

Sumarios

1. Comentario introductorio. - 2. Habilitación presupuestaria. - 3. Redacción de los pliegos. - 4. Llamado a licitación. - 5. Pedidos de aclaraciones y circulares de respuesta. - 6. Modificación de los pliegos. - 7. Impugnación al pliego. - 8. Revocación de la convocatoria. - 9. Presentación de ofertas y constitución de garantías. - 10. Preadjudicación y adjudicación. - 11. Impugnación de actos dictados en el transcurso del proceso licitatorio. - 12. El pliego licitatorio y el texto contractual. - 13. Consecuencias de la omisión del procedimiento licitatorio.

Apuntes sobre la licitación pública(*)(**)

1

Comentario introductorio

Los principios y normas jurídicas que rigen la contratación pública están orientados a un propósito bien específico: procurar que los contratos a ser celebrados por el Estado satisfagan, de la mejor manera, el interés público que con ellos se persigue.

A tal efecto, los recaudos que hacen a la celebración de los contratos administrativos, en particular aquellos que concurren en la fase de selección del contratista en el marco del proceso licitatorio, adquieren una relevancia decisiva, a punto tal que su desatención es causa frecuente de dificultades y controversias durante la etapa de ejecución del contrato.

De allí la utilidad de repasar algunos de los criterios imperantes en materia de licitación pública, que no son otros que aquellos que, a partir de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, y de los valiosos aportes de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han ido consolidando en nuestro derecho, a punto tal que muchos de ellos han terminado por ser incorporados al ordenamiento positivo vigente(1).

A fin de guardar cierto orden en la exposición, procuraré avanzar en el análisis en sintonía con la forma en que se suceden, habitualmente, las distintas etapas propias de todo proceso licitatorio.

2

Habilitación presupuestaria

El primer recaudo que debe satisfacerse antes de lanzar la convocatoria de una licitación pública, siempre que se trate de un contrato que suponga una erogación para el Estado, consiste en la aprobación de la previsión o partida presupuestaria destinada a solventar el contrato.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de alguna manera contempla este requisito, en tanto establece que “cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional”(2). En materia de obras públicas, la ley 13.064 es más explícita en este punto, al prever que “antes de sacar una obra pública a licitación pública o de contratar directamente su realización, se requerirá la aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados”(3).

La doctrina, en general, ha considerado que la exigencia del pertinente crédito legal funciona como una auténtica habilitación para contratar impartida por el Congreso, reflejada en la autorización para gastar el

monto presupuestado(4).

La Corte Suprema ha restado, sin embargo, dramatismo a la eventual ausencia de este recaudo, al estimar que “el acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo, pues los fondos son obtenibles con posterioridad (...); o en todo caso el acto es regular y susceptible de saneamiento”(5). Según observa Cassagne, esta interpretación de la Corte se condice con el hecho de que el llamado a una licitación pública es, simplemente, una invitación a contratar con la Administración que no obliga a esta última a celebrar o perfeccionar el contrato, aun cuando pueda -eventualmente- generarle responsabilidad precontractual(6), tema este último que será abordado más adelante.

A la luz de estas consideraciones, se comprende que la convocatoria del procedimiento de selección del contratista sin que medie la pertinente partida presupuestaria haya sido catalogada como un acto viciado de nulidad relativa(7), susceptible, por tanto, de ulterior saneamiento hasta el momento del perfeccionamiento de la relación contractual(8).

Por lo demás, un sector de la doctrina(9) y la propia Corte(10) entienden que, en defecto de la subsanación del vicio bajo examen, ante la advertencia de que no se cuenta con el crédito legal requerido, la Administración también estaría habilitada a dejar sin efecto el proceso licitatorio por razones de interés público. Encuentro, personalmente, más ajustada la posición de Bianchi, quien postula que en tales circunstancias la revocación de la convocatoria a presentar ofertas deberá basarse en su indiscutible ilegitimidad, asumiendo el Estado las consecuencias del caso(11).

3

Redacción de los pliegos

La elaboración de los pliegos es una etapa crucial dentro del proceso de la contratación pública, a punto tal que los errores u omisiones en que se incurriere al redactar sus cláusulas pueden acarrear consecuencias de suma gravedad no sólo durante el trámite licitatorio, sino también en la etapa de ejecución del contrato. Esto en tanto, como se sabe, luego de concluida la licitación y perfeccionado el contrato, las cláusulas del pliego se integran al marco contractual y operan, durante su ejecución, como pauta interpretativa de las normas que lo integran.

La Corte Suprema ha puesto especial énfasis sobre este punto, al destacar que “la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario”(12).

Si bien, tradicionalmente, la redacción del pliego ha comportado una tarea interna de la Administración, una práctica saludable, sobre todo en licitaciones de cierta complejidad o que no cuentan con suficientes precedentes, consiste en dar participación a los potenciales interesados. Tal intervención puede concretarse a partir de la circulación de un primer proyecto redactado por la propia Administración, o bien mediante la mera enunciación del objeto del contrato y la posterior apertura de una instancia para que aquéllos acerquen sugerencias o propuestas(13). Para garantizar la transparencia de esta modalidad participativa, es conveniente que la consulta se realice de forma pública, de modo que todos los participantes conozcan las propuestas de los restantes intervinientes en el proceso de consulta y puedan, a su vez, formular las objeciones que las mismas les merezcan(14). Esta modalidad eventual, consistente en dar intervención a los posibles interesados, no altera el hecho de que, en última instancia, la redacción del pliego compete exclusivamente a la autoridad administrativa, quien deberá mantener la autonomía suficiente como para acoger o descartar las sugerencias que pudiere recibir de terceros ajenos a su órbita(15).

En razón, precisamente, de su trascendencia, es aconsejable que la redacción de los pliegos se aborde como una labor interdisciplinaria, en el transcurso de la cual interactúen las áreas técnicas, contables y jurídicas del organismo licitante, de modo de lograr configurar un documento que sintetice de la mejor manera las necesidades de la Administración que se dispone a contratar y el modo más adecuado de satisfacerlas(16).

Uno de los principios que preside la redacción de los pliegos es el llamado principio de concurrencia, en virtud del cual la Administración licitante debe procurar la participación de la mayor cantidad de postores posible en el proceso licitatorio, en beneficio del interés público. Como correlato de este principio, se deben evitar todas aquellas cláusulas que impongan condiciones que restrinjan innecesariamente el acceso a la licitación(17). Esto no significa, desde luego, que no deban tomarse todos los recaudos tendientes a garantizar que quienes acuden al llamado cuentan con la idoneidad y las restantes condiciones adecuadas para satisfacer las necesidades públicas que dan motivo al contrato.

En suma, debe evitarse la generación de un trámite licitatorio plagado de exigencias formales excesivas, que termine por desalentar la concurrencia de posibles oferentes, lo cual conspira contra el interés general. Deben preverse todos los requisitos necesarios para garantizar que se escoja, de manera automática, la oferta más conveniente, procurando no introducir otros que resulten ajenos a ese propósito.

Otro aspecto relevante en la instancia de redacción de los pliegos, estrechamente vinculado al anterior, reside en la necesidad de guardar pleno respeto a la garantía de igualdad. No cabe insertar en los pliegos exigencias que sean susceptibles de ser cumplidas sólo por parte de un determinado oferente, lo cual configura una forma solapada de direccionar la contratación en beneficio de dicho sujeto. Semejante práctica comporta un fraude al mecanismo de concurrencia que define al proceso licitatorio como tal, razón por la cual, en caso de verificarse, deberá dar lugar a la anulación del trámite de selección del contratista en marcha(18).

4

Llamado a licitación

El llamado a licitación es una invitación pública y abierta a presentar ofertas que se ajusten a los términos y condiciones del pliego publicado(19). No equivale, por tanto, a una promesa de la Administración a contratar, en los términos del art. 1148 y concs. del cód. civil(20). Este encuadramiento tiene su correlato, como quedará expuesto más adelante, en las consecuencias que derivarán de la eventual revocación del llamado por parte de la Administración.

La publicidad de la convocatoria debe hacerse a través de la pertinente publicación en el Boletín Oficial respectivo, en la forma, con la antelación y durante los días que disponga el ordenamiento en cada caso(21), sin perjuicio de su anuncio por otros medios que contribuyan a garantizar la más amplia concurrencia (diarios de circulación local o nacional, Internet, carteleros en lugares de circulación y acceso público dentro del organismo licitante, etc.)(22).

La exigencia de que la convocatoria reciba una difusión amplia responde a un doble propósito. Por un lado, el de garantizar la máxima concurrencia en beneficio del interés público, ligado a la presencia de la mayor cantidad de ofertas posible de entre las cuales escoger aquella que resulte la más conveniente. Por otro, el de preservar el respeto de la igualdad entre los posibles interesados en contratar con la Administración, quienes sólo en la medida en que conozcan a tiempo la voluntad estatal de celebrar el contrato estarán en condiciones de participar en la licitación.

La publicación del pliego en la forma señalada hace mutar su condición jurídica, ya que a partir de entonces dejará de constituir un acto interno de la Administración, para convertirse en un reglamento, susceptible de generar efectos hacia terceros y, por ende, pasible de eventuales impugnaciones(23).

5

Pedidos de aclaraciones y circulares de respuesta

Convocada la licitación, se ingresa en una fase en la cual los interesados en participar en ella pueden solicitar el esclarecimiento de las dudas que les surjan respecto de las cláusulas del pliego. A tal efecto, deben formular sus pedidos de aclaración por escrito y en forma pública, debiendo la autoridad licitante darles respuesta de la misma manera(24).

Toda aclaración que se emita en respuesta al pedido de alguno de los interesados surtirá efectos respecto de la totalidad de los concursantes en la licitación, en resguardo del principio de igualdad. Por tal motivo, las respuestas deben ser comunicadas a la totalidad de los participantes del procedimiento, puesto que pasan a integrar el marco jurídico que rige la licitación(25).

Los pedidos de aclaración formulados por los participantes en el proceso licitatorio y sus respuestas no pueden erigirse en vehículo para introducir cambios en las condiciones fijadas en el pliego, sino que deben comportar verdaderas precisiones sobre puntos oscuros o no del todo determinados de las cláusulas de aquél(26).

