



**CONTRATOS  
DE LA ADMINISTRACIÓN  
TEORÍA Y PRÁCTICA**

**Enrique Alonso Regueira  
Ariel Cardaci Méndez  
Martín Cormick  
Nicolás P. Diana  
Guido Julián Dubinski  
Gonzalo S. Kodelia**

**Prólogo de Mario Rejtman Farah**

**DIAMANTES  
EN ALMÍBAR**

## CAPÍTULO II

### SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

MARTÍN CORMICK

#### I. INTRODUCCIÓN

En todo curso de Derecho Administrativo –y en todo texto doctrinario–, vemos que toda actividad del Estado está orientada hacia satisfacer el bien común. Es harto conocida esta expresión, que por cierto la encontramos –dicho de otra manera–, desde nuestro preámbulo, en el cual uno de sus objetivos es promover el bienestar general.

Esta idea, que se gobierna con un fin y objetivo determinado y no *porque sí*, tiene larga data en los diversos autores que han analizado el rol del Estado, su conformación, y sus objetivos a la hora de gestionar. Es así como, desde PLATÓN en su IV Capítulo de *La República*<sup>104</sup>, el Estado debe obrar observando el valor de Justicia, ponderando la valentía, prudencia y templanza de los hombres que viven en él. En idéntico sentido la idea continúa y se profundiza en ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO. En palabras de JORGE MARTÍNEZ BARRERA:

“De una manera imperceptible, el problema del objeto último de la política, como la búsqueda del mejor régimen, es enriquecido por el Aquinate<sup>105</sup>, sin negar la posición del Estagirita, con el problema del bien común. La Política aparece así formalmente definida como la ciencia del bien común en la comunidad perfecta, y como ella es ante todo ciencia

---

<sup>104</sup> PLATÓN, *La República o El Estado*, Edicomunicación, Cap IV.

<sup>105</sup> Por ARISTÓTELES, el Aquinate citado en la frase es, va de suyo, SANTO TOMÁS.

práctica, su formalidad en la búsqueda, instauración, conservación y mejora de ese bien común<sup>106</sup>.

En ese sentido, se establece que: “El Estado, entendido como relación social y como institución, plasmada concretamente en organismos de diversos niveles, tiene como objetivo principal para orientar sus acciones la satisfacción del interés general de la sociedad de la que es siempre expresión”<sup>107</sup>. En consecuencia, el Estado, para desarrollar sus actividades, esto es, la puesta en marcha de políticas que den satisfacción al interés público, requiere de bienes, servicios y realización de obras. Es la faceta del Estado en la cual, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, son declaraciones “... productoras de efectos jurídicos que no proceden solo de la voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otra u otras propias de otros sujetos”<sup>108</sup>.

Al respecto, se dice que “... puede entenderse que toda la actividad del Estado tiene que estar destinada, directa o indirectamente, a ese fin, es decir, que el interés general que se construye y expresa en su actividad, tiene que cumplirse, ya sea de forma inmediata o mediata, en todas sus gestiones. Un ejemplo de satisfacción inmediata del interés general de la sociedad es cuando un ciudadano se acerca a un hospital público y el Estado le presta la atención adecuada para su problema de salud. Un ejemplo de satisfacción mediata es cuando ese mismo Estado adquiere o compra los equipamientos necesarios para luego poder brindar la atención adecuada a los ciudadanos”<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ BARRERA, JORGE, “El Bien Común Político según Santo Tomás de Aquino”, En Revista de Filosofía Themata, N° 11, 1993, ps. 71-99. Disponible en:

<http://institucional.us.es/revistas/themata/11/04%20martinez%20barrera.pdf>.

<sup>107</sup> ARENOSO, FEDERICO, *Manual de transparencia y control social en las contrataciones públicas*, 1a ed, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006, p. 27

<sup>108</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ; TOMAS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ed. Civitas, Décima Reimpresión, 2001, p. 663.

<sup>109</sup> ARENOSO, FEDERICO, op. cit., p. 28.

Sería impensado, dada la cantidad de tareas que desarrolla un Estado moderno, que pueda cumplir con todo ese cometido solamente con recursos humanos propios<sup>110</sup>. Para que ello ocurra, debería intervenir en todos los procesos de la economía –porque necesita, entre otros y diversos ejemplos, desde alimentos, hasta objetos de alta complejidad tecnológica, desde servicios de limpieza hasta seguridad–.

Ahora bien, cuando el Estado demanda un bien, es evidente y va de suyo que si bien la Administración persigue el interés público mencionado, al mismo tiempo, aquel particular que lo ofrece pretende obtener un beneficio económico de lo requerido por el Gobierno. Es por ello que se conjugan en un mismo acto el interés público de la Administración con el interés privado de quien quiere lucrar con una operación económica, la cual en muchas oportunidades es el único giro comercial o el principal, su sostén de vida. Ello hace que la forma y el procedimiento en que la Administración contrata dista de ser una cuestión teórica, puesto que no sólo involucra a cumplimientos normativos, sino al derecho constitucional a ejercer el comercio o industria en igualdad ante la ley (artículos 14 y 16 Constitución Nacional).

## II. ¿CÓMO DEBE DEMANDAR LOS BIENES EL ESTADO? LA REGLA LICITACIÓN PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO

Históricamente, parte de la doctrina, previo a la sanción de la Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y Contaduría General (Decreto Ley 23.354), del 31/12/56, y conviviendo con dicha normativa, pensaba que existía en cabeza de la Administración la potestad de elegir libremente al contratista.

