

## Consideraciones sobre prácticas anticompetitivas y el Decreto N° 893/2012: el problema de los “partners” en las contrataciones públicas.

Facundo J. Beltrán

*“En el medio de la agobiante e inabarcable información, a veces, quedan ocultas las cuestiones de fondo. Porque los odres nuevos siguen conteniendo vino viejo. Y ese vino viejo son los mismos sencillos pero esenciales temas desde los que se gestó y evolucionó el derecho administrativo: la dialéctica entre lo público y lo privado, entre el Estado y el individuo, entre la eficacia y el control. Las garantías, la seguridad, la publicidad, la transparencia. La conexión ente el Estado y la sociedad a la que aquél sirve y está supeditado [...]”.*  
(Luis Martín Rebollo, prólogo al libro *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*).

SUMARIO: I. Introducción. II. Generalidades del contrato administrativo. II.1. Principios de las contrataciones públicas. II.2. El principio de concurrencia. III. Características generales de los contratos de bienes y servicios de tecnología. IV. El negocio tecnológico y sus ofertas en las licitaciones. Planteo del problema. V. Protección de cuenta, reserva de oportunidad y exclusividad en los contratos de licenciamiento. VI. ¿Hay soluciones posibles? VII. Conclusión.

### I. Introducción.

Este trabajo pretende plantear el problema existente entre el diseño del negocio de los proveedores de servicios y bienes de tecnología de marcas y productos extranjeros de intensiva utilización y aceptación en el mercado local (que incluye al Estado en todas sus formas jurídicas) y los sistemas de contratación pública por los que se contratan esos bienes y servicios a la luz del Decreto N° 893/2012.

Como la cita del Prof. Rebollo indica, siempre existe la dialéctica entre lo público y lo privado dentro del derecho administrativo.

Los oficiales de contratación de los organismos públicos deben armonizar esa dialéctica de acuerdo a los principios que informan a las contrataciones públicas, teniendo

en cuenta el interés público comprometido, y –al mismo tiempo– la necesidad planteada para satisfacerlo.

Y los proveedores deben atenerse a las normas de orden público que rigen las contrataciones sin perder de vista su ecuación económico-financiera y respetando también los contratos que los unen con sus mayoristas o distribuidores locales de la marca de sus productos.

Por ello, se intentará reseñar las especiales características de los contratos administrativos y los contratos informáticos. Para luego plantear el problema de la colusión entre oferentes en las contrataciones de servicios informáticos o de tecnología y sus contratos llamados de “*partnership*” o de Agente de Ventas, en donde la especial conformación y diseño del negocio entre los distribuidores de licencias y productos importados en Argentina dificulta la presentación de ofertas en licitaciones bajo libre competencia y concurrencia.

La temida consecuencia de ello es que, en los hechos, los que verdaderamente fijan los precios y los adjudicatarios en las contrataciones públicas no siempre son las Administraciones contratantes, sino que a veces –muy a menudo– los verdaderos decisores son los llamados representantes, distribuidores o agentes oficiales –“*vendors*”– en la región o el país, que en forma predeterminada eligen a los canales que tendrán la prioridad en el negocio.

Por último, se esbozarán las soluciones que, a nuestro juicio, pueden tender a evitar o a sincerar el problema, haciendo las formas y procedimientos menos engorrosos para las dos partes, pero sin dejar de remarcar los riesgos que ello conlleva.

## **II. Generalidades del contrato administrativo.**

Podemos marcar, como característica fundamental del contrato, la sujeción al principio de legalidad y, con ello, el desplazamiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes por el cumplimiento de las formalidades establecidas para cada modalidad o tipo de contratación, supeditando el objeto del contrato a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal<sup>1</sup>. Este desplazamiento genera la idea de un “distinto” régimen, con las características y principios precedentemente mencionados.

### ***II.1. Principios de las contrataciones públicas.***

La Procuración del Tesoro de la Nación<sup>2</sup> ha destacado los principios de publicidad, competencia e igualdad como pilares esenciales, regidores del proceso de selección del cocontratante estatal.

<sup>1</sup> *Fallos*: 316:3157.

<sup>2</sup> “El procedimiento de la licitación pública está imbuido de los caracteres de publicidad, competencia e igualdad” (PTN *Dictámenes*: 199:119, entre otros).

De modo análogo se ha expresado la doctrina. Por ejemplo, Marienhoff enumeraba, como principios fundamentales de la licitación pública, a la oposición o concurrencia entre los licitadores u oferentes, la publicidad del acto y la igualdad entre los oferentes o licitadores<sup>3</sup>.

Los principios “no son patrimonio exclusivo de la licitación pública”<sup>4</sup> y se extienden, obviamente, a cualquier otro procedimiento de selección pública de cocontratante<sup>5</sup>, de manera plena a los procedimientos en los que se verifica competencia entre oferentes (licitaciones y concursos públicos o privados, y la contratación directa basada en algunas causales en las que se exige invitación a un número determinado de posibles oferentes), y de manera parcial en las contrataciones directas de elección sin competencia.

Se han consagrado algunos principios generales referenciados al procedimiento administrativo en general, y aplicados al procedimiento de selección del cocontratante estatal. Vinculados estrechamente con la posibilidad de subsanación de ofertas, podemos mencionar los principios de verdad material (no previsto normativamente), y los de informalismo (o “formalismo atenuado”, como decía Comadira), los de celeridad, economía, sencillez (Artículo 1º, incs. b) y c) de la Ley N° 19.549) y el de eficacia.

La eficacia también constituye un principio estructural que subyace en la teoría del procedimiento de selección del cocontratante estatal, y permite ver con una nueva perspectiva una serie de elementos del procedimiento.

## ***II.2. El principio de concurrencia.***

El principio de concurrencia es un dispositivo de toda normativa de contratación moderna. Está expresamente en el Decreto N° 1.023/2001<sup>6</sup>, en los Artículos 39, inc. f), 42 y 45 del Decreto N° 893/2012 (anteriormente en el Artículo 12 del Decreto N° 436/2000<sup>7</sup>) y en el Artículo 17 de la Ley de Obras Públicas. En la Ciudad de Buenos Aires se lo trata en el Artículo 7º, inc. 2º de la Ley N° 2.095<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1970, p. 200.

