

## Capítulo VII

# EL INFORMALISMO Y LA CONCURRENCIA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA <sup>1</sup>

### 1. Igualdad y concurrencia

#### 1.1. Introducción

La licitación pública es un procedimiento administrativo<sup>2</sup> cuya finalidad es seleccionar en concurrencia<sup>3</sup> la mejor oferta para celebrar un contrato;<sup>4</sup> constituye un pedido *de ofer-*

<sup>1.1</sup> Conferencia inaugural pronunciada el 10 de agosto de 1992 en el *II Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, realizado en Foz de Iguazú, Brasil. Corresponde al libro del autor *La reforma del Estado. Desmonopolización, desregulación, privatización, en prensa*.

<sup>1.2</sup> La doctrina es unánime al respecto. La hemos adoptado en nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Bs. As., 1966, Ed. Macchi, p. 345, y lo han dicho también ARMANDO E. GRAU, *Licitación* en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XVIII, Bs. As., 1964, p. 702, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, 3<sup>a</sup> ed., ed. Malheiros, San Pablo, 1992, p. 176; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO y SÉRGIO FERRAZ, *Dispensa de licitação*, San Pablo, 1980, Ed. Revista dos Tribunais, p. 3, entre muchos otros autores.

<sup>1.3</sup> Nos hemos referido al tema en *La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión*, conferencia inaugural pronunciada en el Seminario Internacional sobre *Iniciativa privada e serviços públicos*, Curitiba, 7 de diciembre de 1990, publicada en el libro de IDEPE, Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, *Iniciativa privada e serviços públicos*, separata de la "Revista de Direito Público", vol. 98, abril-junio de 1991, ps. 9 y ss., p. 14.

<sup>1.4</sup> BANDEIRA DE MELLO, *ob. y lug. cit.*, agrega un elemento fundamental, que la selección de la propuesta más conveniente se haga "en función de parámetros establecidos y divulgados anticipadamente". Nos hemos referido al tema en *La concesión de obras públicas y la privatización de empresas*

tas efectuado en forma general al *público* o a cualquier empresa inscrita en un Registro creado al efecto.<sup>5</sup>

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

Ello ha ocurrido principalmente con dos de los principios generales del procedimiento administrativo, el del informalismo y el de contradicción,<sup>6</sup> que no siempre tuvieron receptado un equivalente lógico en el procedimiento licitatorio en particular. También allí cabe hablar, según lo veremos, de informalismo y concurrencia o competitividad, que supone contradicción.

Antes de entrar a analizar tales principios conviene tal vez recordar que la licitación pública se diferencia de la *licitación privada*, que también es un pedido de ofertas, en que esta última está dirigida a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), mientras que aquélla está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas (cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la

*públicas por concesión*, en el libro del IDEPE, *Iniciativa privada e serviços públicos*, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>1.5</sup> Que será, según el caso, el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, o el Registro de Proveedores del Estado; sobre la insuficiencia de éstos como controles de las condiciones técnicas, financieras y morales, ver HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, ed. Depalma, Bs. As., 1977, p. 340.

<sup>1.6</sup> Hemos desarrollado estos principios en nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 2, Editorial Macchi, Bs. As., 1975, capítulo XVII, n<sup>os</sup> 12 y 14, ps. 22 y ss., y en *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, capítulo XIII, n<sup>os</sup> 12 y 14, ps. 662 y ss.

presentación), siendo característico de ella, como su propia designación lo indica, la publicidad del procedimiento. En la *contratación directa*, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra el convenio con ella.

La licitación pública y la licitación privada tienen ciertos caracteres comunes que las diferencian de la contratación directa:

1) en ambas hay *comparación* de ofertas de distintas empresas, y, por lo tanto, mayor control y mejores posibilidades de obtener ofertas ventajosas; en la contratación directa no se compara, en cambio, la oferta de la empresa elegida con ninguna otra;

2) en las primeras existe una *conurrencia* de distintas empresas, y por ello clásicamente se afirma que debe mantenerse *la igualdad entre los oferentes*, a resultas de lo cual no puede la administración adjudicar el contrato a una empresa en condiciones sustancialmente distintas de aquellas por las que llamó a licitación; en cambio, en la contratación directa la administración puede apartarse de las bases con las cuales pensaba originalmente contratar, salvo que la contratación directa sea consecuencia de una anterior licitación pública fracasada.

### 1.2. *La igualdad de antaño*

Este principio clásico de la igualdad viene enfatizado de antaño tanto en la doctrina <sup>7</sup> como en la jurisprudencia,<sup>8</sup> y todavía se lo mantiene contemporáneamente,<sup>9</sup> e incluso es

<sup>1.7</sup> ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *La licitación pública*, ed. Peña & Cía., Montevideo, 1940, ps. 53 y ss.

<sup>1.8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallos*, t. 179, p. 249, entre otros.

<sup>1.9</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANK MODERNE y PIERRE DELVOLVÉ, *Traité de contrats administratifs*, t. I, 2<sup>a</sup> ed., ed. Librairie Générale de Droit et de

considerado por algunos autores como el principio más importante de la licitación, o uno de los más importantes,<sup>10</sup> aunque por los motivos que veremos hoy está en crisis o al menos cabe apuntar que su importancia se ha sobrevalorado en exceso en el pasado.

### 1.3. *El conflicto entre igualdad y concurrencia*

Siempre se ha admitido, con mayor o menor énfasis, que uno de los objetivos de la licitación era la comparación de ofertas, con lo cual la competitividad o concurrencia de los oferentes, conforme a las reglas del mercado, era así un principio propio de la licitación pública.

A ello cabe agregar que dicho principio resulta, por lo demás, congruente con el ya mentado principio de contradicción que rige en el procedimiento administrativo cuando existen intereses contrapuestos de los mismos particulares interesados en un procedimiento.

