



**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**

IV. EXCEPCIONES A LA REGLA – LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS

IV.1. Contratación Directa. Excepciones taxativamente establecidas en el artículo 25.d) del Decreto 1023/01

Antes de adentrarnos en este apartado, debemos reflexionar lo siguiente: optar por un procedimiento alternativo a la regla *exige duplicar esfuerzos en fundar el acto administrativo que lo aprueba*. La elección del procedimiento administrativo de excepción no debe tener fisuras, puesto que, de no ser así, torna nulo todo lo actuado. Al respecto, no es ocioso recordar dos fallos que evidencian esta situación compleja.

Así, en el fallo “Warning”¹⁶⁰, se efectúa una contratación directa por existir montos inciertos en virtud de ser una autorización para ser su gestor comercial, buscando obtener auspiciantes y publicidad. La mera decisión de efectuar una contratación directa –procedimiento de excepción– eludiendo la Licitación Pública. Ante ello, el fallo nos recuerda que es el procedimiento regla quien cumple mejor los preceptos constitucionales –entre ellos el artículo 16–. El voto del Dr. USLENGHI sostiene que: “Esta garantía –el derecho a la igualdad– obliga al Estado a publicitar su intención de contratar, de manera tal que todas aquellas personas que se consideren idóneas puedan ofertar en dicha contratación y no discriminar de antemano contratando con una persona determinada, sin aviso previo al resto de los eventuales interesados”¹⁶¹.

Por su parte, el citado fallo “OCA”¹⁶² resume en sus considerandos 6 y 7 la consecuencia de la inobservancia del procedimiento, y la falta de encuadre y argumentación jurídica del uso de sus excepciones. Así, el considerando 6 sostiene que

¹⁶⁰ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 05/11/2002, “Warning S.A. c. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)”.

¹⁶¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., 05/11/2002, “Warning S.A. c. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)”, voto del Dr. Uslenghi, considerando c).

¹⁶² CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (S.1713. XXXII.R.H.)”, La Ley Online, Cita Fallos Corte: 321:174, cita online: AR/JUR/4971/1998.

“... en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público, para lo cual debe acudir a las normas sobre contrataciones que regían en la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, contenidas en las leyes nacionales de obra pública 13.064, de contabilidad (Decreto Ley 23.354/56 y su Decreto Reglamentario 5720/72), aplicables en razón de lo dispuesto por la ordenanza municipal 31.655. Los artículos 9 de la Ley 13.064 y 55 del Decreto Ley 23.354/56 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por Licitación Pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso (confr. en el mismo sentido causa M.265.XXXIII cit.)”

Acto seguido, el considerando 7 sostiene que:

“... la actora no ha invocado ni probado la observancia de estas disposiciones, y la existencia de normas en el orden municipal que permitían la contratación directa en determinados supuestos (v. gr. el Decreto 725/90) no sirve, en el caso, para justificar la excepción a la regla de la selección por medio de la Licitación Pública. En efecto, si bien aquellas posibilitaron que, en situaciones de emergencia, se pudiera contratar bajo modalidades distintas, para que tal proceder fuera válido, ello debía justificarse mediante los informes pertinentes y con una adecuada motivación de los actos administrativos que determinarían la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia”.

El inciso d) del artículo 25 del Decreto 1023/01 es el que fija expresamente las excepciones de Contratación Directa. Por su parte, y se verán posteriormente, existen excepciones a la Licitación Pública que no surgen del citado artículo sino de otros apartados de la norma o de la propia práctica, y fueron luego analizadas y desarrolladas en doctrina y jurisprudencia.

IV.1.1. Por límite de monto

La reglamentación va modificando los montos específicos de los procedimientos de selección que pueden efectuarse por Contratación Directa. Recordemos que el artículo 10 del Decreto 1030/16 sostiene que: “En virtud de la regla general

consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, los procedimientos de Licitación Pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente *cualquiera fuere el monto presunto del contrato* y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes” (el resaltado es propio).

Al respecto, esa frase pareciera invalidar todo tipo de contratación por fuera de la regla. Aunque, y en parte contradiciendo lo aquí expuesto, el artículo 15 del propio Decreto sostiene: “A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 1 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado para tal tipo de procedimiento en la escala aprobada por el artículo 27 del presente reglamento”. Dicho artículo establece que el presente procedimiento puede efectuarse hasta mil trescientos (1.300) módulos¹⁶³. Ahora bien, la frase que cierra el círculo nos retrotrae al artículo 10, el cual sostiene que: “No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”.

Entonces, ¿cumpliría con los principios de economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de recursos un procedimiento de Licitación Pública para adquirir un bien de menor cuantía? Dicho de otra manera, es factible que el costo del procedimiento, si así pudiéramos medirlo en término de horas hombre, alquiler de las oficinas donde se desarrolla, más su costo en materia de servicios públicos, insumos, etc., pudiera superar al del bien en sí.

¹⁶³ Dicho módulo en 2016 fue de \$ 1.000, conforme artículo 28 del Decreto 1030/16. “Artículo 28.- VALOR DEL MÓDULO. A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL (\$ 1.000)”.

En suma, entendemos que sólo invocando el monto alcanza para apartarse de la norma. Por supuesto que no es factible dicha elección en el caso de monto indeterminado, Así, recordemos que el fallo “Warning” –ante monto indeterminado–, no admite la excepción señalada.

No comparten lo expuesto los Dres. DIANA y ERBIN, en su comentario al artículo 25, ya que entienden que se “... reserva la contratación directa para los casos en que no fuere posible aplicar otro procedimiento [...]. Es decir que el Decreto 1023/01 solicita que se conjuguen en el caso la de la situación de fondo y de monto para habilitar a este procedimiento excepcional, y no sólo de monto”¹⁶⁴. No es sencillo imaginar un ejemplo que pase dicha exigencia. La pregunta, en el caso, sería cuál otro fundamento debe esgrimirse, porque, justamente, que el monto sea menor es la única nota distintiva. Caso contrario –el deber de agregar fundamentación– impediría utilizar este procedimiento más económico y de menores plazos.

En muchas oportunidades, el procedimiento de contratación directa por monto se utiliza frecuentemente para eludir una licitación. Así, se disfraza un procedimiento que debió efectuarse en una sola oportunidad, en sucesivos procedimientos, lo que en la legislación se denomina desdoblamiento. Así, conforme artículo 30 del Decreto 1030/16: “No se podrá fraccionar un procedimiento de selección con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados en el presente reglamento para encuadrarlos o de las competencias para autorizar o aprobar los procedimientos de selección”.

¹⁶⁴ DIANA, NICOLÁS y ERBIN, JUAN, comentario al artículo 25 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 256.

