



**UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS
CONTADOR PÚBLICO NACIONAL**

Alumno: Carlos Dario Lahiton

Año de Cursado: 2006

Profesora: Dra. María Cristina Cuartara

Tema: Licitación Pública

Mendoza, marzo de 2010

LICITACION PÚBLICA

ÍNDICE ANALÍTICO

<u>INTRODUCCION</u>	06
<u>CAPITULO I</u>	07
<u>NATURALEZA JURIDICA</u>	07
1.1. Proceso de selección.....	07
1.2. Licitación Pública, su importancia.....	08
1.3. ¿Acto complejo?.....	08
1.4. la Licitación Publica como procedimiento Administrativo.....	08
<u>CAPITULO II</u>	10
<u>EL LLAMADO A LICITACIÓN</u>	10
2.1. La convocatoria como acto de alcance general no normativo.....	10
2.2. Principios generales del procedimiento administrativo aplicables a la Licitación pública.....	10
2.2.1. Juridicidad.....	10
2.2.2. Oficialidad.....	12
2.2.3. Verdad material.....	12
2.2.4. Informalismo, el oferente como colaborador de la Administración.....	13
2.2.4.1. El informalismo actual.....	15
2.2.4.2. Una contracara hermenéutica de la colaboración: El criterio interpretativo del contrato y de los pliegos en la relación contractual.....	16
2.2.4.3. La colaboración y las garantías de impugnación.....	16
2.2.5. Debido procedimiento previo.....	17
2.2.6. Celeridad, economía, sencillez, eficacia.....	19
2.3. Principios Básicos.....	19
2.3.1. Igualdad.....	20
2.3.1.1. La igualdad y los pliegos.....	21
2.3.1.1.1. La igualdad y la elaboración de los pliegos.....	22
2.3.1.1.2. La igualdad y las aclaraciones del pliego.....	22

2.3.1.1.3. La igualdad y la modificación de los pliegos.....	23
2.3.1.1.4. La igualdad y la necesidad de coherencia entre los pliegos y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario.....	25
2.3.1.1.5. La igualdad y la adaptación de la previsiones del pliego a las exigencias del contrato.....	26
2.3.1.1.6. La igualdad como pauta de interpretación de los pliegos licitatorios en relación con los contratos subsiguientes. ¿Es invocable la igualdad cuando hay un solo oferente?.....	26
2.3.1.1.7. La igualdad y el criterio restrictivo de la interpretación de los pliegos.....	27
2.3.1.1.8. La igualdad y la presentación tardía de ofertas.....	28
2.3.2. Concurrencia.....	28
2.3.3. Publicidad.....	29
2.4. Tipos de licitación pública.....	31
<u>CAPITULO III</u>	33
<u>ALGUNOS CRITERIOS</u>	33
3.1. La cuestión en la doctrina y la jurisprudencia. Los criterios legales.....	33
3.2. Consecuencias del principio que adopte.....	38
3.3. Algunos supuestos de excepción a la licitación pública.....	40
3.3.1. El caso de la urgencia.....	40
3.3.2. El fracaso de la licitación (ausencia de ofertas u ofertas inadmisibles).	41
3.3.3. Las contrataciones interadministrativas.....	43
3.3.4. Las contrataciones reservadas.....	43
<u>CAPITULO IV</u>	44
<u>LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PLIEGOS DE BASES Y</u>	
<u>CONDICIONES</u>	44
4.1. Concepto y naturaleza de los pliegos.....	44
4.1.1. Los pliegos de bases y condiciones generales.....	46
4.1.2. Los pliegos de bases y condiciones particulares.....	47
4.2. Legitimación, oportunidad de la impugnación y cláusulas que imponen la aceptación de los pliegos por el hecho de presentar la oferta.....	48
4.2.1. El oferente.....	48
4.2.2. Los potenciales oferentes.....	49

<u>CAPITULO V</u>	51
<u>LA ADJUDICACIÓN, DECISIÓN REGLADA O DISCRECIONAL</u>	51
<u>CAPITULO VI</u>	53
<u>EXTINCIÓN DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA</u>	53
6.1. Potestad administrativa para extinguir un llamado a licitación pública.....	53
6.2 Ejercicio legítimo de la potestad extintiva.....	54
6.3 Ejercicio ilegítimo de la potestad extintiva.....	55
<u>CONCLUSIÓN</u>	57
<u>INDICE BIBLIOGRAFICO</u>	59

INTRODUCCION

La Licitación Pública es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público

CAPITULO I

NATURALEZA JURIDICA

1.1. Procesos de selección

Los procesos de selección, son procedimientos públicos por los cuales se realizan los contratos públicos, procesos en los cuales puede participar cualquier persona que cumpla las bases y requerimientos y este debidamente inscrito en el Registro Nacional de Contratistas y no estar incluido en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado. Son diversos los tipos de procesos que existen, dependiendo del tipo de bien o servicio que contratar.

Pero, antes de convocar a procesos de selección, según el Art. 11 de la Ley, la Entidad deberá contar con el expediente debidamente aprobado para la adquisición o contratación respectiva, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento.

Los procesos de selección son los siguientes, que luego explicaremos al detalle:

Licitación Pública

Concurso Público

Adjudicación Directa y

Adjudicación de Menor Cuantía.

Todos estos procesos se inician con la convocatoria y culminan cuando el otorgamiento de la buena haya quedado consentido o cuando se concede el proceso de selección.

A continuación se tratará el proceso de selección denominado Licitación Pública.

1.2. Licitación Pública, su importancia

Se puede decir que este procedimiento público de selección de cocontratante de la Administración es el más exigido a nivel local, provincial, nacional e internacional, cuando se trata de compras y de la realización de obras de concesión de servicios públicos.

1.3. ¿Acto complejo?

La licitación pública no es un acto complejo.

Un acto complejo requiere la intervención de dos o más órganos para su emisión, sin cuya participación no se materializa, ya que requiere el consenso de todos ellos para adquirir virtualidad.

La licitación sí es, en cambio, una sucesión de actos orientada teleológicamente a la selección de la oferta más conveniente para el interés público.

1.4. La licitación Publica como procedimiento administrativo

En este procedimiento de selección la Administración invita públicamente en forma general a efectuar propuestas sobre un determinado objeto y condiciones, a fin de seleccionar la oferta más conveniente, para celebrar el contrato con su autor. Se lo considera procedimiento porque se trata de un conjunto de actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos que conducen a la decisión de la Administración consistente en la determinación de con quién contratará en ese específico caso concreto.

En su momento, Marienhoff¹ explicó que los diversos tramos que en su camino recorre este procedimiento están dados por el pliego de bases y condiciones, la invitación o llamado a la licitación, la presentación de propuestas, la apertura de los sobres, la adjudicación, y, eventualmente, el perfeccionamiento o formalización del contrato administrativo.

Caracterizar a la licitación pública como procedimiento administrativo, implica aplicar los principios propios de éste, con arreglo de las particularidades específicas de la licitación pública y, sobre la base de éstas, derivar los principios específicos que le sean inherentes.

¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993), p. 280

CAPITULO II

EL LLAMADO A LICITACION

2.1. La convocatoria como acto de alcance general no normativo

El llamado a licitación pública al estar dirigido a un número indeterminado de interesados es un acto general, la categoría dentro de esta clase de actos es la no normativa, ya que sus efectos se agotan al cumplir su finalidad, que es la de lograr la presentación de la mayor cantidad de proponentes posible, sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, de entre cuyas ofertas se seleccionará la más conveniente al interés público.

2.2. Principios generales del procedimiento administrativo aplicables a la licitación pública

2.2.1 Juridicidad

Si el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, no es dudoso que una de esas condiciones sea la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien, no es tampoco dubitable que ella deba actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico.

Generalmente formulado en relación con el procedimiento administrativo recursivo con el nombre de "Legalidad objetiva", ha sido entendido en el sentido de que el procedimiento administrativo tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

Por nuestra parte, antes de ahora hemos preferido identificar al fenómeno que se quiere aprehender con este principio mediante la locución "Juridicidad", porque ella representa mejor, en nuestra opinión, la idea de que el accionar de la Administración pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto de todo el orden jurídico.

La juridicidad abarca, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos legales en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general normativo (reglamentos) y eventualmente, ciertos contratos administrativos.

Este, principio tiene plena vigencia en el procedimiento constitutivo de la licitación pública y ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que cuando hizo referencia a él utilizó, preferentemente, la expresión "principio de legalidad", tomando dicha expresión en sentido amplio, ya que la sujeción de la licitación pública al derecho vigente implica no sólo el deber de observancia de la ley formal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Así, en sentido amplio, lo enunció la Corte Suprema en el caso "Serra"²; pero, en relación específica con la licitación, sin perjuicio de haberlo aludido en la causa "Radeljak"³, es en "Espacio"⁴, donde el Alto tribunal resaltó, en materia de contratos públicos, el significado del principio que venimos exponiendo, al asignar, a éste, la virtualidad de desplazar, del ámbito de aquellos, la autonomía de la voluntad de las partes respecto de su celebración y contenido, al sujetarlos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por la norma, respectivamente.

² *Serra*, Fernando Horacio y otro c. *Municipalidad* de la ciudad de Buenos Aires

³ *Radeljak*, Juan C. C/ Administración General de Puertos s/ Ordinario

⁴ *Espacio S.A.* c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos

2.2.2. Oficialidad

Oficialidad significa que, en principio, corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, hasta el dictado del acto final, y, asimismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución.

Principio expresamente acogido por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

Adquiere singular significación en la licitación pública, ya que a efectos de alcanzar por su intermedio la satisfacción del interés público, es la propia administración la que la origina y orienta, es por esto que el licitante deberá adherir a las cláusulas de los pliegos, que son las que constituirán la ley del futuro contrato.

De lo único que puede disponer el interesado es de la posibilidad de intervenir en la puja, o abstenerse de hacerlo.

2.2.3. Verdad material

Según este principio, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual aquélla y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes.

La mención de la verdad jurídica objetiva como fin de la actividad instructoria de la Administración está expresamente contenida en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Art. 1, inc. f, Ap. 2) y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Art. 48). Ella se desprende, asimismo, de la cláusula legal que permite incluir como objeto del acto administrativo las peticiones no propuestas (Art. 7, inc. c) y de disposiciones reglamentarias que otorgan amplias facultades instructorias a la autoridad administrativa (Vg., Arts. 46, 48 y 78 del Reglamento).

Todo procedimiento administrativo busca hacer honor a la verdad, que única y objetiva, constituye un reflejo de la realidad ajena de los intereses personales. Y las cualidades que distinguen al procedimiento licitatorio, encarnan singularmente esas connotaciones, que al potenciar el interés público que las anima y el carácter exorbitante del régimen que las regula no pueden conducir más que a la meta que espera al final del camino: la verdad jurídica objetiva.