Por nuestra parte, ya hace tiempo señalamos que el principio de contradicción era aplicable en la licitación pública y que ella se da siempre “en el propio interés público, ya que

Jurisprudence, París, 1983, p. 609; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Licitacao*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1980, p. 2; ADILSON DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, 2ª ed., ed. Saraiva, San Pablo, 1980, p. 33; AMÉRICO SERVÍDIO, *Dispensa de licitação pública*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1979, ps. 20 y ss. y sus referencias; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, 3ª ed., ed. Melheiros, San Pablo 1992, p. 19; OSVALDO MÁXIMO BEZZI, *El contrato de obra pública*, 2ª ed., ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, ps. 66 y ss.

<sup>1.10</sup> MIGUEL ANGEL BERÇAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., ed. Depalma, Bs. As., 1980, p. 323, JOSÉ ROBERTO DROMI, *La licitación pública*, ed. Astrea, Bs. As., 1975, ps. 136 y ss.; MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed. Abeledo-Perrot, t. III-A, Bs. As., 1983, p. 168, aunque admite excepciones en la p. 169; OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Da licitação*, ed. José Bushatsky, San Pablo, 1978, p. 37; CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Apontamentos sobre legalidade e licitação*, ed. FUMARC/UCMG, Belo Horizonte, 1982, p. 60, quien entiende así reflejar el pensamiento unánime de la doctrina.

con las observaciones y pruebas de los contrainterésados la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad".<sup>11</sup>

Ahora bien, 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 innúmeros 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.

Para ello no demasiado infrecuentemente contaban con la ayuda o la directa ejecución de sus papeleos de propuesta formal, de los agentes públicos ocupados simultáneamente de la cuidadosa y fatigosa recopilación de cuanto requisito o antecedentes minúsculo e insignificante se les había ocurrido demandar a los oferentes para poder cotizar, como si este último fuera siempre e indubitablemente el objeto principal de la licitación.

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

Por ello, parte de la doctrina ha comenzado a sostener que el principio de igualdad debe aplicarse para evitar cláu-

<sup>1.11</sup> *Tratado de derecho administrativo Parte general*, t. 2, *ob. cit.*, n° 14, p. 48, y *Teoría general del derecho administrativo*, *ob. cit.*, capítulo XIII, n° 4, p. 686.

sulas que restrinjan el carácter competitivo del procedimiento,<sup>12</sup> lo cual es tanto como decir que lo principal en realidad no es la igualdad en abstracto, sino asegurar tal carácter competitivo.

La igualdad ocupa un lugar secundario y no primordial en la licitación, contrariamente al lugar privilegiado y en primer lugar que en general le asigna clásicamente la doctrina, incluso derivándolo directamente de la Constitución.<sup>13</sup> Pero es sabido, al menos en nuestra jurisprudencia, que el principio de igualdad no es uno de los más favorecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus pronunciamientos,<sup>14</sup> con lo cual la invocación constitucional, al menos para nosotros, no tiene sustento empírico en la jurisprudencia.

#### 1.4. *Télesis de la igualdad: etapas del procedimiento*

##### 1.4.1. *En la fase inicial del procedimiento licitatorio*

Teniendo en cuenta qué objetivo debe satisfacerse al mentar el principio de igualdad, se advierten tres fases diferen-

<sup>1.12</sup> Así BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo, ob. cit.*, p. 178.

<sup>1.13</sup> Ésta es una forma muy frecuente de colocar el problema en la doctrina brasileña, que consagra expresamente el texto constitucional vigente diciendo que la licitación pública debe asegurar la igualdad de condiciones a todos los oferentes aunque se puede interpretar que aclara que esto se refiere al mantenimiento de las condiciones de la propuesta, y no a los aspectos meramente formales. Ver BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, p. 178. Sin embargo, ya ha observado la doctrina que no se puede constatar en los hechos su cabal aplicación a la administración pública: GERALDO ATALIBA, *Licitação*, en "Revista de Direito Público", San Pablo ed. Revista dos Tribunais, n° 41/2, p. 128, y n° 17, p. 240.

<sup>1.14</sup> Un estudio inédito de un antiguo funcionario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, GOICOA, hace ya muchos años señalaba la inexistencia de pronunciamientos del tribunal que declararan la inconstitucionalidad de un acto estatal por exclusiva violación a la garantía de igualdad: en los hechos, siempre había encontrado que la situación fáctica entre los supuestos sometidos al análisis: presentaba diferencias que no era irrazonable diferenciar también en la decisión.

tes: durante el procedimiento licitatorio, en la adjudicación, y en la ejecución del contrato.

Durante el procedimiento licitatorio la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles, para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por ende, desear una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios deben satisfacer. En esta etapa predomina necesariamente el más amplio informalismo.

#### 1.4.2. *En la adjudicación*

En la adjudicación, la contratación con la mejor oferta es la finalidad ínsita al acto.

Aquí interesa entonces el principio de igualdad no en el cumplimiento inicial o tardío de las formas, sino en el objeto mismo de la propuesta (precio, cantidad, calidad, condiciones, proyecto), y por aplicación de él la autoridad licitante se ve impedida de incurrir en decisiones en cuanto al objeto de la licitación, o sea, en la adjudicación, que ocasionen discriminaciones o privilegios contractuales significativos (no, pues, cuestiones de detalle o meramente formales) en favor de algún o algunos oferentes y en detrimento de otros.

La mejor forma de tutelar la igualdad en esta etapa o fase del procedimiento es predeterminar y anunciar en las bases de la licitación cuáles serán los parámetros con los cuales se tomará la decisión de adjudicación. Si esos parámetros son claros y, preferiblemente, matemáticos, se evitará toda discusión en la adjudicación. Sobre esto volveremos en el punto 8.

#### 1.4.3. *En la ejecución del contrato*

Después de la adjudicación, la igualdad supone que no se confieran en la ejecución del contrato ventajas, modificaciones, tratamientos especiales, etc., que de haberse dado a los

otros oferentes hubieran significado que éstos cotizaran más bajo.

En efecto, se debe prever expresamente, como en el derecho norteamericano, el derecho como mínimo de los oferentes que no han ganado la licitación y preferiblemente del público en general, a poder informarse posteriormente cómo se ejecuta el contrato,<sup>15</sup> para que no se den al adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en el pliego de condiciones, sin haberse alterado las circunstancias de hecho tenidas en cuenta.<sup>16</sup>

En tal caso el oferente que no ganó bien pudo haber hecho una oferta mejor, de haber sabido que luego en la ejecución del contrato le dispensarían, sin causa sobreviniente, de alguna de las obligaciones establecidas en el pliego.