IV.1.2. Por especialidad

La contratación directa por especialidad se permite cuando existe un único proveedor que pueda prestar el servicio o dar el bien. Esta especialidad se puede dar por razones científicas, técnicas o artísticas. La Procuración ha marcado el carácter restrictivo del criterio de especialidad. Al respecto exige respecto de la especialidad que "... se compruebe la capacidad técnica, científica, o artística del contratado para que la causal sea admisible, pues la interpretación de las excepciones al requisito de la Licitación Pública debe ser estricta y considerarse limitada por los fines que la ley persigue al establecerla con carácter general"¹⁶⁵. Es entonces que se han admitido casos de especialidad en artistas –músicos, escultores–, pero también se ha utilizado para deportistas, por ejemplo.

El principal inconveniente de las licitaciones en cuestión es que, al no haber compulsa de precios entre distintos oferentes, no se sabe si el precio que se está erogando para dicha contratación es o no razonable. En numerosos casos, ante festivales que implican montos importantes, cuesta justificar las decisiones efectuadas y los montos abonados, sobre todo teniendo en cuenta que es común la utilización en municipios.

Quizás podrían reducirse drásticamente las decisiones discrecionales en la materia si hubiera topes, un tarifario relacionado con algún valor objetivo. No obstante, no se ha avanzado en este sentido.

A modo de ejemplo, se encuentra el caso de las contrataciones efectuadas por el Gobierno de la Ciudad a deportistas para dar clínicas en barrios vulnerables¹⁶⁶. O bien, un contrato artístico en Corrientes¹⁶⁷.

.....

¹⁶⁵ Dictamen: 113:221; 122:255.

¹⁶⁶ <http://www.lapoliticaonline.com/nota/77067>

¹⁶⁷ https://www.clarin.com/politica/sabbatella-afsca-victor_heredia-ey_de_medios_0_HkzY9HMiv7x.html

IV.1.3. Por exclusividad

Son las contrataciones por exclusividad aquellas en las cuales la Administración sabe que existe un único proveedor del bien o servicio. Muchas veces juega un rol determinante en estos casos el administrado, en la medida en que él es quien documenta la exclusividad. En definitiva, estamos ante la imposibilidad jurídica de, aunque se presenten ofertas, seleccionar a otros proveedores. La exclusividad entonces en muchas ocasiones no es material sino jurídica. Por ejemplo, poseer licencia exclusiva en una zona sobre un producto determinado. Así, el artículo 17 del Decreto 1030/16 sostiene que: “El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse mediante la documentación que compruebe dicha exclusividad”.

A la hora de analizar este tipo de contrataciones, BELTRÁN¹⁶⁸, por ejemplo, detecta que aun con procedimientos de Licitación Pública –porque en teoría hay más de un proveedor posible de un servicio, por ejemplo, informático–, muchas veces entre los propios proveedores, al reconocerse licencias prioritarias según su zona, fingen una licitación con preacuerdos de ofertas *a perder*, dejando la cancha libre al ganador pautado.

Quizás, en estos casos, hubiera sido mejor conocer el derecho de exclusividad sobre esa cuota del mercado que poseía el proveedor, ahorrándose la Administración los costos de efectuar un procedimiento que ya de antemano está resuelto.

En todo caso, lo que es menester saber –y mejor de antemano–, es si el administrado presenta documentación o información suficiente para hacerse valer como proveedor exclusivo.

.....
¹⁶⁸ BELTRAN, FACUNDO, “Consideraciones sobre prácticas anticompetitivas y el Decreto N° 893/2012: el problema de los “partners” en las contrataciones públicas” Revista Rap N° 411, Sección Doctrina, p. 67.

IV.1.4. Por Licitación Fracasada o Desierta. Requisitos

A la hora de definir ambos términos, los que se suelen agrupar, podemos citar al Dictamen ONC 786/11, que establece que:

“... una contratación resulta desierta cuando no se reciben propuestas (conf. Dictámenes PTN 89:106, 97:395, 103:3, entre otros). Por su parte, una licitación o concurso pueden ser declarados fracasados si las ofertas presentadas son inadmisibles o inconvenientes. Las ofertas inadmisibles son aquellas que no se ajustan a las cláusulas que integran las bases y condiciones de la contratación y las ofertas inconvenientes son aquellas que, no obstante ajustarse al pliego, no cumplen con las expectativas de la Administración por razones de precio, financiación u otras circunstancias económicas”.

En estos casos, conforme normativa, recién el tercer procedimiento es el de contratación directa. El segundo llamado debe ser de Licitación Pública, pudiendo, en caso de entender que la licitación no ha sido exitosa por deficiencias en el pliego, modificarlo. La contratación directa permitirá, en su caso, resolver de forma más ágil la necesidad no resuelta. Ahora bien, la opción lógica de un tercer procedimiento de contratación directa sólo nos permite simplificar el procedimiento –que ya de por sí ha de ser largo hasta allí, puesto que, aun necesitándose el bien, no se ha podido acceder a él–. En definitiva, quizás habría que pensar en llegar a la Contratación Directa en segunda instancia, y no en la tercera. Lo cierto es que nada nos garantiza en ese tercer procedimiento llegar a un éxito que no hemos tenido ni en nuestra primera ni en nuestra segunda experiencia. Quizás podemos pensar en otro tipo de respuestas más efectivas al problema, como mejorar los cambios que nos permite el segundo llamado.

IV.1.5. Urgencia y emergencia

La urgencia y/o la emergencia deben ser estrictamente fundadas, y, en su caso, acreditadas. No basta con enunciarlas, porque recordemos que es un mecanismo muy habitual para eludir el trámite regla. Es la propia Administración, entonces, la que determina, en una primera instancia, la situación de emergencia que permite no proceder por vía de la Licitación Pública.

Por ejemplo, el Dictamen PTN 236:695 parece claro en que existe urgencia. Al respecto, se requieren efectuar contrataciones para llevar adelante la Campaña Nacional de Vacunación Antigripal, la que "... debe iniciarse, para su eficacia desde el punto de vista epidemiológico a comienzo de otoño, toda vez que el inicio tardío de la vacunación puede representar un sustancial aumento de la morbimortalidad de la población beneficiaria, por tratarse ésta de un grupo de altísimo riesgo". No parece tan claro el Dictamen PTN 1/06, que habilita a la Administración General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a ofertar la compra directa de un inmueble, perteneciente a una entidad concursada, a fin de trasladar a él la Morgue Judicial. No pareciera, *a priori*, un caso para encuadrar el caso en este apartado, o al menos quedan dudas.

DIANA y ERBIN¹⁶⁹, basándose en Dictámenes de la PTN, sostienen que "el requisito de la urgencia debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos, y serios que califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado".

El artículo 19 del Decreto 1030/16, dándole más certeza a los conceptos, los define en párrafos sucesivos. Así: "Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante". Por su parte: "Se entenderá por casos de emergencia: los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional".

.....

¹⁶⁹ DIANA, NICOLÁS y ERBIN, op. cit., p. 264.

El problema que evidenciamos en la práctica, en definitiva, es la –a nuestro criterio amplia– utilización en algunos momentos de nuestra historia para incluir en esta excepción casos que debieron preverse.