Es éste un principio que gravita con pretensiones imperativas no sólo respecto de la autoridad licitante, sino también en relación con los propios oferentes, sobre quienes pesa el deber de colaborar con la Administración; deber éste que, cuando se incumple, genera consecuencias disvaliosas sobre ellos.

2.2.4. Informalismo, el oferente como colaborador de la Administración

La ley Nacional de Procedimiento Administrativos se refiere a este principio en el artículo 1º, inciso c, en él, autoriza la excusación de los interesados por las inobservancias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente. Éste informalismo es una relativización de las formas, en beneficio de los administrados, siempre que no sean esenciales.

La atenuación de las exigencias formales no esenciales en el procedimiento administrativo es consecuencia del papel de colaborador que, en él, y en principio, corresponde atribuir al administrado respecto de la gestión del bien común atribuida a la Administración Pública.

La Procuración del Tesoro, desde antiguo, tuvo ocasión de acoger el principio del informalismo en el procedimiento administrativo, especialmente en el ámbito recursivo acerca del cual sentó la inaplicabilidad del rigorismo propio del derecho procesal común y puntualizó la necesidad de atender, en la interpretación de las impugnaciones deducidas por los particulares, a la intencionalidad de éstas antes que a la letra de las presentaciones, de modo de superar, así, los errores que ellas puedan contener respecto de su calificación jurídica o la individualización del destinatario del recurso.

Las características reseñadas se dan el procedimiento de selección, con la particularidad de los postulantes, que son colaboradores de la Administración y, además, compiten entre sí.

Este principio guarda vinculación con otros específicos de la licitación: la igualdad y la concurrencia; esa relación es la que explica por qué el formalismo moderado está sujeto a ciertas modulaciones, propias de la naturaleza de la compulsa.

Al producirse la concurrencia de los aspirantes, ésta debe ser en pie de igualdad, para que todos estén sujetos a los mismos requisitos.

De todos modos, no se debe perder de vista que la concurrencia, como tal, no constituye en sí misma la finalidad de la licitación, porque ésta no tiene por meta obtener el mayor número de oferentes, sino la oferta más conveniente al interés público.

La eficacia debe informar, ciertamente, el desenvolvimiento del procedimiento licitatorio -ella es, por lo demás, un principio general del procedimiento administrativo, pero no se debe procurar al costo de las garantías constitucionales. El incumplimiento de ellas, en un Estado de derecho democrático, es una variante de la ineficiencia institucional si se acepta que son, en sí mismas, objetivos de insoslayable respeto y, por ende, componentes del bien común que condicionan, necesariamente, la gestión de éste a cargo de la Administración.

Ello evidencia la necesidad de apelar a un criterio de aplicación del formalismo moderado que asegure que no se le otorguen a unos facilidades que se le nieguen a otros, en iguales circunstancias, lo cual se hace más evidente cuando los interesados pujan entre sí.

La existencia de contra interesados en la licitación no debe llevar, por tanto, a excluir la vigencia misma del principio del informalismo en aquélla, sino, precisamente, a su aplicación igualitaria.

El informalismo en 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 contra interesados o no, siempre que habiéndolos se lo haga igualitariamente y circunscrito a sus exactos alcances, esto es, limitado a la posibilidad de que los administrados -en el caso, los oferentes- saneen incumplimientos formales no esenciales.

Con estos alcances el formalismo moderado debe aplicarse, incluso en ausencia de previsión expresa en los pliegos.

De acuerdo a lo expuesto, aún cuando compartimos el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación en tanto excluyó, en una licitación privada, al incumplimiento de plazo fijado para la presentación de las ofertas, de su subsanación por vía del informalismo, sin embargo, no coincidimos con la idea que sustenta el asesoramiento en el sentido de que aquel principio no rige cuando intervienen diversos particulares en el procedimiento.

Esta última conclusión sentada por el alto organismo asesor reduce, injustificadamente, la vigencia del informalismo en favor del administrado a los casos en que exista sólo un particular como parte en el procedimiento. Y no hay por qué asumir esa reducción cuando el principio, circunscripto a sus verdaderos alcances, se aplica igualitariamente a todos los participantes del procedimiento.

2.2.4.1 El informalismo actual

Modernamente, entonces, los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian en mayor medida, como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación el de concurrencia o competencia entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción. De este mismo principio se pueden luego derivar otros, como la publicidad, la igualdad en la adjudicación y ejecución del contrato etc., pero todos deberán ser entendidos en función del fin principal de la licitación, y no como objetivos autónomos del derecho a ser cumplidos con prescindencia de su grado de atingencia al objeto de la licitación.

Este principio postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual; en general, precio, cantidad, calidad, condiciones, y en ocasiones proyecto técnico, financiamiento, etc., según el objeto específico de cada licitación.

2.2.4.2 Una contracara hermenéutica de la colaboración: el criterio interpretativo de los pliegos en la relación contractual

Así como la valoración del particular como colaborador de la Administración -en general, en el procedimiento administrativo, y en especial, en la licitación pública en tanto especie de aquél- contribuye a sustentar el principio del formalismo moderado y, en cierto modo, el criterio restrictivo de interpretación de los pliegos en orden a la exclusión de proponentes, también gravita para generar consecuencias disvaliosas respecto del oferente -ulterior contratista- cuando no cumple debidamente con su deber de diligencia.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que a quien contrata con la Administración se impone un comportamiento oportuno, diligente y activo, que lo obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas del contrato, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrarlo o bien dejar sin efecto la licitación (Radeljak, Juan c/.Administración Gral. de Puertos Fallos: 311: 2831).

Si el oferente, no cumple, entonces, con la diligencia colaboradora que le es exigible, de acuerdo con las circunstancias del caso y la magnitud de los intereses en juego, las dudas interpretativas que se puedan originar durante el desarrollo contractual deben resolverse en su contra.

Esta conclusión es, por lo demás, coherente con la consideración del interés público como estándar de interpretación de la relación jurídico-administrativa.

2.2.4.3 La colaboración y las garantías de impugnación.

A partir de la sanción de la ley 23.696 y de su reglamentación aprobada por el decreto 1105/89, se generalizó la práctica de exigir en los pliegos el pago de garantías, normalmente fijadas en un porcentual del monto de la oferta, como

condición para deducir impugnaciones contra los actos de preselección o precalificación, preadjudicación y adjudicación.

A nuestro juicio, esa exigencia contradice principios esenciales del procedimiento administrativo, en especial recursivo, respecto de los cuales no existe motivo alguno para apartarse en el ámbito de la licitación pública.

Se contrapone a la idea que impone considerar al particular (en el caso, oferente) como un colaborador de la Administración, aun cuando concurra a la defensa de sus derechos subjetivos y es incoherente con la gratuidad característica del procedimiento administrativo.

Desde nuestro punto de vista, las impugnaciones particulares no deben ser vistas, institucionalmente, como obstrucciones al accionar administrativo. Ciertamente, puede haberla de esa clase; y, de hecho, la experiencia administrativazo demuestra. Sin embargo, la regulación recursiva no puede partir de esa base patológica, porque la regla, en nuestra opinión, sigue siendo la contraria.

Por lo demás, ¿no brinda el Artículo 12 de la LPA, al consagrar, como principio, el efecto no suspensivo de los recursos administrativos, y contemplar, asimismo, las excepciones a él, un instrumento adecuado para que el accionar administrativo no se entorpezcas indebidamente a causa de los cuestionamientos privados?

A nuestro juicio, la exigencia de garantías de impugnación en el ámbito del procedimiento licitatorio es contradictoria con la esencia misma del procedimiento administrativo recursivo, y además, conspira contra la transparencia exigible al ejercicio de la función administrativa del estado.

2.2.5. Debido procedimiento previo.

Según establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, uno de los requisitos generales a los cuales se deben ajustar las normas rituales es el respeto del derecho de los interesados al “debido proceso adjetivo”, configurado con los elementos descritos por su Art. 1, inc. f, apartados 1, 2 y 3, LNPA.

A su vez, el Art. 7, inc. d, ley citada, contempla como un requisito esencial del acto administrativo el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico.

Es conveniente no identificar el requisito esencial "procedimientos", enunciado por el Art. 7, inc. d, de la ley, con el "debido proceso adjetivo" regulado por el Art. 1, inc. f, de la misma norma, en tanto reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el Art. 18 de la Constitución Nacional.

El concepto que corresponde afirmar en un Estado de derecho es el del "debido procedimiento previo a todo acto administrativo", del cual el "debido proceso adjetivo" constituye una manifestación especial⁵.

El particular, en efecto, no sólo se defiende frente al accionar de la Administración, pues también colabora con ella y, de ese modo, participa de la gestión pública mediante procedimientos garantizadores no sólo de su propio interés, sino también de la legalidad y eficacia del accionar administrativo.

El incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo en el cual, vale la reiteración, procede incluir al debido proceso adjetivo como especie debe ocasionar la nulidad absoluta del acto pertinente.

Ahora bien: la licitación pública es, en sí misma, cuando ella se considere exigida por el ordenamiento, uno de los procedimientos esenciales y sustanciales a los cuales se refiere el inc. d Art. 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, es decir, un supuesto de debido procedimiento previo, en el caso, al acto de adjudicación y consecuente contrato.

Su observancia no es, por consiguiente y conforme con la distinción antes expuesta, un modo de cumplimiento del debido proceso adjetivo, sin perjuicio de que éste sea aplicable cuando, durante la sustanciación de la licitación, se generen situaciones afectantes de derechos subjetivos o intereses legítimos de los participantes, o, directamente, recursivas, en relación con las cuales sí procede apelar a la conceptualización del Art. 1 de la LNPA.

El debido procedimiento previo como principio propio de la licitación pública viene, a significar, entonces, que ella misma constituye, cuando resulta requerida por la norma o por los principios aplicables, el procedimiento debido como requisito

⁵ FIORINI, Derecho Administrativo, (Buenos Aires, 1976), Tomo. II, p. 456. citado en COMANDIRA, Julio R., Derecho Adm., Acto Adm., Procedim Adm, Otros Estudios, (Bs As, Abeledo-Perrot, 1996), pág. 1328

esencial para el dictado del acto pertinente; e implica, asimismo, que su omisión o cumplimiento gravemente defectuoso genera las consecuencias atribuidas por la ley a esa clase de vicios.

2.2.6. Celeridad, economía, sencillez, eficacia

Consagrado como uno de los principios que estructuran el proceder de la Administración.

Si la Administración Pública cumple, en general, con los principios en cuestión, no hay motivo para que ellos no sean también realidad en la licitación pública; y si aquel cumplimiento no se da, inútil será esperarlos en la licitación.

