

El ocaso del modelo licitatorio ¿Llegó el momento de rever las bases del procedimiento regla?

Delfín, Alejandra

Publicado en: DJ 03/04/2013 , 1

Sumario: I. Aproximaciones iniciales.- II. La licitación pública como principio general de las contrataciones administrativas. La problemática de su instrumentación frente a la realidad actual.- III. A colación de lo señalado. Acerca de los déficits de la licitación pública.- IV. Conclusiones

Voces

I. Aproximaciones iniciales

A lo largo de este trabajo se expondrán algunos de los planteos identificados sobre el procedimiento de licitación pública, en relación a la satisfacción en tiempo oportuno de las necesidades públicas, para intentar identificar ciertos motivos por los cuales la Administración opta por procedimientos de contratación esquivos a los licitatorios.

Como se verá, si bien por los métodos de excepción puede adquirirse el bien o servicio en un plazo mas breve, **el problema aparece con su uso desvirtuado, cuando los principios receptados en el Régimen de Contrataciones —y a cuyo resguardo apunta la Licitación Pública-** se ven mermados poniendo en cuestionamiento —también- si las alternativas al procedimiento regla son realmente efectivos y eficaces.

Asimismo, se desarrollarán durante el desarrollo de las exposiciones, las características, principios, y garantías de la Licitación Pública, y la importancia que ella tiene dentro del sistema de contratación estatal.

A su vez, y luego de un análisis del estado de situación actual, se propondrán una serie de iniciativas o medidas a adoptar que podrían mejorar el procedimiento licitatorio, a través de la implementación y utilización de herramientas tecnológicas, la capacitación del personal de las áreas intervinientes en las etapas de la Licitación, la planificación a partir de la modernización de las fases licitatorias, y el control de gestión o medición de resultados de las políticas en esta materia.

De esta forma, como se describirá, comenzar a mejorar y adaptar el procedimiento de selección partiendo de la necesidad pública a satisfacer por el Estado, la definición de las áreas intervinientes de acuerdo a la especialidad de su objeto, y la priorización conforme un plan de compras y adquisiciones, puede ser una meta a alcanzar en un futuro, y un buen punto de partida para incentivar a las dependencias de la Administración a fomentar la instrumentación del procedimiento regla, en pos de una mejor utilización de los recursos públicos en la temática, alcanzando mayores niveles de eficiencia, economía y eficacia en las contrataciones del Estado, en cumplimiento de la manda Constitucional que seguidamente veremos.

II. La licitación pública como principio general de las contrataciones administrativas. La problemática de su instrumentación frente a la realidad actual

Es sabido que, por principio general, las contrataciones administrativas se instrumentan a través del procedimiento de licitación pública (1). Esta exigencia resulta no sólo de las prescripciones del Régimen de Contrataciones Públicas Nacional, sino que además se trata de una directiva constitucional (2) (arts. 16 y 42 CN), y es un recaudo receptado además en Pactos Internacionales en materia de Transparencia y Corrupción, con jerarquía supralegal (3).

Por otra parte, canalizar las compras a través de este procedimiento responde a su vez a la búsqueda de métodos de contratación que propendan a reunir los recaudos de "economía", "eficiencia" y "eficacia" de las contrataciones administrativas (mejor conocidas como "las tres E"). A ellas les sigue un cuarto resguardo, el de ética, expresamente reforzado en la nueva reglamentación del Régimen de Compras recién aprobado por Decreto PEN N° 893/2012, y que continua asomándose dentro del vocabulario cotidiano cada día con mayor trascendencia.

Incluso, en oportunidad del dictado del Decreto N° 436/PEN/2001 se sostuvo que este acto propugnó "los principios de celeridad, simplicidad y transparencia, dotando de innovaciones tecnológicas a los procedimientos para su mayor difusión entre los interesados y a la ciudadanía en general.

"Incorporó nuevas modalidades de contratación, reglas claras y precisas para obtener disminuciones de costos, optimizar la transparencia y asegurar el compromiso y responsabilidad de los funcionarios actuales, etc." (4) Sumado a ello, se ha reconocido que el decreto fue un intento por "agilizar los procedimientos de contratación que recepta la normativa ya existente y que se encontraba contenidas en distintas normas dispersas en la Administración"(5).

Sin embargo, no hay que olvidar que el fin primordial de la contratación administrativa es la satisfacción de un interés público. El Estado compra o adquiere determinado bien o servicio, precisamente, para hacer frente a una necesidad de los administrados (6). Por ello, la norma deja abierta la posibilidad de que, no obstante la regla, se utilice otro procedimiento de contratación mas adecuado en función a las características de la necesidad a cubrir. En este sentido, la norma expresa que las especificaciones y recaudos de las contrataciones deben ser las "adecuadas para satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética"(7). En función de dicha directiva, su Art. 15 deja aclarado 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 N° 1023/01 y sus modificaciones y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos"(8).

