las cuales será el del precio. Pero es mejor que se separen en distintos momentos temporales la recepción de las ofertas en su faz técnica y administrativa o legal, sin el precio y que se deje la presentación del sobre de precio para cuando todos hayan tenido oportunidad de sanear cualquier defecto de su presentación. Ello evitará discusiones estériles sobre las formas de cada presentación, permitirá el mayor número de oferentes y dejará la discusión solamente referida al precio para su momento oportuno, cuando ya no haya debates o discusiones formales pendientes.

Por cierto, si la administración quiere actuar corruptamente y no hay justicia que controle, entonces es fácil desechar ofertas desde la presentación formal, con argumentos falaces y dejar que intenten inútiles recursos de amparo que la justicia rechazará *in limine litis* por tratarse de meras cuestiones contractuales. De ese modo la justicia se hace cómplice de la restricción del número de oferentes a aquellos que la administración quiere tener y permite excluir los competidores que no participan del club de oferentes.

5.5. Apertura de los sobres

Vencido el plazo para la admisión de las ofertas, se abren los sobres en acto abierto al público¹⁵⁴ y se labra un acta donde se deja constancia de las ofertas presentadas y sus montos. Se ha dicho que es un acto “solemne,”¹⁵⁵ lo que podría explicarse por el hecho de que interviene el grupo de funcionarios designados especialmente por

público. Otro progreso ha sido permitir cuestionar por vía de amparo la constitucionalidad de algunas cláusulas del pliego, sin necesidad de comprarlo: Cámara Federal de Mar del Plata, *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, 2-III-00.

¹⁵¹ Torello, Sala II, LL, 2000-B, 275.

¹⁵² *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, Cámara Federal de Mar del Plata, 2-III-00, ver más detalles en los caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

¹⁵³ “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública,” *RDA*, 11: 293-318, reproducido como cap. VII del libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*

¹⁵⁴ O, como dice SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 106, “sesión pública.”

¹⁵⁵ ASÍ VINYOLES I CASTELLS, MIGUEL, *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Civitas y Generalitat de Catalunya, 1995, p. 110 y ss. Este autor denomina “acto de licitación” a lo que en América se llama como vimos “acto de apertura de ofertas.”

la autoridad licitante para realizar el acto,¹⁵⁶ que todas las ofertas son firmadas por ellos para asegurar su autenticidad y prevenir eventuales sustituciones y del obvio interés y atención que prestan al acto los distintos oferentes.

No tiene sin embargo solemnidades jurídicas especiales. La administración, por las dudas, lo hace a veces por acta ante escribano público. Terminado el acto, que se realiza con la asistencia (invitados, pero no obligados a asistir) de los interesados, estos podrán dejar constancia en el acta de las observaciones que deseen.¹⁵⁷

No siempre, sin embargo, los funcionarios encargados del acto se avienen a que los interesados dejen amplia constancia de sus impugnaciones. Por lo general los invitan a ampliarlos posteriormente si así lo desean. En todo caso no hay en esta materia preclusión procesal alguna, ya que las observaciones pueden hacerse con posterioridad al acto, presentando un escrito en la repartición de que se trate en cualquier momento posterior al acto de apertura.

En el acto de apertura de los sobres la administración no puede devolver ninguna propuesta *ni resolver nada* respecto a la admisión o inadmisión de las ofertas, sino que debe abrir los sobres y consignar materialmente sus ofertas en el acta respectiva, como así también las objeciones que reciban. El rechazo de una oferta, p. ej. por no cumplir con las condiciones exigidas,¹⁵⁸ sólo puede ser decidido por la autoridad que a su vez tenga competencia para adjudicar la licitación, previo cumplimiento de los requisitos normales de validez del acto administrativo. Son ellos, como es sabido, audiencia del interesado, dictamen letrado del servicio jurídico permanente, acto suficientemente motivado sustentado en los criterios técnicos aplicables. Se sigue de ello que es ilegítimo que la autoridad que tiene a su cargo el acto de apertura rechace, en ese acto formal, una oferta.¹⁵⁹

Si existen observaciones formales a alguna de las ofertas, a veces la administración no abre el sobre de precio hasta que se resuelva la impugnación, lo cual atenta contra el saneamiento de defectos formales y maximización del número de oferentes. Y es, pues, una práctica administrativa viciada de nulidad. Se lo hace para evitar que se conozca el precio del oferente desplazado, que podría dar así una muestra de cuáles son las sumas en juego. El contra argumento que a veces hacen los funcionarios, es que sería un precio no serio, pero ello no resiste

¹⁵⁶ La “mesa de contratación” en VINYOLÉS I CASTELLS, *op. cit.*, p. 111. En España es obligatoria la intervención de la asesoría jurídica del órgano de contratación; entre nosotros ello no suele ser de práctica y se otorga preferencia a que el acto sea realizado por un escribano público.

¹⁵⁷ Ley 13.064, art. 16 y decr. 893/12, arts. 74 y 75.

¹⁵⁸ Las ofertas deben ser serias, firmes y concretas: CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, t. 1, Río de Janeiro, Forense, 1970, p. 539; BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, cap. IX, § 123, “Requisitos das propostas,” pp. 550-2; ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 94 y ss.

¹⁵⁹ PTN, *Dictámenes*, 90: 6; reglamento, art. 85 *in fine*: La presentación en término, a nuestro juicio, incluye las ofertas que lleguen después de hora pero antes de comenzada la apertura de los sobres. En la práctica, con todo, la administración aplica literalmente la norma en desmedro de la mayor concurrencia.

la crítica. Pues el precio no serio o irrisorio también puede ser desechado por acto debidamente motivado. “El acto de apertura de las propuestas será necesariamente formal y público.¹⁶⁰ El acto de apertura como parte de un proceso integral puede sufrir irregularidades que se proyecten sobre el acto final de adjudicación y provoquen su anulación en virtud de la presencia de una causal de anulabilidad [...] La existencia de infracciones que alteren el trato igualitario y el comportamiento correcto son las que deben provocar la invalidez de las actuaciones.”¹⁶¹

5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores

Luego de abiertos los sobres que contienen la oferta económica, los oferentes podrán hacer aclaraciones que no alteren la propuesta original o modifiquen las bases de la licitación ni el principio de igualdad entre todas las propuestas. Dicha solución clásica debe a nuestro juicio considerarse aplicable solamente en cuanto al precio y condiciones. Lo relativo a documentación faltante no es una aclaración sino una mera complementación instrumental que debe admitirse.¹⁶² Las aclaraciones pueden ser efectuadas en ese mismo acto o posteriormente, por iniciativa de los oferentes o a pedido de la administración.

5.7. Mantenimiento de las propuestas

Una vez presentada una propuesta, el proponente no puede traspasarla, en todo o en parte, sin consentimiento de la autoridad.¹⁶³ “Los proponentes deben mantener las ofertas durante el plazo fijado en las bases de la licitación,” si retiraran su oferta con anterioridad, perderán el depósito de garantía, sin perjuicio de la suspensión en el registro.¹⁶⁴ En las contrataciones encuadradas en el decr. 1023/01 y 893/12 se establece un procedimiento para el caso de transferencia o cesión del contrato por parte del adjudicatario una vez perfeccionado el mismo.¹⁶⁵ Cabe distinguir, según la tradición de nuestro derecho administrativo, el plazo de *mantenimiento* de las ofertas, del de su *validez*. El segundo hace expirar automáticamente la oferta al vencimiento del término, en tanto que el primero requiere para su operatividad el retiro expreso de la propuesta y caso contrario ella sigue en pie. Hoy en día son cuestiones expresamente resueltas en los pliegos o en las reglamentaciones.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, op. cit., p. 59.

¹⁶¹ FIGUEIREDO, op. ult. cit., p. 130.

¹⁶² Ley 13.064, art. 17, dec. 893/12, art. 85; VINYOLES I CASTELLS, op. cit., p. 113. En contra FIGUEIREDO, *Curso...*, 2000, 4ª ed., op. cit., cap. XVI, § 9, p. 454; ESCOLA, op. cit., pp. 348-9.

¹⁶³ Ley 13.064, art. 19. Obviamente lo mismo se aplica a todo contrato *intuitu personae*, como las concesiones, aunque vemos en los diarios cómo las acciones de las concesionarias se transfieren de mano públicamente, sin que nadie formule observación alguna.

¹⁶⁴ Ley 13.064, art. 20.

¹⁶⁵ Decreto 1023/01 art. 13 inc. b) y decr. 893/12 art. 125.

5.8. Sujeción a los pliegos

Es uniforme en doctrina y legislación nacional y comparada, el criterio según el cual las ofertas deben estar “conforme con las condiciones establecidas para la licitación,”¹⁶⁶ sin cuyo requisito serán inadmisibles.

