



UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

CONTADOR PÚBLICO NACIONAL

Metodología de la Investigación y Seminario de Aplicación

ALUMNO

FECHA CURS.

AÑO

DIRECTORA

TEMA

MARÍA LAURA ARDONA

2008

4°

DRA. CRISTINA CUARTARA

LICITACIÓN PÚBLICA

MENDOZA, AGOSTO 2008

**La Reforma del Estado en materia de
Licitación Pública como punto de partida
para estimular la participación de
oferentes**

Índice

Introducción	5
<hr/>	
Capítulo I	
Contratos administrativos	6
<hr/>	
A. NOCIONES GENERALES	6
B. ALCANCE	6
C. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN	7
1. Desigualdad jurídica	7
2. Cláusulas exorbitantes	8
D. DERECHO COMPARADO	8
1. Costa Rica	8
2. Chile	9
3. España	9
4. Inglaterra	10
E. CONTRATACIONES ELECTRÓNICAS EN ARGENTINA	11
F. CARACTERES: FORMALISMOS	12
G. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL	12
1. Concepto	12
2. Formas procedimentales	13
Capítulo II	
Licitación pública	14
<hr/>	
A. CONCEPTO	14
B. ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	14
1. El licitante-pliego de condiciones	14
2. El llamado a licitación	15
3. Publicación	16
4. Los licitadores. Presentación de las propuestas	16
5. Recepción de propuestas	17
6. Adjudicación	18
C. JURISPRUDENCIA PROVINCIAL EN MATERIA DE LICITACIÓN PÚBLICA	20
D. EL INFORMALISMO Y LA CONCURRENCIA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA	22
1. Igualdad y concurrencia	22
2. La igualdad de antaño	23
E. EL CONFLICTO ENTRE IGUALDAD Y CONCURRENCIA	23
F. EL INFORMALISMO ACTUAL	24
G. INFLUENCIA DE LA APERTURA DE LA ECONOMÍA	24

H. LAS LICITACIONES INTERNACIONALES Y SUS OFERENTES	25
I. LA POLÍTICA OFICIAL EN LA MATERIA	26
J. DEFECTO PARCIAL DE LA LICITACIÓN: CORRUPCIÓN	27
K. EL CONTROL EN LOS CONTRATOS	29
L. LA LEGISLACIÓN NACIONAL	32
1. Artículo 17 de la Ley de Obras Públicas	32
2. Artículo 66 del Decreto 5.720/72	32
Capítulo III	
Privatizaciones	34
A. INTRODUCCIÓN	34
B. MARCO INSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA REFORMA DEL ESTADO	34
1. La emergencia administrativa: Capítulo I	35
2. De las privatizaciones y participación del capital privado: Capítulo II	36
3. Programa de Propiedad Participada (PPP): Capítulo III	37
4. La protección del trabajador: Capítulo IV	37
5. Las contrataciones de emergencia: Capítulo V	37
6. Las contrataciones vigentes: Capítulo VI	37
7. Situaciones de emergencia en las obligaciones exigibles: Capítulo VII	37
Capítulo IV	
La práctica administrativa argentina reciente	38
A. LICITACIÓN DE YPF PARA LA CUENCA AUSTRAL	38
B. LICITACIÓN DE SERVICIOS FERROVIARIOS	38
Conclusiones	40
Bibliografía	42

Introducción

Inicialmente, el Estado moderno, nacido de la Revolución Francesa, era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución Industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a tal extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, que generó situaciones sociales insostenibles.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país, y por otra parte interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

CAPÍTULO I

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Nociones generales ¹

El contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de la cuales una actúa en ejercicio de la función administrativa.

Es un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento de adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración.

La caracterización del contrato de la Administración resulta: del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la administración, de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa y de las prerrogativas especiales de la administración en orden a su interpretación, modificación o resolución.

B. Alcance ²

Es una declaración de voluntad común, pues se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y la de un particular u otro ente público, estatal o no estatal, por la otra.

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes.

Cualquiera de los tres órganos (legislativo judicial y ejecutivo) puede celebrar contratos administrativos (Art. 86, inc. 1ª, y 67, inc. 3ª y 4ª, Constitución Nacional). Los

¹ DROMI, José Roberto, **Instituciones de derecho administrativo** (Buenos Aires, Astrea, 1973), pág. 368/84.

² DROMI, José Roberto, **Reforma del estado y privatizaciones** (Buenos Aires, Astrea, 1991), v. 3, pág. 3/4.

órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración Central o a entes descentralizados.

También celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales o los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal.

El cocontratante puede ser un particular (persona física o jurídica) u otro ente público (estatal o no estatal). En este segundo caso estaríamos ante un contrato inter-administrativo.

El contrato de la Administración produce una especial incidencia en el mundo jurídico, determinando recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales).

c. Prerrogativas de la Administración

1. Desigualdad jurídica ³

Las partes contratantes están en un plano desigual. La administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del cocontratante.

Cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al cocontratante, el principio de la inalterabilidad de los contratos no pueden ser mantenidos, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la administración a introducir modificaciones en el contrato, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el cocontratante.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del cocontratante, ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste y rescindir unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas así lo exijan.

³ DROMI, José Roberto, **Instituciones...**, **op. cit.**, pág. 380/1.
DROMI, José Roberto, **Reforma...**, **op. cit.**, pág. 12/3.

2. Cláusulas exorbitantes ⁴

En virtud de estas cláusulas, la administración puede ejercer sobre sus co-contratantes un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etc.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas, ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución y el régimen de la interpretación especial de las cláusulas contractuales.

Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder del ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.

D. Derecho comparado

Otras legislaciones alrededor del mundo han procurado darle un especial desarrollo en lo que respecta a la contratación realizada por la Administración Pública, creando leyes especiales que regulan lo que es Contrato Administrativo y las formas en que se celebra. Esto se regula de distintas maneras, dependiendo de la legislación de cada país, algunos de cuyos ejemplos se describen seguidamente.

1. Costa Rica ⁵

El concepto *contrato administrativo*, para la legislación Costarricense, se refiere a la relación contractual surgida como merito de un procedimiento, sea éste ordinario o extraordinario, previsto por la ley, mediante el cual la Administración Pública escoge al contratista, en conjunto con el cual tendrán como fin último satisfacer una necesidad pública. La regulación de los Contratos Administrativos se desarrolla en las siguientes Leyes:

⁴ **Ibidem.**

⁵ DROMI, José Roberto, **La Licitación Pública**, 2ª edición (Buenos Aires, Astrea, 1985), pág. 21.

- ☑ Ley nº 7.494 del 2 de mayo de 1995, sobre "Ley de Contratación Administrativa" y su Reglamento General, Decreto Ejecutivo nº 25.038-H del 06 de marzo de 1996.
- ☑ Ley nº 7.762 del 14 de abril de 1998 sobre "Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos."

En dicha legislación existe una dependencia del Ministerio de Hacienda de Costa Rica, llamada Dirección de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, creada con el fin de dar cumplimiento a su función de propiciar la integración de la información de los procedimientos de contratación administrativa del Gobierno Central, y en ejercicio de sus atribuciones de ejecutar las acciones necesarias para establecer políticas en materias propias del sistema regido por ella y requerir información a las instituciones y dependencias del sector público para el cumplimiento de sus fines.

2. Chile ⁶

El Derecho Chileno nunca ha contado con una ley general reguladora de la contratación administrativa, pese a que la Constitución Política de la República regula y categoriza claramente los actos administrativos: decretos y resoluciones, distinguiéndolos de los contratos administrativos, como lo establecen los artículos 32, numeral 8°, 35, 102, 108, 87 y 88 del Código Político, por una parte, al referirse a los actos y a potestad reglamentaria o normativa, y los artículos 60, Nº 7 y 9, y 62, inciso 4°, numeral 3°, por la otra, que lo hacen respecto a los contratos.