Esto puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido, desde la misma noche del día de la adjudicación, o al final de cierre de cuentas del contrato.

<sup>1.15</sup> El conjunto de leyes en esta materia es un antecedente impresionante. Por la ley de libertad de información (*Freedom of Information Act*) se obtiene la información; por la ley *qui tam* se faculta a cualquier ciudadano a denunciar un fraude contra el gobierno, y si el Departamento de Justicia no asume el rol de acusador puede seguir el pleito el particular: si lo gana en nombre del Estado, recibe una porción del resarcimiento del daño. En julio de 1992 un juez otorgó, en el primer caso conocido de aplicación de esta ley, u\$s 7.500.000 a un ciudadano que permitió que el Estado recuperara u\$s 78.000.000, indebidamente pagados por fraude. También, si la práctica es generalizada, puede resultar aplicable el Estatuto de Organizaciones Corruptas y Negocios Ilícitos (*R.I.C.O.*, 18 U.S.C., secciones 1962 y ss.), que aunque concebida para luchar contra las grandes organizaciones criminales (narcotráfico, mafia, etc.), es de aplicación a actividades sistemáticas y organizadas y prevé la confiscación de las ganancias, o la confiscación de otras propiedades en su lugar; otra ley contempla específicamente esta última solución para los sobornos recibidos en la función pública (18 U.S.C. sección 3666).

<sup>1.16</sup> O sea, sin darse los diversos supuestos que la legislación contempla para renegociar un contrato: modificaciones al proyecto dispuestas unilateralmente por la administración, dificultades materiales imprevistas, aumento o disminución del total previsto de ejecución de la obra, fuerza mayor, hecho del príncipe, teoría de la imprevisión, caso fortuito, prórrogas por días de lluvia u otras dificultades gastos improductivos, variaciones de costos, etc.



No veamos entonces la igualdad en el cumplimiento inicial y absoluto de los recaudos formales del procedimiento, admitamos su saneamiento ulterior, pero estemos en cambio atentos a que la igualdad no sólo se respete en la adjudicación, sino que también se respete en lo que más cuenta por sus posibilidades de distorsión no igualitaria, que es el modo específico de ejecución del contrato.

## 2. Concurrencia y formalismo o informalismo

### 2.1. La tradición formalista

Así como hemos visto que los autores sostenían tradicionalmente con mucho énfasis el principio de igualdad, más incluso que el de concurrencia, cabe señalar que hay también autores que incluso agregan de modo específico, como otro de los principios de la licitación el tratarse de un procedimiento formal,<sup>1</sup> o interpretan el principio de igualdad como una estricta sujeción al pliego o a las formas del procedimiento, con lo cual la conclusión sería también una suerte de formalismo en el procedimiento licitatorio.<sup>2</sup>

La práctica administrativa más antigua, con una fuerte influencia del Tribunal de Cuentas de la Nación, hizo du-

<sup>2.1</sup> HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1977, ps. 10 y ss., quien en rigor de verdad sienta como primer principio el de que se trata de un "procedimiento formal", para luego aclarar que esto no significa que la administración deba ser "formalista" a punto de desechar ofertas por "simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta", con lo cual deja de ser tan terminante la primera lectura de su enunciado principio.

<sup>2.2</sup> Así: SAYAGUÉS LASO, *ob. cit.*, p. 41; DALLARI, *ob. cit.*, p. 21; HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, ed. Depalma, Bs. As., 1977/1979, p. 349; BARTOLOMÉ A. FIORINI e ISMAEL MATA, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 127, aunque anteriormente en la obra admite expresamente el saneamiento de los vicios de forma u omisiones por aplicación del principio de concurrencia, en la p. 44; DOGO MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, 3ª ed., p. 131.

rante mucho tiempo gala de una aplicación rigurosa de tal precepto formalista.<sup>3</sup>

Va de suyo que consideramos aún más específicamente en crisis, incluso en correcta vía de desaparición, este denominado principio del formalismo, más propio de las antiguas licitaciones que de las modernas, según veremos. Por lo demás, resulta evidente que si la licitación es, como uniformemente se admite, un procedimiento administrativo, resulta necesario explicar por qué habría de constituir una excepción a las reglas generales de dicho procedimiento, una de las cuales es precisamente la del informalismo.<sup>4</sup>

De todos modos, ya hace décadas que vienen levantándose opiniones y decisiones jurisdiccionales contrarias al formalismo en el procedimiento licitatorio, por ejemplo en cuanto a defectos de la oferta, en que se admite que su saneamiento no altera el principio de igualdad,<sup>5</sup> lo cual conlleva

<sup>2.3</sup> Exigiendo el cumplimiento exacto de todas las cláusulas del pliego y no aceptando el apartamiento ni aun aduciendo ofrecer artículos de mejor calidad, como lo recuerda la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, t. 75, p. 74.

<sup>2.4</sup> Hemos desarrollado este principio en nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 2, Editorial Macchi, Bs. As., 1975, capítulo XVII, n° 12, ps. 22 y ss., y en *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, capítulo XIII, n° 12, ps. 662 y ss.

<sup>2.5</sup> G. ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, t. I ed. Zanichelli, Bologna, 1907, p. 198; JOSÉ M. BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 100; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *La contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, ed. Municipalia, Madrid, 1966, ps. 177 y ss., quien recuerda el pronunciamiento del Tribunal Supremo español en el sentido de “que las proposiciones, para ser válidas, deben ajustarse al modelo *en todo lo que sea sustancial*, no siendo jurídico rechazarlas por leves diferencias... que no afectan a la esencia”, “so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma rituaría; tal efecto, más que formal formulario, carece de virtualidad invalidatoria”. Ampliar *infra*, punto 3.2.1.

por lo menos al no estricto formalismo del procedimiento licitatorio; o sea, y para decirlo de una vez, al informalismo.

Claro está que este informalismo será dentro del marco de la concurrencia o competitividad, lo que supone, según vimos, la contradicción, con análogos caracteres a la contradicción procesal judicial.