IV.1.6. Secretas

Las contrataciones secretas son, quizás, las que más colisionan con los principios enumerados en el artículo 3 del Decreto 1023/01, y, por qué no, con los principios constitucionales, como es la publicidad de actos de gobierno establecido en el sistema republicano de gobierno. SOTELO DE ANDREU¹⁷⁰ avala esta idea, basándose en normativa internacional sobre acceso a la información, transparencia, etc.

Como ejemplo tenemos el Decreto 1229/01, que declara secreta la contratación directa del servicio de mantenimiento y operación del sistema de seguridad instalado en la Casa de Gobierno. La elección de este procedimiento se restringe estrictamente a fines tales como *la seguridad nacional*, la subsistencia del país.

Como fue expuesto, debemos ser absolutamente restrictivos en la aplicación de este inciso, en virtud de su clara contradicción a todos los principios. Una buena prueba de ello es el fallo “Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (OCA c/SIDE)”, en el cual se entiende que la excepción se reduce a lo estrictamente indispensable. Al respecto, el considerando 8 sostiene que:

“... todo supuesto de exención de subasta pública obliga con mayor razón a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza, y a explicar, en su caso, por qué aquél difiere de éstos; según lo establecido con carácter general en los apartados c), d) y e) del inciso 30 de la reglamentación del artículo 61 de la ley de contabilidad, aprobada por el Decreto 5720 de 1972. Tanto más si la contratación directa se funda en la necesidad de mantener la reserva sobre determinadas operaciones

¹⁷⁰ SOTELO DE ANDREU, MIRTA, “Las contrataciones reservadas”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 17, 18 y 19 de mayo de 2006, p. 79 y ss.

del gobierno, ya que el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar; pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos”.

IV.1.7. Reparación de maquinarias

Es interesante analizar la practicidad de esta excepción. La reparación de maquinarias requiere, muchas veces, un desarme para analizar el verdadero problema y el costo de la eventual reparación. Esto, además de tiempo de la máquina en cuestión detenida, demanda un costo de la labor de quien desarma para diagnosticar y presupuestar. Si esto, por ejemplo, se efectúa varias veces –por cada posible oferente–, encarece notablemente el costo del procedimiento¹⁷¹.

Al respecto, el artículo 21 del Decreto 1030/16 sostiene que “... se deberá acreditar que es imprescindible el desarme, traslado o examen previo, para determinar la reparación necesaria. Asimismo, también deberá probarse que la elección de otro procedimiento de selección resultaría más oneroso para la jurisdicción o entidad contratante”.

Entonces, el acto administrativo que apruebe la presente contratación requiere necesariamente un informe técnico que permita el presente encuadre. El Dictamen JG 981/12 establece los siguientes requisitos: “A. Que se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos, o motores. B. Que el desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria. C. Que para el organismo contratante resultare más oneroso otro procedimiento de contratación. D.

.....
¹⁷¹ Recordemos que el principio de eficiencia nos conduce a una solución contraria.

Que no se trate de reparaciones comunes de dichos elementos". Es en estos parámetros que debe analizarse la procedencia de la excepción.

IV.1.8. Contratos interadministrativos

Esta es, quizás, una de las excepciones más interesantes de abordar, porque al no tener prácticamente litigiosidad judicial no ha tenido desarrollo jurisprudencial. Y tampoco, por cierto, han sido abordadas por la doctrina algunas cuestiones centrales.

No obstante, hace años que viene revisándose en doctrina. Ya en el célebre artículo de COMADIRA y WINKLER¹⁷² se analizaban las notas típicas, según los autores, de este tipo contractual, la cual sintetizamos en:

- a. Ausencia de régimen exorbitante, dado que ambas entidades son estatales
- b. Libre elección

La presente excepción a la regla de la licitación en materia de selección de un contratante que también pertenece al sector público —en sus diversas variantes, nacional, provincial, etc.— debe estar sujeto a ciertas pautas: que el contratista elegido tenga entre sus objetos la prestación del bien o servicio requerido, evitando la subcontratación. Ahora bien, ni el Decreto 1023/01, ni el 1030/16, establece qué procedimiento seguir si hay más de un oferente en condiciones de ofertar el bien o servicio que se requiere. ¿Cómo compararlas? ¿A cuál elegir? ¿La libre elección planteada por los autores no tiene límites?

Por otro lado, ¿cuál es el monto razonable que debe abonarse por el contrato? ¿Debe compararse con el sector privado? Esto es, ¿contratar directamente con una

¹⁷² COMADIRA, JULIO y WINKLER, DORA PAULA, "Las contrataciones interadministrativas y el principio de libre elección", ED T 119-836,1982.

repartición pública exige de analizar los principios establecidos en el artículo 3 economía y eficiencia? Retomando lo expuesto, si existen dos oferentes públicos del servicio, debe atenderse al principio de concurrencia, convocando a las dos partes a realizar ofertas, y al de transparencia para justificar y fundar a quién se ha elegido, entre otros.

Al respecto, nada de estas previsiones se encuentran en la reglamentación. ROCHA PEREYRA¹⁷³, en su momento, entendió que la “... utilización de este procedimiento introdujo factores distorsivos en la formación de los precios y, en muchos casos, alentó la perpetuación de los monopolios. Todo ello confluó para incentivar contrataciones públicas costosas e ineficientes”. Por eso, entiende que el autor que “... su vigencia colisionaría con los principios de eficiencia, concurrencia, transparencia y libre competencia que deben estar presentes en toda contratación pública y que expresamente consagra el nuevo Régimen de Contratación de la Administración Nacional”.

No deben dejar de destacarse los Decretos 1187/12, 1188/12 y 1189/12, por lo cual se obliga a las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional a pagar sus haberes por el Banco Nación, adquirir los automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales mediante contratos de *leasing* con Nación Leasing S.A., y contratar con YPF Sociedad Anónima la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales. Al respecto, KODELIA sostiene que: “No está mal que el Estado prefiera comprarse a sí mismo, generando un circuito virtuoso del cual surja garantizado un nivel de demanda apto para el desarrollo de actividades industriales que el estado decidió asumir”¹⁷⁴.

.....

¹⁷³ ROCHA PEREYRA, GERÓNIMO, “El decreto 204/2004. Un posible retroceso en la contratación pública”, SJA, 1/9/2004; JA, 2004-III-1288.

¹⁷⁴ KODELIA, GONZALO, “Primeras aplicaciones del nuevo reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional: Riesgos y Potencialidades”, en Estudios de Derecho Público, 1ª ed., 2013, p. 779.