Nótese que MARIENHOFF, en su *Tratado*, arranca el capítulo con la siguiente frase: “La Administración Pública no siempre puede elegir libremente a su cocontratante...”<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> En su caso, y ajeno a este análisis, quizás muchas tareas que hoy se tercerizan, dadas su periodicidad y por ser las únicas actividades que prestan, deberían incorporarse a las plantas de los organismos.

<sup>111</sup> MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Nº 627 A, Buenos Aires, p. 627 y ss.

Pocos párrafos después, profundiza estableciendo que “... la circunstancia de que en el contrato ‘administrativo’ una de las partes sea la Administración Pública, cuya actividad hállese sujeta a diversos tipos de control –no sólo de orden financiero y técnico, sino también ético–, da como resultado que, al celebrar contratos, la Administración no disponga de total o absoluta libertad para elegir a su cocontratante, como ocurre, en cambio, cuando dos personas particulares contratan entre sí”. Este análisis de MARIENHOFF permite vislumbrar que en cabeza del autor existía –al momento de escribir su *Tratado*– un margen para decidir a quién contratar.

Esta posible y minoritaria interpretación fue claramente dejada de lado desde la sanción de dicha ley, ordenando que la Licitación Pública es el procedimiento regla para seleccionar al contratista. Como bien sostiene GORDILLO, no importa decir si la Licitación Pública solo es regla en los casos en los cuales así queda expuesto, porque, en los hechos, queda expuesto en la normativa de todos los órdenes a nivel nacional. Al respecto, sostiene el autor que: “No se trata de hallar la ‘esencia’ de las cosas por alguna intuición o postulación ex cátedra, sino de indagar cómo está resuelto el problema en el derecho positivo y a partir de allí construir un sistema explicativo del orden jurídico. Y desde ese punto de vista no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la Licitación Pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general”<sup>112</sup>. Esto es, es la regla porque la ley lo dice.

Con tal objeto, se aprueban las normas que permiten, desde las operaciones más simples y periódicas, hasta las contrataciones más complejas, fijar las reglas de colaboración y la prestación de los administrados en su calidad de cocontratista.

La regla, entonces, conforme artículo 24, Decreto 1023/01<sup>113</sup>, y reproducido en las normativas provinciales y de Ciudad de Buenos Aires, es la *Licitación Pública* para

.....  
<sup>112</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y obras Selectas*, T. 2, Capítulo XII, p. 3, ahora como 1ª ed. del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2014.

<sup>113</sup> Publicado en Boletín Oficial 29.712, de fecha 16 de agosto de 2001.

aquellas selecciones de contratistas donde el factor económico incide en mayor medida, y el *Concurso Público* en aquellos casos en donde la selección no prioriza cuestiones económicas. Dicho artículo sostiene que: “La selección del cocontratante [...] se hará por regla general mediante Licitación Pública o concurso público, según corresponda...”.

En palabras de GORDILLO, 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 inscrita en un Registro creado al efecto”<sup>114</sup>. Es la Licitación Pública la que, en su caso, y como se desarrollará acabadamente en su respectivo apartado, refleja de forma más cabal los principios descriptos por el artículo 3 del propio Decreto 1023/01.

Es evidente, entonces, que el Estado está impedido de seleccionar como regla arbitrariamente y a sola discreción un contratista, debiendo elegir al que *a la postre* resultará más conveniente para la propia Administración. La exigencia del procedimiento de Licitación Pública como regla permite, asimismo, y como ya fue dicho previamente, que aquel oferente interesado en proveer de un bien o servicio que se encuentre en mejores condiciones que sus posibles competidores sea el futuro contratista. Esta sujeción al procedimiento no es otra cosa en la práctica que una obligación de actuar y un límite a la Administración. Límite que, no es ocioso repetir, emana de normas constitucionales.

Entonces, da ventajas para ambas partes. El Estado adquiere un bien o servicio a menor costo, y el particular puede obtener una ganancia producto de la operación comercial. Al respecto, el *Manual de Licitaciones Públicas* elaborado por la CEPAL establece que:

---

<sup>114</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, “El Informalismo y la Concurrencia en la Licitación Pública”, Revista de Derecho Administrativo, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 293 y ss.

“Evidentemente, para conseguir el mejor precio para la Administración o para el usuario del servicio y evitar discrecionalidades, arbitrariedades e incluso conductas de corrupción, lo ideal es que se establezcan mecanismos de licitaciones públicas que garanticen la mejor actuación del Estado y la transparencia entre las empresas o personas que compiten por el contrato. De esta manera, se garantiza la competencia técnica del que ofrece el bien o servicio y un tratamiento igualitario entre todos los competidores. El sistema de Licitación Pública tiene de todas formas superiores ventajas a cualesquiera otra forma de selección de contratistas”<sup>115</sup>.

### III. PRINCIPIOS APLICABLES

En primer lugar, y como introducción al apartado, podemos afirmar que el procedimiento de la Licitación Pública es aquel que mejor expresa los principios de las contrataciones administrativas establecidos en el artículo 3 del Decreto 1023/01.

Dicho artículo establece que:

“Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado. b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes. c) Transparencia en los procedimientos. d) Publicidad y difusión de las actuaciones. e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones. f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”.