La introducción viene a tenor de lo que explicaré en adelante: teniendo en cuenta este principio, y la directiva de satisfacer el interés público bajo el procedimiento mas 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.

En concreto, lo que se intenta exponer en este trabajo es un planteo acerca de la real efectividad del procedimiento licitatorio en nuestro país. Su instrumentación está siendo mermada por otros procedimientos, algunos contemplados en el mismo régimen de contrataciones, como las contrataciones directas, y otros ajenos a dicha normativa, tales como los fondos rotatorios, los procedimientos de aprobación de gastos, y las cajas chicas que, si bien cuentan con su propio encuadre legal, no exigen los recaudos que se encuentran en las reglamentaciones de compras de la Administración pública (9).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dicho, puede plantearse la posibilidad de que es momento de rever las bases y etapas de la licitación pública, adaptándola a los tiempos y necesidades reales, y logrando la eficacia de la contratación que se propicie, a través del procedimiento que ostente mayores niveles de transparencia, publicidad, igualdad, y concurrencia, que los que actualmente operan como alternativas al procedimiento regla.

Esto viene a colación de que, como se indicó, las áreas gubernamentales suelen instrumentar las adquisiciones a partir de procedimientos con plazos mas abreviados. Lo cierto es que ello, si bien logra satisfacer la necesidad en un tiempo mas corto, lo es además sacrificando los principios de las contrataciones, lo cual — frente al apuro- puede resultar, de todas formas, en una contratación que tampoco satisfaga la necesidad publica de forma eficiente.

Desarrollo esta situación partiendo del siguiente escenario:

Por un lado, la vehiculización de las contrataciones públicas a través de los procedimientos de adjudicación directa bajo el pretexto de que los procedimientos regla no satisfacen las necesidades públicas en tiempo real (10).

Según este fundamento, la adquisición tardía como resultado de los plazos propios de la licitación pública afectará los principios de economía, eficiencia, y eficacia de las Contrataciones Publicas, por cuanto deja ya de ser actual la adquisición de un bien o un servicio cuando una necesidad pública no es satisfecha en tiempo adecuado.

Aunque, por el otro, si bien con las contrataciones directas —o, en su defecto, con las herramientas citadas como aprobación de gastos o cajas chicas- se captaría la inmediatez de la satisfacción del interés público (o al menos el procedimiento resulta ser más breve que el licitatorio), su uso desmedido e infundado priva al sistema de principios tales como los de transparencia, concurrencia, publicidad, e igualdad, lo que hace que "las tres E" se vean afectadas de todas formas.

Ello porque la Administración está frente a un número acotado de ofertas lo que se traduce en escasas alternativas de elección de la oferta más conveniente, y la mejor oferta recae en la más económica sin considerar aspectos -por ejemplo- de calidad o utilidad. La publicidad se ve restringida, y lo mismo ocurre con la concurrencia y la participación del particular en el procedimiento (por ejemplo, por medio de impugnaciones (11), etc.).

Ello conlleva, además, un mayor gasto público y un derroche de recursos.

Ahora bien, ¿Qué es lo que se intenta expresar con este trabajo? La problemática actual del sistema de contrataciones. Presenciamos una Licitación Pública que, por sus tiempos, características, y etapas, no responde en tiempo real las necesidades públicas a satisfacer. Esto atenta, precisamente, contra la economía, eficiencia y eficacia de la contratación. Fundamentándose en esta situación, la Administración instrumenta la contratación a través de métodos abreviados, ya sea que estén contemplados en el mismo régimen de contrataciones o por métodos excepcionales como, reitero, cajas chicas y fondos rotatorios.

A ello se suma el hecho de que, a su vez, la licitación pública cuenta con una serie de mecanismos de control, análisis, y evaluación que, al incorporar exigencias y recaudos durante el procedimiento selectivo del cocontratante particular, favorece el plexo normativo aplicable en la temática, y la selección del oferente más idóneo para satisfacer la necesidad pública en tiempo oportuno. Las contrataciones directas, en cambio, relajan los recaudos para la selección y permiten al contratante poseer mayor flexibilidad al momento de contratar. Si bien, como se señaló, resultan aplicables bajo los supuestos taxativamente señalados en los regímenes de contrataciones, su uso inadecuado se traduce en la ausencia de formalidades al momento de celebrar la contratación (12).

Entonces, en este último escenario, ¿son realmente eficientes y efectivas las contrataciones directas? ¿O son solo una suerte de "salida rápida " a un procedimiento de Licitación Pública a la vista infructuoso?

Este señalamiento tiene su razón de ser en que, no obstante estos procedimientos pueden simplificar la contratación de la Administración —e, insisto, son permitidos justamente en las situaciones de excepción y reuniendo los recaudos que se describen en la norma que los regulan— ello no debe ser sacrificando las garantías establecidas en el Régimen de Contrataciones, que apunta a guiar a la Administración a obtener el bien o servicio que mejor se ajuste a la necesidad pública a satisfacer.