En consecuencia, tampoco podrán ser aceptadas en el acto de adjudicación final, ni menos posteriormente.¹⁶⁷ Pero estamos ante una regla general que no siempre ha dado lugar a soluciones razonables. Eso estaría hoy en infracción específica de la ley 25.188 de ética pública, art. 2º, inc. *h*). En primer lugar, cabe puntualizar que si el oferente se aparta de una cláusula *ilegal* de los pliegos, su oferta es indudablemente válida, como lo tiene resuelto de antaño el derecho.¹⁶⁸ Con todo, para ello se requiere que el planteo se resuelva favorablemente al impugnante, en el sentido que la cláusula era efectivamente nula.¹⁶⁹ Es un principio que debe interpretarse razonablemente, evitando fórmulas muy terminantes.¹⁷⁰ Muchas veces la ilegalidad se presenta a través de cláusulas abusivas del pliego, que serán aplicadas si gana un enemigo y no aplicadas al amigo. Para eso se escriben. Como dice DALLARI, “Con espantosa frecuencia se encuentran pliegos dotados de

¹⁶⁶ Arg. art. 18, ley 13.064; FIGUEIREDO, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 60: “No podrán ser consideradas las ofertas que no se ajusten a los términos de los pliegos, o que presenten (para sí) ventajas no previstas;” MAIRAL, *op. cit.*, p. 40: “Si bien los casos de adjudicaciones a ofertas reputadas inconvenientes o de precio superior a otras, presentan cuestiones jurídicas de difícil solución, no ocurre lo mismo cuando se adjudica el contrato a una oferta condicionada o que se ha modificado con posterioridad al acto de apertura. En estos casos el vicio de ilegitimidad resulta patente;” FIORINI y MATA, *op. cit.*, p. 152, que: “conviene recordar que la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas son comparables entre sí y que en este sentido, las bases de la *selección* juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados [...] no pueden suscitar dudas.” En la p. 126 señalan: “la oferta nunca puede dejar de coincidir con lo solicitado en la demanda o pedido de ofertas” y transcriben: “Las ofertas no pueden apartarse de las bases de la licitación aun por razones de calidad, pues sería impugnado por los demás oferentes por no ajustar su propuesta a tales bases;” PTN, *Dictámenes*, 75: 74; “Los pliegos constituyen normas de interés general y por lo tanto son obligatorios para todos e incluso para la misma Administración.” 61: 73; 94: 3. MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, p. 230.

¹⁶⁷ Solución uniforme desde *Fallos*, 97: 20, *Arroll Brothers Limited y otros*, año 1902; BERCAITZ, ESCOLA, DROMI, BARRA, MARIENHOFF, ABAD HERNANDO, recordados por GUSMAN, *op. cit.*, § V, a quien nos remitimos en aras a la brevedad.

¹⁶⁸ Es la solución que de antiguo da QUANCARD, *op. cit.*, p. 152, que ya habíamos citado en 1966 en *Derecho administrativo de la economía*. Un autor va más lejos: Las normas que pretenden excluir la posibilidad del recurso violan ostensiblemente la garantía constitucional del debido proceso y son jurídicamente inexistentes: DROMI, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 206, § 188.

¹⁶⁹ Lo que explicamos en el t. 3, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad,” § 4.3, “Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular.”

¹⁷⁰ Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, Alcalí, 1938, p. 127 y *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1974, 4ª ed., p. 564: “Los interesados en presentarse a la licitación deben examinar cuidadosamente el pliego de condiciones, porque las propuestas tienen que ajustarse estrictamente al mismo. De lo contrario sus propuestas no podrían ser consideradas;” (p. 564); BANDEIRA DE MELLO, *Licitación*, *op. cit.*, p. 28: “se verifica, al comienzo, si las propuestas están o no de acuerdo a las exigencias del pliego. Si lo estuvieran serán admitidas para la clasificación; si no lo estuvieran deben ser [...] rechazadas *in limine*. Este no es un examen de la calidad de las propuestas, sino apenas de su conformidad a las condiciones del pliego.”

cláusulas verdaderamente milagrosas, capaces de dotar a la administración de poderes formidablemente extraordinarios, si eso no fuese ilegal y, consecuentemente, nulas tales cláusulas.”¹⁷¹ Del mismo tenor son las normas que pretenden excluir a quien tenga litigio pendiente con la administración. Sostiene DALLARI que “castigar a alguien por utilizar los derechos que la Constitución le asegura es positivamente un disparate.”¹⁷²

Debe por ello distinguirse las bases razonables de un llamado y los valladares puestos a la concurrencia, o los instrumentos de la corrupción. Sólo respecto de las bases razonables de llamado, pues, es posible postular el principio expuesto por la Procuración del Tesoro de la Nación en el sentido que “la circunstancia de que el recurrente hubiera aceptado las cláusulas generales y particulares de la licitación sin observaciones ni reparos, excluye la admisibilidad de la impugnación que ahora formula.”¹⁷³

Lo mismo cabe decir de los precedentes de la CSJN en cuanto a que el “voluntario” sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación.¹⁷⁴ En cambio, si hay normas ilegales o inconstitucionales en el pliego, tal postura no parece razonable ni compatible con los principios de concurrencia en las licitaciones,¹⁷⁵ de defensa en juicio ni con el principio de legalidad objetiva. (En tanto a la administración no sólo le interesa eliminar del mundo jurídico los actos ilegítimos, sino que tiene la obligación de hacerlo: Art. 17 del decreto-ley 19549/72.)

Por ello, resulta de aplicación al caso de la impugnación de pliegos lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en la causa *Video Club Dreams*¹⁷⁶ en cuanto limita la llamada “doctrina del sometimiento voluntario.” En esa oportunidad el tribunal consideró que a pesar de que la actora había depositado del importe de los impuestos cuya ilegitimidad ahora impugnaba “no se desprende con nitidez que

¹⁷¹ DALLARI, *op. cit.*, p. 104, quien da ejemplos. Uno típico es la “renuncia” que se exige en los pliegos a derechos futuros, específicamente a cuestionar la decisión que tome la administración. Eso es nulo de pleno derecho, pues contraría una regla de orden público. Quien escribe así esos pliegos es ignorante o corrupto. La práctica es frecuente no solamente en nuestro país, sino también en otros de América Latina, por los motivos que fueren y que cada país responderán seguramente a motivaciones diferentes, total o parcialmente.

¹⁷² DALLARI, *op. cit.*, p. 105. Esto vale para litigios actuales o futuros.

¹⁷³ *Dictámenes* 119: 184; 115: 410.

¹⁷⁴ *Fallos*, 305: 826, *Banco de desarrollo nacional*, año 1983; 307-1: 354, *Alberto Ambrosio Sánchez*, año 1985, entre muchos otros. Una de las razones por las cuales la actora no compró el pliego que impugnaba, que resolvió favorablemente la Cámara Federal de Mar del Plata, *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, 2-III-00; *supra*, cap. III, § 6, “Casos.”

¹⁷⁵ Esas normas pueden ser inconstitucionales por discriminatorias, violatorias de la libre competencia, desviadas, etc.: CFed. de Mar del Plata, fallo citado en la nota anterior.

¹⁷⁶ *Fallos*, 318-2: 1154, año 1995; *LL*, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Amparo, legalidad tributaria y derechos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»),” *LL*, 1995-D, 243.

[...] haya efectuado actos de acatamiento voluntario a las facultades tributarias ejercidas por el Poder Ejecutivo [...] Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización de videos.” (Cons. 6°.)

En igual sentido se resolvió el caso *Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, 1998.¹⁷⁷ No hay así acatamiento válido posible a la ilegalidad ni a los mecanismos de corrupción. Esto es o debiera ser de orden público. La justicia ha comenzado en forma preventiva, enhorabuena, a evitar la dilapidación de fondos públicos.¹⁷⁸

5.8.1. *Ofertas condicionadas*

No se admiten cláusulas opuestas o distintas a las establecidas en los pliegos, salvo excepciones como la indicada anteriormente. En ello la doctrina es virtualmente uniforme.¹⁷⁹

Se sostiene que el fundamento de este principio es que la introducción de condiciones que alteren las bases de la licitación colocaría en un pie de desigualdad a los demás proponentes, al no permitir establecer un patrón común de comparación entre las distintas ofertas.¹⁸⁰ Pero nada impide generalizar la salvedad o condición a través de un pedido adicional de mejoras de oferta. Por excepción, se afirma que sólo si el pliego de bases de la licitación autorizaba la inclusión de determinadas condiciones en la oferta, éstas son válidas.¹⁸¹ Sin embargo, deben evitarse dogmatismos y rigorismos inútiles. Debe prestarse atención a las variantes y alternativas de los oferentes, incluso fuera de pliego y tomar una decisión fundada al respecto. Si tienen razón, habrá que corregir el llamado y realizarlo nuevamente sin esos errores, o pedir a todos mejora de oferta. No es cuestión de rechazar una variante o alternativa que puede ser menos onerosa o más eficaz, con el *único* argumento de que se aparta del pliego. No es razón suficiente. Es

¹⁷⁷ CSJN, *LL*, 1999-E, 22, cons. 4°, con cita de *Fallos*, 311: 1132, año 1998.