<sup>4</sup> Conc. PTN *Dictámenes*: 199:119.

<sup>5</sup> Fiorini, Bartolomé y Mata, Ismael, *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1972, p. 14, señalan, citando precedentes de la PTN, que estos principios que informan el proceso licitatorio no le son exclusivos, sino que, por extensión interpretativa o analógica, se aplican también a los demás sistemas de selección (PTN *Dictámenes*: 199:119). Ver también Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 98.

<sup>6</sup> Artículo 3º, Decreto N° 1.023/2001, menciona como principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, entre otros, la eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado, la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, la transparencia, la publicidad, la igualdad de tratamiento y la responsabilidad de los funcionarios intervinientes.

<sup>7</sup> Elaboración de los Pliegos de Condiciones Particulares respetando el principio de “promoción de la concurrencia”.

<sup>8</sup> El Decreto N° 893/2012, del 7-6-2012 (BORA 14-6-2012), viene a ser la esperada reglamentación del Decreto Delegado N° 1.023/2001, al momento de hacer este trabajo no había entrado en vigor. Reemplaza al Decreto N° 436/2000.

Tradicionalmente es descripto como aquel que “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”<sup>9</sup>.

Ahora bien, recuerdan Fiorini y Mata que durante el siglo XIX y principios del XX rigió la tesis de la amplitud indiscriminada en la concurrencia de los oferentes en las licitaciones públicas, postura que mereció críticas, ya que “respondía a la competencia desenfadada que propugna el liberalismo económico. Dentro de ese régimen de mercado solo interesaba el precio, mientras que la idoneidad del oferente y aún la calidad de los bienes pasaban a un lugar secundario”<sup>10</sup>.

El fundamento del principio de concurrencia es posible encontrarlo en la misma Constitución Nacional, la que en su Artículo 42 prevé que “[...] las autoridades proveerán [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”<sup>11</sup>.

Si bien a veces se trata a los principios de concurrencia y competencia como dos caras de la misma moneda, ambas nociones no son análogas<sup>12</sup>, aunque guardan estrecha relación. La concurrencia estaría dada por la posibilidad efectiva de un oferente de tomar parte en un proceso de selección y, en caso de coincidir con otro u otros, de contender entre sí, aspirando a resultar adjudicatario, mientras que la competencia requiere de al menos dos contendientes que pugnan entre sí por lograr un bien indivisible.

En realidad, consideramos que el principio de concurrencia, sin violentar ni menoscabar ninguno, resulta un principio contenedor de los demás de igualdad, competencia y transparencia. No podrían existir en un mismo procedimiento respeto de uno sin la contracara de la observancia de los otros.

<sup>9</sup> Gordillo, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Argentino, 1996, pp. VII-11 (<http://www.gordillo.com/Pdf/RE/revii.pdf>).

<sup>10</sup> Fiorini, Bartolomé y Mata, Ismael, *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*, op. cit., p. 89. No coincidimos con los autores en que en el régimen de mercado solo interese el precio, al menos en un régimen de mercado serio y razonable.

<sup>11</sup> Señala Ariño Ortiz que “el principio de concurrencia es la mejor manera de promover la competencia por los contratos públicos y obtener, así, un precio que sea adecuado al mercado”, agregando seguidamente que “la implantación de estos principios responde a razones de eficiencia, ya que la *defensa y promoción del interés público* que todo contrato de la Administración persigue, se obtendrá en grado óptimo, si el contrato se celebra con el particular que ofrezca las mejores condiciones (mejor precio, mejor resultado). Es la regla del *‘best value for money’*: obtener el mejor rendimiento de los fondos públicos invertidos”. (Ponencia presentada en Jornadas sobre la “Contratación Pública en España, Presente y Futuro” (APD), [http://www.tecniberia-asince.es/documentos/2ponencia\\_gaspar\\_arino.doc#\\_Toc83107653](http://www.tecniberia-asince.es/documentos/2ponencia_gaspar_arino.doc#_Toc83107653)).

<sup>12</sup> El Decreto N° 1.023/2001 las menciona de manera diferenciada en el Artículo 3°, inc. b). Por su parte, la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 2.095, en su Artículo 7°, distingue entre ambos principios, aunque creemos que erra en la conceptualización. En efecto, en el inciso 2° hace referencia al “principio de concurrencia e igualdad”, aunque al definirlo, parece adoptar sólo la definición del principio de igualdad, pudiendo encuadrarse el concepto de concurrencia en el inciso a), donde menciona el “principio de libre competencia”.

La estrecha conexión entre estos principios se refleja en el Decreto N° 893/2012, donde primeramente, en la enumeración de los requisitos de los pedidos, hace alusión en el inciso f) a que se debe “fundamentar la necesidad del requerimiento que implique restringir la concurrencia de oferentes”. En el Artículo 42, el decreto hace expresa remisión a los principios establecidos en el Artículo 3° de la norma que reglamenta (Decreto Delegado N° 1.023/2001), entre ellos el inc. b): “promoción de la concurrencia de los interesados y de la competencia entre oferentes”.

Luego, en el Artículo 45, la norma –siempre en la parte de las estipulaciones para confeccionar los pliegos licitatorios– hace expresa mención a que las especificaciones técnicas “deberán elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas”.

Ahora bien, al analizar el principio indicado –aunque haciendo referencia, en particular, a la licitación pública–, Marienhoff decía: “[...] la base ético-jurídica de la licitación pública radica en que haga oferta todo aquel que, hallándose en condiciones legales, desee presentarse formulando proposición. Supónese razonablemente que, si varios interesados hacen su ofrecimiento, ello permitirá seleccionar al cocontratante de la Administración pública que ofrezca condiciones más ventajosas, sobre la base de una comparación objetiva entre las diversas ofertas”<sup>13</sup>. Y agrega el citado autor: “[...] el ideal consiste en que a una licitación se presente el mayor número de licitadores u oferentes. Por lo demás, la presentación de varios interesados, y la selección pública del más conveniente de ellos, aleja la idea de connivencia entre el licitador y la Administración pública”<sup>14</sup>. Dromi, al mismo tiempo, dice que “el principio de concurrencia o no discriminación afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación. A su vez, implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento”<sup>15</sup>.