6

Modificación de los pliegos

La doctrina clásica ha propugnado que, una vez publicados, los pliegos licitatorios no podrán ser modificados en lo sucesivo(27). Cassagne, sin embargo, coherente con la naturaleza reglamentaria que les asigna, ha venido a postular la facultad de la autoridad administrativa convocante de derogar, sustituir o

modificar los pliegos aun luego de su publicación, sin que ello vaya en mengua, en su opinión, del principio de igualdad(28).

No obstante, es indudable que cualquier modificación sustantiva introducida al pliego *a posteriori* de la convocatoria será equiparable a un nuevo llamado a presentar ofertas(29), y deberá, por ende, satisfacer las exigencias propias de todo llamado a licitación, en particular en lo que se refiere a la publicidad(30). Más aún, si fuere el caso, deberán reprogramarse las fechas fijadas en la convocatoria original, de modo de dar cabida al ingreso de otros eventuales interesados en concurrir bajo las nuevas pautas establecidas(31). Se trata de recaudos tendientes a preservar el respeto de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rigen el proceso licitatorio(32).

Si la modificación de los pliegos tuviere lugar una vez presentadas las ofertas, la situación debe asimilarse al supuesto de la licitación dejada sin efecto, de modo que los oferentes han de considerarse habilitados a retirar sus respectivas ofertas, así como las garantías que hubieren constituido para avalar su mantenimiento(33). De lo contrario, se estaría obligando a los oferentes a quedar vinculados a un proceso licitatorio al cual han acudido sobre bases distintas de las resultantes de las modificaciones introducidas.

Los límites a la potestad modificatoria de los pliegos arriba señalados no pueden obviarse, siquiera mediando el consentimiento de los concurrentes al proceso licitatorio respecto de los cambios que la autoridad administrativa se propone incorporar. Los principios de igualdad y concurrencia protegen también a quienes se hayan eventualmente abstenido de participar en la licitación en razón de las condiciones bajo las cuales se practicó el llamado a presentar ofertas. Sin embargo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha admitido, con carácter excepcional, que por razones de economía y celeridad procesal quepa introducir cambios al pliego contando con la conformidad de todos los oferentes presentados, en tanto se logre acreditar la inexistencia de otros posibles interesados en condiciones razonables de ajustarse a las exigencias del pliego(34).

7

Impugnación al pliego

Con alguna frecuencia los interesados en participar en el proceso licitatorio tienen reparos contra determinadas cláusulas del pliego. ¿Qué posibilidades tienen de hacer presente su disconformidad y obtener de la Administración la modificación o supresión de los puntos cuestionados?

No cabe dar respuesta al problema planteado sin antes establecer cuál es la naturaleza jurídica de los pliegos licitatorios y precisar su ubicación dentro del orden de prelación de las fuentes normativas.

Más allá de las disputas doctrinarias que se han suscitado en torno a la cuestión(35), hoy prevalece la idea de que, una vez publicado el pliego y mientras se transita el proceso licitatorio -al menos, hasta el momento del perfeccionamiento del contrato, tras el acto de adjudicación-, el mismo constituye un acto de alcance general (en tanto está dirigido a un universo indeterminado de sujetos) de carácter reglamentario(36) (ya que se incorpora de modo permanente al ordenamiento vigente), y como tal puede ser impugnado por cualquier interesado en participar en la licitación. Tal es, por otra parte, la postura adoptada por la Corte Suprema en diversos fallos(37).

Sentada esta premisa, se colige fácilmente cuál es la ubicación de dichos textos dentro de la escala jerárquica de normas: su carácter reglamentario exige, necesariamente, que sus disposiciones guarden conformidad con el marco legal vigente.

No obstante ello, es habitual toparse con pliegos que, al enumerar las normas aplicables al trámite licitatorio, mencionan en primer lugar las cláusulas del propio pliego y luego, en escala descendente y con carácter supletorio, las leyes y demás normas que resulten aplicables al caso según el contrato de que se trate. El error que encierra semejante enfoque es, pues, evidente, dada su flagrante contradicción con el principio de legalidad que gobierna todo el obrar administrativo(38).

Una vez dilucidado el rango reglamentario de los pliegos licitatorios en general, cabe preguntarse acerca de la relación recíproca que existe entre el pliego de condiciones generales y el pliego de condiciones particulares. Más concretamente, la cuestión que urge resolver es si el pliego de condiciones particulares puede, válidamente, contradecir lo que dispone el pliego de condiciones generales.

Comadira responde a esta pregunta en sentido negativo, y lo hace sobre la base de considerar que el pliego de condiciones particulares es un acto de alcance general no normativo (en tanto sus cláusulas se agotan con la contratación a la cual conciernen, y por tanto no tienen vocación de incorporarse con carácter permanente al ordenamiento). Para este autor, en cambio, el pliego de condiciones generales reviste naturaleza normativa, esto es, configura un reglamento, y como tal obliga también a la propia

Administración, que no podría en su criterio derogarlo para una licitación en particular a través del dictado de un acto no normativo que lo contravenga. De allí que, a su juicio, al redactar los pliegos particulares, la Administración no estaría habilitada a contradecir lo que establece el marco reglamentario brindado por los pliegos de condiciones generales(39).

Personalmente, observo que la tesis propuesta por tan autorizado doctrinario no atiende, en mi opinión, de manera adecuada al propósito específico de los pliegos de condiciones particulares, cuyas cláusulas apuntan a precisar ciertos pormenores de los términos bajo los cuales la Administración aspira a contratar en un caso singular, para lo cual puede verse necesitada de apartarse, para esa ocasión, de las condiciones que, con carácter general, dicha órbita haya establecido para regir los contratos que celebra. En otras palabras, el pliego de condiciones particulares perdería buena parte de su sentido si se considerase, como lo propone el autor citado, que cualquier diferencia entre su texto y el del pliego de condiciones generales debe reputarse inválida.

Tampoco me convence la argumentación teórica sobre la que el autor comentado hace reposar su tesis, consistente en propiciar una reformulación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos en aras de hacerlo extensivo a la relación existente entre actos de alcance general reglamentarios y no reglamentarios, de modo de subordinar la validez de estos últimos a su plena coincidencia con lo que establecen los primeros. En tanto ambos instrumentos emanen de autoridades con jerarquía equivalente, no veo motivos para postular tal orden de prelación(40). Por el contrario, entiendo que debe hacerse primar en el caso la especialidad del pliego particular sobre la generalidad del pliego de condiciones generales, según lo sugiere la añeja regla hermenéutica *lex specialis derogat generalis*, analógicamente aplicable al caso. Ello con mayor razón ante la falta de agravio a la garantía de igualdad(41), puesto que el marco ofrecido por el pliego particular será aplicable a todos los participantes en el proceso licitatorio, sin distinción.

Opino, en suma, que corresponde asignar idéntico estatus o rango jurídico a los dos textos (esto es, al pliego de condiciones generales y al de condiciones particulares) y, como consecuencia de ello, en caso de colisión entre ambos, deberá darse prevalencia a lo que disponga el pliego de condiciones particulares, ya que comporta una norma especial y posterior respecto del pliego de condiciones generales(42). Esta conclusión sólo será válida, desde luego, en tanto el pliego de condiciones generales no haya emanado de una autoridad distinta y jerárquicamente superior a aquella que aprobó el pliego de condiciones particulares, en cuyo caso el orden de prelación entre ambos se invertiría.

Expuestas, en los términos precedentes, la naturaleza y jerarquía de los pliegos licitatorios en sus diversas modalidades, es posible, ahora sí, abordar lo relativo a los remedios de que disponen los participantes en la licitación para resistir aquellas cláusulas que estimen pasibles de cuestionamiento.

Como todo reglamento, los pliegos pueden ser impugnados de forma directa o indirecta, por los medios previstos en el ordenamiento local aplicable en cada caso(43). Su impugnación judicial está supeditada, desde luego, al previo agotamiento de la instancia administrativa. Cabe aclarar, no obstante, que tras la reforma constitucional de 1994, que habilita la vía del amparo ante la inexistencia de un medio judicial más idóneo(44), esta acción expedita configuraría una excepción a la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa(45).

En lo que hace a la legitimación del impugnante, está discutido si la adquisición del pliego constituye un requisito inexcusable para que pueda tenerse por acreditado el interés jurídico que habilita a plantear la impugnación(46). La doctrina se ha ido flexibilizando a este respecto, hasta sostener que bastaría para fundar tal legitimación con demostrar que se está en condiciones de ofertar de acuerdo con las exigencias del mismo pliego (47). En rigor, el interés legítimo necesario para impugnar el pliego existiría, incluso, en casos en que no se reúnen los recaudos necesarios para participar en el proceso licitatorio, cuando tal exclusión viene motivada, precisamente, por la presencia de cláusulas del pliego que desplazan ilegítimamente a quien plantea la impugnación(48).

La inclusión en el pliego de exigencias innecesarias o sobreabundantes es, a este respecto, causal suficiente de impugnación, dado que restringe sin razón la participación de potenciales interesados en presentar ofertas y lesiona, de esa forma, el principio de concurrencia(49). En este sentido, cabría examinar si la previsión, tan recurrente, que exige acreditar que no se poseen juicios en trámite contra la Administración licitante está verdaderamente justificada, ya que no se advierte -salvo en circunstancias muy particulares- por qué razón tal estado de cosas deba redundar en la desestimación de la oferta presentada. La Corte Suprema ha sido rotunda sobre este punto, al juzgar contraria a la tutela administrativa y judicial efectivas la exigencia, impuesta a los interesados en participar en concursos para la obtención de licencias de radiodifusión, de desistir previamente de todos los recursos administrativos y judiciales interpuestos contra disposiciones legales y reglamentarias regulatorias del servicio de radiodifusión(50).

Es habitual, también, que en los pliegos se incluya una cláusula por la cual se establezca que la presentación de la oferta importa el pleno conocimiento y aceptación de todos los documentos que rigen el acto licitatorio. Por medio de semejante declaración se busca impedir al oferente la articulación de ulteriores impugnaciones contra las disposiciones del pliego. La Procuración del Tesoro ha respaldado la validez de este tipo de cláusulas a través de diversos dictámenes, en los cuales ha sostenido que “la circunstancia de que las peticionarias hayan aceptado las cláusulas generales y particulares de la licitación sin observaciones ni reparos, excluye la admisibilidad de las impugnaciones posteriores por su extemporaneidad”(51). En el ámbito nacional, el régimen reglamentario de contrataciones prevé, igualmente, de forma expresa que la presentación de la oferta significa que el oferente conoce plenamente y acepta las normas y cláusulas aplicables al procedimiento de selección pertinente(52).