Por lo demás, ante una administración descalificada por lenta, dispendiosa, complicada e ineficaz, ¿por qué se habrá de pretender de ella un comportamiento distinto por los caminos de la contratación directa o de otros procedimientos supuestamente más ágiles? Y por lo mismo: ¿por qué no es de esperar una mayor posibilidad de corrupción con sistemas de más discrecionalidad?

Pensamos, por ende, que la solución a los inconvenientes que origina el empleo de la licitación pública no radica en su supresión como procedimiento de selección del contratista del Estado; aquélla reside, en definitiva, en la articulación de los medios no jurídicos conducentes al logro de una organización y dinámica administrativa responda a las concepciones más modernas de la Ciencia de la Administración.

2.3. Principios Básicos

Los principios básicos de la licitación pública son publicidad, igualdad, concurrencia.

No obstante, en caso de presentarse una sola oferta, la licitación no necesariamente fracasa y puede contratarse con ese oferente solitario, si ha cumplido con todos los requisitos previstos.

2.3.1. Igualdad

Para que exista una competencia efectiva, los participantes deben ser considerados en pie de igualdad. Este principio implica evitar todo tipo de preferencia o discriminación que favorezca o perjudique a unos en detrimento o beneficio de otros. El licitante se abstendrá de incurrir en conductas que coloquen o permitan que se coloque un oferente en posición más ventajosa que otro, por el hecho de conocer algún elemento con anterioridad, o más desventajosa por la omisión de la notificación de alguno de los actos del procedimiento, o debido a especificaciones incorrectas en el pliego, etc.

El principio de igualdad se corporiza en el procedimiento licitatorio con el respeto estricto y generalizado de las normas del pliego, con la debida consideración de las ofertas, con la reserva sobre ellas, con la permanente vista y acceso de los oferentes a las actuaciones, etc.

Este principio nace de la propia Constitución nacional, ya que la igualdad ante la ley está asegurada por el Art. 16 de la norma fundamental a todos los habitantes de la Nación, incluidos, claro está, los oferentes en una licitación pública.

El trato igualitario debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer" ni para perjudicar a su contraparte.

Las situaciones que pueden resolverse en la licitación por aplicación de la garantía de igualdad son, ciertamente, muchas y variadas; a título de ejemplo y con una finalidad ilustrativa, se podrían indicar, entre tantas otras, las siguientes.

Señala Cassagne que "del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad".

Como ya vimos, la vigencia de la garantía de igualdad debe comenzar cuando la Administración decide el modo de seleccionar a su contratista y continuar en la etapa de ejecución del contrato. En este sentido, se coincide con Barra, quien

aunque aludiendo al principio que denomina de correcto tratamiento – para él una aplicación al caso, según su modo de ver, del principio de igualdad comparativa o proporcional - sostiene que éste “trasciende el ámbito de la etapa selectiva del contratista para trasladarse a los posteriores momentos de celebración y ejecución del contrato, obligando a que, en estas ulteriores etapas no se establezcan modificaciones a las condiciones contractuales (definidas en los pliegos licitatorios, la oferta del contratista, el acto de adjudicación y el texto mismo del contrato) que impliquen beneficios al margen de las condiciones generales de la licitación al que resulta adjudicatario”.

Combinando la noción de interés público con el principio de igualdad, señala Marienhoff que “las modificaciones que se hicieren de las bases de la licitación o de las condiciones contenidas en la oferta aceptada, aunque no fueran impugnadas por los licitadores u oferentes como agraviantes al principio de igualdad que debe regir en la licitación, puede serlo directamente, por la propia Administración Pública, como dañosas para el interés público, pues ello habría determinado la “ilicitud” de la adjudicación o del respectivo contrato formalizado”⁶.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y en especial la noción de ventaja al contratista, se entiende que no será violatoria del principio de igualdad aquella modificación del contrato que se introduzca cualquiera sea el oferente elegido y que, además, revisa características que impidan a los oferentes considerar que, de haberla conocido, hubieran modificado la cuantía o alcance de la oferta. Parece que esto último sólo puede ocurrir cuando se otorga una ventaja en el modo de cumplimiento que trasciende inmediatamente al plano de la ecuación económico-financiera, pero no cuando se varía el objeto del contrato con el claro propósito de propender a una mejor satisfacción del interés público

2.3.1.1. La igualdad y los pliegos

⁶ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T III-A, 4° ed. Actualizada, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Año 1992), pág. 207.

Es un principio inconcuso que el pliego de condiciones constituye la ley de la licitación o ley del contrato, porque es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo.

Pues bien: a partir de esa premisa fundamental, interpretada de cara a la garantía de igualdad, es posible derivar diversas consecuencias, que van desde el propio proceso de elaboración de los pliegos y la eventual interpretación, aclaración o modificación de éstos, hasta la necesidad de guardar coherencia esencial entre ellos y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario.

2.3.1.1.1. La igualdad y la elaboración de los pliegos

El contenido igualitario del pliego es decisivo para la transparencia de todo el procedimiento licitatorio, por este motivo, existen, en el reglamentote contrataciones del Estado, específicas disposiciones orientadas a garantizar el trato igualitario en la elaboración de aquellos.

Desde luego que la igualdad, correctamente interpretada, no obsta para que se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia, razonablemente fundadas.

2.3.1.1.2 La igualdad y las aclaraciones del pliego

Como lo puntualiza Marienhoff, toda medida de la Administración en beneficio de un oferente que al mismo tiempo no favorezca a los restantes atentará contra la igualdad; pero no la afectarán las aclaraciones que ha pedido del adjudicatario realice el órgano interviniente, siempre que ello no vaya en desmedro de los otros oferentes.

Bien lo señala Escola: la igualdad se debe referir tanto a la posición de los oferentes respecto de la Administración como a la de cada interesado frente a los restantes;

por eso, toda aclaración que se formule a alguno de ellos se debe extender a los demás, y cualquier dispensa de algún requisito no esencial que se efectúe respecto de un licitador se debe otorgar también a los otros.

Las consideraciones doctrinales anteriores están referidas a la situación de los oferentes, pero son igualmente aplicables respecto de quienes, aun sin serlo, poseen legitimación en razón de su derecho a la participación del procedimiento de selección convocado.

2.3.1.1.3. La igualdad y la modificación de los pliegos

Los pliegos de la licitación no se pueden modificar después de la publicación del llamado. Sin embargo, si la Administración lo hiciera, la decisión debería ser considerada tácitamente derogatoria del llamado anterior y configuradora, por ende, de una nueva convocatoria la cual, a su vez, tendría que satisfacer las formalidades inherentes a todo llamado.

Si la modificación de los pliegos se realizara antes de la adjudicación, con ofertas presentadas, ella habitaría, por un lado, a los oferentes a retirar sus propuestas sin hacerse acreedores a las sanciones normalmente previstas para el desistimiento incausado de la oferta, y obligaría, por otro, al licitante, a formular un nuevo llamado, si es que la necesidad pública motivante subsiste.

Una situación particular se genera cuando la autoridad administrativa decide efectuar un cambio en las bases del llamado, después de la apertura de ofertas, y obtiene, para ello, el acuerdo de los proponentes con el fin de lograr la continuidad del procedimiento.

¿Es válido este procedimiento?

El caso ha sido considerado y resuelto por la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes: 107:015) con criterio, en principio, negativo porque a su juicio, en opinión que compartimos, una adjudicación realizada sobre esas bases violaría los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que debe regir el procedimiento licitatorio.

Cabe aclarar, que en el dictamen citado se salvó la posibilidad de que, con sustento en las particularidades de cada contratación, pueda acreditarse, con intervención de los organismos técnicos especializados en la materia que corresponda, sólo los proponentes están razonablemente en condiciones de ajustarse a las exigencias de los pliegos.

Se impone, siempre, salvaguardar la garantía de igualdad debida a quienes fueron excluidos, o se autoexcluyeron, del llamado originario en razón de las condiciones de éste; e, incluso, es preciso valorar la situación de los bienes o servicios licitados, afectados por los cambios indebidos en el marco jurídico de la selección.

Modificación del pliego de condiciones después de presentadas las ofertas y en el momento de la firma del contrato: a propósito de las privatizaciones

En el supuesto que, luego de seleccionada la oferta de acuerdo a las bases de la licitación, se modifican ciertas condiciones en el momento de firmarse el contrato respectivo. Estos cambios siempre generan suspicacias tanto en los otros oferentes, como en el público atento en general. Muchas veces la Administración no explica – siquiera mínimamente- la razón de estas modificaciones a través de sus funcionarios y mediante la prensa. Puede ocurrir, también, que ese silencio sea acompañado por el de empresas adjudicatarias de la licitación que pueden no tener interés en ventilar los detalles y alcances de los cambios operados. Esta cuestión merece un delicado análisis, toda vez que la supresión de una norma o la incorporación de una nueva puede gravitar intensamente, desde el punto de vista económico, en la vida del contrato administrativo.

Tomemos el caso de los contratos vinculados con las privatizaciones.

La experiencia argentina en la materia muestra que alguna de ellas se desarrollaron en forma vertiginosa, con ajustados cronogramas. Ello generó la comisión de ciertos errores contenidos en el Pliego de Bases y condiciones que no siempre pudieron ser subsanados con anterioridad al momento de presentación de ofertas en tiempo récord, con consorcios formados no siempre con el tiempo necesario y con empresas de diferentes nacionalidades, integrado a veces con bancos o grupos financieros que, por su parte, fueron casi una constante del proceso privatizador de

los primeros años de la actual administración. En algunos casos los socios se terminaban de conocer muy poco tiempo antes de ofertar.

Empero, dichas circunstancias no pudieron operar por sí solas para justificar cambios en el momento de firmar los respectivos contratos. En cada caso y frente a cualquier tipo de modificación, siempre será necesario analizar si los cambios que se decidieron estaban o no justificados por la clara presencia del interés público.

2.3.1.1.4. La igualdad y la necesidad de coherencia entre los pliegos, y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario

Una práctica habitual, lamentablemente, es incorporar al contrato que se firma con el adjudicatario, cláusulas no previstas en el pliego, o que contempladas en éste de una determinada forma, conceden al contratista beneficios que no formaron parte de las reglas del llamado.

Este irregular comportamiento, que vicia el procedimiento de selección, desvirtuando su esencia, puede consumarse sea a raíz de negociaciones realizadas entre los funcionarios administrativos y el futuro contratista, que no reconocen base explícita en la oferta o en los pliegos, sea por adjudicarse la licitación y, consiguientemente, celebrarse el contrato, con oferentes que han formulado propuestas apartadas de aquéllos.