Es por ello que lo que impera en la norma es que los principios sean aplicados a todos los procedimientos, tanto la regla –Licitación Pública–, como las excepciones – distintos procedimientos de contratación directa, por ejemplo–.

.....  
<sup>115</sup> CORREA, ISABEL, *Manual de licitaciones Públicas*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES, perteneciente a la CEPAL, diciembre de 2002.

Lo que sí podemos advertir al adentrarnos en el análisis de la temática propuesta, es que la ponderación de los distintos principios variará de acuerdo al procedimiento elegido. Así, *a priori*, y ya expresado, en la Licitación Pública el balanceo entre los distintos principios es la más completa, mientras que en la Contratación Directa claramente hay una opción por una serie de principios por sobre otros.

Del mismo modo, la aplicabilidad de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos al régimen de selección de contratistas, y posteriormente durante la ejecución del contrato, deviene en una consecuencia natural, en razón del sujeto (público) estatal y el ámbito subjetivo de la citada norma, dentro de la cual se contempla a la Administración centralizada y descentralizada<sup>116</sup>.

Siendo ello así, los principios del procedimiento administrativo conviven con los principios propios del procedimiento de selección del contratista<sup>117</sup>.

En consecuencia, algunos principios se confunden en ambos regímenes, resultando asimismo aplicables aquellos otros citados en la LNPA que no impidan el normal desenvolvimiento de la selección natural requerida por el Estado para el debido ejercicio de la función administrativa; del mismo modo, otros principios rectores que constituyen la base del Derecho Administrativo moderno vienen a nutrir el accionar estatal.

Así, por otra parte, lo ha reconocido la doctrina al afirmar que se trata de principios generales que han de regular todo el espectro de la contratación, con mayor o menor incidencia sobre determinadas etapas que sobre otras<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Conforme artículo 1, Ley Nacional Procedimientos Administrativos 19.549. De hecho, como se verá más adelante, el artículo 11 del Decreto 1023/01 exige la formalidad de acto administrativo para distintas etapas del procedimiento.

<sup>117</sup> Se verificarán entonces varias normas de reenvío del régimen de contratos al procedimental.

<sup>118</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 371.



En el mismo sentido, se ha dicho que resultarán de aplicación a este procedimiento especial, según lo vertido en el referido capítulo, las normas que hacen al procedimiento general y común que integran la LPA y el RPA, destacando, asimismo, que aun cuando existen especiales modulaciones en su regulación, el apartamiento de estas normas generales no son tantas como se podría presumir y, lo que es más, se entrelazan los distintos lotes de principios, es decir, los propios del procedimiento administrativo y los de los procedimientos de selección del contratista particular<sup>119</sup>.

### *III.1. Principio de Legalidad*

En este sentido, y previo a enumerar los principios establecidos en el artículo 3 del Régimen Contractual, y como condición necesaria para el efectivo cumplimiento de aquellos, encontramos el principio de legalidad. Este no es otro que el debido sometimiento del funcionario a las leyes. Aunque pareciera ser una obviedad, nos debe recordar los años de Monarquía en los cuales el Estado no se limitaba por norma alguna a la hora de administrar.

COMADIRA nos enseña que: “Todo el accionar del Estado halla su fundamento jurídico primario y su límite en la Constitución Nacional y en el sistema de juricidad que de ella se deriva...”<sup>120</sup>.

La aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la contratación administrativa y el consecuente desplazamiento, en éste, de la vigencia plena de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y la declaración de oficio, con

.....

<sup>119</sup> CANOSA, ARMANDO N., “Los principios del procedimiento administrativo en recursos, reclamos y contratación pública”, Buenos Aires, Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/2808/2012.

<sup>120</sup> COMADIRA, JULIO R., ESCOLA, HÉCTOR J., y COMADIRA, JULIO P., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 37.

sustento en aquel principio, de la invalidez de un reglamento de contrataciones violatorio de la ley formal<sup>121</sup>.

Del mismo modo, la Corte Suprema ha dicho que:

“... en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal, y en virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto en normas de rango legal, ya que el sentido, validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar”<sup>122</sup>.

Debemos entender, como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, que “... todo poder es un poder jurídico, o en forma más categórica, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho”<sup>123</sup>. Continúa luego uno de los autores que más ha abordado el tema que:

“El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo derecho es la persona subjetiva del rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquellas”<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> CSJN, 22/12/1993, “Espacio S.A”, Fallos: 316:3157, también publicado en ED 159-41, considerando 7, con nota de David Halperín. En la causa “El Rincón de los Artistas”, citada, la Corte recuerda esta doctrina y la aplica para considerar inválido un pliego de condiciones violatorio del régimen general de administración y disposición de bienes del Estado.

<sup>122</sup> CSJN, Fallos: 333:1922. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte para fallar.

<sup>123</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª. ed. Buenos Aires, Civitas, 2000, p. 431.

<sup>124</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit, p. 432.

Entonces, en resumen, el principio de legalidad es el sometimiento de la Administración a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

Denominado también principio de juricidad, nace a nivel constitucional del artículo 19 de la CN, debiendo la Administración sujetarse al conjunto de normas que integran el bloque de legalidad, la cual trasciende la frontera de la ley, puesto que, en lo que aquí nos compete, “... el Decreto1023/2001 consagra de forma inequívoca el mentado principio al estipular que las contrataciones también se regirán por el pliego de bases y condiciones, contrato u orden de compra, así como los principios específicos de las contrataciones administrativas”<sup>125</sup>.