Entendemos que existe un vacío importante que contemple las cuestiones aquí planteadas. Respecto de las universidades nacionales, la cuestión es similar. Si bien estamos ante una clasificación especial de contrataciones interadministrativas, las cuestiones son las mismas: ¿cómo elegir entre más de una universidad que pueda prestarnos el servicio? En ambos casos –interadministrativos en general y en particular las universidades–, está prohibida la subcontratación. Ello porque, claro está, sería la forma de eludir un procedimiento simulando utilizar otro –aunque en realidad es sólo en apariencia–. Al respecto, el Dictamen 4/13 establece que:

“En última instancia, la *ratio iuris* de la prohibición de subcontratar es evitar la triangulación entre el organismo que procura satisfacer una necesidad pública de un modo eficiente y al menor costo posible, el contratante intermediario y la persona física o jurídica en los hechos termina proveyendo los bienes o prestando los servicios de que se trate. Entre otros efectos disvaliosos, la circunstancia descrita en el párrafo anterior conllevaría –de no existir la correspondiente interdicción– a que el Estado termine pagando más caro los bienes y servicios adquiridos a través de los intermediarios”.

IV.1.9. Compra o Locación de Inmuebles. Un procedimiento atípico no desarrollado debidamente

En la normativa nacional se establece que la compra de inmuebles se efectuará por Subasta Pública, conforme artículo 25, inciso b). Aunque luego el propio artículo dice, acto seguido: “Este procedimiento será aplicado preferentemente al de contratación directa previsto por el apartado 2) del inciso d) de este artículo, en los casos en que la subasta fuere viable, en las condiciones que fije la reglamentación”.

La cuestión es que dicha reglamentación en detalle no existe, por lo que, lo que suele realizarse en la práctica es una Licitación Pública, en la cual se detallan las condiciones que debe tener el inmueble, a efectos de convocar posibles interesados en vender dicho bien.

Lo cierto es que en la práctica la Administración no logra seducir a un mercado que suele operar en dólares, con reservas y/o señas, con comisiones inmobiliarias,

boletos de compraventa, y otras cuestiones, que presenten ofertas a expedientes administrativos con reglas diferentes, montos en pesos, sin dar reservas o señas, etc. Pero más complejo aún sería comparar dos o más inmuebles con características diferentes. ¿Cómo podríamos elegir entre un inmueble más o menos luminoso, más metros de oficina o baños, más cerca de un medio de transporte o no? Entendemos que es un tema que requiere de mejores reglas, a efectos que la Administración pueda seleccionar bienes inmuebles con mayor transparencia y eficiencia.

IV.1.10. Excepciones por fuera del Decreto 1023/01. Contratos Excluidos, artículo 5, Decreto 1023/01

El armónico juego entre los artículos 4 y 5 del Decreto 1023 nos demuestran que el objetivo del Decreto es que la regla en materia de contratos administrativos es la inclusión en la presente. Es por ello que debe tomarse como taxativa la enumeración del artículo 5 de los Contratos Excluidos.

Al respecto, se puntualiza:

a. *Régimen de empleo público. Contratos de locación de servicios.*

La exclusión del régimen de empleo público no requiere mayor explicación. Lo importante es poder detectar la utilización de los habituales contratos de locación de servicios. Se utiliza este tipo de figura para disfrazar el empleo público, pero, en menos ocasiones, para ocultar contrataciones que deben enmarcarse en el Decreto 1023/01. Al respecto, debe analizarse si se está eludiendo un procedimiento conforme Decreto 1023/01, amparándose en el artículo 9 de la Ley 25.164.

b. *Régimen de Caja Chica.* La gestión de un órgano estatal requiere, en el devenir diario, gestionar la adquisición de numerosos bienes de menor cuantía. Esto debe representar un monto menor dentro del volumen total de compras y contrataciones, y cada compra en sí presenta un monto unitario por facturación dentro del límite de cada reglamentación. Lo

esencial es determinar si no pudo reemplazarse el procedimiento por alguno de los establecidos en el marco del Decreto 1023/01. En este sentido, más dudosos son todos los procedimientos denominados Fondos Permanentes, Fondos Rotatorios, y otros. Los mismos se utilizan en la práctica para reemplazar contrataciones por urgencia o de trámite simplificado. Al respecto, el artículo 3 del Decreto 2380/94, establece que: “La ejecución de gastos mediante Fondos Rotatorios o Cajas Chicas es un procedimiento de excepción; limitado a casos de urgencia que no permitan la tramitación normal del documento de pago; por consiguiente, tanto la clase de gasto como el monto de las asignaciones, responderán a un criterio restrictivo y únicamente podrán ser aplicados a transacciones de contado”. Vale decir que en la práctica todas las compras de menor cuantía se terminan ejecutando por Caja Chica. En cuanto al Fondo Rotatorio, el artículo 5 del citado Decreto establece que: “Los Fondos Rotatorios podrán crearse por importes que no superen el 3% de la sumatoria de los créditos presupuestarios originales para cada ejercicio, de los conceptos autorizados en el artículo 7 del presente Decreto”. Por lo que, si bien el administrador se ve tentado de utilizar este procedimiento en reemplazo de los contemplados por el Decreto 1023/01, tiene un límite concreto en cuanto al porcentaje a gastar por esta vía¹⁷⁵.

IV.1.11. Legítimo Abono

El último procedimiento por fuera de la regla es aquel que aprueba un pago con posterioridad a la prestación del servicio o la entrega del bien, sin existir, claro, un procedimiento aprobado. Diversos regímenes locales buscan darle cierta lógica a este

¹⁷⁵ Diana, Nicolás y Erbin, op. cit., ps. 72 y 73.

esquema, pero lo cierto es que todo pago aprobado por este régimen constituye la excepción más grosera. Al respecto, es interesante recordar el fallo “Satecna”¹⁷⁶.

Allí, a modo de resumen, se establece que si efectivamente la actora prestó un servicio en favor de la Administración, no puede empobrecerse por dicho servicio, pero tampoco obtener el lucro que hubiera obtenido de celebrarse un contrato administrativo conforme normativa. En definitiva, procede el instituto del enriquecimiento sin causa. Ideas similares se proyectan en el fallo “Cardiocrp”¹⁷⁷, y en el citado fallo “Ing. Omega”.

En todos se reitera la idea que, al no existir autonomía de la voluntad para la Administración, aquellos servicios prestados por fuera de ese procedimiento dan, como máximo, derecho a resarcir el empobrecimiento del particular al nivel del enriquecimiento del Estado.

Ahora bien, en casos en los que queda claro que con la prestación de un administrado la Administración se ha enriquecido, debe reconocerle ese bien o servicio en la medida del enriquecimiento de la Administración y del empobrecimiento del administrado, pero no más que ello. Procesalmente debe pedirse dicho resarcimiento, condición necesaria para que proceda. Lo cierto es que es la excepción más alejada normativamente, mas no por ello es algo que no deja de ocurrir con bastante habitualidad¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 09/04/1991, “SATECNA c. Estado nacional --Ministerio de Obras y Serv. Públicos”, LA LEY 1992-B, 5 – DJ 1992-1, 750 – ED 147, 316.

¹⁷⁷ CSJN, 27/12/2006, “Cardiocrp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, LL, 2007-D, 221 con nota de Ernesto N. Bustelo, ED, 222, 229, JA 2007-IV, 92. Cita Fallos Corte: 329:5976. Cita online: AR/JUR/8852/2006.