Ello no es un aspecto aislado, sino que se trata de una cuestión generalizada en la materia en distintos Estados, donde se ha reconocido que "[a]unque existen varias formas y procedimientos de selección, no cabe duda que la licitación pública es la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la comunidad"(13).

Ahora bien, ya se ha dicho que las contrataciones públicas están, por definición, motivadas y orientadas a la satisfacción de un interés público. Con ese fundamento, el régimen se caracteriza por tener una serie de principios tendientes, en su conjunto, a que la contratación de la Administración sea efectiva, y que satisfaga al interés público con la menor onerosidad y la mayor agilidad posible (14), en el menor tiempo y con el menor costo viable (15).

Así, deberíamos preguntarnos la causa por la cual la Licitación Pública ya no satisface de forma efectiva las necesidades públicas. El Régimen de Contrataciones estipula la obligación de las Unidades de Gestión a establecer un Plan Anual de Compras (16) y, de esta forma, proyectar anticipadamente las contrataciones de aquella dependencia. Este aspecto es importante toda vez que una planificación anual de las adquisiciones del Estado acorde con las necesidades públicas detectadas evitaría contrataciones apresuradas que podrían preverse con

anticipación. Incluso, se ha propuesto que el Plan Anual de Compras se elabore junto con el Presupuesto anual, coincidiendo la partida presupuestaria con las adquisiciones que la Administración planifica realizar durante el mismo período, ajustándolas a los gastos previstos en ese plazo (17).

En este punto, y si bien la Contratación Directa puede llevarse adelante frente a supuestos, por ejemplo, de urgencia y emergencia —aunque, insisto, siempre bajo los recaudos de la normativa vigente— no podemos dejar pasar por alto que este procedimiento no sólo se invoca en esas situaciones, sino también en aquellas en las cuales la Administración Pública cuenta con plazo suficiente para instrumentar un procedimiento licitatorio a tiempo (18).

Las excepciones a las licitaciones públicas son necesarias: difícilmente una administración puede celebrar una licitación pública cuando la finalidad del contrato consiste, por ejemplo, en atender una emergencia por catástrofe natural, cuando existen graves riesgos para el país, para la población, etc. Sin embargo, las excepciones deben instrumentarse en aquellas situaciones en las que se acredite el supuesto, y no cuando sólo signifique adquirir un bien o servicio en un plazo más breve y con menores recaudos legales (19). A esto se agrega, además, que no todo lo que se declara como emergencia o urgencia hubiera sido tal si las soluciones se hubieran adoptado a tiempo. A modo de ejemplo, se ha dicho que "[e]s común por ejemplo en las administraciones latinoamericanas realizar contrataciones directas al final del ejercicio presupuestario para gastar los fondos disponibles porque no se hicieron a tiempo las actuaciones necesarias para ello. En estos casos la emergencia es de cierta forma provocada por la administración, sea por conveniencia o por falta de eficiencia. Por otra parte, incluso cuando se hacen contrataciones directas se debiera vigilar que no sean siempre las mismas empresas las que se vean favorecidas o que exista un rango de precios con el que contratar que difiera lo menos posible de lo que son los rangos normales en licitaciones públicas (20).

En idéntico sentido, se señaló que "la falta de programación conduce a un aumento en las compras a fin de año con el objeto de no perder las partidas presupuestarias asignadas. En esta situación, se termina comprando de manera apresurada, lo que influye negativamente sobre el precio y la calidad de las adquisiciones"(21). Las contrataciones, en este contexto, no sólo pueden resultar improvisadas sino que, además, cuando el objetivo es alcanzar el monto presupuestado en el plazo más breve posible, poco se tiene en cuenta el recaudo de definir previamente la necesidad a satisfacer y el bien más apropiado a adquirir, a través de la compulsa de precios que permita obtener el precio más económico y adecuado al fin de la contratación.

De la misma forma, y no obstante las contrataciones sean por montos menores a los que corresponden a las licitaciones públicas, lo cierto es que, en suma, la cantidad de procedimientos ajenos a los licitatorios supera ampliamente los reglados. Así, se ha afirmado que "[e]n prácticamente todas las instituciones públicas el grueso de los gastos en bienes y servicios se realiza vía licitación pública, pero en términos de volumen la situación es diferente".(22)

En coincidencia con ello, las cifras actuales reflejan que, si bien el mayor caudal de gasto se canaliza a través de Licitación Pública, la mayor parte de las contrataciones son instrumentadas por procedimientos que no reúnen los requerimientos y principios de las contrataciones administrativas (23).

Ahora bien, como se señaló, el régimen de contrataciones administrativas se instrumenta salvaguardando la economía, eficacia y eficiencia de las contrataciones. En este sentido, se tiene dicho que la contratación debe ser llevada adelante de forma tal que permita alcanzar de la mejor manera y con los mejores resultados posibles los fines perseguidos al momento de contratar, y que no son otros que los de alcanzar la mejor oferta globalmente adecuada y conveniente (24).