Lo dicho por Dromi y Marienhoff nos permite ver con claridad que el principio de concurrencia posee un doble sentido: el de permitir la mayor competencia y participación de oferentes (criterio vinculado con el número de oferentes), y otro, tal vez menos tratado por la doctrina pero no por ello menos importante, vinculado con la prohibición de imponer restricciones irrazonables a los oferentes. Ambos sentidos parecen similares, pero son esencialmente diferenciables.

Ello también se refleja en el nuevo Decreto Reglamentario N° 893/2012. En el Artículo 45, la norma –siempre en la parte de las estipulaciones para confeccionar los pliegos licitatorios– hace expresa mención a que las especificaciones técnicas “deberán elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas”.

<sup>13</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, *op. cit.*, p. 201.

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, *op. cit.*, p. 99.

Rescatando esa segunda acepción del principio, es posible entender que no se agota con la mera presentación del oferente en el procedimiento, sino que posee vigencia durante todo su devenir en la forma de conservación de la oferta, es decir, en el agotamiento de todas las posibilidades que permitan mantenerla vigente y competitiva, descartando todo óbice que pueda presentarse en su contra, en tanto la esencia de la misma quede inalterada, y se respeten otros principios igualmente válidos, como el de igualdad de tratamiento entre todos los oferentes. Aquí juega el que podemos llamar el principio *in dubio pro oferta*, que sostiene que, en caso de duda acerca de su validez, debe estarse a la admisión de la oferta, y no a su desestimación<sup>16</sup>.

Es oportuno referir a una de las innovaciones normativas del Decreto N° 893/2012, cuando prohíbe, en su Artículo 67 –y de idéntica forma en el Artículo 14 del Proyecto de Pliego Único<sup>17</sup>–, participar a una misma firma oferente en más de una oferta: “Cada oferente podrá participar solamente en una oferta, ya sea por sí o como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica”. De este modo, da por concluida la discusión sobre la pertinencia de aceptar que un mismo oferente cotice o participe en dos o más ofertas.

### **III. Características generales de los contratos de bienes y servicios de tecnología.**

Luego de reseñar las características principales del contrato administrativo y los principios de la contratación administrativa, nos toca aludir a las notas tipificantes del contrato informático.

Dijimos, entonces, que en la preparación de la voluntad de la Administración para la formación del contrato administrativo, nos guiamos por normas de derecho público y raigambre constitucional de las que los organismos estatales no pueden escapar.

Se contextualizó el contrato administrativo en el marco de los principios de las contrataciones, en especial la concurrencia como contracara de la igualdad y la competencia.

Ahora bien, es imperioso ver las cualidades más importantes del contrato informático, para luego intentar realizar una conexión cuando la Administración pretende contratar bienes y servicios informáticos o de tecnología.

Para ello, es necesario primero diferenciarlo de la contratación informatizada o electrónica, que es la que se realiza por medios electrónicos o telemáticos mediante aplicaciones de software específicas, sea desde el Estado (el llamado *E-Procurement*) o entre los privados (*E-commerce*).

Es uniforme entender por contrato informático a aquel que tiene por objeto bienes y servicios informáticos. Los bienes informáticos comprenden tanto los “elementos

<sup>16</sup> Comadira (*La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 54) sostiene que “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 [...]”.

<sup>17</sup> Proyecto de Pliego Único circularizado en el Taller de Debate sobre el Proyecto de Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, organizado por la ONC el 17-9-2012 en la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión.

materiales”, que constituyen el soporte físico o hardware, su unidad central de procesamiento, periféricos, complementos, en definitiva todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático; como los “bienes inmateriales”, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático<sup>18</sup>.

En cambio, los servicios informáticos abarcan todos aquellos servicios que se relacionan con el tratamiento automatizado de la información y sirven de apoyo a la informática, tales como el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema.

El problema de la diversidad de prestaciones se acentúa eventualmente con la pluralidad de partes. Además de los proveedores y usuarios, pueden aparecer en la negociación del contrato: distribuidores, productores de equipos originales, entidades prestadoras de servicios y consultores en informática –del lado del productor–, y analistas de sistemas –por parte del usuario–.

Los contratos informáticos pueden subsumirse en diversos tipos legales, como: de compraventa, de locación de obra o de servicios, de leasing y de licencia.

Resulta importante tener en cuenta cómo la configuración de esta relación contractual puede tener influencia en la actividad comercial de los licenciarios, canales y *partners* cuando hacen negocios tanto públicos como privados.

En los contratos informáticos la etapa precontractual<sup>19</sup> es fundamental, puesto que los sistemas informáticos no pueden ser útiles sino cuando se han definido previamente y con precisión las órdenes que deberán ejecutar y el papel que jugará o el lugar que ocupará para el futuro usuario. Es en esta etapa cuando se delimitará el objeto de la prestación.

Cuando se produce el acuerdo de voluntades, a diferencia de otros contratos, pueden distinguirse en esta fase la entrega física de los equipos, la instalación y puesta en marcha, el “test de aceptación”, y la aceptación o recepción provisoria.

Superado el “test de aceptación”, comienza la ejecución propiamente dicha, en la que puede o no existir un período de garantía, para que suceda la recepción definitiva, y donde se ponen en juego las garantías específicas de estos contratos.

Cuando se contrata con el Estado, todo el detalle del servicio se encuentra en las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones.

Las partes intervinientes en una relación contractual informática, mediante la interpretación extensiva del Artículo 1198 del Código Civil argentino, están, en principio, sometidas a una obligación recíproca general de rectitud, lealtad y colaboración en la conducción de sus negociaciones. La buena fe significa no solo la convicción a la cual arriban en el negocio contractual las partes, sino también la recíproca lealtad que entre ellas se pactan en todos los demás contenidos del contrato.

<sup>18</sup> Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

<sup>19</sup> Altmark, Daniel R. y Bielsa, Rafael A., *Informática y Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, Capítulo 5: “Etapa Precontractual”.