Ante este tipo de vacío normativo, la contractilidad pública se encuentra regulada en las leyes y reglamentos especiales que se ocupan de normar algunos contratos que celebra la Administración del Estado.

3. España ⁷

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 1.098/2001, del 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, regulan lo relativo a la actuación de la Administración pública en su forma de contratación.

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su Art. 5, establece que *"son contratos administrativos:*

- a) *Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. (Modificado por ley 13/2003)*
- b) *Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.*

Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos."

Los tipos de contrato reconocidos por la Legislación Española son:

- El de Obras.
- De Gestión de servicios públicos.
- De Suministros.
- De Consultoría, asistencia y de servicios.

4. Inglaterra ⁸

En el derecho inglés, si bien los contratos celebrados por la Corona Británica están sujetos a las normas de derecho común y a los tribunales ordinarios, lo cierto es que sus privilegios, como el poder de policía, el privilegio de inejecutabilidad y la prohibición de

⁸ *Ibidem.*

dictar contra ella mandamientos de hacer dejaban sin eficacia al contrato y sin garantía al contratista. En ese sentido, en 1968 se creó el "Review Board for Government Contract", organismo de arbitraje encargado de decidir todos los conflictos contractuales que se presentasen en el ámbito de la Corona y ejercer funciones consultivas, cuyas decisiones configuran la base de desarrollo de todo un sistema de poderes exorbitantes de la Administración y de compensaciones económicas al contratista que se pactan mediante la adhesión de éste a un pliego de condiciones.

Esta particular regulación ha llevado a doctrinarios como Ariño y Parada a considerar que si bien tales contratos no han sido calificados expresamente por el derecho inglés como "administrativos" la realidad de los casos permite afirmar que se trata de una figura que no es contrato en absoluto, o que de serlo, impone deberes al particular más no le otorga derechos.

E. Contrataciones electrónicas en Argentina ⁹

El sistema de Contrataciones Electrónicas es una solución tecnológica integral que da soporte a los procedimientos de Contrataciones en el ámbito de la Administración Pública Nacional, siguiendo los objetivos de difusión, transparencia, economía y eficiencia.

Se basa en la comunicación electrónica por medio de Internet entre los Organismos y de los Proveedores durante toda la gestión de la contratación, desde la convocatoria hasta la adjudicación.

Funcionamiento

El sistema de Contrataciones Electrónicas permite a cualquier ciudadano consultar en forma fácil y ágil los datos, detalles y documentos de las contrataciones que se realizan dentro del ámbito de la Administración Pública Nacional, constituyéndose en una herramienta eficiente de control por parte del contribuyente.

El principio de transparencia que rige el sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional se basa en la difusión pública y gratuita, a través del sitio

⁹ MENDOZA, HONORABLE CÁMARA DE SENADORES, *Página Web de la HCSM*, en <http://infoleg.mecon.gov.ar.txtnorma/63216.htm> [consulta: junio de 2008].

Web de la Oficina Nacional de Contrataciones "Argentina Compra", de todas las Contrataciones que realizan los Organismos.

Por medio de este sistema, podrá obtener información referida a las Contrataciones que se realizan en el ámbito de la Administración Pública Nacional, visualizando el desarrollo de las mismas desde el llamado a licitación (Convocatoria) hasta la adjudicación de las Órdenes de Compra respectivas.

Si se ingresa a Contrataciones Vigentes se podrá consultar aquellas contrataciones en las que aún no se ha realizado la apertura de las ofertas.

Si se ingresa a Contrataciones Históricas se podrá consultar aquellas contrataciones en las que ya se ha realizado la apertura de las ofertas.

Ingresando a Unidades de Compra se podrá consultar información relativa quienes llevan a cabo la gestión de compra de cada Organismo dentro del ámbito de la Administración Pública Nacional.

F. Caracteres: formalismos ¹⁰

En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

Las formalidades, requisitos esenciales que han de observarse en la celebración del contrato, pueden ser anteriores (Pliego de Condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al encuentro de ambas voluntades.

G. Formación de la voluntad contractual

1. Concepto ¹¹

El procedimiento de la formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) no debe confundirse con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del cocontratante (persona física o jurídica, privada o pública,

¹⁰ DROMI, José Roberto, **Reforma...**, **op. cit.**, pág. 15/9.

¹¹ **Ibídem.**

estatal o no estatal). El vínculo contractual nace cuando se enlazan la voluntad de la Administración pública y la del cocontratante, por el procedimiento legal previsto al efecto.

Por lo tanto, hay que distinguir un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato, y un procedimiento contractual o de ejecución.

2. Formas procedimentales

Las formas procedimentales de preparación de la voluntad contractual y de selección del contratista contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, son: licitación privada, contratación directa, remate público, concurso y licitación pública.

CAPÍTULO II

LICITACIÓN PÚBLICA

A. Concepto ¹²

La licitación pública es un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el cual un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a la totalidad de interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de condiciones, formulen propuestas entre las cuales se seleccionará la más conveniente al disponer la adjudicación.

B. Etapas de la licitación pública

Las distintas etapas del procedimiento licitatorio en su desarrollo cronológico son:

1. El licitante-pliego de condiciones ¹³

El llamado a licitación siempre lo hace un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa con competencia y jerarquía para dictar las decisiones fundamentales del procedimiento:

- Autorizar el llamado a licitación.
- Aprobar el pliego de condiciones.
- Decidir la adjudicación.
- Etc.

El pliego es un compuesto de cláusulas generales y especiales. Las primeras son verdaderos reglamentos y las segundas son propias, específicas de naturaleza contractual, relativas a la obra, objeto de la contratación.

¹² DROMI, José Roberto, **Reforma...**, **op. cit.**, pág. 19.

¹³ DROMI, José Roberto, **Instituciones...**, **op. cit.**, pág. 386/98.

Las cláusulas del pliego son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la Administración, de los proponentes y del contratante. Detalla en forma circunstanciada y precisa el objeto del contrato a celebrar, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones que ha de asumir el co-contratante de la Administración.

Los pliegos pueden ser analíticos o sintéticos según que determinen o no todas las condiciones básicas, quedando librada a los proponentes la especificación de los detalles. En todos los casos, el pliego contiene un elemento variable cuya determinación se deja librada a los proponentes a efectos de permitir el cotejo de las distintas propuestas que se formulen por parte de la Administración.

El pliego de condiciones produce efectos jurídicos propios: obliga a los oferentes hasta el momento que se rechazan sus propuestas y al adjudicatario lo obliga como el contrato mismo.

No pueden ser modificados después de efectuada la adjudicación: ello importaría una violación al contrato. Dichos pliegos pueden ser modificados, ya que si la Administración puede dejar sin efecto la licitación con mayor razón puede modificar los pliegos.

Pero tal modificación carece de efectos obligatorios respecto a los licitadores u oferentes que se hubieren presentado a la licitación.

2. El llamado a licitación ¹⁴

El llamado a licitación se efectúa luego de realizados los informes técnicos, planos, proyectos y pliego de condiciones. Es una invitación a quienes tengan interés en celebrar el contrato, sujetándose al pliego de condiciones o bases elaborado para la licitación.

Este llamado de demanda promueve la etapa de la publicidad del concurso y debe expresarse en forma objetiva:

- Cuál es el órgano que interviene.
- Objeto de la licitación.
- Lugar donde se encuentra la documentación presupuestaria.
- Lugar donde deben presentarse las ofertas.
- Día, hora y lugar de la apertura de los sobres con las propuestas.

¹⁴ **Ibíd.**

3. Publicación ¹⁵

El anuncio de licitación es una *invitio ad offerendum*; el llamado a licitación debe ser anunciado publicándose en el Boletín Oficial y en otros periódicos privados. El incumplimiento de este requisito determina la nulidad de la licitación. La publicación incompleta, confusa, deficiente o imprecisa puede también determinar la nulidad por vicio de forma, aunque ello depende de las circunstancias del caso, pues sobre ella se fundamenta la igualdad del conocimiento sobre la licitación.