Respecto de este último supuesto, es paradigmática la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que el Alto Tribunal resolvió la nulidad, absoluta y manifiesta de un contrato celebrado entre la provincia de Mendoza y la empresa "Constructora P.H. Schmidt", dejando sentada categóricamente la necesidad de que las propuestas de los oferentes coincidan con los pliegos de condiciones que la Administración hace saber al formular su llamado, subrayando, que si se procede de otra forma, se desnaturaliza el instrumento de la licitación, violándose las garantías e intereses por ella perseguida. (Fallos:179:249)

2.3.1.1.5. La igualdad y la adaptación de las previsiones del pliego a las exigencias del contrato

El principio resultante del fallo comentado precedentemente, no excluye que, en atención a las singularidades de la contratación de que se trate, los parámetros iniciales del pliego puedan experimentar adaptaciones, justificadas en la abstracta imprevisibilidad de ciertas situaciones.

La procuración del Tesoro de la Nación sustentó esta idea en la necesidad de atender a la magnitud de la operatoria de que se trate o a la alta complejidad técnica de la contratación, sin dejar de puntualizar, con acertado criterio, que los límites de los avances y adecuaciones del pliego deben sujetarse a la razonabilidad ínsita en el accionar administrativo.

Esta tesis responde, ciertamente, a las exigencias de la realidad: no es posible que en el pliego todo este previsto, por lo que hay aspectos de la contratación que requieren un desarrollo contractual.

Ese desarrollo no puede asumir, sin embargo, un contenido innovador; en cierto sentido, podría trazarse un paralelo entre la ley y su reglamentación, ésta puede complementar a aquélla, pero escapa a sus posibilidades alterar su espíritu.

La garantía de razonabilidad que deriva del Artículo 28 de la Constitución Nacional debe irradiar su fuerza expansiva a todos los actos estatales; incluso a los contratos que instrumentan las licitaciones.

2.3.1.1.6 La igualdad como pauta de interpretación de los pliegos licitatorios en relación con los contratos subsiguientes. ¿Es invocable la igualdad cuando hay un solo oferente?

La igualdad debe ser también un valor informador de la hermenéutica de los pliegos y de los contratos, respecto del alcance a atribuir a aquéllos o a éstos, o ambos simultáneamente, porque aquélla quedaría en gran medida vaciada de contenido si la Administración y el contratista pudieran alterar el contenido del

vínculo sin respetar los condicionamientos derivados de la ley de la licitación o ley del contrato, es decir, de los pliegos.

Es ilustrativo, en ese sentido, el criterio de la Corte Suprema de justicia de la nación en un caso donde resolvió que lo acordado por las partes en los pliegos, la oferta y la adjudicación, no podían modificarse, a través de un contrato aclaratorio suscripto con posterioridad a esta última, sin violar el principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa. (“Vicente Robles”, LL 1993-E, 203)

Y lo hizo a pesar de en la licitación había concurrido un solo oferente.

Compartimos la posición de la Corte. Pensamos, en efecto, que la igualdad en la contratación administrativa, cuando ella es precedida de una licitación pública o privada, o de procedimientos de selección equiparables, es un valor debido no sólo a quienes concretamente responden a la convocatoria de la Administración formulando sus propuestas, sino, también, a todos aquellos que, seria y objetivamente, estén en condiciones de competir con arreglo a las bases fijadas por la autoridad licitante.

Si esto es así, la verdad jurídica objetiva, en situaciones como la comentada, no se integra sólo con la realidad de un único oferente, sino, además, con el plexo normativo-contractual en el ámbito del cual la Administración formula su invitación y con la potencialidad de oferentes que ese marco delimita.

2.3.1.1.7. La igualdad y el criterio restrictivo de la interpretación de los pliegos

La jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación es constante, respecto del carácter restrictivo que debe presidir la interpretación de las cláusulas de los pliegos de condiciones, como resguardo de la igualdad de los participantes.

De ahí que haya sostenido, como criterio básico, la improcedencia de modificar los términos o expresiones contenidos en los pliegos, por vía aclaratoria, después de la adjudicación y a pedido del favorecido por ésta.

Y cabe, asimismo, consignar que a partir de la referida hermenéutica restrictiva ha sido también posible derivar el sentido instrumental de la igualdad respecto de la

conurrencia, puesto que, con base en ese marco interpretativo, los pliegos deben ser entendidos de modo tal que, frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en la selección, ante cualquier duda, debe prevalecer la admisión de la oferta, en tanto de esta manera se favorece la concurrencia.

2.3.1.1.8. La igualdad y la presentación tardía de ofertas

El plazo que la autoridad administrativa determine para la presentación de ofertas, de ser rigurosamente cumplido, motivo por el cual, su vencimiento produce la inadmisión de las propuestas extemporáneas. La Procuración del Tesoro de la Nación así lo ha entendido reiteradamente.

2.3.2. Concurrencia

La concurrencia tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes; porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto del contrato, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida. La Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó.

Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia; porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger a quien satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa.

Lo dicho no implica que en caso de que sólo se reciba una propuesta la licitación no pueda seguir su curso hasta la adjudicación y celebración del contrato, si aquélla es admisible y conveniente; porque el desinterés que demuestran quienes habiendo

podido participar y estaban anoticiados del llamado, no acuden a él, entonces, está evidenciando que la oferta obtenida es la mejor a la cual puede aspirar la Administración.

Distinto es si el licitante pone trabas, condicionamientos o limitaciones que restrinjan irrazonablemente la participación de los interesados; porque, entonces, la concurrencia se encontraría obstaculizada no por la falta de postulantes, sino por el establecimiento de recaudos que no sólo frustrarían la oposición o competencia, sino que, además, atentarían contra la igualdad que, como ha quedado expuesto, constituye otro de los principios específicos del procedimiento de selección.

La concurrencia no significa enfrentamiento en el sentido de disputa entre los interesados: ella no supone el litigio en el sentido técnico procesal, porque los participantes no acuden ante la autoridad administrativa para que ésta resuelva, como juez, un conflicto jurídico; los participantes son, en realidad, proponentes cuya actividad se limita, en principio, a presentar sus antecedentes y propuestas, en orden al emprendimiento licitado que pretenden ser admitidos en igualdad de condiciones y tratados con equidad.

2.3.3. Publicidad

También este principio es de raíz constitucional, porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno, adoptada por el Art. 1 de la ley fundamental.

En la doctrina constitucional, a partir del principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la idea de que donde hay un poder de gobierno, cualquiera sea el departamento de que se trate, debe haber una responsabilidad, se ha derivado, como consecuencia, a la publicidad de los actos de gobierno como instrumento imprescindible para hacer efectiva aquella responsabilidad.

El carácter público del procedimiento licitatorio, no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo que se potenciará la concurrencia, sino que, además, asegurará la corrección en el trámite, porque estando a la vista la actuación de los funcionarios intervinientes, tal situación los conducirá a extremar el celo en la rectitud de sus

actos, para evitar la responsabilidad que un obrar negligente o, aun doloso, les pueda deparar.

En virtud de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados parte, entre los cuales está la Argentina, convinieron en considerar la aplicabilidad, en sus ámbitos institucionales, de las medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (Art., III, inc. 5).

A esa consagración supralegal del principio de publicidad de las contrataciones cabe, asimismo, sumar igual acogida en el ámbito legal, por la Ley de Ética Pública, 25.188 (ver *infra*, 4.2).

Como bien se ha señalado, cuando el ciudadano piensa en la corrupción, lo relativo a las contrataciones del sector público es uno de los aspectos a destacar. De ahí la importancia de la publicidad, como medida preventiva, para disuadir la venalidad en la función pública.

En efecto: con el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo se permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, se asegurará la corrección en el trámite, porque estando a la vista la actuación de los funcionarios intervinientes, tal situación los conducirá a extremar el celo en la rectitud de sus actos para evitar la responsabilidad que un obrar negligente, o aun doloso, les pueda deparar.

Por eso, el principio de publicidad no puede ser entendido sólo en función del de concurrencia. Coadyuvan a esta idea las reglas que establecen la publicidad de la documentación administrativa relevante y necesaria para controlar el cumplimiento de las normas de la administración financiera, establecidas en la Ley de Convertibilidad Fiscal, y otras disposiciones que afirman el derecho ciudadano a la publicidad de los actos del gobiernos,

El carácter público no se agota en la publicidad del llamado; no es únicamente el deber de que la convocatoria sea conocida por la mayor cantidad posible de interesados lo que importa, tan valioso como ello es que durante la vigencia del procedimiento la tramitación no tenga reservas indebidas, y pueda ser seguida por todos los interesados, quienes, en las etapas pertinentes, deberán tener amplio acceso a las actuaciones.

El amplio acceso a las actuaciones que postulamos no excluye la posibilidad de que en la etapa evaluativa de ofertas la Administración declare, respecto de la documentación atinente a la evaluación y con arreglo a las previsiones normativas vigentes, la reserva de ésta con el fin de asegurar la celeridad y eficacia del procedimiento.

Esta exclusión provisional del acceso de los participantes a las actuaciones tramitadas para la evaluación no compromete, en modo alguno, el derecho al debido proceso adjetivo que a ellos les asiste, en tanto concluida la etapa de evaluación mediante la emisión del acto que la instrumente se reabrirá, con toda amplitud, la participación de los oferentes, quienes, después de ese acto y con pleno conocimiento, entonces sí, de todo lo actuado podrán deducir, si lo consideran atinente, las impugnaciones habilitadas por el ordenamiento.

Autorizar el acceso de los participantes a la actividad administrativa cumplida durante la evaluación de las ofertas implica, con seguridad, instaurar anticipadamente un debate entre los oferentes y la Administración, que solo puede conducir a la demora indebida del procedimiento.

Las exigencias de amplia vista de lo actuado, sustentadas, en definitiva, en la garantía constitucional del debido proceso, se concilian a nuestro juicio adecuadamente con la celeridad, sencillez y eficacia informadoras de todo procedimiento administrativo, al circunscribir el acceso privado a las actuaciones a los momentos procesales pertinentes.

Según el principio de publicidad, el acceso a la información relativa a una licitación debe estar abierto a todo contratista, no sólo en la etapa inicial de participación, sino también en la de apertura de sobres y aclaraciones. Usualmente esta publicación se realiza en el "Boletín Oficial" y en un diario de amplia circulación, según el objeto y el monto.

2.4. Tipos de licitación pública

La licitación pública tiene las siguientes variantes:

Licitación Pública Nacional: para la adquisición de bienes y suministros producidos por empresas que cuentan con planta industrial instalada en el país, así como para la ejecución de obras por empresas que tengan instalaciones en el país.

Licitación Pública Internacional: para la adquisición de bienes y suministros que no se elaboren en el país o, tratándose de obras, cuando las características técnicas de éstas requieran de participación internacional.

CAPITULO III

ALGUNOS CRITERIOS

3.1. La cuestión en la doctrina y la jurisprudencia. Los criterios legales

Conforme al interrogante que encabeza este punto, cabe preguntar si la licitación pública constituye el principio que rige las contrataciones del Estado, o si, por el contrario, éste es libre de elegir discrecionalmente a su cocontratante.