¹⁷⁸ Véase los excelentes fallos de 1ª instancia (Juez MARTA GARCÍA) y 2ª instancia en *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.* Merece ser estudiado e imitado. Igualmente *Compagnie*, 2-III-00, Cámara Federal de Mar del Plata.

¹⁷⁹ SAYAGUÉS LASO, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 137; BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 65, “alguna tolerancia con esta irregularidad instauraría la incertidumbre en los procedimientos licitatorios pues los oferentes pasarían a «tentar la suerte», concibiendo las más variadas fórmulas de salvedades y observaciones, en la expectativa de que eventualmente puedan ser acogidas;” algunos autores señalan así la inalterabilidad o inmutabilidad de las propuestas: DROMI, *op. cit.*, p. 358: “Todo concurrente o participante tiene derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura;” ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *La licitación pública en Costa Rica*, San José, 1975, pp. 259 y 307. Ver art. 84, dec. 893/12.

¹⁸⁰ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 564; PTN, *Dictámenes*, 79: 179; 84: 127. Otra variante de que dispone el particular es que un afectado cuestione judicialmente el pliego en lo que pueda ser, desproporcionado, o dilapidación de fondos públicos en violación de la CICC: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624; *Castro*, Ángel, Sala I, *LL*, 2000-B, 305 año 1999, y otros (*supra*, cap. III.)

¹⁸¹ *Dictámenes*, 58: 175.

indispensable ponderar si además de ello tiene razón en cuanto al fondo, más allá de contravenir la forma. Es la razonabilidad que exige el inc. *h)* del art. 2º de la ley 25.188. Queremos con ello decir que también hay violación a la ley de ética pública si se desecha sin más una oferta condicionada o con alternativas, sin merituar concretamente cuál es el grado de razonabilidad de la condición y consiguiente irrazonabilidad del pliego.¹⁸²

5.8.2. *Oferta firme, cierta, única y seria*

En este punto la doctrina presenta también trazos y principios uniformes en muchos países. Es así incontestado que la oferta debe ser de precio y condiciones¹⁸³ ciertos y concretos, no indeterminados¹⁸⁴ y además debe reunir requisitos mínimos de seriedad¹⁸⁵ o razonabilidad¹⁸⁶ sin los cuales no puede ser merituada. Por cierto, debe también ser firme, inalterable. Un ejemplo de ello es la *estimación irrisoria que hace prever el incumplimiento* o permite cuanto menos levantar la sospecha de que pueda existir la intención oculta de levantar luego el precio en la ejecución del contrato, mediante eventuales e hipotéticas maniobras contra el interés público, con o sin colusión de los funcionarios intervinientes.¹⁸⁷ Semejante oferta empaña la seriedad y objetividad de la licitación y debe ser desechada. No ha sido previsora la administración en varias licitaciones en que el precio ofrecido por el canon de la concesión era sensiblemente superior a la media. Esas adjudicaciones terminan inevitablemente en conflicto y se ha denunciado, por uno de los concesionarios, el propósito de sus socios de inflar costos, intereses, etc., a través de empresas subsidiadas,¹⁸⁸ para transformar lo que resultó ser “mal negocio” en el “buen negocio” que se creyó que era, en ocasión de ofertar.¹⁸⁹

¹⁸² Es también la “garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos,” que establece el art. 4º inc. *g)* del decreto 229/00.

¹⁸³ DALLARI, *op. cit.*, p. 130: así, la oferta de “suministros o utilización de determinada materia «o similar.» Lógicamente, lo que es semejante no es igual [...] la verdad de los hechos es que la similitud ha servido de puerta ancha a los administradores o licitantes inescrupulosos.”

¹⁸⁴ Nada impide que se agreguen ofertas alternativas por otras prestaciones y precios: Lo principal es que “Ha de atender al objeto del requerimiento, de manera inequívoca, a fin de que pueda haber confrontación objetiva con todas las demás.” (FIGUEIREDO, *op. cit.*, 3ª ed., p. 61.)

¹⁸⁵ CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito administrativo*, t. 1, Río de Janeiro, Forense, 1971, pp. 539-40; BANDEIRA DE MELLO, *Licitação, op. cit.*, p. 62 y ss.; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 60 y nota 2; DALLARI, *Aspetos jurídicos da licitação, op. cit.*, 4ª ed., p. 129 y ss.

¹⁸⁶ La citada ley 25.188, art. 2º, inc. *h)*.

¹⁸⁷ Como dice DALLARI, *op. cit.*, p. 130, “la propuesta, para ser seria, debe ser perfectamente exigible, pues nadie puede pretender mantener una propuesta cuyo cumplimiento sea imposible, ni debe la administración aceptar una propuesta cuyo cumplimiento sea fuertemente improbable, pues el interés público no puede estar al servicio del aventurerismo ni de experiencias de dudoso resultado.”

¹⁸⁸ EURNEKIAN, EDUARDO, “Carta a mis socios italianos,” publicada en diversos periódicos del día 8-II-2000. Ver *supra*, cap. VI, “Servicios públicos,” nota 3.34.

¹⁸⁹ Como dice DALLARI, *op. cit.*, p. 131, la administración pública “no puede meterse en contrataciones aventureras: no le es permitido al agente público arriesgar la contratación en condiciones excepcionalmente ventajosas, pues ella tiene el deber de velar por la seguridad y regularidad de las acciones administrativas.” En la p. 133 el autor advierte nuevamente contra el contrato “temerario,”

Lo mismo ocurre a la inversa, cuando las ganancias son excesivas. MÓ,¹⁹⁰ refiriéndose a las ofertas inadmisibles, señala: “Se presentan cuando no se ajustan a las bases respectivas; cuando contienen diferencias insalvables, de carácter técnico; cuando se advierten estimaciones irrisorias que hagan prever el incumplimiento; cuando se proponen precios elevadísimos que los hagan inaceptables; cuando se advierte falta de solvencia económica o moral de los empresarios debidamente justificada; etc.”

En igual sentido dice LÓPES MEIRELLES que “esa inadmisibilidad se evidencia en los precios cero, simbólicos o excesivamente bajos, en los plazos impracticables de entrega y en las condiciones irrealizables de ejecución frente a la realidad del mercado, la situación efectiva del proponente u otros factores.”¹⁹¹ Lo expuesto no es otra cosa que la aplicación del principio constitucional de la razonabilidad de los actos estatales, lo cual supone excluir la consideración de propuestas teñidas de arbitrariedad o irrazonabilidad, so pena de llevar al fracaso material la contratación realizada en su virtud. Ahora bien, hay que convenir que si el pliego no provee un mecanismo como el que señalamos en el § 5.11, se hace difícil adjudicar al que no tiene el mejor precio. Hay que saber fundamentarlo, con los hechos y las pruebas aportadas al expediente.

5.8.3. *Vicios de forma. Requisitos sin propósito*

La doctrina es pacífica en admitir el saneamiento de los vicios de una oferta, sobre todo tratándose de vicios de forma,¹⁹² acompañamiento de documentación,¹⁹³ etc., pero no para vicios graves de la oferta misma. Se trata pues de “evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y *centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta.*”¹⁹⁴ Sólo si el vicio es puramente formal, suele sostenerse, puede ser subsanado, de lo contrario no.¹⁹⁵ Lo mismo cabe decir de exigencias no formales pero sí carentes de propósito real y suficiente, p. ej. por prematuras.¹⁹⁶ No cabe requerir “sino lo necesario y

cuya ejecución no está asegurada. Aunque la administración tenga garantía suficiente y se pueda resarcir del daño económico habrá igualmente daño a la colectividad más el costo burocrático de una nueva licitación, citando a FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, “O edital: exigências possíveis e necessárias para licitar,” en el libro de MARÍA GARCÍA (coord.), *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*, Río de Janeiro, Forense 1995, p. 108.

¹⁹⁰MÓ, FERNANDO, *Régimen legal de las Obras Públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 111.

¹⁹¹LÓPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1996, 11^a ed., p. 124, que recuerda DALLARI, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹²ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *op. cit.*, p. 177 y ss. En el orden nacional ver la ley 13.064, art. 17; dec. 893/12, art. 85.

¹⁹³Art. 17, decr. 1023/01 y art. 85, decr. 893/12.

¹⁹⁴MAIRAL, *op. ult. cit.*, p. 18.

¹⁹⁵BANDEIRA DE MELLO, *Licitação*, *op. cit.*, p. 63; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, *op. cit.*, p. 54; ESCOLA, *op. cit.*, t. I, pp. 348-9; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *Los Contratos del Estado*, San José de Costa Rica, 1989, pp. 124-5, habla de los incumplimientos relativos, saneables *a posteriori*.