Como veremos, estos recaudos guardan íntima relación con los principios de las contrataciones administrativas.

El primero de ellos, el principio de concurrencia, busca evitar que se utilicen requisitos para participar en la licitación o criterios de selección que favorezcan a determinados proponentes, en detrimento de otros (25). Con ello, la Administración se asegura la participación de un mayor número de ofertas, de forma de obtener una más amplia selección, y de esta manera estar en mejor posibilidad de lograr las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes (26), obteniendo de esta manera el mejor rendimiento de los fondos públicos empleados (27), por cuanto el Estado debe seleccionar al privado que resulte ser, de la compulsa, el más idóneo para celebrar el contrato de forma que recaiga en las mejores condiciones para el estado que selecciona, las cuales si bien tienen que ver fundamentalmente con condiciones económicas, pero también se relacionan con circunstancias técnicas (28).

Como resultado de este principio, se establece concretamente la importancia de contar con la mayor concurrencia de oferentes, de modo tal de evaluar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración pública.

Complementando lo expuesto, el principio de igualdad también debe ser respetado: todos los interesados en contratar con el Estado deben encontrarse en condiciones de perfecta igualdad, manifestada en el sentido de que sólo es posible una real confrontación entre los oferentes cuando éstos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, ello sin que existan discriminaciones o tolerancias que beneficien a unos en perjuicio de otros (29). Esto fulmina de nulidad tanto la actividad estatal de favoritismo hacia alguno o algunos de los participantes, al igual que la consideración de las ofertas que no hayan cumplido acabadamente con todos y cada uno de los requisitos emergentes de la documentación de la licitación (30).

El contenido de los pliegos es decisivo para lograr el pleno cumplimiento de esta exigencia, razón por la cual resulta fundamental contar con un pliego que regle y defina las características del objeto a contratar, y los recaudos que deben reunir la propuesta y los oferentes que se presenten en el procedimiento de selección. En concreto porque, como se describe, "la elaboración del pliego de bases y condiciones resulta crucial para garantizar el cumplimiento de los principios básicos de una contratación y lograr que ésta sea respetuosa de las normas, eficiente y transparente" (31).

Este señalamiento guarda correspondencia con el texto del actual régimen de contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto PEN N° 893/2012, cuyo dictado se fundamenta en "coadyuvar al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad en materia de

transparencia y de lucha contra la corrupción", y en la prioridad de "fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales"(32).

En la inteligencia de lo expuesto, el Régimen de Contrataciones estipula que las especificaciones técnicas "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 de las contrataciones públicas", a lo cual agrega que "salvo casos especiales originados en razones científicas, técnicas o de probada conveniencia para lograr un mejor resultado de la contratación, no podrá pedirse marca determinada". Finalmente, expresa 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"(33).

El principio de publicidad tampoco es ajeno a este análisis pues es el que, por cierto, trata de favorecer la máxima concurrencia competitiva, procurando el conocimiento suficiente a través de la publicidad contractual, del objeto del contrato, y de las restantes condiciones del mismo. El carácter público del procedimiento licitatorio es lo que permite la afluencia de los interesados.

Por otra parte, el principio de legalidad también hace lo suyo, al explicitar la subordinación de la actividad de la Administración a la ley (34), lo que implica que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al Derecho todo, dentro de las facultades que le hayan sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales ellas fueron creadas (35).

A su vez, el principio de razonabilidad exige que deba elegirse el medio adecuado para satisfacer eficaz y proporcionalmente el interés público. Finalmente, el principio de transparencia exige que el procedimiento que garantice la transparencia del obrar público respecto del manejo de los fondos públicos, de la administración del patrimonio público, y de los mecanismos de actuación y decisión gubernamental (36). Por ello, el régimen de contrataciones contempla la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones a las que ellos hacen referencia (37). En el supuesto de que se instrumente una contratación directa por razones de urgencia o de emergencia y que se trate en realidad de una situación previsible, la norma establece que ésta deberá instrumentarse mediante el procedimiento pertinente y, de acuerdo al régimen procesal disciplinario que corresponda, se deberán establecer las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno (38).

Ahora bien, si el procedimiento licitatorio así como está planteado en la actualidad no resulta efectivo y eficaz para responder a las necesidades de la comunidad, debemos replantearnos —como se señala en el título de este trabajo- la posibilidad de rever las bases del procedimiento, adecuándolas y ajustándolas a los tiempos de la sociedad moderna.

Es que si, por un lado, se exige la contratación a través de la instrumentación de una licitación pública, pero por los tiempos y el sistema que requiere, ésta resulta

infructuosa para satisfacer el interés público y, por el otro, los procedimientos que se caracterizan por contratar con mayor celeridad, no reúnen los recaudos del procedimiento, ¿cuál es la vía idónea para instrumentar las contrataciones del Estado, sin violar los principios de los contratos administrativos, y ajustándose a un procedimiento licitatorio contemporáneo que responda a las demandas de la comunidad en tiempo real?