En el contexto descrito, parecería que la única alternativa con que cuentan los oferentes para resguardar sus derechos frente a cláusulas de la naturaleza indicada pasaría por impugnar, antes o al momento de presentar sus respectivas ofertas, las partes del pliego que les resulten inaceptables, entre ellas la disposición que establece que la propia oferta implica la aceptación del pliego y demás documentos licitatorios(53).

8

Revocación de la convocatoria

La mayoría de los regímenes de contratación pública reconoce la facultad de la Administración contratante de revocar el llamado a presentar ofertas antes del dictado del acto de adjudicación, sin que de ello deriven derechos resarcitorios a favor de los concurrentes a la licitación(54). En el ámbito nacional, tal prerrogativa se encuentra taxativamente consagrada en términos amplios, brindándose a la Administración la posibilidad de “dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes”(55).

La Procuración del Tesoro ha respaldado la validez de semejantes disposiciones, aunque también en alguna ocasión ha señalado que si los participantes en el proceso licitatorio han incurrido en gastos, tienen derecho a que estos les sean reintegrados(56).

Al respecto, la doctrina tiene dicho que si la revocación del llamado a licitación es producto de causas atribuibles a la propia Administración, ésta debe asumir la responsabilidad de indemnizar todos los daños provocados a los oferentes. Si, en cambio, se debiera a circunstancias sobrevinientes que hacen que la licitación haya dejado de ser conveniente para el interés público, tal revocación no generará ningún derecho a indemnización, dado que la Administración estaba, incluso, en condiciones de rechazar todas las ofertas por inconvenientes(57). Existe, sin embargo, otro sector doctrinario que pone el acento en el hecho de que la hipótesis examinada configura un supuesto de revocación por razones de oportunidad, en virtud de lo cual concluye que, en caso de revocarse el acto de llamamiento a presentar ofertas, correspondería indemnizar a los oferentes por los gastos incurridos con motivo de la licitación(58).

Resulta oportuno observar que, aun cuando la decisión de dejar sin efecto un proceso licitatorio puede catalogarse de típicamente discrecional, eso no quita que deba estar rodeada de los recaudos que hacen a su validez, entre ellos, los de contar con motivación suficiente y responder verdaderamente a las razones expuestas en el acto que la dispuso(59). La potestad revocatoria del llamado a presentar ofertas no puede, en suma, ejercerse de manera arbitraria(60).

La validez de las cláusulas del pliego que sientan la facultad de la Administración de revocar el llamamiento sin que ello dé lugar a indemnización se compadece con el carácter renunciabile de los derechos patrimoniales(61). De allí que, si al presentar su oferta, el particular no cuestionó la cláusula que contempla tal eventualidad, su asentimiento voluntario le impedirá luego, ante el ejercicio concreto de la potestad revocatoria examinada, discutir la validez de la cláusula pertinente y reclamar la consiguiente indemnización(62).

De todos modos, el fundamento último de la validez de las cláusulas comentadas reside, a nuestro juicio, en el hecho de que el llamado a presentar ofertas es, como ya fue recordado, una mera invitación a presentar ofertas dirigida a sujetos no determinados(63), que carece de los alcances de una oferta o promesa de contratar, en los términos del Código Civil(64).

9

Presentación de ofertas y constitución de garantías

Aun cuando la licitación pública constituye, como se sabe, un instrumento de índole formal, que opera como requisito de validez indispensable para la celebración de los contratos administrativos, respecto de las ofertas presentadas por los particulares rige el principio del informalismo (o del formalismo moderado).

La doctrina clásica destaca como requisitos sustanciales de la oferta que la misma sea cierta y clara(65). En resguardo de la transparencia del proceso licitatorio y del respeto de la igualdad entre los concurrentes, si la oferta no reúne las condiciones antedichas, la misma deberá ser rechazada siempre que la oscuridad o imprecisión verse sobre sus aspectos sustanciales.

La razonabilidad del criterio expuesto no puede ser puesta en duda, ya que la claridad y certeza de la oferta constituyen presupuestos básicos para que resulte posible su comparación con las demás ofertas presentadas.

Ahora bien, dentro del modelo de concurrencia propio de toda licitación, es menester buscar un punto de equilibrio entre el respeto a la igualdad entre los oferentes y la flexibilización de las formalidades previstas en el pliego y en las normas aplicables. La dispensa del incumplimiento de ciertos requisitos a algún oferente podría ser vista como una ventaja respecto de los restantes, lo cual obliga a actuar con la necesaria cautela a la hora de concederla, debiendo reservársela sólo para incumplimientos no sustanciales(66).

A tal efecto, resulta imprescindible identificar qué requisitos formales pueden considerarse “no esenciales”, y por tanto susceptibles de saneamiento, a instancias incluso de la propia Administración licitante(67). Está claro que a ésta le interesa adjudicar el contrato a quien haya presentado la oferta más conveniente, por encima de las deficiencias formales menores en que pudiera haber incurrido.

Por cierto que, una vez aplicado un temperamento de esta naturaleza respecto de un oferente, el mismo criterio flexible deberá emplearse frente a los restantes, así como también en los subsiguientes procesos licitatorios convocados en el ámbito de la misma órbita, en resguardo de la igualdad(68).

Existe, en definitiva, una inevitable tensión entre los principios de igualdad y concurrencia: el primero de ellos reclama un mayor rigorismo en lo que hace a la exigencia de los recaudos formales preestablecidos, mientras que la autorización a subsanar los incumplimientos de esos mismos requisitos, en tanto no sean esenciales, favorece la mayor concurrencia y la puja sobre la base de la comparación de los aspectos verdaderamente relevantes de las distintas ofertas presentadas. Es, pues, innegable que a mayor cantidad de ofertas la Administración dispondrá de más alternativas para escoger aquella que satisfaga mejor las necesidades de interés público a las que se orienta el contrato(69). No se olvide que la finalidad de toda licitación es que la Administración contrate con quien ha formulado la oferta más conveniente(70).

Esto no significa que deba caerse en el extremo de considerar que todo incumplimiento o apartamiento de lo previsto en el pliego pueda ser susceptible de ulterior subsanación. Tal proceder conduciría a propiciar la negligencia de los participantes en el proceso licitatorio, lo cual terminará por dilatar innecesariamente los tiempos de dicho trámite.

Con todo, es preciso distinguir entre dos etapas del proceso licitatorio: aquella que tiene lugar tras la presentación de las ofertas, en cuyo marco la autoridad licitante estaría habilitada a solicitar a los oferentes que subsanen cualquier incumplimiento relativo a requisitos formales no esenciales, y la que se verifica al momento de la adjudicación, donde no sería admisible que la Administración excuse los incumplimientos al pliego que pudieren subsistir(71). Por lo demás, es incuestionable que la desestimación de una oferta en esta segunda fase sobre la base de que no satisface alguna de las exigencias del pliego en ningún caso estará reñida con el principio de concurrencia, principio que sólo rige entre aquellas ofertas que se ajustan a las condiciones previstas para la celebración del contrato.

En punto a la fecha y hora fijados para la presentación de ofertas, se trata de un recaudo que debe cumplirse rigurosamente, dado que hace al núcleo del principio de concurrencia(72). Como acertadamente observa Comadira, de otro modo no habría forma de establecer un límite razonable a las posibles excepciones(73).

En cuanto al carácter definitivo de la oferta, se admite la posibilidad de modificarla hasta el vencimiento del plazo previsto para su presentación, no más allá(74). Sí cabe, en cambio, que la Administración pida aclaraciones sobre puntos no sustanciales de la oferta(75).

Como regla, en cambio, debe desecharse la posibilidad de que el licitante invite a mejorar las ofertas, lo cual sólo procedería en aquellos casos en que dicha alternativa se hubiere estipulado en el pliego o en la normativa aplicable(76). De lo contrario se desnaturalizaría el proceso licitatorio a través de una práctica que es más propia de la contratación directa(77).

Las ofertas tampoco pueden contener manifestaciones o reservas tendientes a modificar los términos de la contratación previstos en los pliegos(78). En la contratación administrativa, la voluntad del cocontratante se debe limitar a adherir a las cláusulas fijadas por el Estado al redactar el pliego(79). Sin embargo, si se formula una reserva relativa a una exigencia del pliego que se estima ilegítima, pero al propio tiempo se impugna la cláusula en cuestión, la oferta será válida en la medida en que el planteo impugnatorio termine siendo acogido.

Una vez abiertos los sobres que contienen las propuestas, los oferentes tienen la posibilidad de examinar la totalidad de la documentación que integra las ofertas de sus competidores(80), con vistas a presentar sus observaciones. Esta práctica redundante, por cierto, en favor de la transparencia del trámite, y guarda sintonía con el concepto de que, en el marco del procedimiento administrativo, el administrado actúa como un colaborador de la Administración.

Como es sabido, en el ámbito de la contratación pública suelen exigirse dos tipos de garantías básicas: una de ellas aplicable a todos los oferentes, tendiente a asegurar el compromiso que se les pide de mantener su oferta por un determinado plazo; la otra únicamente a quien resulte adjudicatario, destinada a respaldar el cumplimiento de las obligaciones que habrá de asumir en el marco del contrato(81).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha avalado a través de sus dictámenes la procedencia de las cláusulas licitatorias que imponen a quienes contratan con el Estado el deber de constituir las garantías antedichas. En tal sentido, el alto órgano asesor tiene expuesto que “en el procedimiento de selección del cocontratante no se ve afectado el carácter gratuito del procedimiento administrativo, en aquellos casos en que los pliegos deban ser obtenidos por los interesados, previo pago de una suma de dinero que cubra el costo de reproducción; ni tampoco por la exigencia de constituir garantías de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato. Ello, en atención a que por este medio se apunta a asegurar la seriedad de la propuesta o la ejecución de las prestaciones a cargo del cocontratante”(82).