¹⁹⁶DALLARI, *op. cit.*, p. 119; FIGUEIREDO, *op. ult. cit.*, § II.

cuando es necesario, dispensando requisitos inútiles, meramente burocráticos o indebidamente restrictivos de la participación” en la licitación.¹⁹⁷

5.9. *El principio de contradicción en el análisis de las ofertas*

Es importante que se confiera de oficio un traslado múltiple y recíproco de todas las presentaciones, con acceso irrestricto a las actuaciones, a fin de que cada oferente tenga una oportunidad formal y simultánea de objetar las demás ofertas. Si bien es cierto que se trata de una etapa engorrosa y molesta, pues muchísimas veces los oferentes se dedican a encontrar los más mínimos defectos formales pero no sustanciales en los contrainterésados, de todas maneras obliga a la administración a un estudio sistemático comparativo de las ofertas, en lo cual la creatividad y el esfuerzo de los contrainterésados resulta siempre, a la postre, útil. Por supuesto, es un derecho que los oferentes también tienen, se haga la convocatoria o no, a partir del acto de apertura de las ofertas, sin que pueda concebirse preclusión alguna. A veces se dictan normas señalando que las impugnaciones se tramitan por separado, pero si se trata de impugnaciones a las ofertas de los demás oferentes, es obvio que se las debe tener en cuenta al momento de hacer el dictamen en la instancia de evaluación de las propuestas, cometido que comúnmente lleva adelante la comisión evaluadora o de preadjudicaciones, so pena de caer en irrazonabilidad por desconocer deliberadamente parte de las actuaciones. Mal puede recomendarse la adjudicación a uno cualquiera de los oferentes sin antes haber considerado la admisibilidad o inadmisibilidad de sus ofertas y su conveniencia o inconveniencia conforme a la documentación técnico-jurídica y las argumentaciones presentadas por los demás oferentes, sea por iniciativa propia o a requerimiento de la administración. Por lo demás es claro que este tipo de impugnaciones ayuda a la administración a mejor realizar la evaluación y comparación de las ofertas admisibles, en su propio interés y en el interés público de la legalidad de la administración y la validez de los actos que se emitan.

5.10. *Criterios para la admisión de ofertas*

Por ello el pensamiento jurídico de jueces y doctrinarios y sobre todo la práctica administrativa, a fin de preservar el principio de concurrencia, han llegado a la conclusión de que en rigor de verdad una oferta debe ser declarada inadmisibile no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes al *impedir* la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas.

¹⁹⁷ DALLARI, *op. loc. cit.*; FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*

En este sentido LOPES MEIRELLES dice terminantemente que “no se deben anular procedimientos o adjudicaciones, o desechar oferentes por simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta, en tanto esas omisiones o irregularidades sean irrelevantes y no causen perjuicio a la administración o a los demás concurrentes.”¹⁹⁸ No se trata de principios demasiado novedosos, pues ya hace décadas que vienen levantándose voces contrarias al formalismo en la licitación, p. ej. en cuanto hace a defectos de la oferta, respecto a los cuales es pacífico que su saneamiento no altera el principio de igualdad¹⁹⁹ del mismo modo que se admite la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta²⁰⁰ y en general el saneamiento de vicios de forma.²⁰¹

En definitiva, ha de considerarse superado el antiguo excesivo rigorismo formal²⁰² o el respeto a la forma por la forma misma, que se desentiende de si conduce o no a la finalidad buscada, que en nuestro caso es la de convocar la mayor cantidad posible de ofertas. Cabe pues “evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrandó el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta.”²⁰³

Como también se ha dicho, “Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario.”²⁰⁴ “La administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia de que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado.”²⁰⁵ Se distingue entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquéllas que presentan meras deficiencias formales. Estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación o incluso ser declaradas lisa y llanamente admisibles y válidas si a pesar de tal defecto formal no se ve afectada la base de comparación de la propuesta (precios, cantidades, condiciones y calidad, según los cuatro principios de la doctrina norteamericana e internacional) siempre y cuando, claro está, la cantidad de incumplimientos formales no sea ya de una

¹⁹⁸ LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1977, 3ª ed., p. 10. La doctrina es uniforme.

¹⁹⁹ Así p. ej. ROEHRSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁰ Ver QUANCARD, *op. cit.*, p. 93 y sus referencias.

²⁰¹ ROEHRSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *op. cit.*, p. 177 y ss.

²⁰² Este criterio has sido recogido por la ley 2095 de la CABA y por los decretos nacionales 1023/01 y 893/12.

²⁰³ MAIRAL, *op. ult. cit.*, p. 18.

²⁰⁴ FIORINI y MATA, *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁵ FIORINI y MATA, *op. ult. cit.*, p. 44.

entidad suficiente como para demostrar la falta de seriedad de la oferta, que entonces sí es causal de rechazo.

Las ofertas deben ser suficientemente homogéneas en relación a las demás para ser valoradas con análogo criterio. Con parecido criterio se ha dicho: “El informalismo a favor del administrado (como lo denomina la ley) o el formalismo moderado (como preferimos denominarlo) es, por eso, un principio que se debe aplicar en todos los procedimientos administrativos haya en ellos contrainteresados o no, siempre que habiéndolos se lo haga igualitariamente y circunscripto a sus exactos alcances, esto es limitado a la posibilidad de que los administrados (en el caso, los oferentes) saneen incumplimientos formales no esenciales.”²⁰⁶

Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal, debe indagarse si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar, a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta; o afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás o, por último, puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto.

Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve. Esta es la solución a la que se ha llegado en el derecho comparado,²⁰⁷ y también en el argentino.²⁰⁸

Cuando la oferta presenta un vicio, deberá estudiarse si existe alguna ventaja ilegítima a favor del oferente: Allí está el nudo de la cuestión, no en el ciego acatamiento a las formas.

Si esta desventaja potencial no existe, puede admitirse la rectificación por el oferente, espontáneamente o a requerimiento. Una vez saneada la oferta debe ser admitida como válida en virtud del principio de concurrencia. Cuantas más ofertas haya, mejor será la selección administrativa del contratista estatal. Otra cuestión es a qué momento se pretende examinar las condiciones que deben cumplir los oferentes. Debe ser al momento de la apertura de los sobres, para permitir que los interesados puedan prepararse para competir.²⁰⁹ Si se lo fija para el momento de la publicación del llamado o antes,²¹⁰ es un signo de voluntad de excluir potenciales oferentes.²¹¹

²⁰⁶ COMADIRA, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, *Licitação e prerrogativas da administração, op. cit.*, p. 63; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes, op. cit.*, p. 54; ROMERO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 124-5, habla de incumplimientos relativos, saneables *a posteriori*.

²⁰⁸ PTN, *Dictámenes*, 247: 560; 251: 851.

²⁰⁹ DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 106-7.

²¹⁰ DALLARI, *op. loc. cit.*

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 37 y ss., p. 55 y ss. Agrega DALLARI, *op. cit.* p. 106, que el pliego es “para atraer personas y no para espantarlas.” CARRILLO, SANTIAGO R.; VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN y CORDEIRO, MARIANO L., “Licitación pública por etapa múltiple y el rumbo del sistema de concesión vial,” *ED, SDA*, 01/XI/04, pp. 12-15.

5.11. *Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación*

Esto puede articularse en el pliego de modo que la licitación tenga dos etapas, una en que se analizan los sobres A y se determinan quiénes reúnen las condiciones básicas para ejecutar el contrato, abriendo el sobre B solamente de ellos.²¹² De ese modo se evita que empresas sin capacidad técnica o financiera suficiente compliquen la licitación con precios irrealmente bajos, que no darán sino dificultades en la ejecución. De todas maneras, el sobre no abierto debe ser mantenido en custodia, cerrado, lacrado y firmado, al menos hasta la conclusión del procedimiento, cuando ya no exista posibilidad de acción judicial. Su fundamento es tutelar el derecho a la instancia judicial, que resultaría inidónea si no se preserva la oferta para el caso de tener razón por haber sido mal excluido.²¹³

Algunos pliegos han previsto la destrucción por incineración de los sobres B de las empresas cuyo sobre A fuera rechazado. Allí la administración va demasiado lejos: Parece ya tener miedo a los hechos y a la verdad; es una dosis malsana de secreto administrativo y ocultamiento o destrucción de pruebas que la ciudadanía tiene derecho a conocer. Por ello preferimos, por razones de transparencia administrativa, el mecanismo que pasamos a explicar a continuación.

5.12. *La adjudicación como facultad reglada*

Hace ya algunos años se practicaba la licitación al mejor postor, como si fuera un remate y en tal caso la adjudicación era obligatoria o necesaria, un mero acto de verificación (*ascertainment*). Ello dio lugar a muy fundadas críticas y malas experiencias, pues el precio no puede ser el único parámetro de decisión.²¹⁴

Pero con el transcurso del tiempo se han desarrollado técnicas más sofisticadas que permiten sopesar todos los elementos necesarios y valorarlos razonable y criteriosamente, para llegar de todos modos, conforme a parámetros predeterminados en el pliego, a una decisión verificativa y no discrecional.