Esta sujeción a la norma, y autolimitación en materia de voluntad contractual, es uno de los rasgos característicos del procedimiento de selección del contratista estatal, en tanto la regla es la contraria al principio de autonomía de voluntad de las partes que rige para el Derecho Privado.

Plasmado en el fallo “CASE SACIFE, Buteler”, nos dice que “... la Corte Federal deja en claro que en materia de contratos administrativos el principio de legalidad — hoy denominado de juricidad por la doctrina— tiene la virtualidad de desplazar la regla de la autonomía de la voluntad de las partes pues, éstas deben someterse — invariablemente— a la forma y sustancia establecidas normativamente”<sup>126</sup>.

A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) sostuvo que “... el principio de juricidad requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico; exige, asimismo el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad”<sup>127</sup>.

.....  
<sup>125</sup> GARCÍA, LEANDRO, en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la administración nacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p.39.

<sup>126</sup> BUTELER, ALFONSO, “La autonomía de la voluntad en los contratos administrativos”, DJ 01/06/2011, 27 Fallo Comentado: CSJN (CS) CS ~ 2010-10-05 ~ “CASE SACIFIE c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

<sup>127</sup> Dictamen PTN 253:38.

REJTMAN FARAH en su artículo “Desencuentros...” aporta, siguiendo el precedente “Stamei SRL”, que:

.....  
79  
.....

“La prescindencia del proceso previo de selección que tales excepciones comportan, no pueden obviamente, quedar librada al arbitrio del Administración ni extenderse a otros supuestos que no sean los que la norma prevé, por lo que cuando la Licitación Pública es requerida por la ley, su omisión vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación el contrato celebrado con el contratista”<sup>128</sup>.

Concluyendo, el principio de legalidad tendrá una necesaria implicancia en el procedimiento contractual, pues podemos inferir de su substancia y contenido que representa el género de la actividad fundacional de la Administración Pública, por cuanto el funcionario deberá respetar en todo momento las prescripciones normativas que regulan su accionar; en este caso, si la ley determina la incoación de un determinado procedimiento de selección (v. gr. Licitación Pública), y se celebra uno distinto, la consecuencia será la necesaria declaración de nulidad del contrato que se celebre en dicho marco (conf. Doctrina de Fallos: 323:3924), pues se habrán violado, además del procedimiento, entre otros, los principios de promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, como así también la transparencia en los procedimientos, específicos del régimen contractual.

Este principio, si bien no tiene una recepción expresa, surge implícitamente de los artículos 16, 19, 28, 31, 42 y 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, estos dos últimos con relación al procedimiento de contratación y, además, del artículo 7, inciso c), de la LPA (en tanto y en cuanto exige que el acto administrativo debe ser jurídicamente posible), y del inciso f) del mismo precepto, porque allí se establece la obligatoriedad de que exista proporcionalidad entre las medidas que el acto involucre y la finalidad perseguida; asimismo, porque en la misma norma se establece que con el

.....  
<sup>128</sup> REJTMAN FARAH, MARIO, “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas”, La Ley, Sup. Adm. 2010 (agosto), p. 197. El autor comenta el fallo de CSJN, “Stamei S.R.L. c/Universidad Nacional de Buenos Aires”, 1987, Fallos: 310:2278.

dictado del acto administrativo no puede perseguirse otro fin, aunque fuera público, distinto del que justifique su objeto, el cual debe ser jurídicamente posible. La disposición mencionada en último término es la recepción normativa de la protección del interés público dentro del ordenamiento jurídico administrativo vigente<sup>129</sup>.

No puede soslayarse, por último, que el artículo 11 del Decreto Delegado 1023/01 prevé que será de aplicación el artículo 7 de la LNPA en cuanto a la celebración de determinados actos, constituyendo una norma de reenvío directo.

*III.2. Principio de Razonabilidad y Eficiencia y Celeridad, Economía y Sencillez (conf. artículo 1, inciso b, LNPA)*

El primer principio que aparece reflejado en el artículo 3 del Decreto 1023/01 es la “a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado”.

Respecto de la razonabilidad, LINARES QUINTANA explica que “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”<sup>130</sup>. Asimismo, NIELSEN desagrega el principio de razonabilidad en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad, y el de razonabilidad en sentido estricto<sup>131</sup>: a) el de adecuación se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado, b) el subprincipio de necesidad implica elegir entre los medios idóneos para el logro del fin que procura –es decir, los que cumplen con el subprincipio de adecuación–, aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el

<sup>129</sup> CANOSA, ARMANDO N., "La discrecionalidad administrativa en los concursos docentes: su control", Revista de Derecho Administrativo, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 489.

<sup>130</sup> LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 559.

<sup>131</sup> NIELSEN, FEDERICO, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, "La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa", p. 563 y ss.

menor sacrificio a los derechos de los particulares, y c) el de razonabilidad en sentido estricto, es decir, la determinación acerca de si la medida guarda relación razonable con el fin que se pretende alcanzar.

En cuanto al principio de eficiencia, entendemos que implica cumplir el objetivo con la menor cantidad de recursos posibles. En el principio encontramos una relación indisoluble entre el principio de eficiencia, citado en la norma, y el de eficacia. Al respecto: “El principio de eficiencia, que completa al de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costes”<sup>132</sup>.