Aprobado el pliego, efectuado el llamado a licitación y fijada la fecha para la apertura de propuestas, la Administración invita a los interesados a presentar ofertas mediante publicaciones en la forma y por el término de ley. Es ésta quien establece en cada caso el procedimiento que debe seguirse, según sea la clase de contrato a celebrar, su importancia o su urgencia.

4. Los licitadores. Presentación de las propuestas ¹⁶

En la licitación pueden ofertar todas las personas que se consideren en situación de ejecutar el suministro, obra, servicio licitado, etcétera.

Los proponentes deben estar inscriptos, salvo casos de excepción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas o en el Registro de Proveedores del Estado.

Una inscripción viciosa, como la no inscripción, vicia de nulidad en su caso al acto licitatorio.

Los oferentes deben constituir una garantía de oferta, que puede consistir en:

- Depósito de garantía en el Banco de la Nación.
- Una fianza bancaria.
- Un seguro de caución.
- Depósito de títulos o bonos nacionales, provinciales o municipales.
- La constitución de prenda o hipoteca como seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento. Se trata de una garantía de oferta, que es diversa de la garantía de adjudicación o de ejecución.

En la licitación no se requiere número mínimo de licitadores oferentes.

¹⁵ **Ibídem.**

¹⁶ **Ibídem.**

Los ofertantes acreditarán esos dos recaudos (inscripción y depósito de garantía) y procederán a entregar o presentar las propuestas, auténticas ofertas del contrato, que responden a la invitación formulada por la Administración.

Éstas deben ser claras e indubitables, considerándose que el oferente tiene cabal conocimiento de los pliegos y proyectos del presupuesto licitatorio aprobado.

La presentación de las propuestas puede hacerse en forma escrita o verbal. La promesa es la más recomendable y es la única aceptada en nuestro derecho.

La propuesta debe ser secreta, por lo que se entrega en sobre cerrado (a veces precintado y lacrado) y firmado, con el propósito de evitar negociaciones ilícitas y asegurar la igualdad de los licitantes.

La presentación debe ser efectuada por el proponente o persona autorizada, acompañando el comprobante del depósito de garantía.

5. Recepción de propuestas ¹⁷

Es un acto rodeado de formalidades especiales que se celebra en el lugar, día y hora señalados en la invitación.

Vencido el plazo para la admisión de las ofertas, en sesión pública se abren los sobres, se da lectura por el actuario de las propuestas y se labra un acta donde se deja constancia de las ofertas presentadas y sus montos. El acta será firmada por los funcionarios intervinientes y por los proponentes presentes que lo desearan. En el acto de recepción las propuestas no se estudian a fondo, sino que simplemente se controlan los requisitos formales.

Terminado el acto, los interesados podrán dejar constancia en el acta de las observaciones que les merezca el acto por tratamiento desigual o por irregularidad en cualquiera de las propuestas presentadas.

Debe contener el acta: nombre del proponente, número de inscripción, detalle de la oferta, garantía, etc., dependiendo los datos adicionales del derecho positivo aplicable.

La Administración no puede devolver ninguna propuesta, sino que debe abrir los sobres y consignar sus ofertas en el acta respectiva, como así también las objeciones que merezcan. El rechazo de una oferta solo puede decidirlo la autoridad competente para

¹⁷ *Ibidem*.

adjudicar la licitación. En caso de que la Administración se negase a recibir la propuesta u oferta que presentare un licitador, éste tendrá derecho a promover los recursos administrativos y jurisdiccionales pertinentes.

Conocidas las propuestas, sólo se pueden hacer aclaraciones que no alteren sustancialmente la propuesta original ni modifiquen las bases de la licitación ni el principio de igualdad entre los proponentes.

Los proponentes deben mantener las ofertas durante el plazo fijado en las bases de la licitación; si retiran su oferta antes del término perderán el depósito de garantía sin perjuicio de la suspensión en el Registro.

El plazo de mantenimiento significa que durante ese término el ofertante no puede retirar su propuesta, y para hacerlo siempre se requiere una presentación expresa.

El plazo de validez hace expirar automáticamente la oferta al vencimiento del término. En materia de suministros el sistema es distinto, pues establece la necesidad de intimar a la Administración por un cierto término, pasado el cual la oferta caducará automáticamente.

6. Adjudicación ¹⁸

Es la decisión de la Administración por la cual determina la propuesta más ventajosa y la declara aceptada. Es la aceptación de la propuesta más conveniente.

Es un acto unilateral dictado en ejecución de la función administrativa, productor de efectos jurídicos individuales e inmediatos. Sujeta a todos los requisitos de éstos en cuanto a la competencia, objeto, voluntad y forma. Es un acto separable, jurídicamente autónomo dentro del procedimiento pre-contractual.

En consecuencia, todo aquel que participa en una licitación adquiere el derecho no a la adjudicación, sino a la participación en la competencia.

La ilegítima exclusión de una oferta en su concurrencia con las demás, afecta un derecho subjetivo y su titular puede tutelarlos administrativamente y judicialmente impugnando el acto administrativo de exclusión. En cambio, la adjudicación a un licitante diferente, aunque adolezca también de ilegitimidad, no afecta sino intereses legítimos de los demás proponentes y, en su consecuencia, sólo puede impugnarse administrativamente y luego en vía judicial de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo.

¹⁸ *Ibidem.*

La adjudicación efectuada a una persona no inscrita en los registros respectivos es impugnabile por los demás oferentes para tutelar auténticos derechos subjetivos y pedir la indemnización de los daños y perjuicios que el comportamiento estatal le causo.

Un adjudicatario comprendido en alguna de las incapacidades para contratar, lo que se descubre luego de la adjudicación, no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios por la nulidad del contrato o de los actos pre-contractuales; y por el contrario, los demás oferentes que sólo tienen interés legítimo en la adjudicación, tendrán derecho subjetivo para reclamar los daños y perjuicios motivados por el órgano licitante o por el licitador elegido.

La adjudicación caerá sobre la oferta más conveniente, siendo conforme a las condiciones establecidas para la licitación.

Debe tenerse presente que la oferta más conveniente no es necesariamente la de menor precio, pues influyen, además del precio más bajo, otros factores que se consideran en la elección del co-contratante, como la capacidad técnica y financiera de la empresa oferente.

No se autoriza una elección arbitraria, lesiva de los derechos e intereses de oferentes y terceros.

El Reglamento de Suministros tiene una norma expresa en el sentido de que la adjudicación debe recaer en la propuesta que, ajustada a las bases de contratación, sea la de más bajo precio.

El proceso de adjudicación puede presentar tres variantes:

- 1) Que se adjudique la licitación a uno de los oferentes, por medio de un acto unilateral.
- 2) Que se rechace el proceso de licitación y no se adjudique a nadie por alguno de estos dos motivos:
 - a. Ofertas inconvenientes.
 - b. Ofertas inadmisibles.
- 3) Que se rechacen las propuestas, pero se soliciten mejoras entre los oferentes que se presentaron. Es un nuevo llamado para los proponentes que ofertaron y nada más que a ellos, para que mejoren los precios propuestos sobre las mismas condiciones. Como indica Fiorini, es un procedimiento muy criticado y debe ser expresamente establecido como condición de la licitación.

c. Jurisprudencia provincial en materia de licitación pública ¹⁹

En general se establece que toda enajenación vigente al fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán por licitación y de un modo público, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad por defraudación si la hubiere, salvo las excepciones determinadas por la ley en cuanto se refiera a la licitación.

La omisión en el llamado a licitación de la publicación de la alternativa de compra afecta el objeto jurídico mismo de la licitación, porque omite precisamente la naturaleza del contrato que se licita, omisión esta que vicia el procedimiento administrativo, vicio calificable de grosero por cuanto permite soslayar un trámite sustancial ordenado por el orden constitucional, como es la celebración del procedimiento de licitación pública para la venta de bienes pertenecientes al fisco.