10

Preadjudicación y adjudicación

La preadjudicación consiste en una propuesta elevada por un cuerpo técnico de evaluación u órgano asesor a la autoridad que debe proceder a adjudicar el contrato(83). Su objeto es brindar, tanto a la Administración licitante como a los restantes participantes, la ocasión de examinar el criterio de preselección empleado antes de que el mismo se traduzca en una decisión definitiva.

No siempre las normas o los pliegos contemplan el dictado de un acto de preadjudicación previo a la resolución del proceso licitatorio(84). En aquellos casos en que se ha previsto su dictado, se debate si el mismo constituye un verdadero acto administrativo, o bien un acto meramente preparatorio o de asesoramiento(85).

La discusión no resulta, por cierto, baladí, ya que de ella depende el reconocimiento o no de la facultad de los administrados de impugnar dicho acto(86). La dilucidación del tema pasa, sin embargo, más que por elucubraciones teóricas, por el examen puntual de las normas y del pliego que rigen cada proceso licitatorio, a fin de determinar si asignan o no carácter vinculante a la preadjudicación, y si brindan o no a los oferentes no seleccionados la posibilidad de proceder a su impugnación(87).

El acto de adjudicación, por su parte, constituye el momento culminante del proceso licitatorio, teniendo por objeto la selección de la oferta más conveniente. Todo el trámite está orientado, precisamente, a que la Administración escoja la mejor opción de contrato entre cuantas se le han ofrecido(88).

A partir del dictado del acto de adjudicación la Administración sólo puede contratar al oferente seleccionado, lo cual no la inhibe, sin embargo, de ejercer la facultad de dejar sin efecto el proceso licitatorio, siempre que medien razones de interés público suficientes y previa indemnización al adjudicatario de los daños derivados de tal actuación lícita(89).

Queda, así, claro que el dictado del acto de adjudicación no equivale al perfeccionamiento del contrato(90), salvo en aquellos casos en los que la contratación se perfecciona con el envío de la orden de compra.

Si bien no faltan quienes consideran que el acto de adjudicación es resultado del ejercicio de potestades de naturaleza discrecional en tanto su emisión resulta de valoraciones de carácter metajurídico(91), entiendo que asiste razón al sector de la doctrina que estima que el hecho de que la adjudicación deba recaer en favor de la “oferta más conveniente” excluye su dictado del campo de la discrecionalidad administrativa(92).

La discrecionalidad de la Administración se agota, en rigor de verdad, en la etapa de elaboración de los pliegos, y a partir de allí la actividad de la autoridad contratante se encuentra reglada, autovinculada por los criterios establecidos en los pliegos aprobados(93). De otra forma, los oferentes quedarían a exclusiva merced del temperamento subjetivo y, por definición, cambiante del funcionario de turno, en lugar de depender de un criterio razonablemente objetivo, cuya aplicación sea susceptible de ser jurídicamente controvertida.

La expresión *oferta más conveniente* configura, por ende, lo que se conoce como *concepto jurídico indeterminado*(94), que contrariamente a lo que sucede con los actos dictados en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, admite una única solución justa(95). Esta calificación convierte al acto de adjudicación en un acto mucho más expuesto al escrutinio judicial, a partir de la impugnación que pueda articular un oferente que se considere injustamente desplazado, convencido de ser él quien ha presentado la oferta más conveniente.

Es conocida, por último, la diferencia que existe entre *oferta inadmisibile* (aquella que no satisface las exigencias del pliego) y *oferta inconveniente* (aquella que, pese a ajustarse al pliego, resulta notoriamente desaconsejable para el interés público). La Procuración del Tesoro ha expuesto de manera muy clara el alcance de estos dos conceptos, al señalar que “la inadmisibilidat de la oferta, en el trámite de la licitación pública, significa que las ofertas deben vincularse a las exigencias específicas del pliego, lo que implica su rechazo en caso contrario; en cambio, la desestimación de la oferta por inconveniente conduce al fracaso del procedimiento licitatorio por razones relativas al precio, financiación u otras circunstancias, aun cuando la oferta fuese admisible por ajustarse a las bases, cláusulas, condiciones del pliego y al objeto de la licitación”(96).

11

Impugnación de actos dictados en el transcurso del proceso licitatorio

En lo personal, suscribo a la idea de que los actos que emite la Administración en el transcurso de la vida de los contratos que celebra bajo un régimen de derecho público, inclusive aquellos dictados durante la etapa de su formación, califican como auténticos actos administrativos y están, por ende, dotados de los caracteres y demás prerrogativas propias de ese tipo de actos(97). Esto hace que los particulares disconformes con su alcance deban formalizar sus reparos y su eventual pretensión anulatoria a través de los cauces específicamente previstos para el cuestionamiento de todo acto administrativo(98), cumpliendo con los recaudos previstos a tal fin, bien que con las particularidades que derivan de la estirpe contractual de los actos de los cuales en este caso se trata, y con ajuste a lo que dispongan las normas específicamente aplicables.

La legitimación para impugnar los actos emitidos por el ente licitante a lo largo del trámite licitatorio, incluidos los actos de preadjudicación y de adjudicación, está reservada, como es lógico, a quienes hayan presentado oferta(99). Sólo estos están en posición de esgrimir la condición de *parte* en el expediente licitatorio.

Es usual que el cuestionamiento de los actos dictados en el transcurso del proceso licitatorio esté supeditado a la previa constitución de una garantía de impugnación, que queda expuesta a su eventual pérdida en caso de desestimarse el planteo(100). Tal proceder cuenta con el aval de la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto la cuantía de la garantía exigida resulte razonable(101). No han faltado, sin embargo, dictámenes del mismo cuerpo asesor observando la validez de tales cláusulas, por juzgarlas contrarias al carácter gratuito del procedimiento administrativo, y en razón de que el fundamento en que se basan -desalentar impugnaciones dilatorias del trámite- carece de asidero ante el carácter no suspensivo que, como regla, se asigna a dichas impugnaciones(102).

Un tema que ha suscitado intenso debate y ha dado lugar a un sinuoso derrotero jurisprudencial es el concerniente a la aplicación o no del plazo de caducidad previsto en las normas que rigen la impugnación de los actos administrativos(103) al caso de la acción judicial dirigida a impugnar los actos dictados por la Administración durante el proceso de formación de los contratos administrativos.

La jurisprudencia de la Corte inaugurada en el año 1985 con el caso “Mevopal c. Banco Hipotecario Nacional”, fijó el criterio según el cual “los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25”(104).

Sin embargo, esta jurisprudencia sufrió un quiebre con el caso “Gypobras c. Nación Argentina”, donde la Corte sostuvo que el plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos es de aplicación en los casos en que se impugnaren actos vinculados a la celebración, ejecución y extinción de los contratos administrativos(105). Este viraje jurisprudencial no fue asimilado pacíficamente por la doctrina, que ha esbozado dispares interpretaciones acerca del alcance que debe darse a esta decisión judicial(106).

Por último, no debe pasar por alto que en el marco de una relación contractual pueden también surgir diferencias entre las partes que den lugar a planteos que no son de índole impugnatoria, sino de indudable carácter reclamatorio, como sería el caso, por ejemplo, de una pretensión articulada con vistas a exigir el cumplimiento de una obligación contractualmente asumida por el Estado. En aquellos sistemas -como el nacional- que contemplan un régimen de doble vía para el agotamiento de la instancia administrativa, tales planteos deben encauzarse por la vía del reclamo administrativo previo, sin que sea aplicable el plazo de caducidad a la acción dirigida a cuestionar su rechazo, tal como lo entendió la Corte en los casos “Mackentor”(107) y “Serra”(108). Esta última conclusión no se ve alterada, según entiendo, tras los cambios introducidos por la ley 25.344 al art. 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos(109).

12

El pliego licitatorio y el texto contractual

Según ya se recordó, el proceso de formación del contrato no concluye en todos los casos con el dictado del acto de adjudicación, sino que por regla general se completa con la suscripción por ambas partes del texto contractual dispuesto al efecto(110).

La percepción del contrato como un mero acuerdo de voluntades libremente pactado resulta, en el caso del contrato administrativo, relegada en virtud de la necesidad de preservar la vigencia del principio de igualdad entre los concurrentes al proceso licitatorio(111), principio que no sólo proyecta sus efectos en la etapa de formación del contrato, sino durante toda la vida del mismo. Es por eso que, como una de las derivaciones del mencionado principio, cualquier cambio que se desee introducir al contrato con posterioridad al acto de adjudicación, aun cuando se pudiere fundar en razones de interés público, tendrá que observar el límite que le impone el respeto del principio de igualdad(112).

La Corte Suprema ha sido particularmente sensible a esta regla. En la causa “Vicente Robles S.A. c. Nación Argentina” se presentaba una discordancia entre lo previsto en los pliegos de condiciones generales y particulares respecto de la reversión gratuita a Parques Nacionales de los edificios construidos por la contratista durante la vigencia del contrato, divergencia que las partes habían procurado resolver al firmar el contrato, recogiendo en sus cláusulas la solución prevista en el pliego de condiciones generales, conforme al cual si el Estado optaba por quedarse con dichos inmuebles debía pagar el monto resultante de la tasación practicada por el Tribunal de Tasaciones. La Corte entendió que ello importaba una modificación de las condiciones licitatorias (subyace, así, la idea de que debía primar el pliego de condiciones particulares), y sentenció que “no puede entenderse que esa modificación haya podido válidamente efectuarse después de la adjudicación, sin ocasionar la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa”(113).

La doctrina jurisprudencial señalada es, pues, suficientemente clara en cuanto a que no se pueden incorporar al contrato cláusulas ventajosas al contratista que no se encuentren previstas en el pliego. Lo interesante del caso, como luego lo añadiría el mismo alto tribunal, es que esta prohibición rige, incluso, para aquellos casos en los que el proceso licitatorio haya contado con la participación de un único oferente(114), lo cual se apoya en que se trata de una limitación pensada, también, en resguardo de otros potenciales interesados en presentar oferta si las condiciones que ahora se pretenden insertar en el contrato hubieran formado parte del pliego(115).