La buena fe preside no solamente la etapa de ejecución del contrato, sino también su etapa de formación. En la actualidad se considera, como consecuencia del principio de la buena fe, que en la etapa de formación del contrato hay una obligación tácita de información, que concierne a un deber de veracidad y consiste en hacer saber a la otra parte ciertos hechos susceptibles de influir sobre su decisión.

Molina Quiroga manifiesta, al tratar sobre el tema, que “la conducta del usuario en cuanto a la debida descripción de sus necesidades y la correlativa conducta del proveedor, en cuanto a la observancia de sus deberes de información y consejo, constituyen las dos caras de esta obligación, que tienen importancia en los contratos informáticos y que integran el plexo de la buena fe”<sup>20</sup>.

En materia informática, las obligaciones del proveedor son por regla general obligaciones de resultado, dado que la falta de concreción de determinados objetivos funcionales equivale en la práctica a la completa inutilidad del sistema, el que queda privado de valor económico<sup>21</sup>.

En consecuencia, resulta de imperiosa necesidad precisar en la forma más concreta y objetiva posible el objeto de la prestación.

La CECUA (Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de Tecnologías de la Información), en sus “Cláusulas modelos para la compraventa de equipos informáticos”, destaca que el Pliego de Condiciones constituye una pieza clave para zanjar las dificultades interpretativas, toda vez que el mismo “es parte integrante de todo contrato informático”.

Para ello, es preciso y necesario que el usuario detalle sus dificultades, de tal forma que el fabricante pueda identificar y evaluar claramente el equipo físico y lógico necesario para satisfacer dichas necesidades.

Es del caso advertir que cuanto mayor sea la complejidad del equipamiento requerido, mayor será la necesidad de un Pliego de Condiciones Técnicas redactado por personal especializado.

Tal pliego debe partir del conocimiento de las exigencias del usuario, debe traducir sus necesidades en términos del equipo físico y lógico más idóneas para la tarea a realizar con los equipos físicos existentes y con los paquetes de programas y las últimas innovaciones de la industria de los ordenadores.

Ergo, la insuficiente o inexacta descripción de la prestación a cargo del proveedor conlleva a conflictos derivados del incumplimiento contractual.

#### **IV. El negocio tecnológico y sus ofertas en las licitaciones. Planteo del problema.**

Hemos repasado las notas típicas de los contratos administrativos y aquellas que les corresponden a los llamados contratos informáticos. Sumariamente se distinguieron

<sup>20</sup> Molina Quiroga, Eduardo, “Contratos informáticos y buena fe” (<http://www.urbeetues.org>).

<sup>21</sup> Bergel, S., “Informática y responsabilidad civil”, en *Informática y Derecho*, Vol. 2, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 168.



algunos de sus principios para poder entender el contexto del negocio jurídico en uno y otro caso.

Ahora bien, nos presentamos ante la posibilidad de que sea el mismo Estado, en cualquiera de sus niveles o formas jurídicas, el que adquiera o contrate bienes o servicios de tecnología o informáticos.

Es preciso aclarar que, para el objeto del presente, en las primeras tres formas de la clasificación del contrato informático también consideramos “tecnología” a aquellos bienes cuya reposición, alquiler o mantenimiento tienen la misma lógica comercial que los informáticos puramente dichos. Por ejemplo, podemos referirnos a las marcas de los equipos de fotocopiado o scanners, impresoras láser, cartuchos para impresoras, etcétera.

Entonces, la misma mecánica tanto precontractual como de ejecución del contrato se replica cuando el usuario o destinatario de los bienes es la Administración pública, con la diferencia que la especificación del bien o del servicio se aprueba con un acto administrativo y se publica como Pliego de Bases y Condiciones, a través de diferentes modalidades de selección, las más comunes: la licitación pública, la licitación privada y la contratación directa<sup>22</sup>.

Ciertamente la contratación de tecnología a través de, por ejemplo, licenciatarias locales tiene como característica principal, dependiendo de la necesidad del organismo contratante –cuya escala es siempre un volumen importante a comparación de la contratación en el mercado privado–, un costo estimado alto que obliga al poder adjudicador o unidad operativa de contrataciones a tener que usar un procedimiento de selección, abierto, público e indeterminado, es decir, una licitación pública.

Entonces, tenemos una especificación técnica del servicio –por ejemplo, compra, instalación y mantenimiento de equipos servidores para seguridad informática “firewall”–. La Gerencia de Sistemas estimó un costo aproximado de contratación, y con eso se elaboran los pliegos definitivos y se realiza el llamado a licitación.

Pero con la salvedad que, para asegurar la integridad y flujo de la información que se transacciona informáticamente en ese organismo, la Gerencia de Sistemas propone la compra de determinados servidores, cuya licencia de comercialización se distribuye en determinados canales.

Por el volumen de venta y el tipo de servicio o negocio, el distribuidor local de la marca informa que él no puede vender exclusivamente sus productos y que hay que recurrir a sus canales de venta, agentes o *partners* autorizados, cuyo listado facilita.

<sup>22</sup> Contrariamente a como se suele creer, la contratación directa, como excepción a la regla general de licitación pública, tiene una no tan abreviada compulsión de precio a través de la publicación por página web y cartelera, apertura de ofertas, preadjudicación, impugnación y adjudicación. Este caso de contratación directa depende exclusivamente del monto estimado de contratación como factor para elegir el encuadre del procedimiento de selección.

Nos encontramos, entonces, ante una licitación pública donde la libre competencia y competencia comienza a verse afectada porque solo se puede contratar con esos canales de venta exclusivos<sup>23</sup>, además de que ya estábamos condicionados por el tipo y marca de producto a adquirir.

Tratándose de bienes y servicios informáticos, todavía en el Estado existe controversia y disparidad de criterios con respecto a la obligación de ceñirse al principio de neutralidad tecnológica<sup>24</sup> y a la tendencia cada vez mayor de contratar, por ejemplo, productos de software libre, de código abierto, etcétera.

Luego de la apertura de ofertas nos encontramos, por supuesto, que solo una es la de menor precio, gana la licitación y se adjudica su oferta. Es decir, uno de los canales de venta exclusivos, de los *partners* autorizados, gana la licitación.