En materia de administración financiera, los principios de eficiencia, eficacia y economía se analizan en conjunto, y se denominan *las 3 E*. Al respecto, entendemos, como sostienen IZQUIERDO PERIS y VIRGIDANO, que:

“[estos principios] pueden definirse de la siguiente manera: Economía: principio de la gestión económico-financiera consistente en alcanzar los objetivos fijados en una organización, programa, proyecto, actividad o función minimizando el coste de los recursos utilizados. Eficacia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir los objetivos establecidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función. Eficiencia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir la mejor relación posible entre los resultados obtenidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función y los recursos empleados para conseguir aquellos”<sup>133</sup>.

En suma, lo que busca la Administración en todo procedimiento de selección del contratista es adquirir el bien o servicio al menor costo posible y que, a su vez, cumpla las condiciones establecidas en el pliego, es decir, que sea un bien adecuado para

<sup>132</sup> Escuela de Administración Regional Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración.

<sup>133</sup> PERIS, JOAQUÍN IZQUIERDO, y VIRGIDANO RAQUEL GONZÁLEZ, “El cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia en la gestión de fondos públicos destinados a la enseñanza primaria en la Comunitat Valenciana”, de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, Revista Auditoría Pública, Nº 65 2015, p. 31.

cumplir funciones públicas, de acuerdo al criterio de oferta más conveniente teniendo en cuenta el precio, la idoneidad y calidad del oferente.

Presumiblemente, tener la posibilidad de elegir entre más de una oferta permite *a priori* el seguimiento de dicho principio, porque a mayor cantidad de ofertas existiría un mejor precio.

Correlacionando ahora ambos regímenes normativos, nos encontramos ante un punto de contacto, pues en la LNPA se prevé en el artículo 1 inciso b) la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites.

GORDILLO ha dicho que: “La eficiencia en el manejo de los fondos públicos viene también exigida por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156, la CICC, la Ley 25.188 y el Decreto 229/00, artículo 4, inciso g) y artículo 5, inciso a). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente”<sup>134</sup>.

*III.3. Principio de concurrencia e informalismo a favor del administrado (artículo 1, inciso c, LNPA)*

El principio de concurrencia es uno de los principios claves del procedimiento. Se encuentra en el inciso b) “Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes”.

Es el que impone a la Administración a agotar sus recursos a efectos de poder contar, para un procedimiento de selección, del mayor número de ofertas posibles que compitan entre sí.

---

<sup>134</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2014, p. 441.

Al conseguir que numerosos interesados concurren –esto es, lleguen a presentar exitosamente su propuesta–, luego encontramos la segunda etapa o el espejo de este procedimiento, que es que dichos oferentes compitan.

Como bien sostiene GARCÍA:

“De una simple lectura se extrae que el concepto de concurrencia y competencia no son utilizados como sinónimos [...] Por concurrencia entendemos el acto público de afluencia de ofertas que formalizan particulares ante el órgano licitante dando lugar a una interacción que tiene lugar, en general y por principio, entre el órgano que realiza el llamado y un conjunto indeterminado de sujetos que gozan del derecho subjetivo ciudadano de participar activamente en un procedimiento de selección, en la medida que cumplimenten las condiciones necesarias que fijen la normativa”<sup>135</sup>.

Ahora bien, retomando lo expuesto previamente, en cuanto a las pujas existentes entre más de un principio, téngase en cuenta que una exagerada ponderación del principio de igualdad lleva necesariamente a la reducción de la concurrencia. A su vez, el principio de informalismo a favor del administrado podría colisionar de modo patente con la igualdad que regula la selección de contratistas, por cuanto, cabe entender, que admitir la subsanación de un vicio<sup>136</sup> en la oferta puede dar lugar a una alteración que trastoque un eventual resultado sobre la posterior adjudicación.

No obstante ello, el informalismo encuentra su límite en la actual redacción del artículo 66 del Decreto 1030/16, que opera como una suerte de barrera infranqueable ante las omisiones de los proveedores estatales.

Al respecto, GORDILLO sostiene que:

---

<sup>135</sup> GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 63.

<sup>136</sup> Cuando nos referimos a la subsanación de un vicio, no incluimos aquí una subsanación menor. En estos casos, conforme el artículo 17 del Decreto 1023/01, corresponde dar un plazo para efectuar dicha subsanación. Al respecto, ver CORMICK, MARTÍN, en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 191.



“... 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 y no quedarse con un precio ficticio de unos pocos elegidos, estaba representado por la siguiente fórmula clásica. En inúmeros casos, que todavía se repiten, algunos oferentes tal vez no sabían, no querían o no podían hacer obras o suministros a precios de mercado, pero en cambio eran perfectos e insuperables en el arte de saber hacer y cumplir todos y cada uno de los infinitos papeles y requisitos burocráticos que condicionaban la admisibilidad (*id est*, validez) de las ofertas”<sup>137</sup>.

Por ello, y ante la actual claridad de la norma, quedan delimitados los alcances del informalismo a favor del administrado. Ello más allá de la opinión en favor de la presentación de oferta ante la duda que tenemos.

#### *III.4. Principio de Transparencia y Publicidad y la reserva de actuaciones (conf. artículo 2, inciso c, LNPA)*

El principio de transparencia trasciende, claramente, el procedimiento de selección del contratista estatal, y es un pilar de todo procedimiento administrativo o, más aún, de todo el Derecho Administrativo.