También la Procuración del Tesoro de la Nación ha sido enfática a este respecto. Sostuvo, en alguna ocasión, el órgano asesor que “no cabe admitir que una estipulación contenida en el pliego pueda cambiarse mediante un posterior acuerdo aclaratorio, porque no puede entenderse que esa modificación haya podido válidamente efectuarse después de la adjudicación, sin ocasionar la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa; la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad”(116). El mismo dictamen, sin embargo, flexibiliza en algún punto este criterio al admitir que en ocasiones, y sujeto a la regla de la razonabilidad, puede ser necesario hacer adaptaciones o ajustes en aspectos de índole técnica, o a fin de precisar ciertas cuestiones no completamente estipuladas en el pliego(117).

13

Consecuencias de la omisión del procedimiento licitatorio

Antes de concluir, conviene dedicar un breve comentario final a la férrea postura que la Corte ha mantenido frente a la omisión de cumplir con el requisito de la licitación pública, cuando ésta se encuentra prevista en el ordenamiento aplicable como un procedimiento esencial para la celebración del contrato.

En los últimos años, el máximo tribunal ha emitido numerosos fallos en los cuales ha insistido en que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia"(118). Esto equivale a decir que, cuando se haya omitido cumplir con una forma esencial -en el caso, el trámite licitatorio-, se estará ante un contrato inexistente(119).

Resulta destacable que, sobre la base de la premisa de la inexistencia del contrato por haberse omitido la licitación, el propio tribunal rechazó en tales casos la procedencia del reclamo pecuniario en concepto de contraprestación debida en el marco de la relación contractual invocada: por razones básicas de congruencia, si no ha habido contrato, no hay fuente productora de obligaciones contractuales. Más aún, la Corte también desestimó en tales ocasiones la procedencia del reclamo articulado sobre la base del principio de enriquecimiento sin causa, en tanto juzgó que no se verificaban los extremos que hacen a la aplicación de dicho principio. Con acierto se ha observado que el derecho a percibir la compensación reclamada debería supeditarse, en tales circunstancias, a la previa acreditación de que se ha obrado con total buena fe y en el desconocimiento de la exigibilidad de los trámites omitidos(120).

VOCES: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISPRUDENCIA - DEFENSA DE LA COMPETENCIA - ESTADO - TECNOLOGÍA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - EMPLEADOS PÚBLICOS

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Licitación pública por etapa múltiple y el rumbo del sistema de concesión vial, por Santiago Carrillo, Mariano Lucas Cordeiro y Juan Martín Vocos Conesa, EDA, 2004-635; El procedimiento licitatorio y la locución "oferta más conveniente" (¿O la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados?), por José Luis Casarini, EDA, 2006-513; Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina, por Augusto Isaac Damsky, EDA, 2007-467; ¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?, por Guido Santiago Tawil, EDA, 2007-446; La función administrativa (actividad administrativa estatal). El acto y el contrato administrativos como manifestaciones de la misma, por Marcelo Gómez Escalante, EDA, 2010-681; Apuntes sobre contratos administrativos y sus efectos en el Estado de derecho, por Miriam Mabel Ivanega, EDA, 2011-573. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) El autor es Profesor Titular de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Permítaseme advertir de entrada que el presente trabajo ha sido redactado con una perspectiva eminentemente práctica, sin pretensión de realizar aportes novedosos respecto de los intrincados debates sobre los distintos aspectos sustantivos que presenta la figura del contrato administrativo. Por tal motivo, sólo se hará alusión a dichas cuestiones de fondo en tanto resulte indispensable para el adecuado abordaje de los problemas concretos suscitados por las distintas instancias del proceso licitatorio.

(2) Art. 6º del decreto 1023/01. El reglamento del régimen de contrataciones de la Administración pública nacional, aprobado por el decreto 893/12, hace expresa alusión al mismo condicionamiento al disponer que "las unidades operativas de contrataciones elaborarán el plan anual de contrataciones, de conformidad con los créditos asignados en la respectiva Ley de Presupuesto" (art. 12).

(3) Art. 4º de la ley 13.064.

(4) En este sentido, puede verse Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1986, t. 2, págs. 468-469; Aguilar Valdéz, Oscar R., Contratación administrativa y financiamiento, en AA.VV., La contratación pública, Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern (coords.), Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. I, pág. 567, nota 21; Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 55.

(5) Así lo ha señalado el alto tribunal en la sentencia dictada en la causa "Liberdinsky c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", resuelta el 12-3-87, publicada en Fallos: 310:548.

(6) Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pág. 63. Añade el autor citado que "la subsanación será siempre procedente, dado que no se advierte la violación del orden público administrativo en los supuestos en que el respectivo contrato no alcanza a consumarse o perfeccionarse ni ha tenido principio de ejecución en lo que atañe a la erogación presupuestaria" (cit., pág. 64).

(7) Barra, Rodolfo C., Contrato..., cit., t. 2, págs. 472-473.

- (8) Bianchi, Alberto B., El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación, ED, 125-270; Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., pág. 57.
- (9) Barra, Rodolfo C., Contrato..., cit., t. 2, págs. 474-475.
- (10) Ver el dictamen del Procurador General de la Nación, con cuyos términos la Corte concuerda en el precedente de Fallos: 310:548, ya citado.
- (11) Como con toda razón señala este autor, "no debe permitirse a la Administración que deje de cumplir los deberes a su cargo en mérito a que en la práctica y por el juego habitual de sus prerrogativas de poder público, no se trasuntará en responsabilidad contra ella" (Bianchi, Alberto B., El crédito legal..., cit., pág. 277).
- (12) Fallos: 308:618 y 311:2831.
- (13) La normativa vigente en el ámbito nacional prevé, en este sentido, que "cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares" (arts. 8° del decreto 1023/01 y 32 del decreto 893/12).
- (14) En la órbita nacional, el régimen reglamentario recientemente aprobado se detiene específicamente a regular estas cuestiones. El decreto 893/12 exige, al respecto, que la convocatoria a dirigir observaciones al proyecto de pliego se difunda a través del sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones con diez días corridos de antelación al vencimiento del plazo respectivo, y faculta a la unidad operativa de contrataciones a convocar a reuniones para recibir las sugerencias, debiendo garantizar igual acceso a todos los interesados (arts. 41 y 54 del decreto citado).
- (15) En tal sentido, el art. 42 del decreto 893/12 establece que "las respectivas unidades operativas de contrataciones de las jurisdicciones o entidades contratantes, elaborarán el pliego de bases y condiciones particulares definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a juicio de las autoridades correspondan, teniendo en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que se consideren pertinentes". Sobre el carácter unilateral de la actividad administrativa vinculada a la redacción de los pliegos licitatorios, ver Gómez Sanchis, Daniel, Pliego de condiciones, en AA.VV., Contratos administrativos, Ismael Farrando (h.) (dir.), Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2002, págs. 220-222.
- (16) En igual sentido, ver Comotto, Sabrina, Guía teórico-práctica para la elaboración y redacción de pliegos de bases y condiciones particulares, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP) N° 363, Buenos Aires, diciembre 2008, pág. 62.
- (17) En ocasiones, los pliegos exigen el cumplimiento de ciertas formalidades y la presentación de documentos que luego no son siquiera objeto de análisis, en tanto resultan innecesarios o excesivos de cara a la envergadura y características de la contratación programada. No ha de perderse de vista que la imposición de esta sobrecarga de exigencias sobre los oferentes conduce, inevitablemente, a encarecer las ofertas, con la correlativa incidencia sobre el precio que, a la postre, terminará pagando el Estado.
- (18) El régimen general de contrataciones vigente en el orden nacional es particularmente estricto frente a ese tipo de situaciones, al establecer que "la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran (...) incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes" (art. 18, decreto 1023/01). En sintonía con ello, las normas reglamentarias del régimen comentado añaden que "las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deberán elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia", que "no podrá pedirse marca determinada", y que si "se mencionara una marca en particular en los pliegos, será al solo efecto de señalar características generales del objeto pedido" (art. 45, decreto 893/12).
- (19) Así lo ha caracterizado la Corte Suprema en diversos pronunciamientos (ver Fallos: 308:618; 311:2831 y 316:382).
- (20) Barra destaca el hecho de que el citado precepto del Código Civil exige que "para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas...", cosa que no ocurre en el caso de la convocatoria a presentar ofertas, amén de que -según añade- las normas civilistas no son de aplicación al ámbito de la contratación administrativa (ver su Contrato..., cit., t. 2, págs. 516-517). En igual sentido, ver Cassagne, Juan C., El contrato..., cit., pág.78; Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., págs. 100-102. Por otra parte, como observa Julio R. Comadira, de tratarse de una propuesta o promesa de contrato, el acuerdo de voluntades quedaría perfeccionado al recibirse la primera aceptación, frustrándose de esa forma el propósito del trámite licitatorio (ver su libro La licitación pública [Nociones, principios, cuestiones], 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, págs. 14-15).
- (21) El decreto 893/12 prevé que la publicación se extienda por dos días, con una anticipación de veinte días corridos a contar desde la fecha de apertura de las ofertas. Deberá, adicionalmente, difundirse a través del sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, desde el día en que se comience a dar publicidad del llamado en el diario oficial (art. 49). Si se tratase de una licitación internacional, la antelación exigida para la publicación se amplía a cuarenta días corridos (art. 51).