¹⁷⁸ Para ampliar ver MOHABED, SERGIO, en comentario al artículo 24 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 245.

HERRERA DE VILLAVICENCIO¹⁷⁹ resume las condiciones que debe tener el instituto del enriquecimiento sin causa: a) Enriquecimiento del demandado (la Administración); b) Empobrecimiento del actor (la contratista); c) Correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; d) Ausencia de causa jurídica; e) Subsidiariedad de la acción –esto es, primero puede reclamarse el cumplimiento del supuesto contrato, pero, sí o sí, debe ser reclamado judicialmente–.

IV.1.12. Conclusión

Hemos querido realizar una síntesis detallada de los numerosos caminos de excepción del procedimiento regla –Licitación Pública– en materia de Selección del Contratista Estatal, poniendo en evidencia su viabilidad, las observaciones que merece, y, al mismo tiempo, su frecuente utilización. Es claro que nos debemos un debate en la presente materia.

V. ¿CÓMO FUNCIONA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL?

Cuando se inicia el procedimiento administrativo de selección del contratista estatal, como fue dicho previamente, se genera una instancia de colaboración para la consecución de fines públicos. Como ya fue dicho, sólo con la colaboración y participación de ambos sectores –público y privado– se concretiza el procedimiento, esto es, se materializa el bien común obteniendo el bien o servicio.

El citado procedimiento consiste, resumidamente, y sin ánimo del desarrollo posterior que cada etapa merece, en:

- La definición del bien o servicio.
- Las invitaciones y publicación en sitios web oficiales y otros medios de difusión a posibles oferentes que puedan proveernos el bien o servicio

¹⁷⁹ HERRERA DE VILLAVICENCIO, BLANCA, “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos, N° 347, p. 108 y ss.

- La presentación (oferta), cumpliendo una serie de requisitos legales, ofreciendo exactamente lo que el Estado está demandando
- La preadjudicación y posterior adjudicación del procedimiento

En palabras de ISMAEL MATA: “La selección [del contratista], desde el punto de vista procesal, constituye un procedimiento voluntario de cognoscitivo, en el que hay en juego intereses públicos y privados y aun intereses contrapuestos –los de oferentes entre sí–...”¹⁸⁰.

Es, en definitiva, “... un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscripta en un registro creado al efecto, cuando tal sistema de control existe”¹⁸¹.

V.1. Definición del bien o servicio

El momento de elegir el bien o servicio no es precisamente un evento menor ni mucho menos.

Si bien muchas organizaciones administrativas repiten año tras año los bienes y servicios que adquieren –limpieza, mantenimiento de equipos, seguridad, útiles de oficina–, también existen casos en los cuales una definición muy restrictiva de la presentación de ofertas, como se verá, determina de antemano quién está en condiciones de ganar.

A los bienes y servicios que se requieren, podemos dividirlos en diversos grupos:

- a) Por un lado, tenemos un grupo de bienes absolutamente estandarizables.

Sin ánimo de agotarlos en este enunciado, podemos citar que son aquellos en

¹⁸⁰ MATA, ISMAEL, “Ensayos de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP, 1ª ed., 2009, p.386.

¹⁸¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, *La Defensa del Usuario y el Administrado*, Cap. XII, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, p. 6.

los cuales no existe ninguna duda –ni interpretación diferente posible– de lo que se está requiriendo. A modo de ejemplo, podemos nombrar a las resmas, los útiles, los productos de limpieza, etc. En estos casos, se aplica cabalmente lo establecido en el artículo 25, a) del Decreto 1023/01, en donde “... el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos”. Es en este tipo de procedimientos en los cuales el Catálogo de Bienes de la Oficina Nacional de Contrataciones, creado por la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros 344/97¹⁸², cumple un rol esencial. El mismo está basado en el clasificador presupuestario del gasto. En estos casos, determinado el bien del catálogo, se procede a seleccionar a la oferta más económica, sin más trámite que revisar el cumplimiento de los requisitos legales.

Por otro lado, servicios en los cuales se establecen pautas de realización, y si bien hay pequeñas diferencias en la calidad del servicio, porque cada persona es diferente y ello generará variaciones menores en la calidad de la prestación, al establecerse en los pliegos requisitos en materia de horarios, superficies o equipos donde debe efectuarse el servicio, productos a utilizarse, etc., que, estandarizados, reducen las diferencias entre una prestación y la otra. Estos, entre otros, son los casos de mantenimiento edilicio o de maquinaria, limpieza, seguridad.

b) Otros casos son aquellos en los cuales las propias reglamentaciones de Nación y Ciudad permiten efectuar Contrataciones Directas, en donde se elude la Licitación Pública¹⁸³.

¹⁸² https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Perfiles/PUB/cat_consulta.asp

¹⁸³ Como fue visto en el apartado previo, y a modo de resumen, se reitera que puede elegirse directamente a un proveedor, o bien dentro de un número acotado de posibles oferentes y plazo reducido. Estos casos excepcionales, los cuales deben estar debidamente fundados, se deben a circunstancias de hecho en donde el procedimiento opera de forma similar pero se acortan plazos y cantidad de invitaciones. O bien, circunstancias en las cuales por diversas características se requiere un bien o servicio determinado e insustituible por otro que existe en el mercado, como los casos de especialidad y exclusividad.

Por último, existen casos en los cuales se requiere un bien o servicio que cuesta ser comparado con otro, y que ambos cumplirían o satisfarían el interés público.

En este grupo, se pueden incluir las contrataciones de artistas (donde se hace difícil comparar unos con otros, y todos permiten lograr el objetivo), enmarcados generalmente dentro del inciso de especialidad¹⁸⁴. Ahora bien, tanto la exclusividad como la especialidad evidencian exigencias que no son tan sencillas de fundar en un acto administrativo. Por ello es que dicho encuadre jurídico no está exento de dudas o contradicciones. La especialidad en obras científicas, técnicas o artísticas debería ser a aquellos "... que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva"¹⁸⁵. Ahora bien, respecto de este apartado, se exige en la especialidad que las "obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo". Como fue visto, no es tan sencillo argumentar que no hay más de un sustituto razonable. Esto es, si quiero determinado artista, sólo él podrá ejecutar dicho contrato por sí. Pero ¿quién dice que no puede contratarse un artista de éxito, o prestigio similar? Asimismo, existen inconvenientes para fundar el monto de las contrataciones directas por especialidad.

Por último, se encuentra la compra o alquileres de inmuebles. Este grupo de contrataciones, a pesar de su importante impacto desde lo económico, se realiza prácticamente sin reglamentación adecuada a nivel nacional. Al respecto, el Decreto 1023/01 establece que la compra de inmuebles se efectuará por Subasta Pública, conforme artículo 25, inciso b). Aunque luego el propio artículo, como se verá,

.....
¹⁸⁴ Decreto 1023/01, artículo 25 d), inciso 2.