Como bien sostiene PABLO ZAK: “La gestión administrativa como actividad dirigida al servicio de la comunidad, debe caracterizarse por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando allí la importancia de la transparencia, la cual en suma, supone una garantía para todos los individuos”<sup>138</sup>. Esto es, en la medida en que se gestiona para obtener el bien común, la mejor forma de explicitarlo y que el destinatario –el pueblo– tenga cabal conocimiento sobre el andar de la Administración. Esto, en términos generales en el desarrollo de toda la actividad

<sup>137</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo”, Sección V. Después de la reforma del Estado (1998), Capítulo VII “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2015, p. 5.

<sup>138</sup> ZAK, PABLO, *El principio de transparencia en la administración pública*, p. 1, disponible en <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>.

pública, y, en lo particular, en todo procedimiento administrativo, y, más específicamente, en el procedimiento de selección del contratista estatal.

Lo que nos permite la transparencia, según ZAK, es “que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar”<sup>139</sup>.

Además del apartado c) del artículo 3 del Régimen de Contrataciones, que establece la “[t]ransparencia en los procedimientos”, el artículo 9, a su vez, sostiene que:

“La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

Al respecto, existe una fuerte correspondencia entre transparencia, publicidad y sistema republicano de gobierno. Así, vemos en el Fallo “Actuar” en su considerando 16 que:

“... en suma, la rescisión del contrato de consultoría halló sustento en diversas disposiciones examinadas, y, al mismo tiempo, a una razón de interés general, como lo es aquel que tiene la comunidad en que las gestiones de la Administración Pública, sean realizadas por sí misma o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética, y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno”<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> ZAK, PEDRO, op. cit, p. 1.

<sup>140</sup> CSJN, 18/07/2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”.

Por su parte, si bien no existe taxativamente en la Constitución Nacional la obligación de la publicidad de Actos de Gobierno, como sí ocurre en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires<sup>141</sup>, este se entiende como parte del Sistema Republicano de Gobierno. GELLI, en una enumeración de diversos artículos (83, 99.3, 33 y 42), entiende que “... debe interpretarse restrictivamente y como excepción cualquier límite que tenga por objeto restringir el acceso de los habitantes de la República a los actos de gobierno, producidos por cualquiera de los poderes del Estado o por los denominados órganos extrapoderes”<sup>142</sup>.

No debemos olvidar las referencias al principio de Transparencia que trascienden el procedimiento de selección del contratista estatal. Así, La Ley 25.188, de Ética Pública en Ejercicio de la Función Pública, se establece que los funcionarios “... se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: [...] e) Fundar sus actos y mostrar *la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas *sin restringir información*, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan...” (el resaltado es propio).

Este principio cabal plasmado en un adecuado sistema republicano de gobierno, encuentra una limitación en el artículo 2 inciso c de la LNPA, en cuanto prevé con relación a las actuaciones reservadas o secretas que el Poder Ejecutivo deberá determinar las circunstancias y autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas.

Conjugando ambos principios, podríamos afirmar que los derechos no revisten carácter absoluto, sino que se encuentran supeditados a una adecuada

---

<sup>141</sup> Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 1: “La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos...” (el resaltado es propio).

<sup>142</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª ed., ampliada y actualizada, 4ª reimpresión, La Ley, 2011, p. 27.

reglamentación, conforme el ejercicio del poder de policía para regular aquellos derechos<sup>143</sup>.

.....  
87  
.....

Respecto a estas últimas, se ha dicho que debe exigirse a la autoridad administrativa dé debida cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales decide y observe, exclusivamente, los fines para los cuales fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, las de contratar<sup>144</sup>.

La PTN, en su Dictamen 247:564, ha sostenido que: “En nuestro sistema el principio de publicidad es la regla; excepcionalmente, en algunos casos en los cuales están comprometidos los derechos de los particulares o la defensa nacional sería válido apartarse de este postulado. El derecho a la información, se encuentra limitado por el carácter reservado de determinados archivos o cuando puedan afectarse principios y derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad, la competencia comercial, la seguridad de la Nación y el buen orden administrativo” (conf. Dictámenes 278:163, 213:188)”. Este último caso podría tratar de una contratación que afecte la defensa nacional, tal el caso para la adquisición de radares de frontera y su eventual ubicación, siendo que su trascendencia podría repercutir en una afectación directa del bien que se pretende proteger mediante dicha contratación.

Es claro que, a más y mejor publicidad, mayor transparencia. No debemos olvidar que este principio de la publicidad tiene jerarquía supralegal, en tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto el Artículo III, que establece las Medidas preventivas, sostiene que: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y

.....  
<sup>143</sup> Profundizar en SAENZ, JUAN IGNACIO, en AA. VV., GARGARELLA, ROBERTO y GUIDI, SEBASTIÁN (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, T. II, La Ley, 2016, p. 647.

<sup>144</sup> CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, Fallos: 321:174, ED, 177-749.

servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

*III.5. Principio de Igualdad*

El principio de igualdad, como es sabido, posee raigambre constitucional, en cuanto reconoce su fuente de mayor jerarquía en el artículo 16 de la Constitución en tanto “[t]odos sus habitantes son iguales ante la ley”.

Está relacionado con el principio de concurrencia, ya que asegurada la concurrencia de los oferentes por un pliego que no debe contener disposiciones limitativas, ya que sólo es posible garantizar la competencia leal entre ellos si se asegura un trato igualitario<sup>145</sup>.