Es válida la suspensión y posterior revocación del acto administrativo que adjudica una licitación, ante la presencia de vicios groseros que lleven a la inexistencia del acto.

Cuando la administración resuelve contratar, confecciona un pliego de condiciones.

Los pliegos de bases y condiciones constituyen el conjunto de cláusulas redactado por la Administración en la que se especifica el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las particularidades del futuro contrato y determinando el trámite a seguir hasta su culminación. Los pliegos de bases y condiciones especifican qué se licita; las condiciones del contrato a celebrar y el trámite a seguir en el procedimiento licitatorio son la norma básica y sólo cuando se carece de disposición específica se recurre a la ley de procedimiento administrativo y los reglamentos respectivos; en síntesis, las partes deben someterse al pliego como a la ley misma.

Las cláusulas contenidas en los Pliegos de Bases y Condiciones de una licitación deben interpretarse lógicamente y sistemáticamente, no siendo razonable la extensión de los plazos previstos en el Pliego por aplicación de las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Pero no hay impedimento en que los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones prevean plazos distintos a los de la ley de procedimiento administrativo, salvo

¹⁹ MENDOZA, PODER JUDICIAL, *Página Web del Poder Judicial de Mendoza*, en <http://www.jus.mendoza.gov.ar> [2008].

que los mismos –por las características del caso- sean tan excesivamente breves que supongan una notoria privación de justicia.

En la licitación pública las propuestas no pueden ser modificadas unilateralmente después del acto de apertura, pues de lo contrario desaparecería totalmente la igualdad entre todos los oferentes. Tales principios encuentran sustento normativo en la legislación provincial aplicable que consagra para las licitaciones el tratamiento igualitario de los oferentes, el cotejo de las propuestas y condiciones análogas (art. 31, Ley 3.799), la prohibición de recibir nuevas ofertas una vez abierto el primer sobre y autorizarse mejora de precios exclusivamente previo llamado, entre las propuestas admisibles que estuvieron en pie de igualdad (Art. 36 y 39 del Decreto Acuerdo N° 7.061/67).

El oferente tiene derecho a que la licitación se desarrolle correctamente, pero no a ser adjudicatario. Aún anulada la adjudicación irregular, el proponente actor no puede pretender adecuadamente la hipotética ganancia que hubiera obtenido de asignársele el suministro, aunque sea el único oferente aparte del adjudicatario irregular; pues la Administración está libre de dejar sin efecto la licitación en cualquier momento antes del nacimiento del vínculo contractual (art. 70 del Decreto Acuerdo N° 7.061/67). Si el oferente no constituye la garantía de oferta en debida forma, es causal suficiente para desestimar la presentación (Art. 21 y 22, ley 4.416). Sin embargo, si la Administración no desestimó la oferta al abrir el sobre y por el contrario consideró tácitamente la misma desde el punto de vista formal al adjudicar la obra, no por el precio más bajo, sino por los mejores antecedentes de la adjudicataria en la ejecución de obras de similares características, con lo que daba por admitida y válida la oferta de mayor precio, mal puede luego, en una instancia procedimental diferente, considerar el aspecto formal de la falta de cumplimiento de requisitos formales, que no fueron oportunamente considerados para su desestimación. Se opera una suerte de preclusión procesal y la Administración no puede extemporáneamente acusar defectos formales no evaluados en la instancia prevista para tal finalidad.

Con la sola aceptación de la propuesta o adjudicación de la licitación por el órgano competente se perfecciona el convenio entre el Estado y el adjudicatario en todos los efectos legales, quedando a criterio de la Administración la formación de convenio o contratos especiales.

En otros términos es un procedimiento de selección del cocontratante de la administración pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.

D. El informalismo y la concurrencia en la licitación pública

1. Igualdad y concurrencia ²⁰

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 o a cualquier empresa inscripta en un registro creado al efecto.

Esta calificación inicial como procedimiento administrativo., sin embargo, no ha llevado siempre a los autores a subsumir sus principios dentro de los principios generales del procedimiento, o a explicar en caso de discrepancia a que pudiera deberse que en procedimiento licitatorio hubiera de regir una regla distinta del procedimiento administrativo en general al cual pertenece.

Ella ha ocurrido principalmente con dos de los principios generales del procedimiento administrativo, el del informalismo y el de contradicción, que no siempre tuvieron receptado un equivalente lógico en el procedimiento licitatorio en informalismo y concurrencia o competitividad, que supone contradicción.

Cabe recordar que la licitación pública se diferencia del la licitación privada, que también es un pedido de ofertas, en que esta última está dirigida a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), mientras que aquélla está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas (cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la presentación), siendo característica de ella, como su propia designación lo indica, la publicidad del procedimiento. En la contratación directa, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra convenio con ella.

²⁰ GORDILLO, Agustín A., **Después de la Reforma del Estado** (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1996), pág. 1/7.

2. La igualdad de antaño ²¹

El principio clásico de la igualdad viene enfatizado de antaño tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y todavía se lo mantiene contemporáneamente, e incluso es considerado por algunos autores como el principio más importante de la licitación, uno de los más importantes, aunque por los motivos que vemos hoy está en crisis o al menos cabe apuntar que su importancia se ha sobre valorado en exceso en el pasado.

E. El conflicto entre igualdad y concurrencia ²²

Uno de los conflictos que se solían dar habitualmente entre el principio tradicional de la igualdad formalista a rajatabla, y la finalidad de obtener el mayor número de oferentes para acercarse al precio del mercado u no quedarse con un precio ficticio de unos pocos elegidos, estaba representado por la siguiente fórmula clásica.

De tal modo el objeto final de la licitación quedaba resignado a un segundo plano secundario y accesorio, subordinado al cumplimiento ciego e irracional de una formalidad para más espuria.

Por ello, parte de la doctrina ha comenzado a sostener que el principio de igualdad debe aplicarse para evitar cláusulas que restrinjan el carácter competitivo del procedimiento, lo cual es tanto como decir que lo principal en realidad no es la igualdad en abstracto, sino asegurar tal carácter competitivo.

La igualdad ocupa un lugar secundario y no primordial en la licitación, contrariamente allegar privilegiado y en primer lugar que en general le asigna clásicamente la doctrina, incluso derivándolo directamente de la Constitución. Pero es sabido, al menos en nuestra jurisprudencia, que el principio de igualdad no es uno de los más favorecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus pronunciamientos, con lo cual la invocación constitucional, al menos para nosotros no, tiene sustento empírico e la jurisprudencia.

²¹ **Ibídem.**

²² **Ibídem.**

F. El informalismo actual ²³

Modernamente, 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 de concurrencias o competencias entre los oferentes, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción.

No es descalificable la adjudicación cuando se objeta la falta de un requisito no incorporado a la normativa aplicable que rige la licitación, es decir los Pliegos de Condiciones aprobados por el Poder Ejecutivo.

G. Influencia de la apertura de la economía ²⁴

A mayor abundamiento, las licitaciones públicas cerradas por el formalismo pertenecen a la economía cerrada que en nuestro país quedó sin efecto a partir de las leyes 23.696 y 23.697 y los sucesivos decretos desreguladores que le siguieron.

Cabe apuntar, además que se trata de una tendencia predominante a fin de este siglo en el mundo desarrollado, a la cual es más o menos inevitable que sigan, más tarde o más temprano, otros países en vías de desarrollo: mundialmente se procura la caída de barreras aduaneras y la libre circulación de bienes, capitales y personas, todo lo cual lleva a economías abiertas, competitivas y desreguladas.

Interpretar un pliego de modo formalista es así también violentar el fin y el espíritu de la legislación mencionada, posterior a las normas licitatorias clásicas, y también la evolución de la economía internacional. Este punto es de capital importancia fáctica, porque la creciente incorporación de nuestro país al comercio mundial va generando, y esto es un objetivo de la política económica oficial, la progresiva presentación de firmas foráneas o sucursales de matrices del exterior, cuyas prácticas no formalistas en el mundo de los negocios significan una incorporación tecnológica que el país necesita.