De otra forma, ¿de qué serviría respetar a raja tabla la Licitación Pública, si al momento de perfeccionar el contrato su objeto ya pierde actualidad?

La sociedad se moderniza constantemente. Con ello, también sus requerimientos. Necesitamos un procedimiento licitatorio que posea las herramientas apropiadas para que, sin resentir las garantías de la Licitación, la gestión sea eficiente y efectiva.

Advierto, sin justificar la medida, que ese delay y posterior dilema entre plazos vs. satisfacción de la necesidad pública también genera ciertas rispideces al momento de resolver sobre el procedimiento de contratación. El tiempo propio de la instrumentación de una licitación pública puede ser fundamento para optar por otra vía con plazos mas escuetos lo que genera, a su vez, mayor discrecionalidad del funcionario interviniente durante la contratación lo cual, insisto, también puede resentir los principios del procedimiento de las contrataciones administrativas.

Bajo el mismo lineamiento, se ha señalado supra que se detecta no sólo la ausencia de procedimientos contractuales celebrados al amparo de la norma general, sino también la justificación de dicho apartamiento (39). Ello resulta un inconveniente por cuanto la aplicación directa de la Ley de Procedimientos Administrativos al contrato administrativo implica que se apliquen al mismo los recaudos de los arts. 7 y 8 de la norma, entre los que se encuentran la forma, la motivación y la causa, además de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos para y durante la gestión de la contratación.

Si bien es un aspecto que, por su relevancia, merece profundizarse en otro trabajo, por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha entendido que "la norma de excepción no admite la generación de contrato legítimo alguno, en tanto, el apartamiento de aquella al principio de juridicidad —y, por cuanto, en especial, habilita un procedimiento contractual casi exento de formalidades, ajeno al previsto en la ley 2095 y a los principios generales consagrados en su texto, esencialmente, los de publicidad y transparencia- ha producido un vicio en los elementos 'procedimiento' y 'forma' de aquel último"(40), reguardo éste que vale la pena tener en consideración en oportunidad de instrumentar una adquisición por un procedimiento que no se corresponde con el regla.

III. A colación de lo señalado. Acerca de los déficits de la licitación pública

Hemos visto que en la realidad es la contratación directa el procedimiento de contratación por el cual se vehiculiza la mayor proporción de las adquisiciones estatales. Si bien este procedimiento permite contar con el bien o el servicio en plazos más breves, lo cierto es que los principios se ven forzados en la medida en que se desvirtúen los recaudos de dicha contratación o se use la misma fuera de los márgenes expresamente previstos y consagrados en el ordenamiento legal. En consecuencia, si la publicidad, la libre competencia, la competencia, y la

transparencia se resienten, ¿es realmente eficaz y eficiente la contratación que se propició?

El mismo escenario se da lugar en las compras estatales canalizadas a través de cajas chicas comunes y especiales, fondos rotatorios, aprobaciones de gastos, entre otros ya reseñados precedentemente.

A modo de ejemplo (y, por qué no, de propuesta), y a fin de optimizar los resultados de estas contrataciones, podríamos mejorar algunos aspectos del procedimiento como los relacionados con: a) los plazos: desde el pedido de la contratación hasta el perfeccionamiento del contrato (o incluso hasta la recepción del bien), suele pasar un tiempo por demás extenso en comparación con la necesidad de satisfacer el interés público que motiva el procedimiento. Ya hemos citado al Dr. Rejtman Farrah que calculó un plazo de alrededor de noventa días y que en la realidad suelen extenderse hasta un año y medio y que luego en función del plazo motivan la contratación directa por urgencia (41); o b) la asimilación entre objetos de la Licitación pública: el régimen de contrataciones no distingue sobre objetos de compra, sino que estandariza su objeto independientemente de sus características (42). Si bien es cierto que las especificaciones varían en los pliegos particulares y específicos, no es menos cierto que las etapas y recaudos del procedimiento licitatorio son los mismos para todas las contrataciones, independientemente de los elementos distintivos de su objeto, lo cual puede resultar en un procedimiento licitatorio desajustado al objeto y que, por tanto, frustre la contratación que se propicia.

IV. Conclusiones

Por todo lo expuesto, no resultaría desacertado pensar en una Licitación Pública dinámica, ajustada a las demandas actuales, y proporcional a las necesidades y tiempos de la sociedad moderna. Si la licitación, en especial la pública, "constituye un principio inherente a toda contratación administrativa. Asimismo, se la ha llegado considerar una 'forma esencial del acto', la que sólo podría omitirse cuando así lo dispusiera la ley expresamente" (43), deberíamos pensar en implementar alternativas que ayuden a adecuarla a los tiempos de la sociedad, implementando herramientas que la hagan mas atractiva al funcionario para instrumentar la contratación a su cargo.