En materia de Procedimiento de Selección del Contratista Estatal, el principio de igualdad establece que todos los oferentes e interesados deben recibir el mismo trato y, al mismo tiempo, impide que se otorgue una determinada ventaja a alguno de aquellos que se hubiese negado al resto. Lo encontramos en el inciso f), denominado “Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes”.

Como bien señala F. GARCÍA PULLÉS, “algunos de estos principios defienden también derechos de los ciudadanos, que la Administración no puede soslayar o vulnerar con invocación de otros. Véase el ejemplo del principio de igualdad de tratamiento: Si ese principio fuera susceptible de postergación con base en la máxima concurrencia o en la promoción de la eficacia de las contrataciones, todo el esquema de transparencia y legalidad de las contrataciones administrativas resultaría burlado”<sup>146</sup>.

.....

<sup>145</sup> Se ha señalado que el principio de igualdad no se vulnera cuando, por la vía idónea y con carácter previo al llamado a licitación, se establece una preferencia a favor de determinada categoría de licitadores u oferentes (ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 206).

<sup>146</sup> GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, op. cit, p. 172.

Esto es, si todos están en pie de igualdad para ofrecer un bien, que lo logre capitalizar quien mejores opciones ofrece. Al respecto, CASSAGNE entiende que “del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad”<sup>147</sup>.

Concatenado este principio con la LNPA, advertimos que la violación de la igualdad dará lugar a la revocación del procedimiento en función de lo establecido en el artículo 11 inciso h del Decreto Delegado 1023/01, lo que inevitablemente determinará la aplicabilidad del artículo 17 de la Ley de Procedimientos referida.

Dicho en otras palabras, el principio de igualdad “... se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección”<sup>148</sup>. Profundiza el autor que: “Por trato igualitario se entiende el deber que pesa en cabeza del órgano contratante de observar un comportamiento imparcial evitando realizar con los interesados y demás oferentes distinciones de cualquier tipo debiéndoles asegurar a todos igualdad real de oportunidades”<sup>149</sup>.

De manera que la igualdad constituye uno de los presupuestos que componen el procedimiento administrativo para la selección de un determinado contratista, y su violación puede dar lugar a que el acto administrativo adolezca de un vicio en sus elementos esenciales, circunstancia que solo puede advertirse a la luz del artículo 7 y concordantes del LNPA.

.....

<sup>147</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La igualdad en la contratación administrativa”, El Derecho, T. 101, p. 901.

<sup>148</sup> GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 53.

<sup>149</sup> GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 56.

### III.6. Debido Proceso Adjetivo

El artículo 1 inciso f de la LNPA prevé el *debido proceso adjetivo*<sup>150</sup>, el cual tiene una incidencia directa en la legalidad del acto administrativo que finalmente se dicte, por cuanto, de encontrarnos ante una decisión que resuelve una adjudicación sin fundamento válido alguno, adquirirá el ostensible carácter de nulidad prevista en el artículo 17 de la LNPA.

La recepción constitucional del principio del *debido proceso adjetivo* la debemos vincular también con otra garantía de carácter procesal que tiene estrecha relación con el procedimiento administrativo y dimana sus efectos dentro de él. Nos referimos a la denominada tutela judicial efectiva, la cual, como se dijo, "se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico, sino también en cuanto a la protección del interés general en procura de una buena administración proyectándose también al procedimiento administrativo"<sup>151</sup>. Este derecho puede resumirse básicamente en el derecho que tiene el particular en que se *haga justicia* y con relación al proceso administrativo se despliega en tres momentos diferentes: a) en el acceso a la jurisdicción; b) en el debido proceso, y c) en la eficacia de la sentencia<sup>152</sup>. El derecho aludido fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

.....  
90  
.....

.....

<sup>150</sup> "... f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: Derecho a ser oído. 1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinador y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas. Derecho a ofrecer y producir pruebas. 2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio; Derecho a una decisión fundada. 3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso".

<sup>151</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", Revista de Derecho Administrativo, N° 32, Buenos Aires, 1999, p. 527. CANOSA ARMANDO N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED 166-988.

<sup>152</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, T. I, Madrid, Civitas, 1998, p. 17.

sustentando su existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 3, apartados a) y b), y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### *III.7. Otros principios*

Si bien hemos abordado los principios más relevantes en la materia, existen otros que merecen ser citados a título informativo, a saber: el decoro, el orden procesal, la escritura, la oralidad<sup>153</sup> y la informatización, imparcialidad<sup>154</sup>, contradicción y gratuidad.

CANOSA afirma que la contradicción, a su vez, se da cuando existen dentro del procedimiento intereses contrapuestos (v. gr., concursos o licitaciones), debiendo la Administración mantener la participación igualitaria de los interesados<sup>155</sup>.

Con relación a la gratuidad, en muchos pliegos de bases y condiciones se agregan cláusulas que establecen costos para la adquisición de los pliegos y bases, los que en realidad no deberían superar la mera reproducción de los mismos.

Asimismo, no puede soslayarse que se ha implementado el sistema de contrataciones electrónicas<sup>156</sup> y que modifica en alguna medida algunas de las disposiciones vigentes en materias de principios, pues de acuerdo a lo que prevé el Sistema COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los

---

<sup>153</sup> Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo I, Decreto 1172/2003), el cual dispone que "[e]l procedimiento de audiencia pública debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad".