Es frecuente que empresas de exterior o sus filiales no satisfagan todas las formalidades de nuestros antiguos pliegos, precisamente porque su cultura jurídica les hace focalizar la atención en el objeto de la compulsa, y es habitual en nuestra práctica

²³ *Ibidem*, pág. 11/2.

²⁴ *Ibidem*, pág. 22/4.

ARGENTINA, **Ley de Emergencia Económica y Administrativa** n° 23.696.
ARGENTINA, **Ley de Reforma del Estado** n° 23.697.

administrativa actual, especialmente en privatizaciones, que se admita el saneamiento de los aspectos formales antes, y en algunos casos aun después de la apertura del sobre 2, siempre que no se advierta alguna maniobra destinada a distorsionar el objeto mismo de la propuesta y futuro contrato.

Las ofertas el exterior presentadas en licitaciones públicas nacionales o internacionales rara vez cumplen exhaustivamente hasta el último requisito formal exigido por el pliego de condiciones al cual, deberían ajustarse en todo según la clásica doctrina.

Por tal razón, si todas las ofertas que se hallan en esas condiciones fuesen declaradas inadmisibles por la autoridad licitante, prácticamente todas las licitaciones internacionales y buena parte de las nacionales en una economía abierta fracasarían, debiendo declarárselas desiertas y hacer un nuevo llamado con todas las consecuencias negativas que ello implica en cuanto a costos y perdidas de tiempo.

Un criterio riguroso como el mencionado es no solo contrario al principio de concurrencia, sino además equivocado por carecer de toda utilidad practica y seria, a la inversa, negatorio del fin principal de la licitación en una economía abierta.

Peor aun seria un medio "ingenioso" del empresariado local de mantener el mercado cautivo en la administración, cerrando eficazmente las puertas a la competencia internacional que la política económica actual promueve para bajar los precios internos.

Es también, un modo eficaz de mantener precios internos artificialmente elevados en las licitaciones públicas, perjudicando el erario público y contribuyendo condicho perjuicio fiscal al no cierre de las cuentas públicas y al proceso inflacionario hoy morigerado precisamente por la apertura de la economía.

H. Las licitaciones internacionales y sus oferentes ²⁵

Estos procedimientos van adquiriendo un carácter internacional por el nuevo contexto mundial que ya explicamos, a resultas de lo cual son cada vez más las empresas de terceros ároses, generalmente desarrollados, que se presentan a licitaciones de otros de menor desarrollo.

²⁵ GORDILLO, Agustín A., **op. cit.**, pág. 24/5

En los países desarrollados el grado de informalidad es alto y nadie puede allí imaginar que en un país de los nuestro, por definición necesitados de capitales, les puedan exigir con carácter excluyentes de su condición de oferentes certificaciones por notario público (y no estará de más recordar que la practica local del notariado no tiene nada que ver con la experiencia de otros países desarrollados), documentos especiales de personera, etc.

Esto es terminante y más claro aun en materia de grandes privatizaciones, y harían mal los funcionarios en limitar el número de oferentes a aquellos empresarios locales que conocen las antiguas reglas formalistas del juego, desconocidas en el mundo del comercio internacional de donde pueden provenir los más importantes oferentes, y excluir así a quienes puedan cotizar mejores condiciones para el erario público pero desconocen las viejas triquiñuelas del derecho local en su antigua y superada aplicación práctica.

La atracción que nuestro país presenta hoy en el empresariado externo no vería minada seriamente si se les aplicara criterios del subdesarrollo formalista de antaño y de una economía cerrada al empresariado local, como lo era la nuestra antes de la reforma del Estado. Sería contradecir en la práctica lo que el gobierno anuncia. Sería cerrar nuestras fronteras al desarrollo y encerrarnos en una autodestructiva autarcía medieval.

Lo que se trata es de fomentarla mayor competitividad posible (principio de concurrencia), dentro de un ámbito de suficiente publicidad nacional e internacional en sus caso, que asegure la transparencia y seriedad del procedimiento, sin discusiones ni cuestionamiento formalistas enteramente irrelevantes par el objeto de la licitación.

i. La política oficial en la materia ²⁶

La tendencia flexibilizadora en nuestro país es oficial, conviene enfatizarlo, y cabe citar innumerables resoluciones ministeriales que expresamente determinan que la aplicación y las normas de los pliegos sean "*flexibilizadas a fin de hacer más atractiva la venta*" y para "*posibilitar la concurrencia del mayor número de oferente para garantizar la puja que asegure el éxito del proceso licitatorio.*"

Así reza la resolución 490/92 M. E. y O. y S. P., transcrita en la publicación oficial del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos.

²⁶ *Ibíd*em, pág. 25/6.

De tal modo no solo el criterio es oficial, sino también público, el Ministerio ha cuidado precisamente en darlo a publicidad oficialmente, para que las distintas reparticiones que se ocupan de privatizaciones conozcan los principios que rigen hoy en día en la materia, y que comportan de hecho virtuales instrucciones ministeriales expresas, claras e inequívocas. Las anteriores publicaciones del mismo boletín expresan, por cierto, el mismo criterio orientador e interpretativo.

J. Defecto parcial de la licitación: corrupción ²⁷

La corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobre todo no es la respuesta eficaz., como lo demuestra la practica en cualquiera de nuestro países.

El tema de la corrupción debe tratárselo en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo indispensables en una sociedad democrática, no en el limitado y presuntamente técnico de los principios de la licitación pública.

Querer atacar la corrupción mediante principios como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es doblemente ineficaz, aunque el agreguen requisitos como la moralidad y otros: son probadamente no aptos por si solos para lograr ese objetivo y, además, para mayor agravamiento de la solución adoptada, resultan ineficaces para seleccionar al mejor contratante estatal, al menos que se agregue, como mínimo, la predeterminación en el pliego de la formula polinómica y los parámetros con los cuales se adoptara la decisión.

Hay que considerar que el procedimiento licitatorio permite ver con claridad el actuar de los órganos de la Administración en la disposición y el uso que se dan a los fondos públicos destinados a la contratación administrativa.

En este sentido, la licitación pública es un procedimiento que hace viable la transparencia del obrar público, fundamentalmente en el manejo de fondos, pero también en el obrar privado, esto es, de quienes participan en condiciones de igualdad y competencia en este procedimiento.

²⁷ DROMI, Roberto, **Derecho...** op. cit., pág. 505/8.
GORDILLO, Agustín A., **op. cit.**, pág. 15/9.

Se entiende entonces que la transparencia, contrariamente a lo que se entiende por corrupción, es uno de los principio rector de la licitación pública, abarca-respecto del actuar administrativo-e cumplimiento irrenunciable de los principio de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad control.

Así entonces, la transparencia en la gestión de las contrataciones administrativas es regulada especialmente en el Régimen de Contratación de la Administración Nacional. Dicha normativa prevé la utilización de tecnología informática que facilite el acceso de la sociedad a la información relativa a las contrataciones estatales. Asimismo, determina que la apertura de las ofertas siempre se realizara por acto público, y establece el rechazo sin más tramite de la propuesta u oferta, o la rescisión de pleno derecho del contrato, frente a la entrega u ofrecimiento de dinero, o de cualquier dadiva para que funcionarios o empleados públicos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, hagan valer la influencia de su cargo, o cualquier otra persona haga valer su relación o influencia para que un funcionario haga o deje de hacer algo.

La transparencia es garantizada por otras medidas entre ellas:

- La publicidad y difusión de los proyectos de pliego.
- la revocación del procedimiento por omisión de l publicidad previa exigida por una norma, o por la formulación de especificaciones en beneficio de determinado oferente, y la iniciación de las acciones sumariales correspondientes.
- el control del procedimiento contractual por toda persona que acredite fehacientemente algún interés, quien podrá tomar vista de las actuaciones en cualquier momento, salvo durante la etapa de la evaluación de las ofertas.

La ley de ética pública, prescribe la obligación de los funcionarios públicos de fundar sus actos mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información.