La doctrina nacional optó por sostener que el principio general en materia de selección de contratistas estatales debe ser el de la *libre elección*, conforme con el cual, en ausencia de una norma expresa - genérica o específica - en contrario, la Administración puede elegir directa y discrecionalmente al cocontratante, sin más limitaciones que las que resulten válidamente oponibles a la actividad administrativa discrecional.

Marienhoff, en este sentido, ha sostenido que la licitación pública constituye una excepción al principio general de la *libre elección* del contratista; a aquel procedimiento, expuso, sólo se debe recurrir cuando una norma lo exige.

El autor citado, en el marco constitucional previo a la reforma de 1994, precisó y sistematizó los fundamentos que, en su opinión, daban sustento a esa conclusión, explicando que si el Art. 86, inc. 1, de la Constitución Nacional atribuía al presidente de la Nación la administración general del país (hoy se haría referencia al presidente y al jefe de gabinete de ministros) y que la contratación administrativa era un caso de administración, respecto del cual la disposición citada carecía de exigencia o limitación específica alguna referida al procedimiento de selección, no cabía sino concluir que para elegir a los contratantes tenía aquél amplia libertad.

Desde ese punto de vista, que hoy hallaría fundamento en los Arts. 99, inc. 1, y 100, inc. 1, de la Constitución, los distintos sistemas de restricción a esa libertad serán, en consecuencia, exigibles sólo excepcionalmente, lo que ocurrirá cuando una norma así lo imponga, requiriendo, por ejemplo, la licitación pública, que constituirá, entonces, un requisito de cumplimiento inexcusable para el caso regulado.

Igual criterio es posible desprender de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues al pronunciarse sobre la validez de un contrato cuestionado en razón de haber sido celebrado sin previa licitación pública, sostuvo: "Podrá discutirse en doctrina si el principio que debe regir las contrataciones del Estado es la licitación pública o la libre contratación; pero en función, jurisdiccional, ante la tacha de nulidad del acto administrativo por vicio de forma, a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto" .

Otros autores proponen, en cambio, la licitación pública como regla general para toda contratación administrativa con el fin de asegurar la legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes.

Desde otra perspectiva se ha planteado la selección misma del contratista estatal como un principio básico y fundamental de la actividad contractual del Estado, configurado por la presencia de ciertos datos invariables, como la concurrencia, la correcta conducta de las partes en la puja y el carácter público del proceso.

Así propuesto, el principio de selección del cocontratante -también denominado seleccionabilidad adquiere el carácter de regla aplicable, en general, a la celebración de todo contrato administrativo, y ubica a la licitación como una de las variantes posibles de selección junto con otras (v.gr., concursos, ciertos casos de contratación directa, etc.) igualmente receptoras de los elementos de aquel principio.

De acuerdo con esta postura, la oposición se daría, a nuestro juicio, no entre la libre elección y la licitación pública, sino entre la libre elección que excluiría toda selección y la seleccionabilidad.

A partir de una posición que procura superar las antinomias tradicionales, se ha indicado que al implicar la libre elección, por imperio de las disposiciones constitucionales (Art. 42 y Convención Contra la Corrupción), el respeto de la concurrencia, el

principio en la materia debería ser, en ausencia de una previsión legal expresamente requirente de algún procedimiento especial, el de la libre elección por la Administración de cualquier mecanismo de selección que asegure, precisamente, la concurrencia de postulantes .

En lo que al régimen legal respecta, cabe puntualizar que en el ámbito nacional, tanto la Ley de Contabilidad como la de obras públicas, establecen la regla de la licitación pública, sin perjuicio de contemplar, como es razonable que ocurra, diversas excepciones a su exigibilidad general.

Debe hacerse una consideración especial a la reglamentación aprobada por el decreto 436/2000.

El decreto al que se hace referencia en el párrafo anterior establece en su Art. 21, y en lo que aquí interesa, que la elección del procedimiento de selección licitación o concurso; contratación directa; subasta o remate públicos (enunciados en el Art. 20 y 37) estará determinada por una o más de las siguientes circunstancias, sin perjuicio de otras no previstas expresamente:

- a) Contribución al cumplimiento del objetivo previsto en el inc. a del Art. 4, ley 24.156, en lo que respecta a la economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos;
- b) Características de los bienes o servicios a contratar;
- c) Monto estimado del contrato;
- d) Condiciones de comercialización y configuración del mercado;
- e) Razones de urgencia o emergencia.

En todos los casos se deberá utilizar el procedimiento más apropiado y conveniente, en función de los intereses públicos, acarreado su incumplimiento la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en los términos del Capítulo VII, de la Ley Nº 25.164. Dicho incumplimiento importará además la revocación de los actos que no se ajusten a sus previsiones y de los trámites posteriores que se hubiesen realizado.

La nueva reglamentación se refiere a lo que podría denominarse principio de libre elección del procedimiento de selección, y parece habilitar, de ese modo, un margen de discrecionalidad para el funcionario público, pese a que en los considerandos del decreto se declara como uno de sus fines la disminución de aquélla (considerando séptimo).

Si los valores que deben informar el desarrollo de toda actividad estatal precontractual son, en lo sustancial, la moralidad del accionar de los agentes administrativos, la eficacia en la gestión del interés público y la igualdad en la distribución de los fondos públicos, dicho plexo valorativo debe, necesariamente, respetarse cualquiera sea el medio escogido para elegir al contratista.

A partir de esa idea, se puede agregar, que cuando la administración contrata siempre debe seleccionar, en el sentido de que elegir al contratista, debe preservar la modalidad de su accionar, la eficacia de su gestión y el trato igualitario a quienes estén, objetivamente, en condiciones de aspirar a la contratación.

A partir de esta visión, no cabe oponer, entonces, libre elección a selección o seleccionabilidad, sino, antes bien, afirmar a ésta última como un principio general inherente a la contratación estatal, dentro del cual son distinguibles, como especies, la libre elección discrecional, por un lado, y los sistemas de restricción a la discrecionalidad funcional, por el otro.

En las dos situaciones existirá la decisión contractual resultante de la utilización de los procedimientos administrativos aplicables, prevalecientemente reglados o discrecionales, pero, igualmente, en uno y otro caso esa decisión deberá ser moral, eficaz y lícita.

Así afirmado el principio de la seleccionabilidad, cabe, entonces, determinar si dentro de él procede, como criterio general, la selección discrecional (libre elección) o bien la reglada (alguno de los sistemas de restricción a la discrecionalidad) y, dentro de ésta, cuál.

En ese sentido estimamos que en el marco de la Constitución nacional corresponde afirmar como norma el principio de la seleccionabilidad reglada y pública mediante sus posibles especies (licitación pública, concurso público, o, en fin, cualquier otro procedimiento que limitando la libertad del funcionario obligue a éste a contratar con sujeción a pautas concretamente determinadas de publicidad, concurrencia e igualdad)

Ya desde el Preámbulo la Constitución nacional nos está indicando que el Estado que organiza se debe orientar a afianzar la justicia y a promover el bienestar general, con lo cual da una clara idea de que va en pos del bien común, idea que refuerza

cuando en la parte final de ese introito, al invocar la protección de Dios, alude a la razón y vuelve a proclamar la justicia.

Un fundamento de razón y de justicia indica que la Administración no debe actuar sin asegurar previamente el procedimiento que ampare, al mismo tiempo, el interés público gestionado por el ente oficial y el privado del particular que está en condiciones objetivas de acceder a la contratación pública.

No parece dudoso que, por el lado de la Administración, la obtención de las metas consagradas en el preámbulo constitucional, está mejor garantizada, al menos formalmente, con el empleo de procedimientos licitatorios públicos, u otros equivalentes en la restricción de la libertad funcionarial, en tanto éstos obligan, concretamente, al agente estatal, a cumplir requisitos de actuación que, en el proceder discrecional, se libran a la razonabilidad del funcionario.

Mas también, desde la óptica de los derechos de los particulares, la utilización de procedimientos reglados y públicos de selección resulta la opción apropiada.

A nuestro juicio, en tanto el artículo 16 de la Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad para el acceso a la función pública, sin otra condición que la idoneidad, es posible derivar de él el derecho de todo habitante de acceder a la contratación con el Estado en condiciones igualitarias.

Para esa conclusión no es necesario categorizar al empleo público como un contrato, porque aun cuando él sea valorado como un vínculo estatutario, lo cierto es que no se advierten razones para garantizar la igualdad en ese caso y excluirla, en cambio, respecto de las relaciones contractuales.

En efecto, cuando el artículo 16 de la Constitución nacional garantiza a todos los habitantes la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad, se está refiriendo a quienes pretendan ingresar en relación de dependencia al régimen jurídico de la función pública; pero no debe suponerse que esa garantía alcance, únicamente, a éstos, dejando desprotegidos a los que quieren vincularse con el Estado, a través de una relación contractual.

Porque no resultaría razonable interpretar que la Norma Fundamental asegura a los habitantes de la Nación la posibilidad de relacionarse con el Estado sin otra condición que la idoneidad si ese vínculo va a ser de dependencia, y la niega, en cambio, si éste se concreta sin subordinación.

Si el Artículo 16 de la Ley Suprema no tuviera la amplitud a la que nos referimos, el Artículo 14 que reconoce el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, tendría que completarse con la aclaración de que tal derecho se otorga “salvo que se trate de establecer una vinculación sin relación de dependencia con el Estado”.

La cláusula constitucional que comentamos está destinada a tener, pues, una fuerza expansiva suficiente como para trascender el limitado campo de la relación de función pública y acabar, por ende, toda clase de contratación con el Estado.

No tiene las mismas oportunidades reales, ni goza, en consecuencia, de iguales derechos, quien carece de la posibilidad de contratar con la Administración, porque ésta no invita, como regla, públicamente, a presentar ofertas a todos los que se encuentran en condiciones de hacerlo, para escoger, de entre ellas, la más conveniente, sino que determina en forma discrecional, el particular con el que habrá de relacionarse.

No se trata de asegurar al interesado el derecho a la adjudicación; pero sí el de ser aceptado, en igualdad de condiciones, a participar en la puja pública que culminará con la elección del oferente que demuestre la mayor idoneidad.

Las excepciones, cuando se fundan en pautas objetivas y razonables, no hacen más que confirmar la regla. La urgencia, el fracaso de la licitación en ciertos casos, entre otros supuestos, ejemplos de situaciones normalmente contempladas en los reglamentos de contrataciones como supuestos habilitantes de la libre elección.

3.2. Consecuencias del principio que adopte.

El punto de partida que se adopte, sobre la constitucionalidad, es importante porque según él variarán los alcances que se asignen a las normas legales de contrataciones antes mencionadas u otras similares.