## 2.2. *El informalismo actual*

Modernamente, entonces, los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian en mayor medida, como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación el de concurrencia o competencia entre los oferentes,<sup>6</sup> con la consiguiente aplicación del principio de contradicción.

De este mismo principio se pueden luego derivar otros, como la publicidad, la igualdad en la adjudicación y ejecución del contrato etc., pero todos deberán ser entendidos en función del fin principal de la licitación, y no como objetivos autónomos del derecho a ser cumplidos con prescindencia de su grado de atingencia al objeto de la licitación.

Este principio postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de *la mayor cantidad posible de oferentes*, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el *objeto contractual*: en general, precio, cantidad, calidad, condiciones, y en ocasiones proyecto técnico, financiamiento, etc., según el objeto específico de cada licitación.

<sup>2.6</sup> Entre otros, ESCOLA, *ob. cit.* p. 334: "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias". Sostuvimos igual tesitura en nuestro artículo *La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión*, en el libro del IDEPE, *Iniciativa privada e serviços públicos*, *ob. cit.*, p. 14.

### 2.3. *Finalidad del formalismo y sus límites*

Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia.

Son los resabios de las prácticas antiguas, que por supuesto el intérprete debe interpretar arquitectónicamente, en el sentido de LINARES, para adecuarlas a las circunstancias de hecho, rectoras o arcónticas,<sup>7</sup> que dan sustento fáctico a la norma y sin las cuales su aplicación literal deviene nuevamente irrazonable y, por ende, no sólo ilegal sino también inconstitucional.

El objetivo que perseguía este detallismo era el de lograr la mayor homogeneidad posible entre las ofertas que van a ser comparadas por los funcionarios, de modo tal que pudieran ser valoradas con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas.<sup>8</sup>

De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación; pero en realidad lo que se hacía era llegar a una supuesta automaticidad en la cual el funcionario limitaba su accionar a una aplicación ciega de formas; por ende, no necesariamente orientada al fin último que la licitación debe cumplir.<sup>9</sup>

Con ese apego excesivo a la formalidad, en suma, se violaba el principio central de la competitividad o concurrencia.

<sup>2.7</sup> JUAN FRANCISCO LINARES, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1984.

<sup>2.8</sup> Ver: MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., t. III-A, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983 p. 165; JUAN CARLOS CASSAGNE, *Cuestiones de derecho administrativo*, ed. Depalma, Bs. As., 1978, p. 99.

<sup>2.9</sup> HÉCTOR A. MAIRAL, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, ed. Depalma, Bs. As., 1975, p. 17.

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre admitieron la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta,<sup>10</sup> o el saneamiento de los vicios de forma,<sup>11</sup> pero la práctica generalmente ha sido más formalista en el pasado.

De cualquier modo, cabe destacar que las exigencias cabe sí aplicarlas a su objeto o finalidad, o sea, se debe considerar que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.<sup>12</sup>

#### 2.4. *La frustración del objetivo en una licitación adjudicada*

El aplicar principios tales como la igualdad o la forma en detrimento de la concurrencia o competitividad da lugar fre-

<sup>2.10</sup> MICHEL QUANCARD, *L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, ed. Librairie du Recueil Sirey, París, 1945, p. 93 y sus referencias.

<sup>2.11</sup> Los ya citados ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, t. I, ed. Zanichelli, Bologna, 1967, p. 198; JOSÉ M. BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 100; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *La contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, ed. Municipalia, Madrid, 1966, ps. 177 y ss., y jurisprudencia que cita.

<sup>2.12</sup> ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, 2ª ed., ed. Saraiva, San Pablo, 1980, p. 69, cita un fallo publicado en la "Revista de Direito Público", n° 14, p. 240, en el sentido de que "la concurrencia pública procura que el mayor número de licitantes sea habilitado para el objetivo de facilitar a los órganos públicos la obtención de cosas y servicios más convenientes a sus intereses. En razón de esa finalidad, deben ser evitadas demasiadas exigencias y rigorismos inconsistentes con una buena exégesis de la ley".

cuentemente a que la licitación concluya, sí, con la adjudicación, pero se haya frustrado en verdad su propósito institucional, que era elegir la mejor oferta posible del mercado, no la “mejor oferta” de las pocas que quedaron luego que la administración eliminó las más que pudo por razones formales de mayor o menor importancia.

Ésa es una licitación fracasada en lo sustancial, aunque formalmente se pueda querer afirmar que no fracasó porque se pudo adjudicar: sí, se pudo adjudicar, pero a precios o condiciones que no son los del mercado. Eso no es el fin de la licitación pública.

El interés general a que debe servir la licitación pública es encontrar y seleccionar la mejor propuesta posible de lo que constituye la media *en el mercado en general*, no en el marco limitado de unos escasos oferentes que hayan sido preescogidos y limitados por motivos arbitrarios.

El objetivo es contratar en condiciones de precio y calidad comparables y compatibles con los del mercado, y si este objetivo se frustra porque la administración ha manejado las cosas como para tener oferentes demasiado limitados en comparación a los existentes en el mercado, ello producirá el necesario resultado de no poder sino conseguir precios y condiciones menos convenientes que los generales imperantes en ese mercado.

En tal caso ha fracasado no solamente en su objetivo legal, sino también y sobre todo en el manejo y aprovechamiento de los fondos públicos.

Cabe entonces preguntarnos por qué ocurren este tipo de cosas, tan suficientemente conocidas como para que nadie ignore que el Estado paga por cualquier bien o servicio mucho más que lo que un particular consigue privadamente.

La cuestión debe ser indagada por los principios que se han aplicado clásicamente a la licitación, con su conocido resultado, y los principios que la experiencia contemporánea está sugiriendo y demostrando empíricamente.

No se trata, pues, de subordinar el fin de obtener el mejor precio y condiciones en situación de competitividad, al medio por el cual los postulantes hacen su propuesta, y menos aún a las formalidades extrínsecas de la presentación.