También la llamada Ley de convertibilidad fiscal, dispone que los documentos que instrumenten ordenes de compra, y todo tipo de contratos firmados con la Administración, así como toda orden de pago, tendrán el carácter de información pública y serán de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla.

La publicidad de la gestión de intereses (lobby) es necesaria a efectos de que se conozcan los encuentros que mantienen con funcionarios públicos las personas que

representan un interés determinado, así como el objetivo de estos encuentros, para que grupos sociales interesados, ya sean empresariales, profesionales o ciudadanos en general, puedan acceder a tal información.

Se encuentran obligados a registrar audiencias de gestión de intereses, los siguientes funcionarios:

- ☑ Presidente de la Nación.
- ☑ Vicepresidente de la Nación.
- ☑ Jefe de Gabinetes de Ministros.
- ☑ Ministros.
- ☑ Secretarios y Subsecretarios.
- ☑ Interventores Federales.
- ☑ Autoridades superiores de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del PEN.
- ☑ Agentes Públicos con función ejecutiva cuya categoría sea equivalente Director General.

k. El control en los contratos ²⁸

El control parlamentario resulta de relativa eficacia en relación con el quehacer administrativo. Si bien el Congreso es un poder político y, en consecuencia, juzga los actos del poder Ejecutivo con criterio predominantemente político. Por otro lado no puede pretenderse la dedicación extrema que requeriría de parte de los legisladores seguir paso a paso todos los actos del Poder Ejecutivo. Por eso el control externo ejercido directamente por el poder Legislativo debe ser complementado por un organismo de control externo delegado, independiente del poder administrador y facultado para el ejercicio de esa actividad tanto respecto de la celebración como de a ejecución de los contratos.

El art. 61 de la ley de contabilidad se limitó a disponer que los requisitos básicos aplicables a las contrataciones por cuenta del Estado habrán de ser reglamentados por el Poder Ejecutivo, con intervención del tribunal de Cuentas. Ellos era coherente con las facultades que ese cuerpo legal otorgaba a este organismo (art. 84 inc. b) para la

²⁸ *Ibidem*, pág. 28.

fiscalización y vigilancia de todas las operaciones financiero patrimoniales del Estado, y a los contadores fiscales delgados por el Tribunal en las jurisdicciones administrativas (art. 85 inc. b punto 1ª) para seguir el desarrollo y registro de las operaciones financiero patrimoniales de la jurisdicción, a Los fines de informar al Tribunal de Cuentas. Este último analizará todos los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública y observarlos cuando contraten o violen disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos.

La ley de contabilidad exigía que todos los actos administrativos fueran comunicados al Tribunal antes de entrar en ejecución, esta posición no figuraba en el régimen legal anterior y comportó una innovación que dio al Tribunal especial jerarquía Institucional.

Otra novedad legislativa importante la constituyo que en caso de insistencia el Tribunal de Cuentas comunicará de inmediato al congreso tanto su observación como el acto de insistencia del Poder Ejecutivo, acompañando copia de los antecedentes que fundamentaron la misma quedando así claramente expuesto el carácter de verdadero órgano de control externo delegado que se otorgará a dicho tribunal.

Una limitación importante de la facultad del Poder Ejecutivo para celebrar los contratos del Estado es la de no dejar enteramente librada al poder ejecutivo la elección de la contraparte, o sea, la persona con quien se ha de contratar.

En lo referente a la elección de la contraparte en los actos jurídicos bilaterales que celebre la administración, se argumenta que, siendo el Poder Ejecutivo responsable en los órdenes civil, administrativo, penal y político, debe dejarse librado a su arbitrio contratar con quienes a su juicio mejor convenga. Se añade que esta discrecionalidad puede traducirse en beneficio público, en el sentido de que el poder ejecutivo, como órgano responsable interesado e obtener los mejores resultados económicos en su gestión erigirá siempre dentro de ese concepto de responsabilidad a quienes ofrezcan mejores condiciones, tanto desde el punto de vista de los precios y la calidad, como de la seriedad, idoneidad y eficiencia de los tratantes. Los sostenedores de esta teoría alegan que no se debe trabar la acción del Poder Ejecutivo, pero admiten, a la vez, la necesidad de establecer absoluta responsabilidad en el caso de producirse desviaciones en la corrección jurídica administrativa de los actos.

Un grupo de autores, sostienen que cuando el Estado deba recurrir a la contratación para obtener la prestación de bienes o servicios, conviene hacerlo siempre

por el sistema de la adjudicación pública. Mediante este sistema, afirman, concurrirán al llamado general todos aquellos que estén en mejores condiciones para ofrecer la prestación requerida. Se arguye que este sistema instituye un medio preventivo hábil para evitar la comisión de delitos contra la administración por parte de los funcionarios públicos, porque si bien el principio de la responsabilidad existe y puede hacerse efectivo, ha de advertirse que los contratos no son tramitados directamente por el titular o los titulares del Poder Ejecutivo, sino por agentes y órganos auxiliares y que, en definitiva, no siempre es aquel quien resuelve la celebración del contrato y la elección de la contraparte, tan solo aprueba las convenciones iniciadas por funcionarios de distinta jerarquía.

Es preciso, entonces, organizar instrumentos eficaces para precaver al Estado contra el eventual comportamiento deshonesto de cualquiera de los muchos sujetos intervinientes en la tramitación de los contratos administrativos.

Por ello la forma más eficaz, es la Licitación pública, que asimismo permite el conocimiento rápido de irregularidades, pues existe siempre la posibilidad por parte de quien se sienta lesionado en sus intereses como consecuencia de proceder dudosos o ilícitos en el desarrollo de una adjudicación, de hacer la denuncia correspondiente.

La licitación pública ofrece la ventaja de dar derecho a todos los habitantes de un país a participar en el proceso de elección de la contraparte en los contratos que celebre el Estado, pero esto no quiere decir que el sistema elimine por sí toda posibilidad de irregularidades. La licitación pública entre todas las formas de contratación, es la que presenta mayores dificultades para realizar maniobras dolosas en perjuicio de la hacienda del Estado. No obstante, hay que considerar que existe siempre la posibilidad de que ante una irregularidad, cualquiera de los que se sientan perjudicados formule una denuncia.

Si se compulsan las leyes de los distintos países relativas a la organización y administración de la hacienda del Estado, se encontrara que el sistema de licitación pública presenta desde la forma del remate público, adjudicación hecha en acto verbal, celebrado por un rematador, con base o sin ella, hasta la forma de licitación pública una gama de variantes.

L. La legislación nacional

1. Artículo 17 de la Ley de Obras Públicas ²⁹

La ley 13.064, de Obras Públicas, establece en el capítulo II el procedimiento de licitación para la contratación de las obras, que en caso de ausencia de normas específicas en los pliegos o en el Reglamento de Contrataciones del Estado en su caso, debe regir por se la única le de derecho administrativo que establece detalladamente una regulación del procedimiento de selección por licitación pública.

El Reglamento de Contrataciones trae una provisión cuya aplicación extensiva a la situación en estudio es procedete. Esa disposición reglamentaria no entra en conflicto con la ley 213.064, sino que conduce a la misma solución. Esa solución se halla prescrita e el art. 17 de la ley 13.064, en cuanto establece que se podrá introducir modificaciones en la propuesta original, que no modifiquen las bases del remate ni el principio de igualdad entre todas la propuestas.

Si bien la redacción del artículo hace aparecer esa posibilidad como una excepción, en realidad es la regla, ya que solo se podrá rechazar la modificación sin modificar en forma sustancial la oferta o alegara en forma concreta y fundada la igualdad de los oferentes, ocasionando perjuicio a los demás concurrentes.

2. Artículo 66 del Decreto 5.720/72 ³⁰

La norma del art. 66 del Reglamento de Contrataciones del Estado sienta el principio de no rechazar ofertas por errores en el monto de las garantías que debe ofrecer el oferente, y dispone que en tal caso la misma autoridad debe intimar al postulante a corregir el error en un plazo no superior a tres días.

