

La contratación administrativa: normas y principios

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NORMATIVAS. a) NACIONAL: AUSENCIA DE TEXTO EXPRESO CONSTITUCIONAL; PERO NO DE PRINCIPIOS. b) PROVINCIAL. III. ¿LIBRE CONTRATACIÓN O LICITACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO GENERAL? IV. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA CONTRATACIÓN. a) PUBLICIDAD. b) IGUALDAD. c) CONCURRENCIA. d) TRANSPARENCIA. e) OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende reseñar en forma breve los principios y la normativa imperantes en la República Argentina sobre la *contratación administrativa*. También, el tópico ha sido denominado indistintamente en nuestro país como: *procedimientos de selección del cocontratante particular; sistemas de selección del cocontratante del Estado; preselección del cocontratante estatal; sistema de selección del contratante particular de las administraciones públicas; procedimientos de selección o sistemas de contratación pública*².

¹ Profesor Titular por concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Provincia de Mendoza, República Argentina.

² Ismael FARRANDO (h.), «Introducción. Régimen normativo de contrataciones del estado», en Ismael FARRANDO (h.) –Director– y otros, *Contratos administrativos*, Prólogo de Agustín GORDILLO, Bs. As., Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2002, pp. 19-21. Ampliar en Julio Rodolfo COMADIRA, *La licitación pública*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 4; Jorge Luis SALOMONI,

El tema es de importancia, ya que una mayor calidad en estos procedimientos previos de selección del cocontratante estatal, sin duda, redundará en un mejor resultado; que debe ser el fin de este procedimiento: lograr un mejor contrato administrativo³, para obtener una mejor protección del interés general.

II. NORMATIVAS

a) NACIONAL: AUSENCIA DE TEXTO EXPRESO CONSTITUCIONAL; PERO NO DE PRINCIPIOS

Se ha debatido en nuestro país si el procedimiento de la licitación debe ser considerado como la regla general de la contratación pública o no (punto sobre el que volveremos en el próximo parágrafo). Pero, además, debemos señalar que el debate ha comprendido también los interrogantes sobre si, en la hipótesis que deba considerarse como regla general, ésta se fundamenta o no en la Constitución Nacional⁴.

La Constitución argentina de 1853-60 —y su reforma de 1994— carecen de un texto expreso que lo erija como procedimiento obligatorio de carácter general. No obstante, parte de la doctrina nacional sostiene que «fluye» de la norma constitucional y este precepto se exigiría como principio⁵.

«El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores», en *Rev. Actualidad de Derecho Público (AeDP)* n° 10, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 1999, p. 93.

³ En la Argentina se ha debatido en los últimos tiempos acerca de la *sustantividad* del contrato administrativo, las denominadas *cláusulas exorbitantes del Derecho común* y los alcances de la *subordinación* del cocontratante a la Administración. Esta polémica fue protagonizada por los profesores MAIRAL y CASSAGNE; habiendo luego terciado en ella los profesores BARRA y BIANCHI. Sobre el particular puede ampliarse en Alejandro PÉREZ HUALDE, «Contratos Administrativos: Versión crítica», en Ismael FARRANDO (h.), *Contratos administrativos*, cit., Cap. XV, pp. 439 y ss. La polémica argentina tampoco ha sido ajena últimamente a comentarios de la doctrina extranjera; v.gr., la española. Sobre el particular, ver las referencias de Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El debate sobre la figura del contrato administrativo», en *Rev. de Derecho Administrativo* (RDA), año 15, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, pp. 289-291.

⁴ Para un importante sector de la doctrina nacional, el fundamento de la licitación como «regla» deriva de la propia constitución. Julio COMADIRA en enjundioso estudio, concluye que la base constitucional está, fundamentalmente en el art. 16 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de igualdad («...*Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*»). COMADIRA señala que «... no se debe suponer que esas previsiones alcancen únicamente a éstos (los empleados públicos) dejando desprotegidos a quienes quieran vincularse con el Estado mediante una relación contractual que no los subordine a éste». Cfr. Julio COMADIRA, *Derecho administrativo*, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, pp. 304-305.

⁵ Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, 4.ª ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2000, cap. XII, p. 1, con citas de Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 43, y Eduardo MERTEHIKIAN, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1999, pp. 237-239.