Ello sería incurrir una vez más en el ya clásico error de privilegiar los controles de formas y normas o reglas, antes que el control de resultados.<sup>13</sup> ¿De qué vale haber ejecutado una licitación pública normativamente inobjetable, si el precio o condiciones obtenidos no se compadecen con los precios y condiciones del mercado? ¿De qué valen, si en la *ejecución* del contrato no existe mecanismo alguno que asegure que no se violen *después* los recaudos que tanto se tutelaron *antes* de la contratación?

### 3. Observaciones comunes

#### 3.1. ¿La corrupción?

La corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional<sup>1</sup> a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobre todo no es la respuesta eficaz, como lo demuestra la práctica en cualquiera de nuestros países.

<sup>2.13</sup> Tema, éste, que ya analizamos en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, ed. Cívitas, Madrid, 1981, capítulo IV, y anteriormente en *El control de las empresas públicas en América Latina*, publicado en el libro de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Jurídico. VIII-1981, Seminario internacional sobre regulación de la empresa pública*, México, 1981, ps. 305 y ss., 319 y ss.

<sup>3.1</sup> Y hasta, en algunos determinados momentos históricos, generalizada hasta constituir la norma. Es uno de los casos que se puede considerar equivalentes a los explicados en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, ed. Cívitas, Madrid, 1981, y en su versión italiana, *L'amministrazione parallela. Il "parasistema giuridico-amministrativo"*, ed. Giuffrè, Milán, 1978.

El tema de la corrupción debe tratárselo en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo indispensables en una sociedad democrática,<sup>2</sup> no el limitado y presuntamente “técnico” de los principios de la licitación pública.

Las técnicas puntuales de control de la corrupción mediante el formalismo o la igualdad en la licitación pública no sirven, lo han demostrado: son las grandes instituciones de transparencia y control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción:

- 1) la publicidad de los actos de gobierno;
- 2) la plena y leal información al público;
- 3) el acceso público a los archivos gubernamentales y obtención de fotocopia de toda información existente;
- 4) la ausencia de secretos de Estado (que no son en verdad sino secretos de gobiernos determinados);
- 5) la adecuada motivación y explicación de los actos y reglamentos administrativos, con expresión de causa fundada y proporcionada al objeto del acto;
- 6) la debida audiencia del interesado, previa a la adopción de decisiones que puedan afectarle;
- 7) la plena y permanente vista y acceso a las actuaciones administrativas, con derecho a obtener fotocopias de toda la documentación;
- 8) la inexistencia de normas o procedimientos secretos o reservados;
- 9) la participación del ciudadano en la gestión de los asuntos públicos;
- 10) el control no solamente de legitimidad sino también de oportunidad, mérito o conveniencia, para que el cumpli-

<sup>3.2</sup> Un mayor desarrollo se puede encontrar en nuestra ponencia *Qué es la transparencia de la gestión pública y como se logra*, presentada al seminario *Responsabilidad por la Función Pública*, organizado por la Contraloría General de la República en Cochabamba, Bolivia, del 23 al 27 de junio de 1992.



miento de la norma usualmente autogenerada por la administración no sea la excusa suficiente de un determinado comportamiento estatal;

11) la existencia y funcionamiento de órganos y procedimientos eficaces de control parlamentario, administrativo y jurisdiccional, tanto los clásicos como los modernos que se van imponiendo en todo el mundo;

12) las audiencias públicas en el Senado de la Nación para prestar acuerdo a todos los nombramientos de magistrados del Poder Judicial y ministros o secretarios del Poder Ejecutivo, y demás magistraturas independientes;

13) las audiencias públicas tanto administrativas como legislativas antes de emitir normas generales o adoptar grandes proyectos de envergadura, a fin de permitir que la ciudadanía se informe previamente y haga oír su voz;

14) la entronización generalizada de mecanismos de democracia semidirecta como el *recall*, *referendum*, *iniciativa popular*, *veto popular*, etc.;

15) la publicidad y concurrencia en la selección del cocontratante estatal, sea por medio de las licitaciones públicas para la mayor parte de los contratos administrativos, sea por los concursos de antecedentes y oposición para la selección y ascenso de los funcionarios públicos, y la fijación predeterminada de cuáles serán los parámetros con los cuales se tomará la decisión, preferiblemente con una fórmula polinómica;

16) leyes al estilo de las norteamericanas:

a) de libertad de información;

b) *qui tam* que faculta a cualquier ciudadano a denunciar un fraude contra el gobierno y recibir parte de la reparación que consiga para el Estado;

c) el Estatuto de Organizaciones Corruptas y Negocios Ilícitos, de aplicación a actividades ilícitas sistemáticas y organizadas, que prevé la confiscación de las ganancias, o la confiscación de otras propiedades en su lugar;

d) ley con esta última solución para los sobornos recibidos en la función pública, etc.<sup>3</sup>

Querer atacar la corrupción mediante principios como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es doblemente ineficaz, aunque le agreguen requisitos como la moralidad<sup>4</sup> u otros: son probadamente no aptos por sí solos para lograr ese objetivo y, además, para mayor agravamiento de la solución adoptada, resultan ineficaces para seleccionar al mejor contratante estatal, a menos que se agregue, como mínimo, la predeterminación en el pliego de la fórmula polinómica y los parámetros con los cuales se adoptará la decisión.

Hay que analizar las dos cuestiones separadamente: una, cómo se consigue la mejor oferta en la selección del cocontratante estatal, y otra, cómo se combate la corrupción en la licitación pública y fuera de ella.

### 3.2. Criterios para la admisión de ofertas

Cabe así referirse, por un lado, a los criterios para declarar formalmente *admisible* (esto es, válida) una oferta, y los

<sup>3.3</sup> ¿Quién no conoce, por ejemplo de algún funcionario público que ha recibido un soborno, o de actividad estatal en la cual se ha perjudicado al Estado por fraude? Si la legislación previera, como lo hace la norteamericana, la posibilidad de obtener una reparación pecuniaria para el Estado y el particular denunciante, otra tal vez sería la reacción de la gente que conoce tales hechos.