La capacitación progresiva del personal, la implementación de nuevas tecnologías, y modernización de las etapas licitatorias pueden ser alternativas para ello. Lo mismo puede señalarse en lo que respecta a la idoneidad, ética, y responsabilidad de los funcionarios, a la potenciación de los sistemas electrónicos y digitalización de los procedimientos licitatorios, y al fomento de la publicidad y difusión a fin de posibilitar un mayor control y participación de la sociedad, logrando de esta forma un mejor procedimiento selectivo.

Otra opción puede ser el control de la eficacia de los procesos a través de programas de control de gestión o de medición de resultados. La definición de objetivos institucionales y la decisión programada de las contrataciones a instrumentar en un plazo determinado puede ser provechosa para llevar adelante el procedimiento licitatorio a tiempo.

En idéntico sentido, también se ha sugerido la implementación de una metodología de trabajo que impulse desde distintas áreas capacitadas la gestión de la licitación. Las áreas podrían contar, por ejemplo, con a) experiencia y resultados obtenidos en trabajos similares; b) personal y equipo disponible; c) situación económica financiera propicia para llevar adelante las contrataciones; y d) existencia de otras obligaciones que pueden competir con la ejecución de las obras o servicio que se prestará. (44)

Creo que, ya darnos cuenta de la necesidad de cambiar el procedimiento licitatorio —o, mejor dicho, de redefinirlo— es un punto de inicio para comenzar a rever las etapas y recursos procedimentales. Empezar a mejorar y adaptar el procedimiento de selección partiendo de la necesidad puntual a satisfacer, definir las áreas intervinientes de acuerdo a la especialidad de su objeto, y la priorizar las contrataciones conforme un plan de compras y adquisiciones puede ser una meta a alcanzar a futuro.

Implementar metodologías de trabajo acordes con las herramientas tecnológicas y la modernización de la sociedad, pueden ser elementos que aporten al que procedimiento licitatorio tal cual aquí se expuso, deje ya de ser una regla en teoría sino también en la realidad, fomentando y alcanzando mayores niveles de eficiencia, economía y eficacia en las contrataciones del Estado.

No obstante, cualquier reforma que se haga va a ser infructuosa si no se cambia —o adecua— la forma de gestionar. Es fundamental, cuanto menos, la capacitación de los funcionarios y de los recursos humanos de la Administración Pública que operan en esta materia, no sólo para fomentar el procedimiento conforme a derecho sino además para implementar correctamente las nuevas tecnologías al procedimiento, para operar mejor. Aquí no sólo nos estamos refiriendo a la posibilidad de una reforma normativa, sino que además esta reforma debe integrar a quienes utilicen el sistema.

De esta forma, se podrá avanzar hacia una mejor gestión de los recursos de la Administración, focalizada en la satisfacción de las necesidades públicas resguardando la economía, eficiencia, eficacia, y ética, de aquella contratación.

Trabajo realizado en base a la ponencia homónima, presentada en las IV Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Lomas de Zamora, 29 al 31 de agosto de 2012, en Comisión 5, Profesores de Derecho Público (Finanzas, Derecho Tributario y Derecho Administrativo),

(1) El art. 15 del recién aprobado Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decr. N° 893/PEN/2012) señala como regla general los procedimientos de licitación pública o concurso público (Conf. art. 24 Decr. Delegado N° 1023/PEN/01).

(2) Contiene el precepto de igualdad y derecho a la libre concurrencia a través de la protección constitucional a la libre competencia. En consonancia, algunas constituciones provinciales contemplan expresamente la licitación pública como mecanismo regla de adquisición de la administración pública.

(3) Conf. Ley 24.759 (en lo que respecta a la Convención Interamericana contra la Corrupción) y Ley 26.097 (correspondiente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). A modo de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas

contra la Corrupción dedica un artículo a las contrataciones públicas, en cuya primera parte establece que "Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación". Por su lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción se refiere al compromiso de los Estados Parte de aplicar "Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. 3, inc. 5). En relación a este punto, se ha dicho que "la exigencia de la licitación pública puede surgir como una regla inherente al ordenamiento cuando aparece impuesta por ciertos principios generales del derecho como los principios de concurrencia e igualdad. De esta manera, el ámbito del principio de libre contratación quedaría limitado, en líneas generales, a los supuestos en que no resulta viable ni conveniente la concurrencia (v.gr. caso de un fabricante único y exclusivo) y a los casos de injerencia o fracaso de una licitación pública. A punto tal —expresa Cassagne— que la elusión del procedimiento de licitación pública (cuando la concurrencia es posible) constituye una forma de distorsionar el mercado". Buj Montero, Mónica, "Licitación pública: Principios Generales". En Farrando, Ismael, (h.) (Dir.), Contratos Administrativos. Reimp. Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002, p. 79/103, esp. págs. 99/100. Con cita a Cassagne, Buj Montero menciona que "esta tesis encuentra apoyo no sólo en el principio de igualdad que proclaman los arts. 16 y 75, inc. 23 de la Constitución (este último precepto consagra el principio de la igualdad de trato), sino también, en otro principio que recoge la reforma constitucional de 1994, relativo al poder del Estado de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" (ídem, nota al pie N°59, P. 100).