Veremos ahora cómo funciona en los casos que hemos conocido directamente. Esta variante, en una hipótesis de sólo dos sobres, es que los sobres A incluyan algún tipo de propuesta técnica, metodología, antecedentes, alternativas, etc. y que tales elementos de juicio reciban un puntaje por una o varias comisiones designadas al efecto, antes de abrirse los sobres B, que desde luego deben presentarse simultáneamente.

A los efectos de la calificación correspondiente al sobre A se supone que previamente se ha determinado públicamente en el pliego qué incidencia tendrán

²¹² Ver EMILI, EDUARDO O., "La preadjudicación," cap. IX en FARRANDO (H.), *Contratos administrativos*, op. cit., esp. pp. 333-40.

²¹³ DALLARI, op. cit., pp. 122-3.

²¹⁴ Ver el claro desarrollo de SÉRVULO CORREIA, op. cit., p. 695 y sus referencias: DE LAUBADÈRE, MARCELLO CAETANO, VILLAR PALASÍ, ESTEVES DE OLIVEIRA. (Nota 533.)

el puntaje y las diferencias de precio para la adjudicación final, generalmente armando una fórmula polinómica. Pero en cualquier caso es necesario preestablecer cuáles serán las pautas o los parámetros de calificación, para evitar que se manejen discrecionalmente en cada caso, privilegiando en una licitación lo que en otra se toma como secundario.

De este modo se abandona la tradicional discrecionalidad administrativa para adjudicar²¹⁵ y se instituye una facultad reglada. Es recomendable también que la asignación efectiva de los puntajes correspondientes a cada uno de los distintos rubros que se consideren (antecedentes, solvencia, proyecto, etc.) sea efectuada por comisiones separadas, independientes las unas de las otras. Es conveniente que ellas sean integradas por funcionarios de distintas reparticiones del Estado, de modo tal que no todos tengan relación de subordinación jerárquica con la autoridad que debe decidir la adjudicación, a fin de evitar en lo posible el favoritismo o la arbitrariedad. El mayor y más variado número y calidad de personas intervinientes y su no dependencia jerárquica de quien debe decidir, garantizan al menos la mayor dificultad de que se presenten situaciones de corrupción o irrazonabilidad.

Ese puntaje se guarda bajo sobre cerrado y en acto público se da a conocer, secuencialmente para cada oferente y en cada caso, simultáneamente a la apertura del sobre A de un oferente, se procede de inmediato a la apertura pública de su sobre B. En tal caso es posible tener una pequeña computadora con un programa de planilla de cálculos y una proyectora.

En el mismo acto que se va leyendo, anotando y proyectando en pantalla el puntaje de cada sobre A, a continuación se abre secuencialmente el sobre B de cada oferente, uno a la vez; se lee públicamente y se procede a incorporar los datos pertinentes a la planilla de cálculo y a la pantalla, que está proyectada *on line* a la vista de todos los interesados y presentes en el acto. Así sucesivamente con los demás oferentes hasta concluir. La computadora da luego, instantáneamente, el resultado de la aplicación de la fórmula polinómica del pliego para cada oferente y al concluir con la última oferta se puede proyectar en pantalla el orden final fruto de la ponderación tanto de los méritos del sobre A como del precio del sobre B, dando así en forma automática la adjudicación al que obtenga el mejor puntaje final. Todo ello en un sólo acto. Nada impide establecer en el pliego que esa será la adjudicación y notificación de la adjudicación, de la que por supuesto quedará constancia escrita en el acta, pero que pasa a ser una facultad reglada, predeterminada y automática en ese momento final, que no requiere de cabildeos, comisiones ni deliberaciones o consultas adicionales de ninguna especie. Lo hemos visto utilizar con apreciable eficacia.

²¹⁵ La doctrina brasileña es uniforme en el punto. Ver, entre otros, DALLARI, *op. cit.*, pp. 124-7 y sus referencias.

5.13. *Requisitos especiales*

Como muy bien advierte DALLARI,²¹⁶ legalmente “no se puede impedir que durante el término de publicidad del pliego las personas se preparen, ajusten y adapten para atender los requisitos de participación. Especialmente en la concurrencia [...] no es posible fijar requisitos que deban ser cumplidos antes o en el momento de la publicación del llamado.” “Eso solamente sirve para propiciar la venta de información privilegiada para favorecer determinados oferentes y violar el principio de igualdad.”

6. *La aceptación de la oferta: La adjudicación*

6.1. *Preadjudicación*

No siempre se establece en los pliegos, ni en la legislación, la necesidad de hacer una preadjudicación previa a la adjudicación definitiva. Sin embargo es un elemento de fundamental importancia práctica para los propios funcionarios y para la administración, además de los oferentes, pues al ser publicada y otorgarse vista simultánea a todos los interesados, se puede obtener un debate con las impugnaciones que se efectúen,²¹⁷ lo cual permite mejor apreciar y fundamentar la decisión que se adopta o, en su caso, modificar la que resulta de la preadjudicación.²¹⁸ Se ha discutido si es o no un acto administrativo:²¹⁹ A nuestro juicio es un acto administrativo interlocutorio, que no produce todavía los efectos definitivos de la adjudicación pero resulta susceptible de impugnación por la vía recursiva.

6.2. *Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente*²²⁰

“Establecer que la adjudicación debe recaer sobre la oferta más conveniente no implica investir a los órganos administrativos de facultades omnímodas sino darles mayor amplitud de apreciación de los distintos elementos de aquélla, más allá del precio, lo que no excluye sino que exige una motivación más cuidadosa y precisa en el acto respectivo, que objetive la ponderación que se realice (*Dictámenes*, 146: 451) y que la apreciación de la oferta más conveniente es una facultad que, si bien discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos (*Dictámenes* 114: 124).”

²¹⁶ DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 106-7, 111.

²¹⁷ Ampliar en CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, y ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El fin de las garantías de impugnación,” *LL, LL*, 2007-A, 258 y, CARDACI MÉNDEZ, ARIEL “Una nueva victoria de la inconsistencia en el derecho administrativo, esta vez, sobre las garantías de impugnación,” *LL*, 2009-A, 1176.

²¹⁸ Es el sistema vigente en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional merced al dictado del dec. 893/12 y en la C.A.B.A. conforme el sistema instituido por la ley 2.095.

²¹⁹ Le niega tal carácter BARRA, *Contrato de obra pública, op. cit.*, p. 643.

²²⁰ En nuestro ordenamiento, cuando se trate de la compra de un bien o servicio estandarizado, en principio, la oferta más conveniente es la de menor precio. Ver art. 15 del decreto 1023/2001.

6.3. *Contratación directa por razones de urgencia*²²¹

“El requisito de la urgencia debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que la califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado”²²² pues “de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva;”²²³ “[...] la razón de urgencia no basta para realizar una adquisición” “sino que además, *se deben adoptar las medidas eficientes*²²⁴ para efectuar la compra con premura”²²⁵ de manera que la conducta de la administración y la situación de excepción hallen una coherente respuesta en relación a las necesidades y el tiempo de su satisfacción. Las sucesivas declaraciones normativas de emergencia no son un mandato en blanco para contratar directamente, pues siempre se deberán cumplir los preceptos que estamos enunciando.

Es que “el apremio debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasiona la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público.”²²⁶

6.4. *Carácter no obligatorio de la adjudicación*

De acuerdo al art. 18 de la ley 13.064 “La presentación de propuestas no da derecho alguno a las proponentes para la aceptación de aquéllas,” lo que ha sido interpretado en el sentido de que la administración no está obligada a efectuar la adjudicación a ninguno de los proponentes incluso aunque sus ofertas fueren admisibles y además convenientes. Asimismo el art. 20 del decr. 1023/01 y su reglamentación establecen que podrá dejarse sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin

²²¹ El derecho brasileño es más exigente en el punto y contempla la “emergencia” —no la urgencia— como dispensa de licitación, como señalaban normas anteriores a la actual legislación: MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, *Licitación e contrato administrativo*, Belo Horizonte, Lê, 1990, p. 57, transcribiendo un dictamen de HELY LOPES MEIRELLES.

²²² QUANCARD, *op. cit.*, p. 93 y sus referencias. *Dictámenes*, 75: 165; 77: 43 y 205 y 103: 5, etc. Es preciso destacar que la urgencia, por si misma, no revela al órgano administrativo de efectuar invitaciones a los posibles oferentes. Ver arts. 25 del dec. 1023/01 y 24 del dec. 893/12.

²²³ *Dictámenes*, 89: 106.

²²⁴ Obsérvese cómo el principio jurídico de la eficiencia de resultado, que ahora contiene expresamente el art. III inc. 5° de la CICC, viene ya preanunciado hace décadas por la Procuración.

²²⁵ *Dictámenes*, 74: 391.