Así, si se supone como regla general, dentro de la seleccionabilidad que antes propusimos, la libre elección, es decir, la seleccionabilidad discrecional, será coherente interpretar restrictivamente el sentido de la enunciación contenida, por ejemplo, en el citado Art. 55 de la Ley de Contabilidad y, consiguientemente, considerar excluidos de ella los contratos administrativos no enumerados.

Si, por el contrario, se parte, como creemos se debe hacer, de la seleccionabilidad reglada y pública, es decir, de la licitación pública, como pauta general, dentro también de la enunciada seleccionabilidad, será lógico aceptar que disposiciones como la contemplada en el indicado artículo irradien su fuerza reguladora para abarcar, en principio, toda contratación administrativa, e interpretar con criterio restrictivo las excepciones de aquella pauta.

Con sustento de la postura que hemos expuesto, respecto de la seleccionabilidad como principio constitucional, consideramos que si una norma legal o reglamentaria fijara como regla de la contratación estatal la libre elección del contratista o un procedimiento de selección reglada, no pública, ella sería inconstitucional, en tanto guardaría contradicción con las disposiciones y principios constitucionales a los cuales antes nos referimos.

Lo expuesto no excluye admitir, naturalmente, la existencia de situaciones especiales habilitantes de la libre elección o de procedimientos de selección reglada, no públicos algunas de las cuales consideraremos, y que, por lo demás, deberían ser interpretadas con arreglo a lo indicado en el punto 3.3-; sin embargo, el cuestionamiento constitucional sí es dirigible a la adopción de ese criterio como pauta general.

Una norma legal así concebida debería, incluso, ser inaplicada por el órgano administrativo competente, con arreglo a la doctrina que acepta ese excepcional proceder administrativo en ciertos casos.

Las contrataciones realizadas al amparo de normas de esa índole y sin observar, por ende, el debido procedimiento de selección serían nulas de nulidad absoluta, en razón de su inconstitucionalidad, y el vicio hallaría encuadre legal en lo dispuesto por los Arts. 7, inc. d, de la LPA, que erige como requisito esencial del acto administrativo el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico y 14, inc. b, de la misma norma, que considera nulo, de nulidad absoluta e insanable, al acto dictado en violación de las formas esenciales.

La omisión del procedimiento licitatorio, o de otros equiparables, puede derivar, lisa y llanamente, de su incumplimiento total cuando se realice, por ejemplo, una libre elección si aquél es exigible por derivación directa de la Constitución (en ausencia de ley o reglamento que lo imponga) o bien de una expresa disposición legal o

reglamentaria que lo establezca, o puede resultar, en cambio, más allá del respeto aparente de las formas, del falseamiento real de ellas, como ocurre, por ejemplo, cuando se alteran indebidamente los pliegos con el acuerdo expreso o tácito de los oferentes, o se introducen en el contrato cláusulas apartadas de aquellos que benefician sin causa jurídica válida al adjudicatario.

En los dos casos se desnaturalizan los principios informadores de la licitación pública la concurrencia garantizada por la igualdad y la publicidad y la razón misma de ésta el logro de la contratación más conveniente y, con ello, los intereses públicos y privados protegidos, en general, en todo procedimiento administrativo y, en particular, en la licitación pública.

Por ello, también en tales supuestos, el acto de adjudicación y el contrato subsiguiente estarían afectados por los vicios antes indicados con la consecuencia también señalada, es decir, habrían incumplido un procedimiento previo esencial y serían, por tanto, nulos, de nulidad absoluta e insanable.

3.3. Algunos supuestos de excepción a la licitación pública.

3.3.1. El caso de la urgencia.

Las razones que dan fundamento a la licitación pública y los principios que informan su sustanciación, se relativizan significativamente cuando la satisfacción de la necesidad pública a la cual la contratación sirve se debe atender con una inmediatez que no admite el transcurso del tiempo insumible por aquélla.

La urgencia, por eso, es normalmente contemplada en las normas de contrataciones estatales como causal de excepción a la licitación pública.

Ahora bien: la configuración de la urgencia es una situación que no puede quedar sujeta a la valoración estrictamente subjetiva del funcionario, quien, con su solo juicio podría, así, dejar habilitada la excepción.

La urgencia, pues, sea que se la valore como un supuesto generador de discrecionalidad o que se la considere como un concepto jurídico indeterminado,

requiere, necesariamente, de circunstancias objetivamente verificable por informes técnicos serios y previos a la contratación.

Un contrato celebrado directamente con sustento en la urgencia, sin que ésta aparezca debidamente justificada del modo antes indicado, adolecerá, por ende, de nulidad absoluta e insanable.

Una cuestión que puede plantearse en relación con la urgencia es si se puede invocar para omitir la licitación pública cuando ella es imputable a la mora en el accionar del propio funcionario administrativo. El punto adquiere singular importancia cuando la normativa aplicable, al regular la urgencia como causal de excepción a la licitación pública, lo hace vinculando su configuración a circunstancias imprevistas. Pensamos que la imprevisibilidad se debe valorar objetivamente y en relación, por tanto, con la existencia misma de la necesidad a satisfacer. De tal manera, presente una necesidad pública que no se pueda atender debidamente mediante el procedimiento licitatorio, se justificará acudir al mecanismo de excepción que resulte procedente.

Desde esta perspectiva, la imprevisibilidad actuará como condicionante de la eventual responsabilidad del funcionario, quien, si esta concurre, actuará en ese aspecto legalmente en el marco de la excepción, mientras que, por el contrario, si aquélla no aparece configurada del modo requerido, resultará responsable, según corresponda, política, disciplinaria, patrimonial, y en su caso penalmente.

3.3.2. El fracaso de la licitación (ausencia de ofertas u ofertas inadmisibles).

Un llamado a licitación pública puede fracasar por la ausencia de ofertas (licitación desierta), por haberse formulado propuestas inadmisibles, o bien porque las ofertas presentadas resultan inconvenientes.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha distinguido claramente entre los conceptos de oferta inadmisibles y oferta inconveniente, señalando que el primero corresponde a la propuesta apartada de las exigencias específicas del pliego, mientras que el segundo, en cambio, se refiere a la situación que se configura

cuando la oferta, aun ajustándose al pliego, resulta, no obstante, inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias.

Ahora bien: de conformidad con lo dispuesto por el Art. 56, inc. 3, apartado e, de la Ley de Contabilidad, cuando una licitación pública resulta desierta, o ha recibido ofertas inadmisibles, procede la contratación directa.

El Art. 9, inc. f, de la Ley de Obras Públicas (13.064) determina, a su vez, que cuando no haya habido proponentes o no se hubieran hecho ofertas admisibles, las obras pueden ser licitadas privadamente o contratadas en forma directa.

En ambas regulaciones legales, el fracaso de una licitación pública por ausencia de oferentes o por haber sido presentadas propuestas inadmisibles autoriza a prescindir de ella para una contratación posterior, aunque es también destacable que la concurrencia no queda excluida en forma absoluta.

El inciso 7, de la Reglamentación al Artículo 61 de la Ley de Contabilidad impone la sujeción de la contratación directa que procede ante el fracaso de una licitación pública, a las mismas bases y condiciones del llamado fracasado, sea que éste derive de la ausencia de propuestas o de ser éstas inadmisibles.

La sujeción de la contratación directa a las mismas bases de la licitación fracasada se debería aplicar, incluso, a todo régimen contractual del Estado que no tenga previsión expresa sobre el punto, porque ella estimula la transparencia administrativa al dificultar comportamientos irregulares tanto de la Administración como del sector privado.

En lo que se refiere, finalmente, a la licitación pública fracasada por ofertas inconvenientes, ella no justifica una contratación directa posterior, pues, como ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación, si así fuera bastaría con declarar inconvenientes todas las ofertas para, luego, contratar directamente con el oferente escogido.

En cualquier caso, antes del perfeccionamiento del contrato es siempre posible dejar sin efecto el llamado y contratar directamente por razones de urgencia con cambio, si es necesario, de las bases del llamado y previo cumplimiento, si corresponde, con las invitaciones previstas por, el Art. 18 del nuevo Reglamento de Contrataciones- mediante un acto administrativo debidamente fundado en el cual se demuestre, inequívocamente, la configuración de aquella causal de excepción.

3.3.3. Las contrataciones interadministrativas.

Para que el encuadramiento de una contratación directa en esta causal de excepción a la licitación pública sea válido, se requiere, necesariamente, que el objeto de aquella corresponda al fin existencial, a la especialidad del ente con el cual se contrata, pues de lo contrario la excepción operaría como un medio de evadir la licitación.

3.3.4. Las contrataciones reservadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la exención de la subasta pública obliga, con mayor razón, a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza y a explicar, en su caso, por qué aquél difiere de éstos.

Y ello es así, tanto más si la contratación directa se funda en la necesidad de mantener la reserva en las operaciones del gobierno, porque si bien el secreto es aceptable respecto de ciertos actos sólo en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, ello no implica, en modo alguno, instituir un ámbito de actividad administrativa marginado de la legalidad y de la obligación consiguiente de dar cuenta de los antecedentes fácticos y jurídicos en virtud de los cuales se decide, y de observar el fin de ésta.

CAPITULO IV

LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

4.1. Concepto y naturaleza de los pliegos.

Entendemos por pliego de bases y condiciones, genéricamente, el documento elaborado por la Administración pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate.

En ese concepto, como dijimos, genérico, se deben distinguir, a los efectos que ahora nos interesan, dos especies: el Pliego de Bases y Condiciones Generales y el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. El primero contiene las disposiciones relativas a los contratos de una misma clase o categoría (v.gr., obra pública, suministro, etc.), o bien, en principio, a todos los contratos que celebra la Administración pública; el segundo se refiere, por el contrario, a un contrato en particular, cierto y determinado, respecto del cual fija las condiciones específicas (v.gr., el contrato de suministro de víveres de una unidad militar, para el primer trimestre del año).

La determinación de los medios de impugnación administrativa de los pliegos de una licitación pública depende, como otras cuestiones, de la naturaleza que se asigne a éstos, porque aquellos varían según se trate de actos de alcance general o particular.

Así las cosas, cabe entonces preguntar: ¿todos los pliegos de bases y condiciones tienen la misma naturaleza jurídica? ¿Procede diferenciar entre ellos?

El hecho de que el pliego de condiciones particulares se dicte para una licitación en especial ha hecho que numerosos autores opinen que éste sería un acto administrativo, mientras que el pliego de condiciones generales sería un reglamento administrativo.