Con mucho mayor razón es dable corregir un error de muchísimo menor envergadura como es el plazo, si se lo hace durante la vigencia de éste y aun después, lo que de cualquier manera no es nuestro caso. La norma señala claramente que los defectos en la granita deben ser considerados de carácter formal, salvo el caso de no presentación lisa y llana, para cuyo exclusivo caso la reglamentación establece a contrario sensu la desestimación de la oferta.

²⁹ GORDILLO, Agustín A., **op. cit.**, pág. 27/32.

³⁰ **Ibidem.**

Además es indudable que deben ser interpretadas en sentido amplio aquellas normas cuya extensión favorezca la vigencia del principio de mayor concurrencia en beneficio del Estado, y reservar la, utilización restringida para aquellas otra cuya interpretación amplia implicase menoscabo de tal principio de igualdad en el objeto de la contratación.

En este caso es evidente que la disposición tiene la finalidad de mantener en competencia a la mayor cantidad de ofertas, en interés y beneficio del erario público, y que ello se ve favorecido en mayor medida si se sigue la misma solución para casos en que el defecto en la garantía no sea el monto sino el plazo.

Una solución contraria importa, a nuestro juicio, perjuicio fiscal potencial en los términos de la ley de contabilidad para el juicio de responsabilidad.

CAPÍTULO III

PRIVATIZACIONES

A. Introducción ³¹

Seguidamente abordaremos el tema del proceso de privatizaciones por Licitación Pública en la Argentina, en el período particular 1989-2005. Para ello es necesario entender el trasfondo, lo que implicará evaluar que elementos del sistema político internacional y de Latinoamérica, coadyuvados por una coyuntura de la economía global determinada, hicieron proclive tal concatenación de los hechos.

Justificar o intentar dar un poco de luz al proceso de privatizaciones, que preconizaría un desdoblamiento de los límites de la autoridad estatal hacia la participación de agentes económicos multinacionales y transgubernamentales implica dar el puntapié inicial con un planteo meridiano. Esto es, la importancia que reviste la interacción entre la política y el mercado; entre el Estado y el mercado.

B. Marco institucional y legal de la Reforma del Estado ³²

Antes de continuar, es necesario diferenciar el método de redefinición de la propiedad o gerencia de las empresas estatales en dos tipologías diferentes: privatización y concesión.

La privatización consiste en la venta, mediante licitación pública de la empresa, ya sea a un inversor institucional o a una empresa multinacional. Esta cesión de propiedad puede ser parcial (un porcentaje predeterminado de acciones) o total (100% de las acciones de la empresa). En el primer caso, el Estado participa "desde adentro" (en el

³¹ GORDILLO, Agustín A., **op. cit.**, pág. 1/25.

³² ARGENTINA, **Ley nº 23.696.**
ARGENTINA, **Ley nº 23.697.**

Directorio) en la toma de decisiones de la empresa. En el segundo, el Estado solo participa "desde afuera", creando el marco regulatorio de funcionamiento de la misma.

El 9 de julio de 1989, cinco meses antes de la fecha de asunción original del mandato constitucional (10 de diciembre), a dos meses de triunfar en las elecciones (14 de mayo), en pleno proceso hiperinflacionario y ante una grave crisis social, asume la presidencia de la nación el Dr. Carlos Saúl Menem, sucediendo en el cargo al Dr. Raúl Alfonsín.

Ante la insostenible situación socio-económica, el 17 de agosto de 1989 se sanciona la ley de Emergencia Económica (Ley 23.696) que dará inicio al proceso de Reforma del Estado (Ley 23.697) tendiente a (entre otras) disminuir la tenencia de empresas, sociedades y establecimientos productivos estatales, abriendo las puertas al ingreso de capitales privados provenientes del mercado internacional.

La urgencia con la que se decidió emprender la primera etapa del proceso de reforma del Estado, centrada en la privatización y concesión de empresas de servicios públicos estatales estuvo motivada por dos causas: una la necesidad política de dar respuestas rápidas en un contexto desfavorable marcado por las consecuencias sociales heredadas del decenio anterior centradas en la hiperinflación; otra por la necesidad económica de frenar el desbarajuste de las cuentas públicas.

El marco legal de la desregulación de los Servicios Públicos.

La ley rectora del proceso de Reforma del Estado es la 23.696 (Ley de Emergencia Económica y Administrativa), sancionada el 17 de agosto de 1989 y promulgada el día posterior.

La misma se compone de los siguientes capítulos (sólo haremos referencia a la parte de privatizaciones):

1. La emergencia administrativa: Capítulo I

En donde se declara en situación de emergencia la prestación de los Servicios Públicos, así como la situación financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada (Artículo 1). Se autoriza también, en su artículo 2, al Poder Ejecutivo la intervención de todos los entes del Estado Nacional.

2. De las privatizaciones y participación del capital privado: Capítulo II

El artículo 14 establece la creación de una Comisión Bicameral, en el ámbito del Congreso Nacional, integrada por seis Senadores y Seis Diputados, atribuyéndole la facultad de decretar sujeta a privatización a aquellos organismos del Estado Nacional que el Poder Ejecutivo haya considerado necesario desregular.

El artículo 17 establece las modalidades previstas para la concreción de las privatizaciones, como sigue:

- 1) Venta de los activos de las empresas.
- 2) Venta de acciones.
- 3) Locación con o sin opción a compra, por plazo determinado.
- 4) Administración con o sin opción a compra por plazo determinado.
- 5) Concesión, licencia o permisos.

El artículo 18 por su parte, establece el PROCEDIMIENTO DE SELECCION de las empresas oferentes, tendiente a asegurar la *"máxima transparencia y publicidad, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad de interesados"*. Según lo establecido en el mismo, los procedimientos serán:

- 1) Licitación Pública, con o sin base.
- 2) Concurso Público, con o sin base.
- 3) Remate Público con o sin base.
- 4) Venta de acciones.
- 5) Contratación directa.

Es interesante señalar el parámetro de selección de oferentes: *"La oferta más conveniente será evaluada no solo teniendo en cuenta el aspecto económico, relativo al mejor precio, sino las distintas variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos y la comunidad"*.³³

³³ *Ibíd.*

3. Programa de Propiedad Participada (PPP): Capítulo III

En donde se establecen las entidades posibles de adquirir acciones de las empresas declaradas en situación de privatización, siendo éstas: empleados de planta permanente del ente a privatizar, los usuarios de los servicios brindados por la empresa así como los productores de materia prima cuya industrialización o elaboración constituye la actividad del ente a privatizar (artículo 22). Se establecen también los mecanismos de acceso al PPP en el caso de cada adquirente particular.

4. La protección del trabajador: Capítulo IV

Tendiente a salvaguardar el empleo de los trabajadores de los entes a privatizar, habilitando a los sindicatos pertinentes a comenzar negociaciones a tal efecto.

5. Las contrataciones de emergencia: Capítulo V

Se establece aquí la posibilidad de realizar contrataciones de bienes, servicios y personal, dejando de lado cuestiones "formales", por el término prorrogable de 180 días, con el fin de superar la situación de emergencia (artículo 46). El artículo 47 establece los procedimientos y modalidades para realizar dichas operaciones.

6. Las contrataciones vigentes: Capítulo VI

Se autoriza al interventor del ente o al Ministro bajo el cual el ente actúa a rescindir todo contrato celebrado con anterioridad a la sanción de la presente Ley en razón de la situación de emergencia (artículo 48). El artículo 49 establece los mecanismos de eventual recomposición contractual bajo nuevas condiciones de funcionamiento.

7. Situaciones de emergencia en las obligaciones exigibles: Capítulo VII

En su artículo 50, la presente Ley suspende la ejecución de todas las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado Nacional y sus entes por el plazo de 2 años a partir de la sanción de la Ley presente. El artículo 54 establece las excepciones al pago de las obligaciones del Estado Nacional en situaciones particulares.