<sup>3.4</sup> Así: BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, p. 39; HELY MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 57; SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Direito administrativo didático*, Ed. Borsoi, Río de Janeiro, 1979, p. 212, a quienes replica DALLARI, *ob. cit.*, p. 19. La actual constitución brasileña consagra el principio de la probidad administrativa, que aplica a la licitación pública BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, ps. 177 y 179. También ubican la moralidad dentro de la licitación pública: MARIENHOFF, *ob. cit.*, p. 18S, y VALLE FIGUEIREDO y FERRAZ, *ob. cit.*, p. 14. Recuerda por su parte ADOLFO CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, 6ª ed., ed. Cedam, Padua, 1962, p. 67, cómo antiguamente se requería también un "certificado de moralidad".

criterios para resolver a cuál oferta admisible se adjudicará el contrato.

En el primer punto el pensamiento jurídico se ha orientado hacia la conclusión de que en rigor de verdad una oferta debe ser declarada inadmisibles no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio,<sup>5</sup> es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por *impedir* la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas.

En definitiva, se ha de considerar superado el antiguo excesivo rigorismo formal o el respeto a la forma por la forma misma,<sup>6</sup> que se desentiende de si conduce o no a la finalidad buscada, que en nuestro caso es, según ya vimos, convocar la mayor cantidad posible de ofertas.<sup>7</sup>

<sup>3.5</sup> En este sentido, MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit. p. 10, dice lo siguiente: "no se deben anular procedimientos o adjudicaciones, o desechar oferentes por simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta, en tanto esas omisiones o irregularidades sean irrelevantes y no causen perjuicio a la administración a los demás concurrentes".

<sup>3.6</sup> La conclusión no es uniforme, y todavía se pronuncian por el rechazo de la propuesta sin considerar el tipo de irregularidad: RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Licitação*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1979, p. 64 y sus referencias; GUILLERMO C. CAROL, y FÉLIX J. SANSONI, *Estudio de la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires*, t. I, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1989, p. 176. Menos categórico, admite una excepción BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., ps. 193 y 200, aunque enfatiza en general el criterio severo de apreciación, ps. 204 y 205.

<sup>3.7</sup> En este sentido ver: HÉCTOR MAIRAL, *Licitación pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 18, quien expresa que es necesario "evitar actitudes formalistas buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta"; BARTOLOMÉ A. FIORINI e ISMAEL MATA, *Licitación pública*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 44: Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La administración tiene la carga de obviar in-

### 3.2.1. *Los vicios de forma de la oferta*

Sobre esta base se ha discriminado entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, y se ha extraído la consecuencia de que estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto a *posteriori* de su presentación.

También pueden ser declaradas lisa y llanamente admisibles y válidas si aun con tal defecto formal no se ve afectada la base de comparación de la propuesta (habitualmente precios, cantidades, condiciones y calidad, según vimos) con las demás ofertas; es decir, si es suficientemente homogénea en relación a las demás para ser valorada con análogo criterio.

Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se debe indagar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar, a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta; o afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás o, por último, puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto.

Cuando la oferta presenta un vicio, entonces se deberá estudiar si existe alguna ventaja presuntamente ilegítima en favor del oferente. Si esta desventaja potencial no existe, puede evitarse o ya fue evitada por una corrección espontánea de la oferta por el oferente, o aun efectuada a requerimiento de la administración, ninguna objeción legal o de otra índole se puede formular a la oferta.

convenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado". Por su parte, HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, t. I, p. 334, destaca que "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias".

Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado, o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve.<sup>8</sup> Hace ya varias décadas que en España las decisiones del Tribunal Supremo sostienen que “so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma rituarial, tal efecto, más que formal formulario, carece de virtualidad invalidatoria.”<sup>9</sup>

### 3.2.2. *El “waiver” en los Estados Unidos de América*

La doctrina norteamericana sobre este tema se ha encargado de delimitar que los aspectos sustanciales de la presentación de un oferente son el precio, cantidad, condiciones y calidad propuestos, y que cuando las desviaciones de la oferta respecto del pliego no afectan ninguno de esos aspectos, es decir, no son sustanciales, entonces esas desviaciones pueden ser objetos de tolerancia (*waiver*) por la autoridad licitante.<sup>10</sup>

### 3.2.3. *Evolución hacia el informalismo*

La experiencia argentina posterior a la reforma del Estado es bastante clara en cuanto a la evolución hacia el informalismo en el procedimiento licitatorio. Hoy en día los pliegos y la interpretación empírica privilegian que exista la mayor cantidad de oferentes, permitiendo salvar posterior-

<sup>3.8</sup> Entre otros, ver en tal sentido: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Licitação*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1981, p. 63; VALLE FIGUEIREDO, *Direito dos licitantes*, ob. cit., p. 63; JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, *Los contratos del Estado*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989, p. 224, habla de los incumplimientos relativos, que son saneables a *posteriori*.

<sup>3.9</sup> Fallo del año 1959 citado por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *La contratación administrativa*, Madrid, 1966, ps. 178/179.

<sup>3.10</sup> W. NOEL KEYES, *Government contracts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979, ps. 122 y ss.; JOHN W. WHELAN, *Federal government contracts*, ed. The Foundation Press, New York, 1985, p. 198.

mente a la presentación y antes de la apertura del segundo sobre de precio, y a veces también después, todos los defectos de carácter formal que pudiera haber contenido el sobre 1.

Algunos pliegos admiten un plazo especial para esto, luego de las observaciones de los demás oferentes, para que todos puedan presentar un “nuevo sobre 1”, en el cual salvaron todas las objeciones de carácter formal que se les pudieran haber hecho.

Recién salvadas todas las posibles objeciones formales se pasa a la apertura del sobre 2, evitando de este modo que oferentes de potencial interés queden excluidos de la puja por cuestiones de detalle.

Así ocurre a partir de 1991 y 1992, al menos, por ejemplo con las privatizaciones de FE.ME.SA. y otras líneas ferroviarias, con las de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, etc., sin que hayan existido siquiera cuestionamientos o impugnaciones de los demás oferentes. Éste es el derecho vigente y viviente a partir de 1991 y 1992 en nuestro país, que más abajo comentaremos con mayor detalle.

#### *4. Influencia de la apertura de la economía*

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

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

Interpretar un pliego de modo formalista es así también violentar el fin y el espíritu de la legislación mencionada, posterior a las normas licitatorias clásicas, y también la evolución de la economía internacional.