²²⁶ *Dictámenes*, 89: 260 y 223.

lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes. Pero deben existir concretas razones que justifiquen no adjudicar y dejar sin efecto el llamado, pues despierta sospechas que en una tal situación la administración, luego de conocer todos los precios de los oferentes, se niegue a concluir el trámite de manera normal, celebrando el contrato; de esa manera puede llamar a nueva licitación en que sus amigos tienen la ventaja de conocer los precios de los competidores.

Lo contrario sería admitir que un comportamiento carente de seriedad pudiera ser conforme a derecho, cuando la administración a su vez exige que las ofertas sean serias. Los dos, oferente y administración, deben ser serios, máxime cuando se trata de disposición de fondos públicos con la siempre latente amenaza, o interrogante perpetuo, de la corrupción.

Por extensión del principio, si se adjudicó irregularmente a uno de los proponentes y la adjudicación es luego revocada, ello tampoco obliga a la administración a adjudicar a alguno de los demás proponentes; “todo aquel que participe en una licitación adquiere el derecho, no a la adjudicación,” sino a la participación en la competencia.²²⁷

Cada oferente que cumpla las condiciones de la licitación tiene un derecho subjetivo a participar en la comparación de ofertas, pero sólo un interés legítimo a llegar a ser adjudicatario; una vez notificada la adjudicación, el adjudicatario tiene ya, en cambio, un derecho subjetivo. Sin embargo, esta diáfana interpretación se ha prestado a los más variados abusos: La administración hace el llamado y si se presentan los que no están predestinados objetivamente a ganarla en buena ley por tener la oferta más conveniente, entonces el futuro comitente empieza a demorar y complicar el trámite hasta terminar por dejarla sin efecto.

Llama nuevamente a licitación, en la esperanza de que los extraños hayan “entendido” el problema, lo que generalmente así ocurre. No quieren gastar nuevamente dinero cuando ven que el pedido de ofertas no es serio sino que es una forma de darle un contrato a alguien predeterminado. Hasta tres veces se han dejado sin efecto licitaciones por este procedimiento. Quienes gustan de investigar los posibles hechos de corrupción harían bien en analizar estas situaciones y efectuar las denuncias pertinentes.

6.5. *Derechos de los oferentes*

Por ello, el acto de la administración que signifique la ilegítima exclusión de una oferta de la concurrencia con las demás, afecta un derecho subjetivo del interesado y es impugnabile por éste, tanto administrativa como judicialmente. En cambio, la efectiva adjudicación a una empresa diferente, aunque adoleciera también de ilegitimidad, no afectaba sino intereses legítimos de los demás pro-

²²⁷ PTN, *Dictámenes*, 62: 15; 73: 34; 77: 265, 283 vta.; 81: 50 y otros. Doctrina uniforme.

ponentes y por ello sólo podía ser impugnada administrativamente por estos. Esto ha cambiado sustancialmente, con las situaciones que habiliten derechos de incidencia colectiva.²²⁸

En esta materia, como en tantas otras, reviste un carácter fundamental el control judicial: Para ser eficaz, debe manifestarse en medidas cautelares dentro de un proceso de amparo; después ya no sirve pues remite a una ilusoria vía resarcitoria, cuando el oferente no tiene derecho subjetivo a la adjudicación. Pero los jueces son altamente reacios a admitir el amparo mismo en materia de procedimientos licitatorios, llegando a negarlo por vía de principio y tampoco ningún juez dictará una cautelar en un juicio ordinario paralizando así por años la licitación, salvo que se trate de la omisión de los estudios previos de impacto ambiental en el llamado mismo a licitación. La única solución razonable, compatible con la garantía de acceso a una instancia judicial efectiva, es la admisión y resolución oportuna de los amparos y cautelares, incluso medidas autosatisfactivas.²²⁹ Después ya no existe oportunidad alguna de operatividad de la garantía constitucional de control judicial oportuno, suficiente y adecuado. Gran parte de la corrupción y dilapidación de fondos públicos en procedimientos licitatorios se debe a la inacción judicial en el momento en que su intervención correctora era necesaria y no se produjo.²³⁰

6.6. *Sobre quién debe recaer la adjudicación*

El art. 18 de la ley 13.064 establece que la adjudicación “recaerá sobre la (oferta) más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación.”²³¹ La oferta más conveniente no es necesariamente la de *menor precio*. “Generalmente lo será la que cotiza más bajo [...] (pero) no siempre ocurre así;”²³² “En materia de obras públicas no existe norma alguna que imponga en forma imperativa la adjudicación en favor de las propuestas de menor precio ya que [...] en la apreciación de las ventajas de una oferta pueden jugar otros factores ajenos

²²⁸ Ver en este sentido BOTASSI, *Contratos de la administración provincial, op. loc. cit.*; “Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación,” *LL*, 1994-B, 400 y el fallo que allí comenta, *Transportes y Construcciones, LL*, 1994-B, 402; en igual sentido Cámara Federal de Mar del Plata, fallo del 2-III-00, *Compagnie Générale d’Entreprises Automobiles*. Ampliar *supra*, caps. II a IV.

²²⁹ *Infra*, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria;” *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624; cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.6, “El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos.”

²³⁰ Nos remitimos a lo desarrollado en los caps. III, XIII y ss. Una excelente intervención judicial preventiva de corrupción en el caso *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*, en que una afiliada del PAMI logró que la justicia anulara una cláusula indemnizatoria incausada de 168 millones de dólares.

²³¹ La existencia de un único oferente habilitado no es óbice a la adjudicación, según lo establece el art. 82 del decreto 436/00. Ver, entre otros, BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, 17ª ed., cap. XI, secc. XI, § 117, p. 547.

²³² SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 565. Ver art. 15, del decreto 1023/01.

al costo que hagan aconsejable la adjudicación a favor de una oferta de mayor precio que reúne otras condiciones que la transforman en más conveniente.”²³³ El factor fundamental que puede hacer menos ventajosa a la oferta de más bajo precio es la deficiente capacidad técnica o financiera de la empresa, en relación a la índole y magnitud del trabajo a encomendársele.²³⁴

La apreciación de los factores que pueden llevar a desechar una oferta de menor precio y preferir otra de precio más elevado debe tener adecuado sustento fáctico y motivación. En aquellas licitaciones donde el oferente debe ofertar un canon, cabe preguntarse si el objetivo de la licitación es generar ingresos u obtener el mejor servicio ofrecido, pues de ello dependerá la valoración que habrá de darse al mayor canon en comparación al servicio ofertado.

En uno u otro caso, cabe apuntar que la administración está obligada a adjudicar a la oferta más conveniente, no a la más barata o la de mejor canon. Si bien comporta el ejercicio de una atribución discrecional, debe ser razonable y debidamente fundada.²³⁵ Por lo demás, se ha generalizado en los últimos tiempos la inclusión en los pliegos de cláusulas que exigen que los proponentes acrediten su *capacidad técnica*: En tales casos las empresas que no “acreditan” una capacidad técnica suficiente para realizar las obras de que se trata, son ofertas que “no se ajustan” a los pliegos y pueden ser rechazadas *por tal causa* aunque su precio fuere menor. Desde luego, se trata de un principio que debe ser aplicado con mucha prudencia, pues en este caso “hay que precisar, si cada oferente es «capaz» técnicamente de llevar a cabo los trabajos licitados, pero no el «más capaz».”²³⁶ El reglamento de contrataciones, por su parte, evolucionó de una antigua formulación en que la adjudicación debía recaer “en la propuesta que, ajustada a las bases de la contratación, sea la de más bajo precio,” a la ulterior según la cual debe adjudicarse a la oferta “más conveniente.”

El objetivo es contratar en condiciones comparables con el mercado y si este objetivo se frustra porque la administración ha manejado las cosas como para tener pocos oferentes en comparación a los existentes en el mercado, ello producirá el resultado de no conseguir sino precios y condiciones menos conveniente que los generales del mercado, que ya no serán razonables²³⁷ ni válidas.²³⁸ En tal caso ha fracasado no solamente en su objetivo legal, sino también en el manejo y aprovechamiento de los fondos públicos, que es el requisito de eficiencia impuesto por la CICC. Debe tomarse siempre como señal de alarma la presencia de pocos oferentes pero tampoco deben prolongarse demasiado los trámites de

²³³ PTN, *Dictámenes*, 87: 91; 88: 189.

²³⁴ *Dictámenes*, 86: 4.

²³⁵ *Dictámenes*, 86: 4 y 17. MARTÍNEZ, PATRICIA RAQUEL “La adjudicación,” cap. X, en FARRANDO (H.), *Contratos administrativos*, op. cit., esp. pp. 341-70.

²³⁶ *Dictámenes*, 89: 82, 89.

²³⁷ Contrariando así el art. 2º inc. h) de la ley 25.188 de ética pública.

²³⁸ Así se desprende de los informes de RAFAEL A. BIELSA (nieto), en la SIGEN.

la licitación, ni realizar inoportunas revocaciones o anulaciones del llamado *una vez conocidos los precios* y luego efectuar un nuevo llamado, donde los oferentes conocerán los precios anteriores. Ese tipo de maniobras administrativas son siempre sospechosas.