¹⁸⁵ Decreto 1023/01, artículo 25 d), inciso 2.

establece dudas sobre su obligatoriedad, al hablar de su aplicación preferente al de contratación directa del apartado 2 del inciso d) –especialidad–.

V.2. *¿Cómo definir el bien o servicio que busco?*

V.2.1. *El Pliego*

A la hora de comenzar a proyectar el bien o servicio que se requiere, el Estado diseña el Pliego de Bases y Condiciones particulares que servirá de reglamento para que los posibles postulantes –es decir, ciudadanos interesados en ofrecer el bien o servicio–, puedan efectivamente hacerlo.

Esto es, para demandar dichas ofertas, lo primero que debe hacer la Administración es precisar con exactitud –o lo más posible–, qué tipo de bien o servicio está requiriendo.

En demandas de bienes estandarizados, como dijimos, esto es muy sencillo, y con un buen diseño y actualización de catálogos, se reducen –o en muchos casos–, anulan, las dudas o imprecisiones que pueden existir sobre el bien requerido.

El Pliego de Bases y Condiciones encierra en un mismo instrumento jurídico diferentes cuestiones. Por un lado, es el texto que establece todo requisito o condición que debe tener un posible oferente para poder presentarse. Además, contiene el procedimiento de cómo, de así quererlo, se presenta la oferta.

Según FIORINI y MATA, se establecen en el pliego “... las condiciones que regularán el desenvolvimiento de un procedimiento de selección determinado”¹⁸⁶. Los autores distinguen las bases –las cuales fijan las pautas que regularán la concurrencia, de los de condiciones que “... tienen por misión caracterizar el objeto o la materia de la

¹⁸⁶ FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, p.74.

contratación”¹⁸⁷. A decir de CANTERO: “Constituye el conjunto de normas jurídicas y técnicas, previamente establecidas por el Estado, vinculantes para la Administración y los concurrentes, destinados a regir el procedimiento de selección del contratista particular con la finalidad de asegurar la elección de la propuesta más conveniente al interés público comprometido, en un marco de libre concurrencia e igualdad, y el propio contrato al que se incorporarán”¹⁸⁸.

En palabras de GORDILLO, son “... conjuntos de disposiciones reglamentarias de carácter minucioso destinadas a regir la convocatoria y presentación de las propuestas, su evaluación, el contrato y su ejecución”¹⁸⁹. Como bien sostiene HUTCHINSON: “La confección del pliego y de las bases técnicas es un momento sumamente importante que define costos, técnicas, posibilidad o no de adelantos, y, sobre todo, mejor o menor precio. Aquí es donde se acuña y tiene trascendencia la ecuación costo-beneficio-tiempo, tan aplicada en la actualidad y también donde puede aparecer la corrupción”¹⁹⁰. Explica el autor, respecto de lo último aquí expuesto, que se pueden desarrollar acá las contrataciones dirigidas –donde claramente hay uno sólo que puede ganar, o uno con notables ventajas dado que el pliego lo pone en condiciones inmejorables para ser posteriormente adjudicado. Es el “... conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferente y cocontratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)”¹⁹¹.

¹⁸⁷ FIORINI y MATA, op. cit., p. 74. Los autores referencian a MARIENHOFF.

¹⁸⁸ CANTERO, JUAN CARLOS, “Pliego de Bases y Condiciones”, en AA. VV., *CONTRATISTAS DEL ESTADO. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 117.

¹⁸⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, *La Defensa del Usuario y del Administrado*, Cap. XII, p. 24.

¹⁹⁰ HUTCHINSON, TOMÁS, “El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración”, en AA. VV., *Contratistas del Estado. Procedimiento de Selección*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 33.

¹⁹¹ DROMI, JOSÉ R., *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 194.

V.2.2. Estructura del Pliego

El Pliego suele dividirse en tres partes. Por un lado, se encuentra el Pliego de Bases y Condiciones Generales; luego, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares; y, por último, aunque no siempre necesario, el Pliego de Especificaciones Técnicas.

El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece reglas generales para todas las contrataciones. En el ámbito nacional, el mismo se encuentra aprobado a nivel nacional por la Oficina Nacional de Contrataciones, por medio de la Disposición ONC 63/2016¹⁹², entre las cuales se establecen los requisitos de presentación de oferta, modo de efectuarse las notificaciones, garantías, entre otras.

Asimismo, y ya efectuado en el artículo 21 del Pliego Único aprobado en 2014, y reiterado en Anexo al artículo 3 —Disposición ONC 63/2016—, establece los requisitos mínimos que deben contener los Pliegos De Bases Y Condiciones Particulares. Este Anexo, con sus 54 incisos, deja poco margen *de juego* a los pliegos de condiciones particulares, los que, en cada caso, y según el objeto, se determinarán. Dicho de otra manera, acorta en una medida importante la discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de aprobar los pliegos de bases y condiciones particulares.

Finalmente, y completando el pliego —en su conjunto—, nos encontramos con el de Pliego de Especificaciones Técnicas, el cual, conforme artículo 37 del Anexo Decreto 1030/16, establece 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

.....
¹⁹² Publicado en el Boletín Oficial el 27 de septiembre de 2016.

contrataciones públicas”. Para, luego, detallar el bien con algún grado mayor de precisión¹⁹³.

Nótese la doble exigencia del Pliego de Especificaciones Técnicas. Por un lado, requiere que se permita “... el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes...”. Esto, como fue visto previamente, hace al principio de igualdad de trato entre todos los administrados. Y, conforme fallo “Robles”, impone el deber de mantener el trato igualitario con posterioridad a la adjudicación, entendiéndose entonces que se le otorgará una ventaja al adjudicatario que se le hubiera dado a cualquier otro. Al respecto, no debemos olvidar, como sostiene GORDILLO, que “... la preparación unilateral y reservada de los pliegos por la Administración, sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posibles oferentes para acercar al debate, en la etapa preparatoria, su mejor conocimiento de la realidad del mercado lleva a frecuentes desconocimientos del medio hacia el cual planea lanzar su pedido de ofertas”¹⁹⁴.

Por su parte, que “... no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas”. Esto es, no establecer reglas que restrinjan la competencia. Concluye el artículo que: “Las especificaciones técnicas deberán ser lo suficientemente precisas para permitir a los oferentes determinar el objeto del contrato y formular una adecuada cotización y para permitir a las jurisdicciones y entidades contratantes evaluar la utilidad de los bienes o servicios ofertados para satisfacer sus necesidades y adjudicar el contrato”.

¹⁹³ Así, continúa el artículo, estableciendo que: “Deberán consignar en forma clara y precisa: a) Las cantidades y características de los bienes o servicios a los que se refiera la prestación, con su número de catálogo correspondiente al Sistema de Identificación de Bienes y Servicios que administre la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o al que en el futuro se dicte. b) Si los elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados. c) Las tolerancias aceptables. d) La calidad exigida y, en su caso, las normas de calidad y criterios de sustentabilidad que deberán cumplir los bienes o servicios o satisfacer los proveedores...”