Este punto es de capital importancia fáctica, porque la creciente incorporación de nuestro país al comercio mundial va generando, y esto es un objetivo de la política económica oficial, la progresiva presentación de firmas foráneas o sucursales de matrices del exterior, cuyas prácticas no formalistas en el mundo de los negocios significan una incorporación tecnológica que el país necesita.

Es frecuente, justamente, que empresas del exterior o sus filiales no satisfagan todas las formalidades de nuestros antiguos pliegos, precisamente porque su cultura jurídica les hace focalizar la atención en el objeto de la compulsa, y es habitual en nuestra práctica administrativa actual, especialmente en privatizaciones, que se admita el saneamiento de los aspectos formales antes, y *en algunos casos aun después* de la apertura del sobre 2, siempre que no se advierta alguna maniobra destinada a distorsionar el objeto mismo de la propuesta y futuro contrato.

Las ofertas del exterior presentadas en licitaciones públicas nacionales o internacionales rara vez cumplen exhaustivamente hasta el último requisito formal exigido por el pliego de condiciones al cual, no obstante, deberían ajustarse en todo según la clásica doctrina.

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

Un criterio riguroso como el mencionado es no sólo contrario al principio de concurrencia, sino además equivocado por carecer de toda utilidad práctica y sería, a la inversa,

negatorio del fin principal de la licitación en una economía abierta.

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

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

#### 4.1. *Las licitaciones internacionales y sus oferentes*

Ello es más importante aun en la medida que estos procedimientos van adquiriendo un carácter internacional por el nuevo contexto mundial que ya explicamos, a resultas de lo cual son cada vez más las empresas de terceros países, generalmente desarrollados, que se presentan a licitaciones de otros de menor desarrollo.

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

Esto es terminante y más claro aún en materia de grandes privatizaciones, y harían mal los funcionarios en limitar el número de oferentes a aquellos empresarios locales que conocen las antiguas reglas formalistas del juego, desconocidas en el mundo del comercio internacional de donde pueden provenir los más importantes oferentes, y excluir



así a quienes puedan cotizar mejores condiciones para el erario público pero desconocen las viejas triquiñuelas del derecho local en su antigua y superada aplicación práctica.

La atracción que nuestro país presenta hoy en el empresariado externo se vería minada seriamente si se les aplicaran criterios del subdesarrollo formalista de antaño y de una economía cerrada al empresariado local, como lo era la nuestra antes de la reforma del Estado. Sería contradecir en la práctica lo que el gobierno anuncia. Sería cerrar nuestras fronteras al desarrollo y encerrarnos en una autodestructiva autarcía medieval.

Lo que se trata, insistimos una vez más, es de fomentar la mayor competitividad posible (principio de concurrencia), dentro de un ámbito de suficiente publicidad nacional e internacional en su caso, que asegure la transparencia y seriedad del procedimiento, sin discusiones ni cuestionamientos formalistas enteramente irrelevantes para el objeto de la licitación.

#### 4.2. *La política oficial en la materia*

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

Así reza la resolución 490/92 M.E. y O. y S.P., transcrita en la publicación oficial del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos.<sup>1</sup>

*De tal modo no sólo el criterio es oficial, sino también público*, y el Ministerio ha cuidado precisamente en darlo a

<sup>4.1</sup> *Informe sobre privatizaciones, al 31 de mayo de 1992*, edición en mimeógrafo, p. 7.

publicidad oficialmente, para que las distintas reparticiones que se ocupan de privatizaciones conozcan los principios que rigen hoy en día en la materia, y que comportan de hecho virtuales instrucciones ministeriales expresas, claras e inequívocas. Las anteriores publicaciones del mismo boletín expresan, por cierto, el mismo criterio orientador e interpretativo.

#### 4.3. *Pliegos de bases y condiciones*

Veremos más adelante con más detalle pliegos que admiten expresamente la corrección de defectos formales. Pero es importante destacar que otros pliegos son menos categóricos pero llevan a la misma interpretación, aun cuando en su texto no se haya traducido en mecanismos expresos y terminantes para la corrección de ofertas, por no ser ellos necesarios en la interpretación actual, pero de todos modos es la inequívocamente incorporada aquí.

Así, hay pliegos que prevén que la Comisión de Evaluación podrá concluir que las ofertas son inadmisibles por *defectos o incumplimientos graves*.

Una razonable interpretación *a contrario* permite concluir que no cabe el rechazo de ofertas que presenten vicios leves o meramente formales.

Este tipo de pliegos suele también establecer que solamente podrán ser rechazadas aquellas ofertas que luego de ser intimados sus presentantes a corregir las deficiencias formales subsanables, dejaran pasar el plazo para ello sin hacerlo.

Pero aun cuando no existieran las inequívocas cláusulas citadas deben aplicarse con carácter supletorio otras disposiciones vigentes, atento a que se trata de normas de derecho administrativo plenamente compatibles con la presente licitación.

## 5. *La legislación nacional*

### 5.1. *Artículo 17 de la Ley de Obras Públicas*

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

El Reglamento de Contrataciones trae una previsión cuya aplicación extensiva a la situación en estudio es procedente. Esa disposición reglamentaria no entra en conflicto con la de la ley 13.064, sino que conduce a la misma solución.

Esa solución se halla prescrita en el art. 17 de la ley 13.064, en cuanto establece que se podrá introducir modificaciones en la propuesta original, que no modifiquen las bases del remate ni el principio de igualdad entre todas las propuestas.

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

### 5.2. *Artículo 66 del decreto 5720/72*

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

Con mucho mayor razón es dable corregir un error de muchísimo menor envergadura como es el plazo, si se lo hace durante la vigencia de éste y aun después, lo que de cualquier manera no es nuestro caso. La norma señala claramente que los defectos en la garantía deben ser considerados de carácter formal, salvo el caso de no presentación lisa y llana, para cuyo exclusivo caso la reglamentación establece *a contrario sensu* la desestimación de la oferta.<sup>1</sup>

Además es indudable que deben ser interpretadas en sentido amplio aquellas normas cuya extensión favorezca la vigencia del principio de mayor concurrencia en beneficio del Estado, y reservar la, utilización restringida para aquellas otras cuya interpretación amplia implicase menoscabo de tal principio o desigualdad en el objeto de la contratación (precio, calidad, cantidad, condiciones, proyecto, en su caso).