CAPÍTULO IV

LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA ARGENTINA RECIENTE

A. Licitación de YPF para la Cuenca Austral ³⁴

Los ejemplos abundan hoy en día.

La cláusula 4.11 del pliego utilizado en los años en los años 1991 y 1992 en la licitación para la asociación con YPF en áreas de la cuenca austral estableció:

4.11. "Durante el proceso de calificación YPF requerirá a los postulantes que no pudieran calificar por deficiencias formales o no sustanciales en su presentación, la información y documentación complementaria que estime necesaria, y dichos postulantes podrán subsanarlos hasta el [...], pero su consideración por YPF no alterará el orden de la calificación de los postulantes ya presentados".

Esta cláusula se aplicó efectivamente, a tal punto que casi todas las ofertas tuvieron defectos de forma y todas fueron corregidas posteriormente sin que mediara observación alguna de los órganos de control del Estado.

B. Licitación de servicios ferroviarios ³⁵

En este caso, a mayo de 1992, también los pliegos contienen cláusulas que permiten la corrección de ofertas, por ejemplo los Art. 19.2 y 21:

19.2. Actualización de antecedentes

"Durante el lapso de veinte días corridos a partir de la fecha de apertura de los sobres 1 la Comisión de Trabajo para la Privatización analizará la información y documentación presentada en dichos sobres, con el fin de determinar si los oferentes han demostrado poseer suficiente capacidad técnico-operativa, empresarial y económico financiero para resultar calificados.

³⁴ GORDILLO, Agustín A., **op. cit.**, pág. 29/32.

³⁵ **Ibidem.**

"Al término de ese plazo, la Comisión notificará a cada oferente sobre el resultado de la evaluación practicada sobre la documentación que cada uno aporta, y en el caso que tal evaluación hubiera arrojado un resultado insuficiente para algunos oferentes, a ellos les puntualizara los requisitos que, a su solo juicio, les falta satisfacer."

Las demás licitaciones, mutatis mutandis, tienen iguales cláusulas expresas o implícitas pero inequívocas, y ese es el derecho y la práctica vigentes hoy en día.

El art. 21, además, contiene una norma sustancialmente semejante a la del art. 17 de la ley 13.064, que admite correcciones formales mientras ello no implique una modificación de la oferta o alteración del principio de igualdad entre los oferentes.

Rechazar una oferta por meros errores formales sin dar oportunidad de su saneamiento y, por ende, sin abrir su sobre 2, importa perjuicio fiscal al erario público, lo cual, bueno no es recordarlo, genera responsabilidad del funcionario por el procedimiento del juicio de responsabilidad previsto en la ley de contabilidad, para el supuesto que el sobre 2 de este oferente tuviese menor precio o condiciones que los demás.

Los oferentes harían bien en depositar en una escribanía, en sobre cerrado y lacrado, copia del citado sobre 2 para el supuesto de que la administración proceda a su destrucción o lo pierda.

La devolución eventual del sobre sólo debe ser aceptada, de igual modo, en virtud de un acto notarial que asegure la individualización del sobre y permita determinar a posteriori del acto administrativo defectuoso, cuál fue el precio que la administración se privo voluntaria y erróneamente de tener en cuenta.

Es un riesgo y una ilicitud en que no sugeriríamos incurrir al funcionario que deba decidir la cuestión.

Conclusiones

La licitación se relaciona con la formación de los contratos. Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quién es el contratante. Es un periodo que precede procesalmente al contrato.

La licitación pública es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Esa es su naturaleza jurídica.

El objeto de la licitación pública es la selección del co-contratante. Se trata, por lo tanto, de algo que precede al contrato, una fase preliminar de la manifestación de la voluntad del licitante para seleccionar, por vía de este medio técnico idóneo, la mejor oferta. Por ello, es un procedimiento administrativo especial regido por el Derecho Administrativo.

Conviene tal vez reiterar, por lo novedoso en el derecho argentino, que la ley de Reforma del Estado introdujo profundas modificaciones en los usos vigentes en materia de licitaciones, a fin de propender a aumentar el número de participantes estimulando a los particulares a ofertar e incluso proponer al Estado iniciativas, que reciben de parte de la ley un tratamiento especial con garantías hacia los oferentes.

Dicha ley, junto a su par, la 23.697, propugna la apertura y desregulación de la economía, lo cual lleva a no entorpecer precisamente con posiciones reglamentarias la incorporación de capital extranjero a la economía nacional.

Los decretos y leyes posteriores de desregulación y promoción de la competitividad siguen todos el mismo rumbo que les precedió. En ese contexto es absolutamente improcedente una posición reglamentarista.

Este nuevo rumbo en el sentido de la legislación generó un diferente contexto y, por tanto, modificaciones en la práctica administrativa en materia de licitaciones, tendientes a efectivizar esos objetivos de aumentar el número de oferentes nacionales e internacionales y de licitaciones llevadas con transparencia y competencia, pero sin ritualismo ni formalismos estériles que no solo importan un desgaste administrativo y jurisdiccional, sino que también frustran el objeto de la licitación, la política legislativa del Estado y la política económica del país.

Una de esas nuevas prácticas adoptadas en nuestro país es la de permitir que los oferentes, antes de conocer la oferta económica de los demás, puedan corregir defectos formales de sus presentaciones y participar incluso en la elaboración del contrato.

Ello, sumado a la ausencia de impugnaciones a esas previsiones de los pliegos, demuestra claramente que tal práctica no implica afectación a ninguno de los principios de la licitación, y que no sólo pueden ser llevadas a cabo sin perjuicio para el interés de los oferentes, sino que la conducta contraria sí ocasiona perjuicio a los oferentes y al Estado en particular.

Bibliografía

- ARGENTINA, Constitución Nacional.
- ARGENTINA, Decreto Nacional 1.023/01.
- ARGENTINA, **Decreto Nacional n° 5.720/72, de Reglamento de Contrataciones del Estado.**
- ARGENTINA, Decreto Nacional n° 825.
- ARGENTINA, **Ley 13.064 de Obras Públicas.**
- ARGENTINA, Ley de Contabilidad n° 428.
- ARGENTINA, **Ley de Emergencia Económica y Administrativa n° 23.696.**
- ARGENTINA, **Ley de Reforma del Estado n° 23.697.**
- ARGENTINA, **Ley n° 23.696.**
- ARGENTINA, **Ley n° 23.697.**
- Diccionario Enciclopédico Ilustrado Plaza & Janes, (Buenos Aires, Editores Argentinos, 1974).
- DROMI, José Roberto, **Derecho Administrativo**, 10ª edic. (Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2004), 1.630 pág.
- DROMI, José Roberto, **Instituciones de derecho administrativo** (Buenos Aires, Astrea, 1973), 576 pág.
- DROMI, José Roberto, **La Licitación Pública**, 2ª edición (Buenos Aires, Astrea, 1985), 586 pág.
- DROMI, José Roberto, **Reforma del estado y privatizaciones** (Buenos Aires, Astrea, 1991), 3 v.
- FIORINI, Bartolomé A., **Derecho Administrativo** (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976), 900 pág.
- GORDILLO, Agustín A., **Después de la Reforma del Estado** (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1996), t. XI-9 pág.
- MENDOZA, Código Procesal Administrativo.
- MENDOZA, Constitución Provincial.
- MENDOZA, Digesto Administrativo de Mendoza (Mendoza, Dike, 1992), 695 pág.
- MENDOZA, HONORABLE CÁMARA DE SENADORES, *Página Web de la HCSM*, en <http://infoleg.mecon.gov.ar.txtnorma/63216.htm> [consulta: junio de 2008].
- MENDOZA, **Ley de Contabilidad n° 3.799.**
- MENDOZA, Ley de Procedimiento Administrativo N° 3.909.
- MENDOZA, PODER JUDICIAL, *Página Web del Poder Judicial de Mendoza*, en <http://www.jus.mendoza.gov.ar> [2008].