En nuestra opinión, ambos pliegos tienen naturaleza esencialmente normativa, porque rigen el procedimiento de contratación y se imponen tanto a los oferentes como a la Administración y a terceros. Tanto es así que el pliego sigue rigiendo con carácter normativo después del contrato, ya que los oferentes podrían reclamar algún cambio posterior en algún ilegítimo acuerdo entre la Administración y el triunfante en la licitación. Por estas razones, consideramos que el pliego en todos los casos tiene naturaleza de reglamento administrativo.

Otros autores se refieren a los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, y consideran que tanto las cláusulas relativas al procedimiento de selección como las específicamente regulatorias del contrato revisten la calidad de generales no normativas, porque ambas clases de prescripciones son aplicables a una pluralidad, por lo menos indeterminada, de personas (los potenciales oferentes), y se consumen con su aplicación, es decir, con la sustanciación de la selección y el desarrollo del contrato.

La circunstancia de que la fuente inspiradora de la LNPA y la propia letra de ésta no distinguen entre los actos de alcance general normativo y no normativo podría hacer pensar en la inutilidad de la distinción enunciada si se acepta que esa ausencia de diferenciación importa la identidad regulatoria de los actos generales a todos los efectos.

Por cierto, hay similitudes insoslayables que devienen, precisamente, de la generalidad: en el marco de un acto de alcance general no normativo (por ejemplo, un acto que fija para un año determinado las fechas de exámenes en una universidad estatal) es inadmisibles la derogación singular, como lo es también en el caso de los reglamentos.

No obstante, del hecho de que los actos generales normativos o reglamentarios se incorporen al ordenamiento y los generales no normativos se agoten, en cambio, con su cumplimiento, se deriva, por lo pronto, una diferencia esencial: los primeros condicionan todos los contratos de la misma especie que celebre la Administración y

no es posible cambiar sus disposiciones, salvo derogación o modificación; los segundos, al contrario, más allá de su generalidad, son, en el marco del pliego general y con la debida sujeción a sus cláusulas y principios, esencialmente mutables de un contrato a otro.

Por eso, en principio, los pliegos particulares no pueden contradecir los generales; éstos, en efecto, tienen valor normativo; aquellos, no. La relación de contradicción entre un pliego particular y uno general, aunque ambos sean generales -en el sentido antes indicado -, no es un supuesto de derogación, sino, simplemente, de incumplimiento del segundo por el primero.

Y esta diferencia entre los pliegos justifica, en ciertos casos, como luego se advertirá, distinciones en materia impugnatoria.

4.1.1. Los pliegos de Bases y Condiciones Generales.

La impugnación directa de esta especie de pliegos debe ser realizada por las vías previstas en el ordenamiento para los actos de alcance general.

En ese sentido cabe recordar que según doctrina sentada por la Procuración del Tesoro de la Nación, aquélla sólo procede, en sede administrativa, mediante el reclamo contemplado en el Art. 24, inc. a, de la LNPA.

La impugnación indirecta, a su vez, por medio de los actos particulares de aplicación, se debe efectuar por el sistema recursivo.

Al ser estos pliegos verdaderos reglamentos, están además, a nuestro juicio, amparados por las posibilidades impugnatorias recogidas en diversos proyectos de códigos, contencioso administrativos y en el nuevo código de la materia que entrará a regir en la provincia de Buenos Aires cuando comiencen a funcionar los tribunales respectivos.

Nos referimos al criterio según el cual la falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o su desestimación, no impide la impugnación de sus actos de aplicación individuales; del mismo modo que la falta de impugnación de éstos no obsta a la impugnación de aquél, sin perjuicio de los efectos propios de la firmeza de los actos de aplicación individuales.

El fundamento de esta idea radica en la abrir posibilidades impugnatorias amplias respecto de actos con fuerza normativa, y capaces, por tanto, de irradiar un espectro ilimitado de ilegalidades.

Por esto, cuando un legitimado para impugnar se considere afectado por cláusulas del pliego general tendrá acceso a impugnar directamente el pliego, pero si no lo hace, o su pretensión es desestimada, puede impugnarlo indirectamente, en su oportunidad, a través de los actos individuales de aplicación; y a su vez, si no lo impugna indirectamente por medio de éstos, podrá, también, impugnarlo directamente, con posterioridad, sin perjuicio de las consecuencias de la firmeza de los actos individuales no impugnados.

4.1.2. Los pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

Hemos afirmado que estos pliegos, llamados "particulares" en razón de que se refieren a cierto y determinado contrato, son, sin embargo, actos de alcance general -en tanto están dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas - no normativos - porque no se incorporan al ordenamiento y se agotan con el cumplimiento en el caso concreto.

También indicamos que la diferencia de la cual hacemos mérito -actos generales normativos y no normativos no aparece en la fuente de la LNPA ni en ésta.

Lo dicho lleva en principio a considerar que estos pliegos están sujetos a los medios de impugnación directa e indirecta propios de los actos generales, sin distinciones, resultantes de la LNPA y su reglamentación.

Y decimos "en principio" porque, a nuestro modo de ver, no es viable, respecto de esta clase de pliegos, acudir a la posibilidad impugnatoria antes comentada, recogida en algunos proyectos de códigos. Y esto es así porque al carecer de fuerza normativa, no concurre, en relación con ellos, la razón que da fundamento a la referida alternativa impugnatoria.

Por tal motivo, el legitimado para cuestionar las disposiciones del pliego de condiciones particulares, no tendrá acceso a aquella posibilidad impugnatoria con arreglo a las siguientes pautas: la falta de impugnación directa del pliego, o la

desestimación de ella, le impedirá recurrir los actos individuales de aplicación de aquél; y, a su vez, la falta de impugnación de los actos de aplicación individuales del pliego obstarán a que cuestione éste directamente.

4.2. Legitimación, oportunidad de la impugnación y cláusulas que imponen la aceptación de los pliegos por el hecho de presentar la oferta.

4.2.1. El oferente

Hoy ya no se discute en doctrina que quien presenta una oferta en un procedimiento de selección, aun cuando no posea derecho subjetivo a la adjudicación, es titular, sin embargo, de un derecho subjetivo a la regularidad de ese procedimiento, motivo por el cual le asiste, a nuestro juicio, legitimación amplia para impugnar, tanto en sede administrativa como judicial, los hechos y actos administrativos -en este último caso, particulares o generales -, y sean éstos normativos o no, que afecten ese derecho.

Es habitual que en los pliegos se incluyan cláusulas a tenor de las cuales la presentación de la oferta importa el pleno conocimiento y aceptación de todos los documentos del acto licitatorio, circunstancia de la cual es razonablemente derivable la improcedencia, en principio, de -Impugnaciones posteriores a aquella presentación.

La Procuración del Tesoro tiene dicho, en ese sentido, que la circunstancia de que los oferentes hayan aceptado las cláusulas generales y particulares de la licitación sin observaciones ni reparos excluye la admisibilidad de las impugnaciones posteriores por su extemporaneidad.

Por lo expuesto, de existir cláusulas de la índole de la comentada, el oferente debe deducir sus impugnaciones contra los pliegos -sean generales o particulares- cuando adquiere la condición de tal, es decir, al momento de presentar la oferta, y es esta oportunidad la instancia preclusiva en este aspecto, excepto respecto de cláusulas que puedan implicar la pretensión administrativa de dispensa del dolo.

De todos modos, como el supuesto de oferta e impugnación simultáneas implica, normalmente, el incumplimiento del pliego en sus aspectos impugnados, la alternativa considerada implica el riesgo de que, cuando la autoridad competente para admitir o calificar la oferta no sea la autora del pliego cuestionado, rechace aquélla por inadmisibles, lo cual de suceder, obliga al oferente a sumar impugnación inicial una nueva contra el acto de rechazo. Por ello, en estos casos, el órgano competente para resolver la impugnación contra el pliego debería de oficio suspender el llamado, de concurrir alguno de los supuestos del Art. 12 de la LNPA. Cuando hipotéticamente no exista una cláusula como la indicada, entendemos que, por aplicación de la idea de amplitud impugnatoria a la cual nos referimos precedentemente, el oferente puede impugnar el pliego general directa, o indirectamente, incluso después de la oferta.

Los pliegos particulares, por el contrario, los deberá impugnar en cualquier caso en forma directa al momento de la oferta, habida cuenta de su carencia de fuerza normativa y la aplicación, por tanto, en este supuesto, de las razones que habilitan la amplitud impugnatoria en los actos generales normativos, salvo el supuesto, ya enunciado, de cláusulas que puedan configurar un intento de dispensa del dolo.

4.2.2. Los potenciales oferentes.

¿Puede impugnar los pliegos de una licitación quien no ha formulado oferta en ella?

A nuestro juicio, la posibilidad impugnatoria corresponde no sólo a los oferentes, en las condiciones indicadas en el punto anterior, sino, también, a quienes aún sin haber formulado ofertas y habiendo o no comprado los pliegos pueden demostrar su derecho a participar en el procedimiento de selección convocado por la Administración

Y, a nuestra opinión, ese derecho se configura cuando el particular, en razón de sus antecedentes empresariales, económicos, financieros, científicos, técnicos, intelectuales, profesionales o de otra índole equivalente, está en condiciones objetivas de formular una oferta admisible ante la convocatoria pública.

En algunos casos cabe presumir ese derecho, como cuando la Administración convoca a una licitación pública en un ámbito en el cual ha organizado registros positivos de contratistas, y alguno de los inscritos pretende cuestionar los pliegos. En otros supuestos, la existencia del derecho deberá ser demostrada concretamente por el eventual oferente. En cualquier caso, la legitimación, en nuestra opinión, se debería valorar con criterio amplio con el fin de asegurar la real vigencia de los principios propios de la licitación pública.

Como es lógico, la actuación en calidad de potencial oferente se extiende hasta la presentación de la oferta, momento a partir del cual se comienza a aplicar el régimen propio del oferente, al cual nos hemos referido.

CAPITULO V

LA ADJUDICACION, DECISIÓN REGLADA O DISCRECIONAL

Mientras en la actividad preponderantemente reglada la conducta administrativa debida está predeterminada en concreto por la norma, en la preponderantemente discrecional, en cambio, la norma atributiva de competencia utiliza, normalmente, en la cópula de enlace entre el antecedente y el consecuente, la locución "podrá", además de contener en el primero o en el segundo, o en ambos, fórmulas habilitantes de más de una actuación válida.

La teoría de los conceptos Jurídicos indeterminados, por otro lado, en tanto excluyente de la discrecionalidad, viene a considerar como supuestos generadores de actividad reglada casos que, de otro modo, configurarían habilitación de discrecionalidad. Como es sabido, el concepto jurídico indeterminado sólo admite una solución justa y excluye, por ende, la existencia de la posibilidad de elección. La cuestión de la índole de la decisión adjudicatoria se presenta, especialmente, cuando la norma utiliza como criterio de adjudicación la locución "oferta más conveniente", u otras sustancialmente equivalentes, pues mientras para un sector de la doctrina se habilita en esos casos actividad discrecional, para otro, por el contrario, esa clase de fórmulas configuran supuestos típicos de conceptos jurídicos indeterminados.