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

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

### 5.3. *La Ley de Reforma del Estado*

Conviene tal vez reiterar, por lo novedoso en el derecho argentino, que la ley de reforma del Estado introdujo profundas modificaciones en los usos vigentes en materia de

<sup>5.1</sup> Art. 64, inc. c; JORGE VÍCTOR CASELLA, RAQUEL CHOJKIER y ALEJANDRO DUBINSKI, *Régimen de compras del Estado*, ed. Depalma, Bs. As., 1985, p. 84, quienes también recuerdan el criterio más reciente del Tribunal de Cuentas de la Nación en el sentido de “propiciar la concurrencia del mayor número de oferentes a los actos licitatorios” (p. 85, nota).

licitaciones, a fin de propender a aumentar el número de participantes estimulando a los particulares a ofertar e incluso proponer al Estado iniciativas, que reciben de parte de la ley un tratamiento especial con garantías hacia los oferentes.

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

Los decretos y leyes posteriores de desregulación y promoción de la competitividad siguen todos el mismo rumbo, como la reciente ley de puertos y el decreto desregulador que la precedió. En ese contexto es absolutamente improcedente una posición reglamentarista.

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

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

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

## 6. *La práctica administrativa argentina reciente*

### 6.1. *Licitación de Y.P.F. para la cuenca austral*

Los ejemplos abundan hoy en día. Para no ser fatigosos citaremos sólo algunos de los más notorios y recientes.

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

4.11. “Durante el proceso de calificación Y.P.F. requerirá a los *postulantes* que no pudieran calificar por deficiencias formales o no sustanciales en su presentación, la información y documentación complementaria que estime necesaria, y dichos *postulantes* podrán subsanarlas “hasta el..., pero su consideración por Y.P.F. no alterará el orden de la calificación de los *postulantes* ya presentados”.

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

### 6.2. *Licitación de servicios ferroviarios*

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

#### 19.2. *Actualización de antecedentes*

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

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

*“Los oferentes podrán en tal caso preparar nueva información y documentación, [...]. Esta nueva información y documentación bajo nuevo sobre 1, será recibida a más tardar y abierta en la oportunidad de abrirse los sobres”.*

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

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

Rechazar una oferta por meros errores formales sin dar oportunidad de su saneamiento y, por ende, sin abrir su sobre 2, importa perjuicio fiscal al erario público, lo cual, bueno es recordarlo, genera responsabilidad del funcionario por el procedimiento del juicio de responsabilidad previsto en la ley de contabilidad, para el supuesto que el sobre 2 de este oferente tuviese mejor precio o condiciones que los demás.

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

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

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

### 7. Vigencia del principio de igualdad

El núcleo de la cuestión radica en que en estos casos ni siquiera se ha puesto en juego realmente el principio de igualdad. La igualdad debe regir en la sustancia del objeto de la propuesta; no tiene sentido hablar de igualdad en la prolijidad subsanable de los papeles previos: la igualdad cede ante el principio del informalismo y la competitividad o concurrencia destinada a conseguir la mejor oferta para el Estado.

En consecuencia, descartar una oferta por defectos formales subsanados o subsanables implica una grave alteración del principio de concurrencia, invalidando la hipotética decisión que se tomara pretendiendo cerrar el mercado a la competencia, con la desviación de poder que ello acarrea.

Irrazonabilidad, desviación de poder, incumplimiento de directivas oficiales inequívocas, violación del espíritu de la legislación vigente desde 1989, e inaplicación de las técnicas actuales de interpretación de las normas licitatorias, son así algunos de los vicios jurídicos que presentaría una decisión de esa índole.

### 8. Predeterminación de parámetros decisorios

Tal vez lo que la doctrina ha querido obtener con la referencia a principios extremos de igualdad en la formalidad, en lugar de enfatizar la concurrencia o competitividad y el informalismo típico del procedimiento administrativo, se pueda en cierto modo lograr con la exigencia de que los pliegos contengan en forma expresa y concreta, preferiblemente bajo pautas numéricas recogidas en una fórmula polinómica como es de práctica en muchos países, cuáles serán los criterios con los cuales se adoptará la decisión de adjudicación.



De esto existen muchos precedentes, y ya que hemos mencionado más arriba las licitaciones de Y.P.F., bueno es recordar que en ellas existían prefijados en el pliego los criterios matemáticos y la fórmula con los cuales se resolvería.

Dicha fórmula, incorporada en una computadora a una planilla de cálculo tipo *Lotus*, permitían, con más un proyector de imágenes, que en el acto de apertura de los sobres los datos de cada una de las ofertas se cargara a la computadora, y ésta fuera dando inmediatamente en la pantalla los porcentajes finales correspondientes a cada oferta.

La fórmula determinaba entonces matemática y públicamente en la pantalla cuál era la oferta ganadora, tomando en cuenta los diversos aspectos de cada oferta.

Esto permitió en todos los casos conocer en el acto mismo de apertura de la oferta quién resultaba el adjudicatario conforme a las bases de la licitación. En ningún caso existieron recursos ni se revirtió ninguna decisión de adjudicación posteriormente.

En otro tipo de licitaciones de la misma entidad, por ejemplo para contratar servicios de consultoría legal, financiera, técnica, etc., el procedimiento era el mismo, con la única diferencia que en la fórmula polinómica predeterminada y anunciada con el pliego, algunos de los parámetros requerían valuación por las diferentes comisiones creadas al efecto.

Este sistema de encargar a comisiones integradas por varios funcionarios la determinación del puntaje correspondiente en cada rubro (antecedentes, proyecto, etc.), sobre el máximo respectivo asignado a cada uno, hizo que quedara para el acto público solamente la apertura del sobre de precio para que, por el procedimiento de planilla de cálculo antes mencionado, en el mismo acto la computadora diera en pantalla el resultado final ponderado y, por consiguiente, el ganador de la licitación.