(4) Farrando, Ismael (h) y Correa, José Luis, "Introducción. Régimen normativo de contrataciones del Estado". En Farrando, Ismael (h) (Dir.), Contratos

Administrativos. Reimp. Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002, Cit., p. 19/37, esp. p. 21.

(5) Ídem

(6) Se dice que el Estado "tiene como objetivo principal para orientar sus acciones la satisfacción del interés general de la sociedad de la que es siempre expresión" y que las compras públicas resultan importantes para el desarrollo de la sociedad por cuanto "son el mecanismo natural que tiene la Administración para nutrirse de los elementos necesarios que le permitan su propio funcionamiento para luego poder satisfacer las necesidades de la sociedad". En Arenoso, Federico, Manual de transparencia y control social en las contrataciones públicas. Fundación Poder Ciudadano, 1ra. Ed. Buenos Aires, 2006, Págs. 27 y 29, respectivamente.

(7) Art. 14 Decr. N° 893/PEN/2012

(8) Decr. N° 893/PEN/2012

(9) A modo de ejemplo, la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la Nación N° 24.156 contempla en su art. 35 la facultad de las autoridades de "ordenar pagos y efectuar desembolsos y las habilitaciones para pagar que no estén expresamente establecidas en esta ley", de acuerdo con la reglamentación que lo establezca. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, contempla estos métodos de excepción vehiculizados a través de reconocimientos y/o aprobación de gastos regulados en los Decretos N° 556/GCBA/2010 y 752/GCBA/2010. Su Ley de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad N° 70, a su vez, reconoce estos instrumentos en su art. 105 que reza "Art. 105 - Los órganos de los poderes del Estado pueden autorizar, para los gastos de menor cuantía, el funcionamiento de fondos permanente y/o cajas chicas con el régimen y los límites que establezcan en sus respectivas reglamentaciones, para ser utilizados en la atención de pagos cuya característica, modalidad o urgencia no permita aguardar la respectiva previsión de fondos". El Decreto N° 67/GCBA/2010 establece el Régimen para la asignación de fondos bajo el encuadre del artículo anterior, y la Resolución N° 186/MHGC/2012, complementario del Decreto citado, define el monto de la asignación de acuerdo con la repartición del GCBA que se trate.

(10) Sugiero ampliar en Rejtman Farrah, Mario, "Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas", en Cuestiones de Contratos Administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 1ra. Ed., 2007. P. 907/917. Esp. págs. 910 y 911.

(11) Ello, sin mencionar que en el caso de las impugnaciones, los pliegos suelen exigir una garantía de impugnación que acota la posibilidad del particular de presentar observaciones durante el procedimiento licitatorio.

(12) Sugiero ampliar en Biglieri, Alberto "Licitaciones Públicas". Publicado en www.laleyonline.com.ar

(13) Correa, Isabel, Manual de Licitaciones públicas. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES. Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones SERIE manuales 21 Santiago de Chile, Diciembre de 2002. P. 11

(14) Roberto José Dromi, "Renovación axiológica y normativa de la licitación Pública", en Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni, Contratistas

del Estado, — Contratistas del Estado — Procedimiento de Selección — Doctrina, Jurisprudencia y Actualidad, T. 2006 — 1, pág. 88. En Lico, Miguel A., "Breve estudio del Decreto N° 1023/PEN/2001 <<Régimen de compras y contrataciones de la Administración Nacional>> y su nuevo Decreto Reglamentario N° 893/PEN/2012, sobre la base de los principios generales del derecho administrativo contractual, que informan todo su contenido", en prensa para ERREPAR.

(15) Lico, Miguel A., "Breve estudio...", citado.

(16) Arts. 12 y 13, Decreto N° 893/PEN/2012

(17) "La planificación de compras debería elaborarse juntamente con la conformación del presupuesto anual. Además de la razón legal, es lógico y conveniente que ambas proyecciones estén ligadas, ya que las metas que se prevén en el presupuesto anual tienen que estar sustentadas en los bienes y servicios que se desean adquirir. Por ello es fundamental [...] comprar en función de las necesidades de la Administración Pública Nacional (APN) que, a la vez, deben programarse sobre la base de las demandas y necesidades de la ciudadanía". En Arcidiacono, Pilar; Rosenberg, Gastón; Arenoso, Federico; Contrataciones públicas vulnerables, Fundación Poder Ciudadano, 1ra Ed. Buenos Aires (2006). P. 33 y 34. A dicho análisis se agrega, con cita a la misma obra, que "la escasa o débil planificación anual existente se ve afectada debido a la dificultad de prever con certeza el momento de finalización de los procedimientos de compras [...] muchas veces se dilatan los tiempos de las contrataciones debido a la existencia y el desaprovechamiento de numerosos "tiempos muertos" en el proceso". Ídem, p. 35 y 36