¹⁹⁴ GORDILLO, op. cit, p. 25.

Como fue expuesto, la Decisión Administrativa 344/97 de Jefatura de Gabinete de Ministros establece el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común, el cual detalla un sinnúmero de bienes con sus condiciones técnicas, a un nivel de detalle que permite que tanto la Administración al demandar bienes y servicios, como a los oferentes, manejen con un grado de certeza respecto del objeto.

Es el propio Manual que nos pone de relieve las ventajas de contar con bienes estandarizados en un catálogo:

“Todo proceso de contratación tiene como paso inicial la identificación del objeto a contratar. Esta identificación puede realizarla, dependiendo de la forma de trabajo de la UOC, el personal denominado Unidad Requirente o el Comprador. Los motivos para la correcta identificación del requerimiento son varios. Entre ellos, podemos mencionar: A. Planificar el presupuesto. B. Verificar la ejecución de lo proyectado y de lo ejecutado. C. Identificar los productos o servicios a contratar para dar transparencia al acto contractual desde la etapa inicial en su gestión. D. Informar de manera clara a los proveedores los productos o servicios a contratar. E. Generar una base de precios de referencias a partir de contrataciones históricas de bienes iguales o similares. F. Facilitar a los proveedores el envío de información según los rubros que desea proveer. G. Crear una base de los bienes de uso de la APN al vincularse con otros sistemas de inventario como el SABEN. H. Establecer un lenguaje único para la definición de ítems de manera simple y accesible para todos los usuarios. I. Componer descripciones estándar de cada uno de los elementos de una familia. J. Prevenir la generación de descripciones incompletas de los mismos. K. Permitir la correcta identificación y control de los artículos, posibilitando la racionalización de sus inventarios. L. Posibilitar el tratamiento masivo de las descripciones”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Fuente: Jefatura de Gabinete de la Nación, Manual de Procedimiento Único de Catalogación, octubre 2011. https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/Manual_catalogacion_ONC_2011.pdf

Como fue expuesto, en el buscador existen numerosas opciones, pero, claro está, no es ilimitado, quedando bienes –como los inmuebles– imposibles de clasificar¹⁹⁶.

Al respecto, FEDERICO NIELSEN entiende que, en cuanto a los pliegos, el principio de razonabilidad “... exige, por ejemplo, que los pliegos sean confeccionados de forma tal que contemplen la amplitud suficiente como para habilitar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles, por ello es contrario al principio que nos ocupa aquel pliego que impone infundadas restricciones para los aspirantes a convertirse en cocontratantes del Estado, independientemente que no llegue a ser un pliego dirigido”¹⁹⁷.

NIELSEN entiende que: “La elaboración eficiente de los pliegos permite que la mayor cantidad de oferentes compita en la etapa de selección del cocontratante, pero a ello debe agregarse, a su vez, que en esta etapa es clave que el pliego tenga cláusulas claras”¹⁹⁸.

Agrega NIELSEN que: “En la Selección del Cocontratante, el principio de razonabilidad, tal como concibo que debe aplicarse en el ámbito de la Administración, exige que se seleccione objetivamente, la oferta más conveniente, no cualquier otra que cumpla con lo requerido en el pliego”¹⁹⁹. Por su parte, la eficiencia “... se hace presente al elegir al más calificado que haya ofertado lo más conveniente para el licitante. Esto significa que deben darse ambas cualidades, calificación del oferente y oferta más conveniente, lo que incluye el precio y la calidad”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Como sí es posible en productos estandarizados.

¹⁹⁷ NIELSEN, FEDERICO, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Jornadas del 17, 18 y 19 de mayo, p. 578.

¹⁹⁸ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 585.

¹⁹⁹ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 578.

²⁰⁰ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 578.

Bien sostiene MAIRAL que: “Las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de los pliegos. Algunas prácticas devinieron típicas y por ello fueron expresamente proscriptas por la normativa: Así, la exigencia de condiciones que sólo puede reunir un oferente determinado”²⁰¹. Sin embargo, continúa el autor, hay formas más sutiles de reducir la concurrencia –plazos demasiado exiguos para preparar una oferta²⁰², requisitos excesivos para descartar oferentes, entre otras–.

No es ocioso destacar que un principio que juega un valor fundamental en la elaboración del pliego es el de igualdad.

V.3. Presentación de la oferta

La oferta, conforme Capítulo VI (artículo 51 y ss.), del Decreto 1030/16, debe presentarse “en el lugar y hasta el día y hora que determine la jurisdicción o entidad contratante en la convocatoria”²⁰³, significando dicha presentación “... el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta”²⁰⁴.

Dicha oferta, entonces, no sólo presupone la aceptación y cumplimiento de las exigencias legales, sino también que el bien o servicio que se está ofertando es exactamente el que se solicita. De ser de otra manera, no podrían compararse entre sí.

Al respecto, compartimos la idea que ya expusiera hace años GORDILLO respecto de la primacía de la concurrencia por sobre la igualdad a la hora de evaluar los requisitos de cumplimientos de las ofertas. Así, el autor sostiene que:

²⁰¹ MAIRAL, HÉCTOR, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, Ediciones RAP S.A., 2007, p. 76.

²⁰² Con lo que se presume, hubo algún futuro oferente que conoció la información con antelación.

²⁰³ Artículo 51.

²⁰⁴ Artículo 52.

“... 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”²⁰⁵.

En suma, entendemos que sólo debe descartarse aquella oferta que expresamente incumpla con los requisitos esenciales, y, ante la duda, dar la oferta como admisible.

Así, el artículo 66 del Decreto 1030/16 establece cuáles son las causales de desestimación no subsanables:

“... sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: a) Si fuera formulada por personas humanas y/o jurídicas que no estuvieran incorporadas en el Sistema de Información de Proveedores a la fecha de comienzo del período de evaluación de las ofertas, o a la fecha de adjudicación en los casos que no se emita el dictamen de evaluación. b) Si fuere formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional de acuerdo a lo prescripto en el artículo 28 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquellas o en la adjudicación. c) Si el oferente fuera inelegible de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del presente reglamento. d) Si las muestras no fueran acompañadas en el plazo fijado. e) Si el precio cotizado mereciera la calificación de vil o no serio. f) Si tuviere tachaduras, raspaduras, enmiendas o interlíneas sin salvar en las hojas que contengan la propuesta económica, la descripción del bien o servicio ofrecido, plazo de entrega, o alguna otra parte que hiciere a la esencia del contrato. g) Si estuviera escrita con lápiz o con un

.....
²⁰⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2015, Cap VII, p. 727.

medio que permita el borrado y reescritura sin dejar rastros. h) Si contuviera condicionamientos. i) Si contuviera cláusulas en contraposición con las normas que rigen la contratación o que impidieran la exacta comparación con las demás ofertas. j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales. k) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación no subsanables de ofertas”.