Sin embargo, tanto el organismo adjudicador, como los oferentes, como el departamento de sistemas, como el licenciante dueño de la marca, ya sabían quién sería el adjudicatario, ganador de la licitación.

No hubo real competencia por precio, no hubo real competencia de ofertas, no existió un pie de igualdad entre los oferentes, porque uno llevaba la ventaja legítimamente adquirida (en el marco de condiciones contractuales privadas) de realizar primero la llamada, el “*call*” a su distribuidor regional o “*vendor*”. O bien ya podía haber tenido otro contrato ganado en ese organismo y, por ende, una protección de cuenta que le aseguraba realizar el negocio a él y no a los otros *partners*.

Rejtman Farah<sup>25</sup> tiene una vehemente preferencia por el principio de competencia porque supone también “que existan, por parte del mercado, conductas francas y leales,

<sup>23</sup> La verdadera modalidad cuando el mercado es restringido y determinado es la licitación privada, que por definición no debe publicarse sino que obliga a invitar a determinada porción del mercado en forma privada para que compitan por precio por los productos. Lamentablemente, históricamente los organismos públicos condicionan sólo ese procedimiento de selección por el rango de unidades de compra (pesos). Por ejemplo, si el costo estimado es mayor a \$1.500.000 la unidad operativa debe llamar a una licitación pública, si es menor puede elegir entre una licitación privada o pública, pero siempre debe publicarse en el Boletín Oficial, convirtiéndolo a un número indeterminado de oferentes.

<sup>24</sup> Por el Decreto N° 764/2000 de desregulación del mercado de las telecomunicaciones y espectros radiofónicos, se implementó el principio de neutralidad competitiva. En uno de sus Considerandos se expresaba: “Que se establecen mecanismos que garantizan la neutralidad competitiva, de manera de no beneficiar a ningún prestador en particular, ni privilegiar una tecnología en desmedro de otras, por lo que se prevé la instrumentación de subastas de subsidios mínimos y de financiación conjunta de servicios deficitarios, tal como lo sugiere la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico”.

De allí el principio de neutralidad tecnológica (PNT), que se refiere a la libertad que poseen personas, instituciones, organizaciones, empresas y organismos del Estado para elegir qué tipo de tecnología se implementará, con el objetivo de conseguir más valor agregado y con una mejor adaptación a las necesidades específicas que se desean satisfacer.

En tecnología es muy debatido el tema y no hay acuerdo sobre qué tipo de neutralidad implica el uso de tecnologías de código abierto o libre, o bien libertad en la elección de las marcas y licencias.

<sup>25</sup> Rejtman Farah, Mario, “Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración pública en materia de contrataciones administrativas”, en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75° Aniversario, agosto de 2010.

para lo cual la Administración no suele prever mecanismos que prevengan y sancionen, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes para asegurar una efectiva competencia por parte de éstos”. La CSJN<sup>26</sup> –puntualiza el autor– expresa que es necesario evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas, lo que sin lugar a dudas afecta irremediabilmente el principio aquí tratado.

Efectivamente, los contratos de *partnership*, Agente de Ventas, “*reselling*” o reventa, etcétera, entre los canales de venta exclusivos y los distribuidores o las filiales oficiales de esos productos, contemplan generalmente –no siempre– cláusulas de protección de cuenta o las “llamadas” al representante oficial para obtener el negocio para un determinado “cliente” (organismo público). Ello provoca que sea uno el ganador antes de la apertura de ofertas y todas las demás ofertas de los canales oficiales estén obligadas a cotizar los productos a un precio mayor.

Es decir, los *partners* y el distribuidor acuerdan previamente (cumpliendo con sus propias cláusulas de protección de cuenta y de exclusividad) quién podrá obtener el negocio y, por lo tanto, quién será el adjudicatario.

La colusión en las licitaciones<sup>27</sup> (“*bid rigging*”) se produce cuando los diferentes operadores presentes en un mercado deciden colaborar o cooperar en el diseño de respuestas a un procedimiento de licitación. De esta forma, maximizan sus beneficios en forma ilegítima o artificial, perjudicando notoriamente a los organismos contratantes.

¿Dónde queda, entonces, la real sustantividad del contrato administrativo de la que referimos con la reseña del punto primero? ¿Dónde queda expresada la exorbitancia de la Administración y sus especiales prerrogativas? ¿Cómo se determina la llamada discrecionalidad de la Administración en la selección del cocontratante si el que verdaderamente controla y define la licitación no es el Estado?

## **V. Protección de cuenta, reserva de oportunidad y exclusividad en los contratos de licenciamiento.**

Los usos y costumbres del giro comercial de las actividades de licenciamiento, marcas y protección de marcas no tienen siempre un viso de formalidad expresado en las cláusulas de los contratos que las instrumentan. Efectivamente, los sistemas de protección de cuenta, exclusividad del canal-cliente, no tienen un tratamiento uniforme en los contratos, sino que dependen de la marca, el país licenciante, el producto de que se trate.

Transcribimos aquí algunos ejemplos de cláusulas actualmente usadas en el mercado informático que pueden dar lugar a suponer restricciones a la concurrencia y

<sup>26</sup> CSJN, *Fallos*: 314:899.

<sup>27</sup> Definición extraída de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, Informe de recomendaciones para promover la competencia en la contratación pública andaluza, diciembre de 2010, p. 27.

competencia entre los canales y distribuidores en los contratos de “*Reseller Agreement for Service Provider Customers*”, “*Partnership*”, Agente de Ventas (lo destacado nos pertenece):

1) “Queda expresamente establecido que el Agente de Ventas *no podrá comercializar ‘los productos’ en ninguna de aquellas cuentas que el licenciante no haya autorizado expresamente (en adelante, las cuentas reservadas), en virtud de lo cual el Agente de Ventas deberá notificar fehacientemente el inicio de cualquier negociación (Prospecto) en relación a ‘los productos’, a efectos de que el licenciante lo autorice a comercializar ‘los productos’ en el Prospecto. A todo efecto, el Agente de Ventas deberá observar y dar cumplimiento a las modalidades de comercialización que el licenciante determine*”.