(18) Como dice el Dr. Rejtman Rarah: "de acuerdo a ciertos cálculos objetivos considerando los plazos previstos por las normas vigentes, incluyendo los establecidos en el Decreto N°333/85 puede inferirse que el procedimiento de selección del contratista estatal a través de la pública licitación demanda en total entre setenta y cinco (75) y ochenta y seis (86) días. Contabilizando para ello el tiempo que insumen los dictámenes jurídicos previos, la intervención del servicio de administración financiera, la evaluación que debe realizar la comisión evaluadora cuya integración regula el Artículo 77 del Decreto N° 436/00, etcétera [...] existen jurisdicciones donde los procedimientos licitatorios han demandado —o demandan— más de un año (y hasta dos o tres años). La SiGeN observó en muchos casos la injustificada lentitud con que se llevaron adelante contrataciones directas celebradas sin acudir a la licitación pública porque mediaban...razones de urgencia!!!". En Rejtman Farrah, Mario R. "Las brechas existentes...", Citado. p. 914.

(19) Correa, Isabel, Manual... Ob. Cit., P. 22

(20) Ídem, P. 23

(21) Se agrega, a dicho señalamiento, que este actuar "hace que la APN deba comprar por el mecanismo de urgencia y ello implica un mayor margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos y, además, que la Administración pierda poder de negociación frente a los oferentes" En Arcidiacono, Pilar; Rosenberg, Gastón; Arenoso, Federico; Contrataciones..., Cit. P. 37

(22) Correa, Isabel, Manual... Ob. Cit., P. 23

(23) García Sanz, Agustín A.M., "Licitación Pública Vs. Contratación Directa, ¿La batalla perdida?", en RPA 2006-3, p. 75/103.

(24) Lico, Miguel A., "Breve estudio..." Citado.

(25) José Antonio Ivars Bañuls, La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público, José Vicente Catalá Martí — Coordinador, Madrid, Editorial Thomson — Civitas, 2008, pág. 52. En Lico, Miguel A., "Breve estudio..." Citado.

(26) Manuel Lucero Espinosa, La Licitación Pública, México, Editorial Porrúa, 2009, pág. 112. En Lico, Miguel A., "Breve estudio..." Citado.

(27) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid — Buenos Aires, Editorial Thomson — Civitas — La Ley, 2006, T. I, pág. 716. Con cita a un trabajo en la materia, resulta claro que "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 [...] En este sentido, el diseño de estas licitaciones es fundamental. Establecer mecanismos complicados desincentiva tanto a la propia administración, que se verá tentada de declarar excepciones para evitar procedimientos largos y engorrosos, como a los mismos privados con lo que no se producirá la competencia y la concurrencia del mayor número posible de postulantes, que es la base de toda licitación pública exitosa. Por otra parte, la transparencia en relación con el ciudadano, evitando prácticas colusivas, tiene que estar asegurada. [...] Todas estas normas o procedimientos que se proponen responden a un principio fundamental: Toda compra o servicio provisto por el Estado debe serlo a través de una licitación pública que no establezca barreras a la entrada de los competidores, que apunte a un máximo de eficiencia económica, con transparencia absoluta para los participantes y dejando el menor margen posible a la discrecionalidad de la administración que debe adjudicar mediante procedimientos preestablecidos". En Correa, Isabel, Manual... Ob. Cit., P. 7 y 8.

(28) Correa, Isabel, Manual... Ob. Cit., P. 11

(29) Manuel Lucero Espinosa, ob. cit., págs. 12/13. En Lico, Miguel A., "Breve estudio..." Citado.

(30) Lico, Miguel A., "Breve estudio...", citado.

(31) Arcidiacono, Pilar; Rosenberg, Gastón; Arenoso, Federico; Contrataciones..., Ob. Cit P. 53

(32) Decreto N° 893/PEN/2012, Considerandos 7° y 8°

(33) Ídem, art. 45

(34) Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Derecho Administrativo, Porrúa, México D.F., 2006, p. 41.

(35) Allan R. Brewer — Carías, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Santiago, Caracas, Lima, Legis, 2003, pág. 3.

(36) Raquel Chojkier, Alejandro Dubinski y José V. Casella, Contrataciones del Estado — Decreto N° 436/2000, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2000, pág. 23

(37) Art. 3° inciso e) del Decreto N° 1023/PEN/2001.

(38) Art. 24 del Decreto N° 893/PEN/2012.

(39) Fernández, Bettina, "La forma en los contratos administrativos". En LLCABA 2009 (Junio), 253. En www.laleyonline.com.ar. Pág. 2.

(40) Ídem, p. 4.

(41) Farrah, Rejtman, Mario R. "Las brechas existentes entre la realidad y las normas...", citado, p. 914.

(42) Sugiero ampliar en García Sanz, Agustín A.M., "Licitación Pública...", citado.

(43) En Correa, Isabel, Manual...p. 98

(44) Ídem, P. 30