En definitiva, entendemos que toda causa que no se encuentre en este –quizás extenso– listado, merece un plazo razonable para su subsanación. Así lo entiende el artículo 67, que casi como contracara del artículo anterior, sostiene que:

“Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad. La subsanación de deficiencias se posibilitará en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes. En estos casos las Comisiones Evaluadoras, por sí o a través de la unidad operativa de contrataciones deberán intimar al oferente a que subsane los errores u omisiones dentro del término de TRES (3) días, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara un plazo mayor. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes”.

Finalmente, somos partidarios de admitir, ante la duda, la mayor cantidad de ofertas²⁰⁶.

.....

²⁰⁶ Para ampliar ver CORMICK, MARTÍN, en su comentario al artículo 17 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado.*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 175 y ss.

V.4. La Preadjudicación y la Adjudicación

V.4.1. Preadjudicación. El concepto Oferta más conveniente

El Decreto 1030/16, reglamentario del Decreto 1023/01, establece en su artículo 69 que:

“El criterio de selección para determinar la oferta más conveniente deberá fijarse en el pliego de bases y condiciones particulares, y allí podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o bien por otro que elija la autoridad competente al aprobar el respectivo pliego: a) Adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica de entre los que hubieran resultado preseleccionados. b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado el mayor puntaje final, sobre la base de la ponderación de los puntajes obtenidos en cada una de las propuestas”.

Al respecto, si bien establece la opción de un sistema alternativo, “... por otro que elija la autoridad...”, establece las dos reglas para determinar la oferta más conveniente. Por lo tanto, se reduce el campo posible de interpretación a, al menos, dos reglas y excepciones especificadas en los pliegos.

Se ha discutido mucho en doctrina sobre si, al existir varias ofertas, el concepto de *oferta más conveniente* nos conduce únicamente a una solución, o, sin embargo, puede dar razonablemente más de una opción.

Así, el histórico artículo de BETRÁN GAMBIER nos habla de la Oferta más conveniente como concepto jurídico indeterminado. En palabras del autor, “... cuando la ley utiliza la expresión oferta más conveniente, la elección de la oferta no habilita el ejercicio de una actividad discrecional, pues estamos en presencia de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y, por ende, cobran vigencia las ideas expuestas precedentemente”²⁰⁷. El autor explica que para la aplicación correcta del concepto, la

²⁰⁷ GAMBIER, BERTRAN, “El concepto ‘oferta más conveniente’ en el procedimiento licitatorio público. (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial”, p. 7. Disponible en: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf

Administración los debe ponderar según “criterios de valor o experiencia”²⁰⁸. A criterio del autor, este proceso de aplicación es reglado, puesto que no admite más que una solución justa.

En sentido contrario, o, al menos, esbozando una crítica a este análisis aquí vertido, encontramos a SESÍN. El autor, entonces, sostiene que: “No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco, admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría conseguir una libertad desenfadada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad cuya supervivencia es imprescindible en los Estados Modernos”²⁰⁹. Concluye el autor en párrafos siguientes que debe analizarse cada supuesto real en donde determinar si se admite más de una solución jurídicamente correcta.

Es evidente que los casos en los cuales no se requiere apreciación alguna son aquellos con pliego que determina con exactitud el bien, y allí elegir el de menor precio. Hecho, que, claro está, no ocurre siempre. Si así fuera, sólo hablaríamos de oferta más económica.

Existen numerosos casos en los cuales el precio no es el único factor determinante. Por ejemplo, casos en donde se meritúa la experiencia del oferente, o bien casos en donde existe algún tipo de campo a completarse por la oferta del proponente.

²⁰⁸ GAMBIER, BETRÁN, op. cit., p. 6. El autor se referencia en GARCIA DE ENTRERRIA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid, Ed. Civitas, p. 36-37.

²⁰⁹ SESIN, DOMINGO, “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Jornadas del 17, 18 y 19 de mayo, p. 127.

Lo que queda claro es que mientras más amplio sea el margen de opinión del funcionario que adjudica, más posibilidades tendremos en sospechar si no se ha adjudicado a la oferta más económica. Es allí donde debe fundarse más aún el dictamen que efectúa la Comisión Evaluadora de Ofertas.

Entendemos, entonces, y a modo de ejemplo, que un buen sistema de puntajes, establecido de antemano, que permita ponderar no sólo el valor del precio sino otras cualidades de las ofertas, reduce de forma notable la discrecionalidad de la decisión.

La función de la Comisión Evaluadora es, entonces, emitir el Dictamen de Evaluación, el cual debe efectuarse en cinco (5) días hábiles²¹⁰, el cual puede ser impugnado dentro de los tres días de su comunicación por los oferentes, y, novedad de la última reglamentación, por otros interesados, aun no siendo oferentes²¹¹. Celebramos esta iniciativa, puesto que fortalece el control de todo el procedimiento. Quizás podría pensarse si, debido a que el particular es un colaborador de la Administración, merece la pena seguir exigiendo la garantía de impugnación del 3% del monto de la oferta²¹². Así, ya hace años ALONSO REGUEIRA y CARDACI MÉNDEZ sostienen que este desaliento económico atenta contra la transparencia que impera en el procedimiento de selección, y, por otro lado, se enfrenta al principio de gratuidad del procedimiento²¹³.

Si bien es cierto que la gratuidad de dicha impugnación puede dilatar irrazonablemente el procedimiento, podemos pensar en que este es un costo menor ante la transparencia que otorga al proceso. Por otro lado, ¿cuál sería el sentido, sino de establecer un plazo previo al acto de adjudicación? Si la presentación carece de

.....
²¹⁰ Artículo 71 del Decreto 1030/16.

²¹¹ Artículo 73 del Decreto 1030/16.

²¹² Conforme artículo 78 del Decreto 1030/16.

²¹³ Ampliar en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE Y CARDACI MÉNDEZ, ARIEL "El fin de las garantías de impugnación", LA LEY, 2007-A, 258. Norma comentada: Dictamen 117/2006 ~ Procuración del Tesoro de la Nación ~ Estado Mayor General de la Armada. Cita Online: AR/DOC/3803/2006.

argumentos sólidos, por su parte, será desestimada rápidamente, por lo que dicha dilación será mínima.

.....
127
.....

V.4.2. Adjudicación

Finalmente, se procede a dictar el acto administrativo de adjudicación, que, conforme artículo 74 del Decreto 1030/16, "... será notificada al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los tres (3) días de dictado el acto respectivo. Si se hubieran formulado impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas, éstas serán resueltas en el mismo acto que disponga la adjudicación". Por lo tanto, es el acto el que pondera, estimando o desestimando, las impugnaciones efectuadas.

Cabe preguntarse si corresponde admitir un recurso ante el acto administrativo de adjudicación cuando no se ha impugnado previamente el dictamen de evaluación de ofertas. En principio nada lo impediría, por lo que incluso puede operar como una segunda instancia dentro del procedimiento para cuestionar la decisión.