El devenir del tiempo produce cambios en el mercado y es posible que existan nuevos interesados ofreciendo mejores condiciones que los presentados. Deben por ello, a nuestro juicio, admitirse ofertas tardías mayores que tengan garantía suficiente de mantenimiento y —tomándolas como base, previa garantía de mantenimiento de su oferta— realizar un nuevo llamado. Lo hemos visto en licitaciones de quiebras y ha sido eficaz.

6.7. *Eficiencia*

De todas maneras, ya hemos explicado²³⁹ que el art. III inc. 5° de la CICC exige que la contratación sea *eficiente*,²⁴⁰ lo cual en la práctica ha de manejarse por los letrados de la administración con el mismo cuidado que la urgencia.

Ello significa que debe haber un informe técnico, suficiente y razonado, proveniente de los organismos permanentes de asesoramiento técnico, que demuestren fundadamente cómo y por qué el objeto contractual y el acto mismo de adjudicación reúnen tal característica.

La eficiencia ha quedado transformada, de un simple requerimiento algo ingenuo de la ciencia de la administración, en principio jurídico de nivel supranacional, cuya aplicación y cumplimiento es *jurisprudencialmente* inexcusable para todos los funcionarios y agentes del Estado argentino. Es un principio jurídico indeterminado, que se transforma en facultad reglada cuando se configuran los hechos determinantes.

6.8. *Equidad y justicia. Razonabilidad*

Lo mismo cabe decir de la *equidad* que la misma norma exige y que debe traducirse como *justicia* del contrato que celebra la administración respecto de los terceros a los cuales afecta. Aquí también el valor de justicia, que se entendió siempre de carácter sublegal, viene ahora a quedar transformado en un principio de carácter suprallegal y supranacional y así debe aplicárselo, con los mismos recaudos de razonabilidad y justificación antes expuestos. Su transgresión no es materia de filosofía del derecho, es cuestión de derecho escrito, positivo, que además es justo.

²³⁹ “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

²⁴⁰ También aparece exigida en el decreto 229/00, art. 4°, inc. g): “Transparencia: Los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales, deben realizar la publicidad de su gestión, en cuanto a conocer *qué puede razonablemente esperarse en cada caso, como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos* humanos, económicos y financieros” y la ley de ética pública, art. 2°, inc. h). También ha sido tomado en cuenta por el decr. 1172/03.

Lo exige también el art. 2º inc. *h*) de la ley de ética pública, en cuanto obliga al agente público a adoptar soluciones *razonables* en la contratación pública, lo cual incluye el objeto y el precio del contrato.²⁴¹

6.9. *Perfeccionamiento del contrato*

En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación de la adjudicación al interesado. Según las distintas clases de contratos, la normativa aplicable establece recaudos específicos para cada uno de ellos. En el contrato de suministro, él queda perfeccionados en el día posterior al de notificarse la orden de compra, siempre que el adjudicatario no la rechace dentro del plazo que se establece al efecto o de suscribirse el instrumento respectivo. El trámite de emisión de la orden de compra debe cumplirse dentro del plazo de mantenimiento de la oferta.²⁴²

En el contrato de obra pública, el vínculo jurídico se perfecciona con la firma del contrato (art. 21, ley 13.064) y con el cumplimiento de los demás preceptos enunciados en el cap. III de dicha ley (art. 24) como lo es la constitución de garantía de cumplimiento de contrato (art. 21) y la entrega del comitente de la documentación técnica, planos, presupuesto y demás elementos del proyecto, art. 22.

En las privatizaciones era también normal que existiera un documento o instrumento contractual que se firmaba por las partes, pero cabe destacar que no pudo ser materia de negociación entre las partes con posterioridad a la adjudicación, como ha ocurrido en más de una oportunidad. Ello importa transformar la licitación pública en una contratación directa, nula y no transparente. El documento del contrato debe formar parte de los pliegos y en todo caso ser discutido en la misma ocasión en que se debaten los pliegos, como se señaló más arriba. Una vez recibidas las objeciones de todos los interesados la administración debe preparar el documento final antes de recibir la oferta económica y los adjudicatarios resultarán obligados por ese texto como por el pliego mismo, sin que quepan ya aclaraciones de especie alguna. Por ello la práctica más sana es la de requerir la presentación del contrato ya firmado por los que presentan oferta económica y dejar sentado que el contrato se perfecciona con la notificación de la adjudicación, según la regla general del derecho común.

6.10. *Aclaraciones al pliego*²⁴³

En cualquiera de estos casos es manifiesto que el acto de adjudicación o el instrumento del contrato no pueden contener previsiones diferentes de las que rigieron

²⁴¹ Es el mismo requisito de “objetividad, justicia e imparcialidad” que exige el art. 4º, inc. *b*) del decreto 229/00.

²⁴² Ver arts. 20 y 96 y 97, de los dectrs. 1023/01 y 893/12, respectivamente.

²⁴³ Iniciada la publicidad y difusión del procedimiento, las aclaraciones y modificaciones al pliego se rigen por el tít. II, cap. VI del dec. 893/12

el llamado a licitación. Esto ocurre con alguna frecuencia, a guisa de pseudo “aclaraciones” al pliego que va haciendo la autoridad licitante a medida que los oferentes presentados le van preguntando acerca del alcance o significado de tal o cuál cláusula. Si la aclaración al pliego en realidad lo modifica o desnaturaliza, en ese aspecto no ha habido licitación pública, por cuanto los terceros interesados que podrían haberse presentado a competir habrán dejado de hacerlo ante una norma clara del pliego que les resultaba adversa, sin saber que la autoridad autorizaría una modificación del pliego para los que quedaron.²⁴⁴

El art. 99 del decreto 893/12 establece un orden de prelación normativo decreciente: Es el conformado por el decreto delegado 1023/01 y sus modificaciones, las disposiciones del decreto 893/12, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, la oferta y las muestras que se hubieren acompañado, la adjudicación y por último la orden de compra.

7. Excepciones al requisito de la licitación pública²⁴⁵

El régimen de contrataciones de la administración nacional, el reglamento de contrataciones y la ley de obras públicas prevén una serie de casos en que puede prescindirse de la licitación pública;²⁴⁶ ello no significa que sea obligatorio *no hacer* licitación pública, sino que se faculta a la administración para proceder de tal modo.²⁴⁷ Siempre claro está, sujeto a requisitos mínimos.²⁴⁸

En las Provincias es frecuente que la Constitución local exija la licitación pública. Una diferencia entre los sistemas mencionados al inicio de este § 7 es que la de obras públicas establece las excepciones a la licitación pública, disponiendo que en todos esos casos la administración puede indistintamente efectuar una licitación privada o una contratación directa (art. 9°); el régimen general de contrataciones, en cambio, prevé ciertos casos —en razón del monto— en que exige por lo menos la licitación privada y sólo en los restantes autoriza ya la contratación directa:

7.1. Monto menor a una suma determinada

El reglamento de contrataciones autoriza la contratación directa, la licitación o concurso privado hasta un monto en cada caso y requiere la licitación o concurso

²⁴⁴ Nuevamente, la única solución viable para estas situaciones es la que surge de los antecedentes mentados *supra*, nota 65.

²⁴⁵ REJTMAN FARAH (dir), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01, op. cit.*, comentario al art. 25 del dec. 1023/01.

²⁴⁶ REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, op. cit.*, cap. III.

²⁴⁷ Conf. GRAU, *op. cit.*, p. 703.

²⁴⁸ Según la CSJN no es posible hacer lugar a una acción basada en obligaciones que derivan de acuerdos verbales cuando, en razón de la normativa aplicable, los contratos administrativos con un objeto como el de las prestaciones de autos debían ser celebrados con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección.” (CSJN, *Lix Klett, Fallos*, 335: 1385, 2012.)

públicos a partir de determinada suma.²⁴⁹ No se trata del monto presupuestado o calculado por el licitante, sino de aquel por el que efectivamente contrata.²⁵⁰

7.2. *Adicionales*

Cuando se contrataren trabajos adicionales, en las condiciones y límites que la ley determina. (Ley 13.064, art. 9º, inc. *b*; art. 33 del decr. 1023/01.)

7.3. *Urgencia*

Tanto el régimen de contrataciones de la administración nacional como la ley de obras públicas autorizan a contratar directamente por razones de urgencia, pero mientras que la primera sólo exige que exista urgencia, la segunda dispone además que ella se deba a “circunstancias imprevistas.”²⁵¹ No parece una solución razonable.