La diferenciación tiene consecuencias decisivas respecto del alcance del control judicial del acto de adjudicación, porque si se acepta que éste, en el caso en consideración, traduce discrecionalidad, aquél sólo se podría realizar a la luz de los principios generales del derecho, mientras que de considerarse configurado un concepto jurídico indeterminado, él abarcaría la extensión propia de la actividad reglada, incluidos, en su caso, los poderes sustitutivos del juez.

Por nuestra parte, entendemos que la locución "oferta más conveniente" no contiene un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que no alberga, en su ámbito, una única solución justa, porque cuando la Administración decide elegir, de entre las propuestas presentadas, la más conveniente, no realiza un proceso intelectual o de conocimiento, sino, antes bien, una actividad estrictamente volitiva en virtud de la cual escoge, esto es, valora a la luz de parámetros extrajurídicos, que dependerán, en cada caso, de la materia de que se trate

Ciertamente, la elección se deberá encuadrar en el marco de los principios generales del derecho, los cuales, al operar como límites jurídicos negativos de la discrecionalidad, no podrán, por ende, ser violados; empero, fuera de ese condicionamiento, el proceso valorativo es libre, y en él la autoridad administrativa despliega su potestad gestora del interés público.

Por lo dicho, si la decisión adjudicatoria fuera ilegítima por transgredir los límites indicados, los oferentes vencidos podrían impugnarla administrativa y judicialmente, en tanto titulares de un derecho subjetivo a la regularidad del procedimiento de selección, pero escaparía al contenido de su pretensión el requerimiento jurisdiccional de la adjudicación. De ser aceptada esta última alternativa, guardaría contradicción con el principio de separación de poderes, porque importaría reconocer al juez el ejercicio de funciones administrativas ajenas a su cometido judicial en la especie, el cual no podría exceder, en nuestra opinión, la posibilidad anulatoria del acto ilegítimo.

CAPITULO VI

EXTINCIÓN DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA

6.1. Potestad administrativa para extinguir un llamado a licitación pública.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha recordado que el desistimiento administrativo de una licitación es una prerrogativa administrativa que todos los regímenes de contrataciones públicas reservan en favor del organismo licitante. Así lo establece, por ejemplo, el Art. 61 del Reglamento aprobado por el decreto 436/2000 y se desprende, asimismo, del Art. 18, segundo párrafo, de la Ley de Obras Públicas.

No obstante de esa regulación legal y reglamentaria, pensamos que aun cuando la potestad en estudio no estuviera expresamente por normas de ese nivel, ella le compete al Presidente de la Nación o al Jefe de Gabinete -o a las autoridades legítimamente delegadas por éstos - , como Jefe de la Administración y titular de su ejercicio, respectivamente (Arts. 99, inc. 1, y 100, inc. 1, de la Constitución nacional). En efecto: si la función administrativa importa la gestión directa e inmediata del interés público, y su contenido incluye la potestad inherente o razonablemente implícita de revocar actos y contratos administrativos, no cabe sino aceptar que el desistimiento de una licitación pública también es válidamente posible sin norma legal o reglamentaria que la habilite.

Reconocer esa prerrogativa a la Administración implica, también, requerir que el acto que la instrumente se ajuste a todos los requisitos resultantes de los Arts. 7 y 8 de la LNPA.; razón por la cual si aquél careciera de un elemento esencial o, en su caso, adoleciera de un vicio grave equivalente, sería nulo, de nulidad absoluta e insanable,

en los términos del Art. 14 de la norma mencionada, comprometiendo la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Se evidencia, pues, la necesidad de distinguir, en el tratamiento de la cuestión, los supuestos de extinción legítima e ilegítima.

6.2. Ejercicio legítimo de la potestad extintiva.

Si la autoridad licitante deja sin efecto, válidamente, un llamado a licitación pública con sustento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se está, a nuestro juicio, ante una situación que compromete la responsabilidad del Estado por su accionar lícito. La Procuración del Tesoro menciona que los particulares interesados, que han hecho frente a determinados gastos, pueden pedir que éstos le sean reintegrados.

Dicha reparación de los perjuicios causados -procedente aun en silencio del pliego- se sustenta en la protección conferida por la Constitución al derecho de propiedad, en la reglamentación de esa protección, efectuada, respecto de la extinción de actos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, por los Arts. 18, de la LNPA., y 83 de su reglamentación.

Escapa al objeto de este trabajo estudiar, en profundidad, el régimen indemnizatorio propio de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Sólo cabe reiterar ahora que la regla en esta última materia es, en nuestra opinión, la indemnización, exclusivamente, del daño emergente, entendido en el caso como el derivado, directa e inmediatamente, de los trabajos, gastos y desembolsos realmente efectuados por el oferente en exclusivo interés del contrato tenido en vista y para facilitar u obtener su adjudicación.

Ello es, así, coherente con la situación jurídica del oferente, quien no puede invocar otro derecho subjetivo que no sea el de la sustanciación regular del procedimiento de selección.

Por otra parte, al ser por hipótesis legítima la actividad revocatoria ahora considerada, no cabría realizar tampoco, respecto del criterio indemnizatorio expuesto, distinciones fundadas en el grado de avance de la licitación, puesto que la

situación de quien no es contratista, sino simplemente oferente, no puede ser mejor que la del propio contratista, quien no está en condiciones de pretender, ante la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, más que el daño emergente ocasionado por la extinción del contrato.

Cabe, finalmente, preguntar si la indemnización procede cuando, siendo legítima la revocación, ella está, sin embargo, expresamente excluida por el pliego.

En nuestra opinión, si la indemnización en estos casos representa un derecho patrimonial renunciable, la cláusula excluyente es legítima, lo cual no obsta, desde luego, a su eventual impugnación por los potenciales oferentes o, en su caso, proponentes.

El caso de la revocación del llamado a licitación por razones de ilegitimidad.

La revocación de un llamado a licitación pública, con fundamento en razones de ilegitimidad, se debe remitir, en general, al régimen que surge de los artículos 17 y 18 de la LNPA.

En este caso, la revocación no origina, en si misma, derecho a indemnización, salvo los perjuicios que se hubiesen derivado de la ejecución del acto y únicamente a favor de quienes no hubiesen conocido el vicio ni hubieran debido, razonablemente, conocerlo.

6.3. Ejercicio ilegítimo de la potestad extintiva.

No es infrecuente que la Administración deje sin efecto llamados a licitación pública, mediante actos ilegítimos.

Un supuesto habitual es adoptar esa decisión invocando, genérica y dogmáticamente, razones de mérito, oportunidad o conveniencia, sin explicar cuáles son esas razones y cómo se orientan a la satisfacción del interés público.

La decisión de extinguir una licitación pública es, sin duda, discrecional; empero, debe resistir el *test* demostrativo del cumplimiento, en lo pertinente, de sus elementos reglados y de su no violación de los principios generales del derecho.

Así, el acto emitido por el organismo competente (Art. 71 inc. a, de la LNPA.) deberá estar correctamente estructurado desde el punto de vista causal (Art. 7, inc. b, de la LNPA.) -no puede responder sólo a la voluntad del funcionario -; de la motivación (Art. 7, inc. e, de la LNPA.) -no debe ser aparente, sino exteriorizadora real de la causa y de las razones que inspiran su dictado - y teleológico (Art. 7, inc. f, primer párr., primera parte, de la LNPA.) –debe enunciar claramente el fin público perseguido - Y, por supuesto, no podrá ser irrazonable (principio general del derecho derivado del Art. 28 de la Constitución nacional y del Art. 7, inc. f, primer párr., segunda parte, de la LNPA).

Pues bien, cuando la Administración deja sin efecto, ilegítimamente, un llamado a licitación pública, se compromete, como es lógico, la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, con las consecuencias indemnizatorias inherentes a esa clase de responsabilidad administrativa.

Y en ese sentido, pensamos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que si el actuar administrativo es irregular o irrazonable, "no hay norma que autorice a eximir al Estado de la justa e integral reparación de los perjuicios que causare".

Por ello, sí tendría sentido, en este caso, atender, para la determinación del quantum indemnizatorio, al estadio procesal de la licitación, pues éste puede originar perjuicios diferentes.

CONCLUSIÓN

La licitación pública es el procedimiento de selección de contratistas públicos por excelencia. Con este procedimiento se seleccionará la propuesta más conveniente al interés público.

En ella encontramos principios que le son propios que tienen por objetivo lograr la mayor cantidad de oferentes, y asegurar la mayor transparencia en la gestión estatal, todo esto en un marco de igualdad que mantenga la imparcialidad de la Administración entre los proponentes.

El principio de igualdad es fundamental para los prestatarios del servicio público, ya que el respeto de este principio en la licitación pública, significa asegurarles a aquellos que quieren celebrar un contrato con la Administración, que no se favorecerá a ningún oferente por sobre otro, ni se va a hacer diferencia entre ellos.

El respeto al principio de igualdad, debe abarcar todo el proceso de selección del contratante, desde la confección de los pliegos hasta la adjudicación y firma del contrato del contrato, e incluso mantener su vigencia luego de celebrado éste.

La jurisprudencia ha declarado la nulidad de aquellos contratos cuya ejecución no se ajusta a lo establecido en el pliego de bases y condiciones, ya que cualquier tipo de modificación, generaría desigualdad entre quien resultó adjudicatario y los restantes proponentes de la licitación, que probablemente de haber conocido las modificaciones realizadas, hubieran variado su oferta y cotización y condiciones.

Sin embargo, por lo leído, no sería violatorio del principio de igualdad, las modificaciones que realice la Administración unilateralmente en los contratos, originada en el interés público y siempre dentro de los límites estipulados.

Podemos concluir, que el principio de igualdad deberá ser respetado durante todo el procedimiento de selección del contratista público, y que, deberá siempre enmarcarse dentro de ciertos límites.

Dentro de los principios propios de la licitación pública, en mi opinión, el principio de igualdad es el más importante, debido a que, su respeto garantizará una mayor

conurrencia de oferentes motivados a concurrir al observar que el procedimiento de selección se desarrolla con transparencia e imparcialidad por parte de la Administración, cualidades fundamentales para la realización de cualquier actividad. El llamado a licitación es una invitación a formular ofertas, y cuando la Administración invita públicamente, no se establecen limitaciones, es por ello, que pueden participar todos aquellos que decidan presentar su propuesta, siempre que cumplan con la normativa y las exigencias vigentes.

INDICE BIBLIOGRAFICO

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I y Tomo II (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Año 2002), 490 y 663 páginas.

COMANDIRA, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo, Otros Estudios, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Año 1996).

MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 5 Tomos en 6 Volúmenes (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Año 1992).