- (22) En el ámbito nacional, para el caso de trámites licitatorios que no se lleven a cabo en formato digital, la convocatoria debe publicarse por dos días, con un mínimo de veinte días corridos de antelación a la fecha de apertura de sobres. En las licitaciones o concursos internacionales, deberán disponerse publicaciones en países extranjeros con una antelación de cuarenta días corridos. Todo ello sin perjuicio de la difusión que habrá de realizarse vía Internet, en los términos previstos en la reglamentación aplicable (art. 32, decreto 1023/01).
- (23) Barra, Rodolfo C., *Contrato...*, cit., t. 2, págs. 515-516; y Cassagne, Juan C., *El contrato...*, cit., pág. 77.
- (24) Ver, al respecto, el art. 60 del decreto 893/12.
- (25) Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1977, pág. 336. Sobre el particular, el art. 61 del decreto 893/2012 dispone que las circulares aclaratorias deben ser comunicadas a todas las personas que hubieren retirado, comprado o descargado el pliego con cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha fijada para la presentación de las ofertas, además de difundirse en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones.
- (26) Gómez Sanchis, Daniel, *Pliego de condiciones*, cit., págs. 237-238.
- (27) Berçaitz, Miguel Á., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 330; Escola, Héctor, *Tratado integral...*, cit., vol. I, pág. 345; y Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., pág. 71.
- (28) Cabe aclarar que el autor citado atribuye al pliego una naturaleza dinámica que va mutando conforme avanza el proceso de formación del contrato. En tal sentido, lo percibe como un acto interno de la Administración antes de adquirir publicidad, como acto reglamentario desde su publicación y hasta la adjudicación, y como parte integrante del marco contractual tras el perfeccionamiento del contrato (ver su libro *El contrato administrativo*, cit., págs. 75-76).
- (29) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. III-A, págs. 212-213.
- (30) Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., pág. 70.
- (31) En sintonía con este recaudo, el art. 61 del decreto 893/12 establece que "entre la publicidad y la circular modificatoria y la fecha de apertura, deberán cumplirse los mismos plazos de antelación estipulados en la normativa vigente que deben mediar entre la convocatoria original y la fecha de apertura de acuerdo al procedimiento de selección de que se trate".
- (32) La postura expuesta encuentra respaldo en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (ver *Dictámenes* 178-127; 249-592).
- (33) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho...*, cit., t. III-A, págs. 212-213.
- (34) Ver *Dictámenes* 197-15 y 154-517.
- (35) Puede verse una reseña de las distintas posturas en Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., págs. 156-157.
- (36) Se enrolan en esta postura, entre otros, Cassagne (*El contrato administrativo*, cit., págs. 75-76), Barra (*Contrato...*, cit., t. 2, págs. 485-486) y Gómez Sanchis (*Pliego de condiciones*, cit., págs. 209-212).
- (37) Cfr. la sentencia dictada en "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos", 22-12-93 (Fallos: 316:3157), y, más recientemente, el precedente recaído en la causa "El Rincón de los Artistas c. Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ordinario", 30-9-03 (Fallos: 326:3700).
- (38) La Corte ha sido muy clara a este respecto. En el caso "Cadipsa S.A. c. Estado Nacional", el tribunal sostuvo que "la integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes", basando dicha afirmación en razones básicas de jerarquía normativa (Fallos: 323:1146). Esta doctrina ya había sido enunciada por el tribunal en la causa "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos", en la cual invalidó una cláusula del pliego licitatorio con el argumento de que, en virtud del principio de legalidad, "no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales prevalezcan sobre lo dispuesto en normas de rango legal y, en cambio, debe en todo caso entenderse que el sentido, la validez e incluso la eficacia de las primeras queda subordinada a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato, que los pliegos tienen por finalidad reglamentar" (Fallos: 316:3157). Idéntico criterio aplicó la Corte en el caso "El Rincón de los Artistas SRL c. Hospital Posadas" (Fallos: 326:3700).
- (39) Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., págs. 158-163.
- (40) No se advierte, en efecto, ninguna razón que permita conferir distinta jerarquía a los actos de alcance general en función de la naturaleza normativa o no normativa que puedan exhibir, según los casos.
- (41) En igual sentido, Santamaría Pastor, Juan A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, t. I, pág. 736.
- (42) La tesis expuesta encuentra hoy, sin embargo, un obstáculo en el ámbito nacional, donde el art. 99 del decreto 893/12 establece que en caso de existir discrepancias entre las normas y documentos que sirven de marco a la relación contractual se debe seguir un orden de prelación que da prevalencia al pliego de bases y condiciones generales por encima del pliego de bases y condiciones particulares (ver los incs. d] y e] de la norma citada).
- (43) En el orden nacional, el tema está regulado en los dos incisos del art. 24 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, y disposiciones concordantes.
- (44) Cfr. el art. 43 de la CN.

- (45) Rivas, Adolfo A., *El amparo*, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2003, pág. 253 y sigs. En rigor, lo cierto es que el amparo no es una acción contencioso administrativa, por lo cual constituye un gravísimo error exigir que se haya agotado la vía administrativa como recaudo para su procedencia (Morello, Augusto M. - Vallefín, Carlos A., *El amparo [Régimen procesal]*, 4ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2000, pág. 31).
- (46) Tal es, por ejemplo, la postura esgrimida por Barra en su Contrato de obra pública, cit., t. 2, pág. 485.
- (47) Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., págs. 173-174.
- (48) Petrella, Alejandra, Legitimación para impugnar judicialmente los pliegos licitatorios, en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, págs. 165-166.
- (49) El decreto 1023/01 es, a este respecto, bien enfático, en tanto establece que "el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta de aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales..." (art. 17).
- (50) Ver la sentencia dictada por el tribunal en los autos "Sergio Astorga Bracht y otro c. COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986", 14-10-04, Fallos: 327:4185.
- (51) Dictámenes 150-52, 163-477, 233-94, 287 y 414.
- (52) Art. 64 del decreto 893/12.
- (53) Conviene alertar, no obstante, sobre la presencia de un sector doctrinario que entiende que, aun en ausencia de una cláusula como la comentada, el oferente no estaría autorizado a impugnar el pliego luego de presentada su oferta, en virtud de la doctrina según la cual el sometimiento voluntario al régimen jurídico pertinente impide su ulterior cuestionamiento (Píccoli, Pablo J., *Algunas reflexiones acerca de la impugnación de cláusulas de pliegos licitatorios*, en revista *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1992, núm. 11, pág. 609). También se ha invocado para sustentar tal criterio la doctrina de los propios actos (Monti, Laura M., *Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia*, en AA.VV., *Contratos administrativos* (Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, pág. 350). Contra tan restrictiva postura se alzan quienes argumentan que la renuncia a los derechos no se presume, y que, por lo tanto, a falta de previsión en contrario, la facultad de impugnar el pliego subsiste aún luego de formulada la oferta (Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., pág. 172).
- (54) En opinión de Comadira, tal prerrogativa revocatoria se encontraría en cabeza de la Administración aun cuando no existiere una norma que la consagrarse expresamente, como derivación de la función administrativa que le compete (ver su libro *La licitación pública...*, cit., pág. 190).
- (55) Art. 20, párr. 2º, del decreto 1023/01.
- (56) Dictámenes 150-112 y 174-078.
- (57) Pérez Hualde, Alejandro, *El llamado a licitación*, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Ismael Farrando (h.) (dir.), Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, pág. 284.
- (58) Buenader, Eduardo, *Responsabilidad precontractual de la Administración pública por revocación del llamado a licitación pública*, en RAP Nº 347, agosto 2007, págs. 21-22.
- (59) Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., págs. 196-198, y Monti, Laura M., *Consecuencias de la revocación...*, cit., págs. 353-354. El art. 11, inc. g), del decreto 1023/01 es elocuente, a este respecto, al exigir que la determinación de dejar sin efecto el procedimiento de contratación debe adoptarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo.
- (60) Dictámenes 191-82.
- (61) Aberastury, Pedro, *La revocación por ilegitimidad en el procedimiento de selección*, en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, pág. 205.
- (62) Seijas, Gabriela, *Responsabilidad precontractual de la Administración*, en revista *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, núm. 40, pág. 375.
- (63) Escola, Héctor, *Tratado integral...*, cit., vol. I, pág. 333.
- (64) No resulta ocioso recordar que la Corte ha negado, incluso, que el oferente en una licitación sea titular de un derecho subjetivo al contrato, siendo, en cambio, a juicio del tribunal, tan sólo poseedor de la expectativa a adquirir algún derecho en tanto concurren, simultánea y sucesivamente, una serie de acontecimientos (del voto concurrente de los Dres. Petracchi y Baqué en la sentencia del 21-3-89 en los autos "Cadesa S.A. c. Nación Argentina [A.N.A.]", Fallos: 312:343).
- (65) Farrando, Ismael (h.), *La oferta*, en la obra colectiva dirigida por el mismo autor bajo el título *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, págs. 287 y 295-297.
- (66) Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra...*, cit., t. 2, págs. 627-628.
- (67) Al respecto, cabe destacar la pulcritud con que el régimen reglamentario de contrataciones vigente en el ámbito nacional se ha detenido a enumerar, taxativamente, las causales de desestimación de ofertas que no son susceptibles de saneamiento (ver el art. 84 del decreto 893/12). En el orden doctrinal, Gordillo introduce una interesante distinción entre las exigencias que hacen a la oferta en sí misma considerada (la cantidad y calidad de los bienes, el precio, las condiciones de cumplimiento previstas), y aquellas otras de

carácter accesorio (presentación de garantías, de declaraciones juradas, del recibo de adquisición del pliego), para sostener que el incumplimiento de las primeras debe merecer una consideración más estricta que cualquier deficiencia relativa a las últimas (ver su trabajo *El informalismo y la concurrencia en la licitación pública*, en revista *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1992, núm. 11, pág. 302). Por mi parte, soy más partidario de trazar la línea divisoria entre lo esencial y lo no esencial a partir del examen relativo a si las deficiencias formales verificadas conspiran contra la posibilidad de valorar adecuadamente la oferta (en cuanto a su alcance), sin dejar de contemplar, al mismo tiempo, si el hecho de brindar al oferente la posibilidad de subsanarla puede traer aparejada una ventaja para él respecto de los restantes oferentes. En este sentido, me parece acertada la observación que hace el propio Gordillo cuando afirma que "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, (...) por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas" (ibidem, pág. 307). Otros parámetros de utilidad para deslindar los defectos sustanciales de los no sustanciales que afectan a la oferta pueden verse en Sá Zeichen, Gustavo, *La subsanación de ofertas en los procedimientos de selección del contratista estatal. Un análisis desde los principios de la contratación administrativa*, en revista *Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, 2011, núm. 76, pág. 371 y sigs.

(68) La Procuración del Tesoro ha señalado que "excusar los incumplimientos al pliego de bases y condiciones a una empresa, que en principio resultaría adjudicataria de la licitación pública (...), es permitir a uno de los oferentes lo que le fue negado a otro, lesionando el fundamental principio de igualdad de los proponentes" (Dictámenes 222:71). "Siendo ello así, la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad" (Dictámenes 217:155).

(69) Este criterio aparece claramente reflejado en el art. 85 del decreto 893/12, según el cual "cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad".

(70) El ordenamiento positivo aplicable a la contratación pública nacional se ha hecho eco de esta prevalencia de la concurrencia, aun a expensas de una flexibilización de las formas no sustanciales exigidas en el trámite licitatorio. Así, se ha establecido que "el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia..." (art. 17, decreto 1023/01).