2) “Support Services.

(a) Support provided by reseller to customers. Reseller shall be responsible for and provide customers with all first-and second-tier maintenance and support. This support will include (i) sufficient technical consultation and other assistance relating to the installation, use, and/or operation of the products, (ii) equipment replacement, and (iii) access to software updates and error corrections for products as may be developed by XXXX for distribution to customers, all as further described in the XXXX Support Services Plan for Resellers (which is available upon request). Unless otherwise explicitly agreed among reseller, XXXX and the customer, XXXX Packet will not be required to provide support or maintenance directly to the customer, other than the normal escalation process for TAC Support. XXXX may amend the terms of its Support Services Plan upon thirty (30) days written notice to the reseller, which will be effective for all new service agreements with customers, as well as renewals of previously executed service agreements.

*Prior to reseller receiving support from XXXX Packet, reseller must for each individual customer (i) register with XXXX Packet through XXXX Packet’s Web Portal at <https://support.XXXXpacket.com>, (ii) submit a purchase order for the Services that includes the name(s) of the customer (as applicable), and (iii) provide all serial numbers for all products being supported.*

b) Reseller selection. Reseller will include in its purchase order the appropriate part number for the support option it selects for the particular customer opportunity”.

3) “Precios especiales. Cisco podrá ofrecer al canal autorizado seleccionado por el revendedor unos *precios especiales* para el suministro de dicho canal autorizado al revendedor. Dichos precios especiales estarán limitados a las reventas efectuadas de acuerdo *con los términos de la oferta de precios especiales comunicada al revendedor por el canal autorizado* o por Cisco. Todo acuerdo de este tipo entre Cisco y el canal autorizado del revendedor deberá expresarse por escrito, incluida la notificación a través de correo electrónico por parte de Cisco, y deberá incluir de forma específica el período fijo de tiempo durante el que se mantendrán dichos precios especiales. Si en el acuerdo escrito no se especifica la limitación temporal, el período de tiempo será de noventa (90) días, a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo escrito en el que se hace referencia a los precios especiales. *En el caso de que Cisco ofrezca precios*

*especiales y el revendedor remita al canal autorizado del revendedor un pedido de compra basado en dichos precios especiales, el revendedor acepta que Cisco pueda condicionar los precios especiales al consentimiento del revendedor a revender los productos a los usuarios finales a un precio que no excederá de los precios concretos determinados por Cisco. Ninguna condición de este tipo prohibirá que el revendedor pueda vender a un precio inferior a los precios establecidos por Cisco”.*

En estas cláusulas se refleja de formas más o menos evidentes cómo deben efectuarse las ventas por los revendedores y cómo se logra la prioridad o la reserva de cliente o, en el último caso, de un precio preferencial.

En definitiva, los sistemas son dispares. Algunos no son expresos; otros sistemas utilizados por multinacionales importantes –como IBM, NETAPP, ECM– tienen “software” o aplicaciones internas vía web para *partners* que posibilitan realizar la llamada “reserva de oportunidad”, “detección de oportunidad”, “*mapping*” para asegurar primero el negocio; también en algunos casos pueden llamarse CRM (*Customer Relationship Management*).

## **VI. ¿Hay soluciones posibles?**

Auspiciosamente, la propuesta del nuevo Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Decreto N° 893/2012), en su Artículo 86, inc. d), estipula como causal de inelegibilidad: “Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección. Se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad, salvo que se pruebe lo contrario”.

Dicha estipulación, que se refleja también en forma directa en el Artículo 31, inc. d) del Proyecto de Pliego Único de Bases y Condiciones Generales citado precedentemente, conjuntamente con la del Artículo 67 también mencionada en el apartado II del presente, refleja una clara preocupación del legislador de evitar prácticas que restrinjan de alguna manera la libre concurrencia y competencia de ofertas.

El paquete de estipulaciones al respecto se completa en el nuevo decreto con el Artículo 39, inc. f), que establece –entre los requisitos de los pedidos– la fundamentación de la necesidad de hacer uso de procedimientos que impliquen restringir la concurrencia de oferentes.

El Artículo 45 del decreto, haciendo clara alusión a la prohibición de direccionamiento, determina que las especificaciones técnicas de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares deberán elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas.

De la lectura de estos dos últimos dispositivos legales se advierte de parte del nuevo reglamento de contrataciones una intención clara de desalentar las costumbres en lo que respecta a direccionamiento de pliegos y transgresión solapada de la concurrencia libre

de proveedores. Sin embargo, deja abierta la posibilidad a que, con una adecuada justificación, se puedan introducir en los pliegos normas que restrinjan la concurrencia o existan obstáculos “justificados” al acceso en condiciones de libre concurrencia.

De alguna forma el nuevo reglamento está contemplando las condiciones que existen hoy en día en la oferta y demanda de bienes y servicios por parte del Estado.

La duda que nos queda es conocer las posibilidades reales de que un área técnica idónea y profesionalizada y un oficial de contrataciones puedan justificadamente proponer cláusulas de esta índole en los pliegos.

Efectivamente, la solución de la nueva normativa no nos parece suficiente para neutralizar los efectos de la concertación o cartelización de oferentes. La mera presunción indiciaria resulta un dato poco atractivo para el responsable de una UOC para revocar o denunciar una práctica colusoria. Máxime si tenemos en cuenta que sobre él recaen las responsabilidades de encauzar el procedimiento para la efectividad de la satisfacción de las necesidades.

La cartelización de oferentes para establecer pisos de precios, o precios, o distribuirse mercado, organismos, sedes públicas, establecimientos educativos o sanitarios, es una práctica tan antigua como los mecanismos de contratación pública concurso, subasta, licitación, compulsas. Un caso paradigmático en las contrataciones del Estado es el de las empresas de limpieza.

Respecto a la existencia de carteles organizados de oferentes, Poder Ciudadano, en una publicación del Programa de Contrataciones Transparentes<sup>28</sup>, advirtió que “la mayoría de los especialistas reconoció la existencia y la influencia de carteles organizados de oferentes que afectan los procesos de contrataciones. El hecho de que la APN no sea considerada buena pagadora y que el mercado no cuente con una red de proveedores lo suficientemente atomizada permite la organización de las empresas proveedoras para obtener y distribuirse las licitaciones.