<sup>154</sup> Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS, quienes dicen que: "La administración debe decidir conforme al orden jurídico sin beneficiar a alguien en detrimento de otros", *Curso de Derecho Administrativo*, Notas de AGUSTÍN GORDILLO, T. 2, Thomson, Civitas, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 483 y ss.

<sup>155</sup> CANOSA ARMANDO, *Los Principios...*, op. cit.

<sup>156</sup> Conf. Disposición 65-E-2016 ONC.



proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores según su rubro, clase u objeto de la contratación, si los hubiera. Con esto se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones. También la citada Disposición revela que a partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.

En este esquema, aquellos principios procedimentales deben adecuar su contenido histórico a la realidad normativa y fáctica que viene a trastocar un sistema basado en un expediente físico a las nuevas imposiciones de la informática y sus regulaciones.

En definitiva, todo expediente administrativo de selección del contratista estatal debe seguir tanto los principios propios del procedimiento especial como los de todo procedimiento administrativo. Ello, tanto se efectúe el procedimiento regla – Licitación Pública–, como los procedimientos de excepción.

### *III.8. Corolario*

Hasta aquí, hemos visto los principios en su dimensión teórica, y sin efectuar un análisis entre las tensiones existentes entre ellos. No existe siempre la posibilidad de ponderar todos los principios enumerados en el artículo 3 de igual manera.

En primera medida, en muchas ocasiones, la ponderación de un principio lleva necesariamente a la de otro. Así, si el Estado dispusiera libremente de recursos para otorgarlos discrecionalmente, seleccionando a su solo gusto el contratista, no sólo iría en contra de la normativa vigente –principio de legalidad o juricidad–, sino también vulneraría el principio de igualdad, eligiendo a un oferente por sobre otro sin haberlos hecho competir en condiciones de igualdad.

En cuanto a la transparencia, una de las formas de garantizarla es con mayor publicidad. Ello permitirá, al poner la información en mayor cantidad de posibles

oferentes, generar la mayor concurrencia de interesados, la mayor presentación de ofertas, que inevitablemente redundará en un mejor precio, entonces, en mayor eficiencia. Es por esto que, *a priori*, es allí en donde se advierte la razonabilidad de que la normativa haya establecido a la Licitación Pública como regla.

Ahora bien, ¿es siempre la Licitación Pública el procedimiento que expone los principios de mejor modo? ¿Qué pasa con procedimientos de Licitación Pública prolongados, o, cuando se pretende obtener bienes y los posibles oferentes no se presentan, por no soler presentarse en procedimientos licitatorios habitualmente, llevando indefectiblemente a efectuar nuevos procedimientos por contrataciones directamente por licitaciones fracasadas o desiertas?

Es interesante el aporte de DELFÍN al respecto, quien, al menos, pone en duda la aceptada valoración como “vaca sagrada” de la Licitación Pública. Ciertamente, y a modo de exponer algunos ejemplos, parecería, *a priori*, que si el costo del procedimiento es similar al bien que se va a adquirir, el procedimiento se torna altamente ineficiente.

En otro orden de ideas, para eso existen procedimientos alternativos. Esto es porque los principios no siempre se interrelacionan de la misma manera. Si ya sabemos que existe un único oferente para el bien que buscamos, tampoco tendrá sentido invitar un número indeterminado de postulantes, puesto que el resultado nos conducirá a ese único.

Estos son, entre otras, las razones que entendemos acá que permiten empezar a discutir si siempre la Licitación Pública es la mejor opción, o, siguiendo el artículo 10 del Decreto 1030/16<sup>157</sup>, el cual manifiesta que: “No obstante la regla general<sup>158</sup>, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus

<sup>157</sup> Salvedad ya efectuada en el artículo 15 del Decreto 893/12.

<sup>158</sup> Se refiere a la Licitación Pública.

modificaciones y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”. Al respecto, DELFÍN se (nos) pregunta: “... teniendo en cuenta este principio, y la directiva de satisfacer el interés público bajo el procedimiento más adecuado, estamos ante la disyuntiva de instrumentar o no un procedimiento licitatorio, que si bien respeta los principios de las contrataciones públicas, deja en evidencia ciertos déficits en el procedimiento que ponen en cuestionamiento su eficiencia y eficacia para satisfacer la necesidad pública de forma oportuna”. Quizás lo que nos debemos preguntar es si la Licitación Pública permite una solución adecuada para este tipo de procedimientos.

Al adentrarnos en el análisis en materia práctica sobre la utilización de los distintos procedimientos, nos induciría a pensar que, como regla en la materia, un alto porcentaje de los procedimientos se efectúan conforme el procedimiento de Licitación Pública. Sin embargo, los hechos nos demuestran que no es así. Es entonces que podemos verificar varios trabajos que demuestran que el número de licitaciones es reducido en la práctica. GARCÍA SANZ, por ejemplo, nos comenta, en base a datos del 2003, que: “Tomando como base de medición 360 procedimientos en curso al 14 de octubre de 2003, 174 eran contrataciones directas, alcanzando un 48,3% del total”<sup>159</sup>, priorizándose otros procedimientos. En estos casos, se debe entonces verificar si las excepciones utilizadas lo fueron conforme a derecho.

.....  
<sup>159</sup> GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. VII, *El Derecho Administrativo en la Práctica*, Cap. I, p. 19.