(71) En un reciente trabajo, más arriba citado, Sá Zeichen propone una mirada más flexible, que propicia que aun en esta etapa posterior a la apertura de las ofertas debe darse lugar a la subsanación de los defectos insustanciales que aquéllas pudieren presentar, como un modo de compatibilizar los principios de concurrencia e igualdad con una mayor eficiencia en la contratación pública (ver su artículo *La subsanación de ofertas...*, cit., págs. 361-366).

(72) En igual sentido, Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra...*, cit., t. 2, págs. 596-603. El art. 62 del decreto 893/12 es tajante al respecto, al disponer que "el organismo contratante deberá rechazar sin más trámite las ofertas que se pretendan presentar fuera del término fijado en la convocatoria para su recepción, aun si el acto de apertura no se hubiera iniciado".

(73) Comadira, Julio R., *La licitación pública...*, cit., pág. 77. Son muchos los dictámenes de la Procuración del Tesoro que avalan este criterio estricto en materia de plazos para la formulación de las ofertas. En uno de ellos se señala que "la presentación extemporánea del sobre con la oferta económica por parte de la Unión Transitoria de Empresas impugnada la puso en una situación de indebida ventaja frente a sus competidores en el Concurso, lo cual violenta no sólo la letra expresa del Pliego que lo rige sino, además, el espíritu de mantener la total igualdad de los participantes" (Dictámenes 233-94).

(74) Con idéntico enfoque, el art. 65 del decreto 893/12 establece que "la posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla". Sobre esta cuestión, puede consultarse Diez, Horacio, *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado*, en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, RAP, 2007, pág. 55, y Farrando, Ismael (h.), *La oferta*, cit., pág. 296. Cassagne observa que este criterio se ha morigerado en tiempos más recientes en consonancia con el principio del informalismo, de modo de dar cabida a la modificación de aspectos o detalles formales que no impliquen un cambio sustancial de la oferta (ver su obra *El contrato administrativo*, cit., pág. 82). En sentido concordante, Diez, Horacio, *La inmodificabilidad de las ofertas...*, cit., págs. 57-59.

(75) Cabe traer a colación lo dispuesto en el art. 85 del decreto 893/12, según el cual "la corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes". Luego de sentar esta regla, la misma norma trae una larga enumeración de los casos en los que es dable que la Administración contratante requiera la subsanación de los defectos que pudiere contener la oferta.

(76) Tal sería el caso, por ejemplo, del mecanismo acotado de desempate de ofertas en caso de igualdad

de precios y calidad contemplado por el art. 90 del decreto 893/12.

(77) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. III-A, págs. 254-255; Comadira, Julio R., La licitación pública..., cit., págs. 80-81.

(78) Monti, Laura M., Ofertas condicionadas y ofertas alternativas, en AA.VV., Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, RAP, 2007, pág. 624.

(79) La Corte ha sido clara a este respecto, al afirmar que "la fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisibles y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad" (sentencia del 22-4-86, dictada en los autos "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Nación Argentina", Fallos: 308:618). También la Procuración del Tesoro tiene dicho que "no es admisible que los licitantes puedan modificar las condiciones del pliego o establecer reservas en sus ofertas, de suerte que si se adjudicare al que así lo hubiere hecho, tal adjudicación estaría viciada de nulidad por transgresión del principio de igualdad" (Dictámenes 217-115).

(80) Conforme lo dispuesto en el art. 76 del decreto 893/12, "los originales de las ofertas serán exhibidos a los oferentes por el término de DOS (2) días, contados a partir del día hábil siguiente al de la apertura. Los oferentes podrán solicitar copia a su costa". El art. 150 del mismo decreto contiene una disposición análoga relativa a las propuestas técnicas presentadas en procedimientos de selección de etapa múltiple.

(81) En el orden nacional, la garantía de mantenimiento de la oferta equivale al 5% del monto total de la oferta, y la de cumplimiento del contrato, al 10% del monto total del contrato (art. 100 del decreto 893/12). Se ha observado que la exigencia de garantías al oferente apunta a dos finalidades: constatar que quien pretende vincularse con la Administración tiene capacidad para afrontar las obligaciones del contrato, y asegurar que, más allá de tener tal capacidad, efectivamente habrá de cumplir con los deberes que asume bajo el contrato (Gusman, Alfredo S., La licitación pública y sus distintas fases en el nuevo régimen de contrataciones administrativas, en revista Derecho Administrativo, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, núm. 39, pág. 116).

(82) Dictámenes 257-151.

(83) Emili, Eduardo O., La preadjudicación, en AA.VV., Contratos administrativos, Ismael Farrando (h.) (dir.), Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, págs. 315-316.

(84) En el ámbito nacional, el decreto 893/12 establece que "las Comisiones Evaluadoras emitirán su dictamen, el cual no tendrá carácter vinculante, que proporcionará a la autoridad competente los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluirá el procedimiento" (art. 83). Más adelante, el mismo reglamento prevé que "la Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito de las que se ajusten al pliego y recomendará sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento".

(85) Prevalece, a este respecto, la tesis de que se trata de un acto preparatorio (ver, entre otros, Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, cit., pág. 86).

(86) Conviene aclarar que, aun en aquellos casos en que no se lo califique como acto administrativo, el órgano licitante suele dar vista del acto de preadjudicación a todos los oferentes a fin de que formulen sus observaciones, las cuales, en tal caso, no tendrán carácter impugnatorio en sentido estricto. En el orden nacional, el art. 92 del decreto 893/12 estipula que el dictamen de evaluación de las ofertas debe comunicarse a todos los oferentes.

(87) El decreto 893/12 resulta interesante a este respecto, porque no sólo faculta a los oferentes a impugnar el dictamen de evaluación dentro de los cinco días de su comunicación, sino que también habilita a hacerlo a quienes no hubieren presentado ofertas, dentro de los cinco días de la difusión de dicho documento en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, en ambos casos, previa integración de la pertinente garantía de impugnación (ver el art. 93 del citado decreto).

(88) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. III-A, pág. 243.

(89) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra..., cit., t. 2, págs. 433-434.

(90) Mata, Ismael, Adjudicación y discrecionalidad, en AA.VV., Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, pág. 621.

(91) Bercaitz, Miguel Á., Teoría general..., cit., pág. 336; Escola, Héctor, Tratado integral..., cit., vol. I, pág. 353; Comadira, Julio R., La licitación pública..., cit., págs. 178-181; Nallar, Daniel, Las prerrogativas públicas durante el procedimiento de selección del contratista estatal, en AA.VV., Derecho administrativo y regulación económica (Liber Amicorum Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz), Madrid, La Ley, 2011, págs. 410-411. Por su parte, Domingo Sesín se sitúa en una postura intermedia, en tanto sostiene que el carácter reglado o discrecional del acto de adjudicación varía en función de las normas que rigen cada trámite licitatorio. Así, no habrá espacio para la discrecionalidad en aquellos casos en que la selección de la oferta más ventajosa deba resultar de la aplicación de reglas técnicas estrictas. En cambio, a medida que los márgenes de opinabilidad de los criterios de decisión se ensanchen, la discrecionalidad se verá acrecentada (ver su trabajo La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos, en AA.VV., Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira [Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho], Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007,

pág. 125 y sigs.).

(92) Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, cit., págs. 84-85; Gambier, Beltrán, El concepto de oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio, LL, 1998-D-744; Barra, Rodolfo C., Contrato de obra..., cit., t. 2, págs. 416-438. En contra, Mata, quien rechaza que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sea de aplicación al caso de acto de adjudicación (ver su artículo Adjudicación y discrecionalidad, cit., pág. 614 y sigs.).

(93) El régimen de contrataciones nacional es bien elocuente a este respecto. El art. 155 del decreto 893/12 dispone que "el criterio de selección para determinar la oferta más conveniente deberá fijarse en el pliego de bases y condiciones particulares, y allí podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o bien por otro que elija la autoridad competente al aprobar el respectivo pliego: a) Adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica entre los que hubieran resultado preseleccionados. b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado el mayor puntaje final, sobre la base de la ponderación de los puntajes obtenidos en cada una de las propuestas".

(94) Según enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto". Dichos autores explican que "la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación". De allí que, según afirman, "al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto". Y concluyen: "Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una 'unidad de solución justa' en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición" (ver su Curso de derecho administrativo, 10ª ed., Madrid, Civitas, 2001, t. I, pág. 457).

(95) Para un análisis más detenido de la noción de discrecionalidad y de su diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados, remito a mi trabajo Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa, RAP N° 258, marzo 2000, pág. 9 y sigs.

(96) Dictámenes 203-148.

(97) Como es bien sabido, existe gran disparidad de opiniones en la doctrina argentina acerca del alcance de la noción de acto administrativo, de modo que no hay consenso sobre si tal categoría debe reservarse, exclusivamente, para los actos unilateralmente emanados de la Administración, o si alcanza también a aquellos de naturaleza contractual. Una reseña de las distintas posturas sobre el tema puede verse en el trabajo de Javier Urrutigoity, Impugnación jurisdiccional de los contratos, en AA.VV., La contratación pública, Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern (coords.), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 1 pág. 1163, nota al pie 1. Ver, también, Coviello, Pedro J. J., La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CS, publicado en la misma obra colectiva precedentemente citada, pág. 111 y sigs.

(98) Básicamente, a través de la interposición de los pertinentes recursos, en sede administrativa, y de la subsiguiente acción judicial, una vez agotada la instancia administrativa. Sobre el particular, el art. 11 del decreto 893/12 dispone que "los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la ley 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias".

(99) Urrutigoity, Javier, Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa, en AA.VV., Contratos administrativos (Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 428; y Comadira, Julio R., La licitación pública..., cit., pág. 170. Por cuanto concierne específicamente al acto de adjudicación, sostiene Barra que sólo posee legitimación para impugnarlo el oferente que se considere con derecho a resultar adjudicatario en lugar de quien ha sido seleccionado (ver su obra Contrato de obra..., cit., t. 2, pág. 661).