El mecanismo para detectar la presencia de un club de proveedores frente a una contratación pública no es demasiado complejo: una determinada cantidad de oferentes se presenta a una contratación; todos ellos presentan una oferta económica elevada y de similar valor, salvo uno que presenta un precio menor y finalmente resulta ganador. Posteriormente, los mismos oferentes se presentan en diversas contrataciones, alternando a voluntad el ganador de cada proceso de selección”.

Es una realidad innegable que proviene de varios países y viola o condena al Estado a pagar caro y obtener peores servicios o bienes de los que obtendría en un sistema menos rígido de negociación o diálogo.

El organismo de contralor en la materia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, emitió un dictamen<sup>29</sup> donde se definen las características predominantes

<sup>28</sup> Poder Ciudadano, *Contrataciones Públicas Vulnerables*, Biblioteca Poder Ciudadano, 2006, p. 57.

<sup>29</sup> Dictamen N° 510, de fecha 8-7-2005, “Oxígeno Líquido”, Expte. 064-011323/2001 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

en este tipo de prácticas anticompetitivas –prácticas horizontales concertadas– que se encuadran entre las conductas que presuntamente constituyen restricciones a la competencia (Artículo 1º y cc. de la Ley N° 25.156) durante procesos de licitación o contratación pública. El caso trata del mercado del oxígeno líquido cuyos clientes principales son los hospitales, sanatorios o centros hospitalarios.

Las conclusiones señalan una tendencia que se repite en estas conductas para detectar prácticas colusivas:

- a) Renuencia a cotizar o presentar ofertas en licitaciones.
- b) Reparto de mercado y fijación de precios.
- c) Restricción de acceso a competidores.
- d) Disciplinamiento de un competidor.
- e) Adquisición de competidores.

Efectivamente, el dictamen señala<sup>30</sup> que la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia penaliza las prácticas horizontales concertadas a través de sus Artículos 1º y 2º. De las acciones definidas de modo general en el Artículo 1º, las prácticas colusivas se encuadran como “actos o conductas [...] que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia” y que la ley argentina sanciona siempre y cuando “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. De modo más particular, el Artículo 2º menciona y ejemplifica una serie de “prácticas restrictivas de la competencia” que la ley sanciona “en la medida que configuren las hipótesis del Artículo 1º”. Entre ellas, tienen particular relevancia como ejemplo de conductas colusivas el concertar o coordinar posturas en licitaciones o concursos<sup>31</sup>.

El caso que nos ocupa es una situación diferente, donde la especial conformación y diseño del negocio no deja margen a las empresas locales. Por eso, no es nuestro objetivo juzgar estas prácticas, sino procurar sincerar el sistema para que haya legislación que pueda contemplar estas situaciones inherentes al negocio informático.

Existen intentos aislados de desanimar estas prácticas con cláusulas disuasivas en los Pliegos de Condiciones Particulares<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Dictamen CDC mencionado, p. 120.

<sup>31</sup> La conclusión del dictamen de la Comisión de Defensa de la Competencia determinó la aplicación de severas sanciones traducidas en multas que ascendían a un total para las 4 empresas líderes en el mercado del oxígeno líquido de \$70.000.000.

<sup>32</sup> En los Pliegos de Condiciones Particulares del Ministerio Público de la Defensa se ha comenzado a incluir una cláusula anticollusión: *La mera presentación de la oferta implica por parte del oferente el respeto irrestricto al principio de competencia que debe primar en el procedimiento de licitación pública.*

*Ante cualquier elemento de prueba que dé certeza de la existencia de acuerdos, avenimientos o colaboración entre los oferentes que afecten de algún modo la competencia y concurrencia de las ofertas, sus propuestas podrán ser automáticamente declaradas inconvenientes para esta DGN en cualquier momento anterior a la adjudicación.*

*Sin perjuicio de ello y considerando las características del procedimiento, asimismo, podrán perder la garantía de mantenimiento de oferta, pudiendo notificar de tal situación a los órganos rectores y de contralor correspondientes.*

También pueden fomentarse sistemas de políticas públicas que se rijan por el principio de neutralidad tecnológica que suponga:

- a) prescindir de políticas que exijan o prefieran soluciones tecnológicas determinadas;
- b) prescindir de políticas que exijan o prefieran modelos concretos de otorgamiento de licencias;
- c) asegurar que las políticas de adquisición de tecnologías estén ajustadas a criterios objetivos fundados en el costo y los aspectos técnicos de la tecnología obtenida.

En la legislación argentina, el principio de neutralidad tecnológica está consagrado por la Declaración del 22-11-2007 de la Cámara de Diputados de la Nación, que establece que el Estado Nacional “recomiende que en las adquisiciones de este tipo de tecnologías (TICs) que se realicen en el ámbito del sector público, se evalúe y decida en cada caso concreto teniendo en cuenta criterios objetivos de costo y calidad de la solución a contratar (neutralidad tecnológica)”.

Otros ejemplos pueden verse en dos resoluciones de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación: la Resolución N° 838/1997, que dispone “eliminar disposiciones que de manera directa o indirecta impliquen dejar de lado la imparcialidad o neutralidad tecnológica”; y la Resolución N° 161/2005, que alude a la finalidad de “guardar la necesaria neutralidad tecnológica”.

Además de esto, importante fue la sanción del Decreto N° 512/2009 sobre la Estrategia de Agenda Digital de la República Argentina, donde se define a ésta como una “política de Estado” y, al hablar de las aplicaciones y contenidos en la Sociedad del Conocimiento, señala como uno de sus principios rectores la “prioridad de estrategias que sostengan a la neutralidad tecnológica, sin imposición de ningún tipo de tecnología específica, tanto en contenido como en aplicaciones”.