No porque los funcionarios públicos hayan sido negligentes y las obras se tornen gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, podrá negarse a la administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que requiera. Con todo, “No se trata [...] de una urgencia abstracta, en general común, por otra parte, respecto de todas las obras de gran magnitud vinculadas a objetivos de interés nacional. El apremio debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasione la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público.”²⁵² Lo que corresponde en tales casos es hacer responsables a los funcionarios públicos que con su inacción han generado la demora, sin perjuicio de solucionar el problema con la urgencia que el mismo objetivamente requiera. Por lo demás, la urgencia debe ser concreta e inmediata y debe estar debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos;²⁵³ tiene larga data en todos los

²⁴⁹ Tít. I, Cap. VI del dec. 893/12.

²⁵⁰ *Mó, op. cit.*, p. 105.

²⁵¹ La ley de obras públicas habla de “trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas;” la ley de contabilidad, de “razones de urgencia, cuando a mérito de circunstancias imprevistas no pueda esperarse la licitación.” En Uruguay se ha interpretado que podría de todos modos prescindirse de la licitación pública si la urgencia no permitiera cumplir con tal requisito: SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 75, nota 1.

²⁵² PTN, *Dictámenes*, 89: 260, 267.

²⁵³ Ha dicho así la PTN que “la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de licitación pública, para ser probada requiere estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta. De modo alguno puede la determinación de la misma quedar librada al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma” (70: 127; 77: 43 y 265; 86: 367; 89: 260, etc.). Y no sólo debe haber estudios técnicos que acrediten la urgencia, sino que ella debe además estar corroborada por la propia conducta

ordenamientos jurídicos como medio de prescindir de trámites y formalidades requeridos por la ley.²⁵⁴

La administración, con todo, es muy renuente a invocar la causal de urgencia, quizás porque el escrutinio público es fácil al respecto. Es muy fácil al poder central declarar u obtener legislativamente la declaración genérica de las categorías de necesidad y urgencia, o emergencia, etc., pero los órganos de ejecución saben bien que la invocación de la urgencia para una contratación directa despertará siempre sospechas si no es justificada objetivamente. (Epidemias, pandemias, desastre, etc.)

7.4. *Reserva*

La ley 13.064 autoriza la contratación directa “Cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva;” el régimen de contrataciones de la administración nacional, por su parte, lo dispone “Por razones de seguridad o defensa nacional.” Entendemos que esta causal debe interpretarse restrictivamente²⁵⁵ y que deben aplicarse las mismas exigencias establecidas con referencia a la urgencia; luego, la necesidad de mantener el secreto debe estar debidamente acreditada mediante informes técnicos serios y razonables. Un caso especial es el de la legislación militar que autoriza operaciones bajo reserva, lo cual ha dado lugar a grandes escándalos de ventas de armas a países de los cuales hasta éramos garantes del proceso de paz. Ello demuestra que las normas de la CICC deben tenerse como supralegales y operativas también en materia militar: Publicidad, equidad, eficiencia, son parámetros que ninguna contratación pública puede hoy desoír sin incurrir en grave violación interna e internacional.

7.5. *Especial capacidad*

La ley 13.064 se refiere a que “para la adjudicación resulte determinante la capacidad artística o técnico-científica” y el régimen de contrataciones de la

de la administración pública al celebrar el contrato: “No basta para usar de un procedimiento de excepción al régimen general de las licitaciones, calificar una compra de urgente, sino que deben tomarse, además, todas las medidas eficientes para efectuarla con premura.” (75: 165 y 168 vta.; 86: 369; 89: 106, 110, en materia de suministros.)

²⁵⁴ Nuestro art. “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” cap. VI del libro *Después de la Reforma del Estado*, op. cit.; “Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el estado previos a 1991),” LL, 1995-C, 839, cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado*, op. cit.; “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, San José, 1993.

²⁵⁵ El art. 53 *in fine* de la Constitución de la Ciudad se inclina, mejor aún, por la prohibición total: “Todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción. No hay gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera sea su denominación.” Toda esta temática debe también ser mirada críticamente en el derecho nacional: ver RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas ¿Antagónicas con un estado de Derecho?,” LL, 2005-D, 481. Tenemos una pesada herencia, procuremos aligerarla y no sobrecargarla aún más. Ver también, *supra*, cap. XI, §1.2, nota 1.30.

administración nacional a “Las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados.” Se aplica también aquí lo dicho más arriba.

7.6. *Marca, patente o privilegio*

La ley de obras públicas y el régimen de contrataciones de la administración nacional prevén que el ejecutor del trabajo tenga patente o privilegio, o se trate de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que no haya sustitutos convenientes. En todos los casos la determinación de que no existen sustitutos convenientes deberá basarse en los informes técnicos que consignen las razones.

7.7. *Licitación pública desierta*

Cuando no se ha presentado ningún proponente a una licitación pública esta se considera desierta y puede contratarse directamente.

7.8. *Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas*

Dichas normas prevén como causal de contratación directa el que una licitación pública anterior haya fracasado porque “no se hubiesen presentado en la misma ofertas admisibles.” Oferta “inadmisible” no es oferta “inconveniente,” sino una oferta que —conveniente o no— no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación; en otras palabras, se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado, o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos requeridos. Por ello el concepto de inadmisibilidad se vincula con las exigencias específicas del pliego de condiciones y “sería erróneo, en cambio, atribuir carácter de «oferta inadmisibile» a la que, aunque ajustada al pliego de condiciones, se estimara inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias.”²⁵⁶

No se puede contratar directamente en base a esta causal “cuando se han recibido propuestas que si bien son aceptables (admisibles) por ajustarse a las bases del remate, resulten inconvenientes a juicio de la administración.”²⁵⁷ La contratación debe hacerse con las mismas condiciones y requisitos que la licitación pública fracasada, pues de lo contrario se facilitarían procedimientos irregulares, tales como exigir en una licitación pública ciertas condiciones que por su imposibilidad de ser cumplidas determinarían la inadmisibilidad de todas las ofertas, para luego realizar una contratación directa con la firma que se quiera. Otra variante es realizar un segundo llamado con modificaciones al pliego; de fracasar el segundo se puede contratar directamente, pero sólo con el segundo pliego.

²⁵⁶ *Dictámenes*, 77: 43 y 265; 80: 49; 89: 106.

²⁵⁷ *Dictámenes*, 77: 265.

7.9. *Licitación pública anulada*

A veces se habla de “licitación pública anulada” para referirse al caso en que se ha decidido no adjudicar porque las ofertas presentadas son inconvenientes; no configura una anulación ni permite tampoco contratar directamente. Ahora bien, si la licitación fuera declarada inválida en razón de un vicio cometido en su sustanciación, la situación no varía, pues la ley no prevé un caso tal como causal de contratación directa y además la extinción vuelve a las cosas a su estado anterior: Es decir, no ha habido en verdad licitación pública.

7.10. *Contratación directa interadministrativa*

Cuando las partes sean entidades estatales, queda impropiamente habilitado el procedimiento de contratación directa para la selección del contratista, “siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud” (art. 25, inc. d), ap. 8, dec. 1023/01).²⁵⁸ Bajo este procedimiento fue seleccionado el Banco de la Nación Argentina para el pago de haberes a los empleados públicos (dec. 1187/12), Nación Leasing SA para la adquisición de automotores (dec. 1188/12), YPF SA para la compra de combustibles y lubricantes (dec. 1189/12) y Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur SA y Líneas Aéreas del Estado (LADE) para el transporte aéreo, mediante los servicios de compra de pasajes con Optar SA. (Dec. 1191/12).²⁵⁹

En todos esos casos se lesiona el principio supra legal de eficiencia²⁶⁰ de la contratación, al no cotejarse precios y condiciones con el sector privado. Es muestra de un claro retroceso,²⁶¹ en violación a la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

8. *El régimen de iniciativa privada*

Fue instituido en la reforma del Estado²⁶² pero prontamente cayó en desfavor y de hecho se desalentó en los casos ocurrentes. Como siempre, la administración

²⁵⁸ Para colmo, esa limitación en cuanto al objeto de contratación, fue ampliada englobando en el concepto de logística, por ej. la adquisición de papel. (*Dictámenes* ONC 479/09 y 487/09.)

²⁵⁹ Ver KODELIA, GONZALO S., “Primeras aplicaciones del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: riesgos y potencialidades,” en REGUEIRA ALONSO, ENRIQUE (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, UBA, 2013, pp. 769-780.

²⁶⁰ Que explicamos en “Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; ver también MIRAVÉ, MARÍA PATRICIA, “La conformación participada de los pliegos y su impacto en las contrataciones del Estado nacional,” cap. XXIX del t. 7.

²⁶¹ Ampliar en BEROLA, DARA, “El rol del Estado en las nuevas regulaciones sobre contrataciones públicas: ¿Hacia un cambio de paradigma?,” en prensa, *LL, Supl. Adm. e infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

²⁶² Ver “La iniciativa en obras y privatizaciones” y “El pliego de la iniciativa” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, op. cit., pp. 10-23 y los arts. 201 a 206 del dec. 893/12.

es temerosa, quizás con razón, a adoptar decisiones frontales, y por ello prefiere sea la contratación directa, sea la licitación pública.