(100) En el ámbito nacional, el régimen reglamentario exige la integración de una garantía de impugnación del dictamen de evaluación de las ofertas en aquellos casos en que el oferente hubiere presentado más de dos impugnaciones contra ese tipo de dictámenes en el año calendario. El monto de dicha garantía equivale al 3% del monto de la oferta del renglón o renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato (art. 100, inc. d], del decreto 893/12).

(101) Dictámenes 233-93; 233-287; 234-298 y 234-452. Por su parte, Gusman encuentra justificada esta imposición, en tanto la percibe como un instrumento idóneo para prevenir perjuicios al normal funcionamiento de la actividad administrativa, que podría verse demorado a raíz de impugnaciones improcedentes (ver su artículo La licitación pública..., cit., pág. 121). Cabe recordar que el art. 93 del decreto 893/12 extiende la legitimación para impugnar el dictamen de evaluación emitido por la Comisión Evaluadora a quienes no hayan presentado oferta, con el único recaudo de integrar la garantía de impugnación requerida por el ordenamiento.

(102) En la opinión recogida en Dictámenes 257-151, el más alto cuerpo asesor de la Nación en materia jurídica observó, en efecto, que "resulta inviable, con fundamento en la normativa vigente, la inclusión en

los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares de una cláusula que establece como condición para la procedencia de la impugnación a la preadjudicación, el depósito de una garantía y, de un único supuesto de su devolución para el caso de hacerse lugar a aquélla. La aceptación de una cláusula como la proyectada afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo, que se diferencia del oneroso del proceso judicial, en el cual los litigantes deben integrar una tasa de justicia para obtener el acceso a los estrados judiciales, salvo supuesto de pobreza demostrada a través del beneficio de litigar sin gastos. En definitiva, la cláusula que establece como condición para la procedencia de la impugnación a la preadjudicación, el depósito de una garantía, carece de la explicación que ofrecen los casos de las garantías o compra de pliegos, no cupiendo fundarla en el desaliento de impugnaciones dilatorias, atento el efecto no suspensivo de éstas". En esa misma ocasión, la Procuración señaló que "el reintegro del depósito al impugnante quedaría sujeto, en definitiva, a la voluntad y decisión del órgano cuyo acto se impugna, dentro de un margen de discrecionalidad, y sin establecerse distinciones en cuanto a la mayor o menor opinabilidad de la cuestión planteada. En este orden de ideas, la pérdida del depósito de garantía de impugnación operaría como una especie de condena en costas impuesta, en definitiva, no por un tercero imparcial e independiente, sino precisamente por el órgano cuyo acto se impugna". En el terreno doctrinario, esta práctica de exigir garantías de impugnación a los participantes del proceso licitatorio ha merecido una fuerte crítica, sobre la base -entre otros argumentos- de que no se compadece con la premisa de que en el marco del procedimiento administrativo el particular es un colaborador de la Administración -frente a lo cual no se entiende a qué viene esta carga pecuniaria-, y de que está reñida con el principio de gratuidad que rige en ese ámbito (Druetta, Ricardo T., Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante [Su incompatibilidad con los principios fundamentales del Procedimiento Administrativo], en AA.VV., Procedimiento Administrativo [Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho], Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, págs. 24-25; Mertehikian, Eduardo, La impugnación judicial de los actos contractuales, en AA.VV., Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira [Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho], Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, págs. 559-560; Comadira, Julio R., La licitación pública..., cit., págs. 46-47).

(103) En el ámbito nacional, se trata del art. 25 de la ley 19.549.

(104) Fallos: 307:2216. La Corte mantuvo el mismo criterio unos años más tarde (1991) en el caso "Schneider de Guelperin" (Fallos: 314:1147). En sentido contrario, el 24-4-84 la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en pleno sentó como doctrina judicial de acatamiento obligatorio para los tribunales del fuero que el plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 resulta de aplicación a los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato (fallo plenario dictado en los autos "Petracca e Hijos S.A. y otros c. Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial '78", LL, 1986-D-10).

(105) Fallos: 318:441. Pese a la rotunda postura asumida por la Corte en "Gypobras", un sector de la doctrina entiende que el criterio allí sentado bien puede armonizarse con lo resuelto por el propio tribunal en "Mevopal", de modo de concluir que cuando se trata de la impugnación de actos dictados durante el transcurso del proceso licitatorio, dada la interrelación que existe entre todos los actos emitidos en el marco de dicho proceso, el plazo de caducidad para impugnarlos recién comenzaría a correr a partir del dictado del acto que decide la adjudicación y pone, así, un cierre al trámite licitatorio. Algo parecido sucedería, se sostiene, con los actos dictados en el transcurso de la ejecución del contrato: para no romper con el espíritu de colaboración que debe primar entre la Administración y su cocontratante, recién a partir de la liquidación final debería comenzar a computarse el plazo perentorio de caducidad que rige para promover acciones judiciales de impugnación de los actos referidos (ver Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, cit., págs. 261-263). Es cierto, en este sentido, que en "Gypobras" se trataba, precisamente, de la impugnación del acto que dispuso la extinción del contrato, lo cual podría dar lugar a pensar que el criterio sentado en dicho fallo no resulta contradictorio con la interpretación postulada por esta doctrina. Sin embargo, esta conclusión choca contra los términos amplios en que se pronunció la Corte en dicha causa, donde el tribunal calificó de "indudable la aplicación del art. 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos a los pleitos relativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la administración", sin distinción.

(106) En efecto, mientras un sector mayoritario de la doctrina se atiene estrictamente al tenor literal del fallo, y estima, por tanto, que por medio de él la Corte ha postulado claramente la aplicación del plazo de caducidad en materia de impugnación de actos dictados en el marco de las relaciones contractuales (Monti de Hitzfelder, Laura M., La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el ámbito de los contratos administrativos, JA, 1996-IV, pág. 803; Tawil, Guido, El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, LL, 1995-E-473; Diez, Horacio P., La impugnación de los "actos administrativos contractuales", en AA.VV., Derecho procesal administrativo, Juan Carlos Cassagne [dir.], Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, pág. 1275; Minorini Lima, Ignacio J., La impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el marco de la ejecución de un contrato administrativo, en AA.VV., Derecho Procesal Administrativo, Guido Santiago Tawil [dir.], Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, págs. 430-433; Melazzi, Luis A., El caso "Condesa del Mar S.A.": Impugnación de los actos dictados en el proceso de ejecución de un contrato administrativo. Aplicación de la doctrina de los actos coligados. Plazo de caducidad para demandar, en revista Derecho Administrativo, n° 69, Buenos Aires, 2009, págs. 743-744), Cassagne entiende que el precedente en cuestión sólo se refiere a los actos que disponen la extinción del

contrato administrativo, lo cual -en su opinión- pone de manifiesto una continuidad jurisprudencial con la doctrina del caso "Mevopal", que sostuvo la inaplicabilidad del plazo en cuestión a los actos referidos a la celebración, ejecución y modificación de los contratos (ver su libro *El contrato administrativo*, cit., págs. 262-263).

(107) Fallos: 312:1017, autos "Mackentor S.A. c. Obras Sanitarias de la Nación".

(108) Fallos: 316:2454, autos "Fernando Horacio Serra y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires".

(109) He dejado sentada mi postura acerca de la interpretación que corresponde dar al texto legal reformado en punto a la aplicación del plazo de caducidad a la acción judicial promovida contra el rechazo -expreso o tácito- del reclamo administrativo previo, en el trabajo que redacté en coautoría con Pablo E. Perrino, *Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*, publicado recientemente en la obra colectiva titulada *Procedimiento administrativo*, Héctor Pozo Gowland, David Halperin, Oscar Aguilar Valdéz, Fernando Juan Lima y Armando Canosa (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, págs. 473-480, al cual remito.

(110) Ugolini, Daniela, *Perfeccionamiento del contrato administrativo*, en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho), Buenos Aires, Ediciones RAP, 2007, pág. 145. Al respecto, el art. 20 del decreto 1023/01 establece que "los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo".

(111) Barra ha expuesto con su habitual profundidad las razones de fondo que explican por qué la Administración pública carece por completo de verdadera libertad negocial a la hora de contratar (ver su obra *Los actos administrativos contractuales [Teoría del acto coligado]*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1989, pág. 15 y sigs.). Más cerca en el tiempo, sin embargo, Enrique Rivero Ysern observa una tendencia en el derecho comparado hacia una mayor libertad de pactos y negociación en la contratación pública (ver su trabajo *El proceso de formación de la voluntad de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, en AA.VV., *La contratación pública*, Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern [coords.], Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. 2, págs. 630-634).

(112) Gambier, Beltrán, *El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos*, en revista *Derecho Administrativo*, núm. 19/20, Depalma, mayo-diciembre 1995, págs. 451 y 456-457.

(113) Fallos: 316:382.

(114) Así lo sostuvo la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa "Chubut, Provincia del c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.", Fallos: 324:4199.

(115) Así lo explicó la propia Corte en la causa "Vicente Robles S.A. c. Nación Argentina", ya citada, en la cual observó que de lo contrario "bastaría con que los pliegos contuvieran condiciones que determinarían la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por el oferente se cambiarían los términos de aquéllos para los que esta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación".

(116) Dictámenes 217-115.

(117) Ídem.

(118) Ver la sentencia de la Corte Suprema en los autos "Punte c. Provincia de Tierra del Fuego", Fallos: 329:809, reiterando la doctrina que ya había adelantado en otros muchos precedentes, entre los cuales cabe citar "Vicente Robles S.A. c. Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales)" (Fallos: 316:382); "Más Consultores" (Fallos: 323:1515); "Ingeniería Omega" (Fallos: 323:3924); "Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c. Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato" (Fallos: 323:1841); "Carl Chung Ching Kao c. La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos" (Fallos: 324:3019); "Magnarelli, César Adrián c. Misiones, Provincia de y otros s/cobro de pesos" (Fallos: 326:1280); "Indicom S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s/cobro de pesos" (Fallos: 327:84).

(119) Espinoza Molla, Martín R., *La transgresión del principio de juridicidad cuyas normas imponen la licitación pública como procedimiento de selección del contratista, y la configuración de la inexistencia de los contratos administrativos*, en revista *Derecho Administrativo*, núm. 64, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 571.

(120) Ivanega, Miriam M., *El procedimiento de la licitación pública*, en www.eldial.com, pág. 13.