No consideramos que el principio de neutralidad sea la solución. De hecho, las prácticas siguen estando y los organismos siguen malgastando recursos humanos, publicaciones oficiales, tiempo, papel y presupuesto en realizar licitaciones donde lo único que se hace es “vestir al santo” y cumplir con formalidades, ritos y procedimientos sin importar qué precio se paga, cuál es verdaderamente el interés público comprometido en la necesidad, y cuál es la medida racional de la compra en proporción al fin que se busca resguardar.

Las modalidades de contratación directa por exclusividad o especialidad tienen varios inconvenientes prácticos:

- a) Los distribuidores de productos tecnológicos no pueden o no tienen estructura suficiente para dar el servicio de mantenimiento en forma directa sino a través de sus canales de venta locales.
- b) Los distribuidores o “*vendors*” no quieren o no pueden vender directamente porque estarían violando sus acuerdos de *partnership* con sus canales o *partners*.
- c) El Estado muchas veces no tiene el volumen de compra suficiente (por cada organismo, dependencia o repartición) para posibilitar acuerdos directos por especialidad o exclusi-



vidad con los distribuidores locales. Y el agrupamiento interjurisdiccional para contratación de tecnología tiene una barrera sustancial que nos lleva al mismo problema planteado anteriormente: qué política de compra de tecnología tiene, sistemas abiertos, marcas genéricas, sistemas cerrados de marca, solución o tecnología determinada.

d) El nivel de preparación técnica de los funcionarios no es lo suficientemente consistente ni tienen el grado suficiente de independencia como para tomar la decisión de implementar sistemas de contratación más realistas y consecuentes con la realidad del mercado. Por lo tanto, optan por ser indiferentes a la colusión entre los oferentes y dejan que ellos sean los que realmente manejan la contratación. Además, porque muchas veces la urgencia y los tiempos de gestión no les dejan margen para promover otro sistema.

e) Políticamente, para las reparticiones u organismos resulta muy costoso afrontar contrataciones por exclusividad, toda vez que siempre están sospechadas de corrupción; por lo tanto, siempre prefieren otorgar el mecanismo de la licitación pública o compulsiva abierta, cuando en realidad las necesidades y políticas tecnológicas de sus recursos determinan proveedores y marcas elegidas de antemano y específicas para salvaguardar la seguridad tecnológica y no poner en riesgo la integridad operacional del interés público comprometido.

## **VII. Conclusión.**

Hemos visto que tanto la dogmática del contrato público del Estado como el contrato informático no son inconsecuentes ni contradictorias, especialmente cuando se trata del principio de buena fe. Tampoco hemos tenido intención de santificar la contratación pública como un mecanismo de transparencia, igualdad y concurrencia por sobre los demás contratos.

Pero sí hemos tenido intención de desnudar sistemas para que realmente puedan contemplar situaciones que se dan en la oferta del mercado de bienes y servicios y que la legislación de contrataciones, como el Decreto N° 893/2012, contempla pero que dudosamente pueda corregir. No podemos seguir cegándonos a la realidad y hacer como si nada pasara cuando todos saben lo que pasa<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de ello, no dudamos que el ámbito de contrato público está imbuido del principio de legalidad como principio general del derecho administrativo y, como tal, se limita la órbita de autonomía de la voluntad en cuanto al respeto irrestricto a las etapas y procedimientos, que deben ser mecanismos dinámicos para mejorar el precio, calidad y competencia de los productos a adquirir.

Porque estamos ciertamente cansados de admitir lo defectuosas, irregulares y caras que son las compras del Estado.

<sup>33</sup> La publicación de Poder Ciudadano se realiza en base metodológica de entrevistas a responsables. La percepción de éstos (de la muestra realizada en la investigación) parecería ser unánime en la materia, todos lo saben y nadie puede hacer nada.

Por ello, las excepciones a la regla general deben seguir un criterio práctico y realista en cuanto a la contratación pública. La ley debe contemplar casos extremos donde el administrador debe privilegiar la búsqueda del bien común por sobre el ritualismo excesivo. Nunca soslayando o provocando repugnancia a normas de raigambre constitucional, pero privilegiando la satisfacción del interés general por sobre el interés particular.

Es necesario replantear los criterios normativos para hacer la figura un máximo que garantice absolutamente la concurrencia, competencia y la transparencia de los oferentes, sistematizando la igualdad entre ellos como un medio lícito para ejercer su industria y, al mismo tiempo, institucionalizarlos como verdaderos colaboradores de la Administración.

Compartimos algunas de las conclusiones de Organizaciones No Gubernamentales, como Poder Ciudadano<sup>34</sup>, cuando expresan los peligros de la cartelización:

“La presencia de carteles organizados incrementa considerablemente los costos de la Administración y provoca una disminución de la calidad de los productos. Desde el sector privado, la presencia de carteles afecta directamente la concurrencia, mientras que desde la APN repercute ampliamente en el aumento de los precios de las contrataciones. Un especialista del sector público aseveró lo siguiente:

‘La presencia de empresas cartelizadas direcciona el proceso y fija los precios. El precio no lo fija el mercado ni la competencia’. Por lo demás, cuando se presenta un cartel organizado en un proceso, es probable que éste se halle en colusión con funcionarios de la Administración”.

Por ello, somos partícipes de la idea de desburocratizar los sistemas administrativos imperantes, la idea de “despapelización” que nos proponen las nuevas tecnologías como la firma digital, la digitalización documental, el expediente electrónico.

El Decreto N° 893/2012 nos dio buenos augurios de dinamizar y flexibilizar las contrataciones públicas sin desatender las realidades de los diferentes mercados, como el de tecnología e informática.

Sin embargo, consideramos que se deben seguir proponiendo sistemas de contratación competitivos, pero que les den capacidad de negociación a los responsables a fin de poder hacer realidad la regla de comprar al mejor precio y la mejor calidad. Porque si se bajan los precios, habrá menos margen para la corrupción tanto en el Estado como con los privados.

Mientras haya una brecha considerable entre los precios en el mercado real con los que contrata el Estado, por más licitación pública que se tramite, siempre recaerá la sospecha de connivencia y corrupción sobre los servidores públicos o concertación y prácticas colusorias entre sus contratistas informáticos.

<sup>34</sup> Poder Ciudadano, *Contrataciones Públicas Vulnerables*, op. cit., p. 59.