Sí podemos señalar que a nivel de *rango legal* la licitación pública siempre estuvo prevista como procedimiento general obligatorio —salvo excepciones tasadas, al decir de SALOMONI⁶. En efecto, la Ley de Contabilidad, n.º 428, del 26 de septiembre de 1870⁷, así lo establecía en su art. 31; como la Ley de Obras Públicas, n.º 775, del 17 de julio de 1876, en su art. 3.^º⁸. Todas las leyes de obras públicas o contabilidad que se sancionaron posteriormente, como los reglamentos de contrataciones, establecieron a la licitación como regla general de las contrataciones del Estado, salvo las excepciones expresas que todos esos mismos textos indicaron.

Partiendo entonces de la base que no existe cláusula constitucional que reconozca en forma expresa a la licitación como «regla general», debemos señalar que, actualmente, el sistema *legal* vigente sí la consagra. En efecto, así lo ha previsto el «Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional», sancionado por el Decreto delegado 1023/01⁹ —modificado por los Decretos de necesidad y urgencia 2508/02¹⁰, 666/03 (BO 25/03/03) y 204/04 (BO 19/02/04)—, al que se le

⁶ Jorge Luis SALOMONI, «El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores», en *ob. cit.*, p. 95.

⁷ *Anales de Legislación Argentina* (ADLA), I-1852-1880, p. 922.

⁸ El art. 3.º de la Ley 775 decía en su primera parte: «De acuerdo por lo prescrito por la Ley de Contabilidad del 26 de setiembre de 1870, las obras que se ejecuten por cuenta de la Nación deberán contratarse previa *licitación pública*, salvo en los casos siguientes...». La Ley 775, de 1870, rigió durante 71 años en la Argentina, hasta la sanción en 1947 de la Ley 13064 (aún hoy vigente), y recibió mayoritariamente de la doctrina grandes elogios; vgr., como una de las «grandes leyes del país» y que bajo su amparo se efectuaron la mayoría de las construcciones nacionales de importancia. Cfr. Fernando F. MÓ, *Régimen legal de las obras públicas. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Bs. As., Depalma, 1966, pp. 8-9. Minoritariamente, la ley 775 también fue criticada. En este sentido, uno de los primeros administrativistas argentinos le adujo «falta de flexibilidad» por sus «términos inalterables». Cfr. Lucio V. LÓPEZ, *Derecho Administrativo Argentino*, Bs. As., Imprenta de La Nación, 1902, p. 428.

⁹ *Boletín Oficial de la República Argentina* (BO) del 13/08/01: «Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional». Ampliar en Julio COMADIRA, *Derecho administrativo*, 2.ª ed., cit., pp. 275 y ss.; Juan M. GONZÁLEZ MORAS, «La postergada vigencia de las preferencias al trabajo nacional en las contrataciones del sector público», en *Actualidad en el Derecho Público*, n.º 15-16, 2001, Bs. As., Ed. Ad Hoc, pp. 163, p. 4.1.; Alfredo Silverio GUSMAN, «La licitación pública y sus distintas fases en el nuevo régimen de contrataciones administrativas», en *RDA*, año 14, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, pp. 113-129; e Ismael FARRANDO (h.), «Introducción...», en *Contratos administrativos*, cit., pp. 33-36.

¹⁰ BO 05/12/02. El decreto modificatorio propugna posibilitar la contratación preferencial con las Universidades nacionales. La norma infería a pensar que la contratación directa con las mismas quedaría encuadrada en dos de las excepciones al principio de la licitación: la especialidad del cocontratante y el carácter interadministrativo de la relación. Cfr. Mariana ORTIZ DE ZÁRATE y Horacio Pedro DíEZ, «Las recientes modificaciones al Dto. 1023/2001. Régimen de Contrataciones de la administración nacional», en *RDA*, año 15, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, p. 474. Por nuestra parte agregamos que, *a posteriori*, el Decreto 666/2003 derogó esta excepción, que fue restablecida luego por el Decreto 204/2004.

aplica, en cuanto no contradiga sus principios, la reglamentación sancionada anteriormente por el Decreto 436/00¹¹.

Expresamente, dicho Régimen de Contrataciones dispone en su *art. 24* que el procedimiento de la licitación pública *es la regla genérica* de aplicación a los contratos mencionados en su *art. 4.º*, es decir, a los de: a) compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; y b) obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias¹². La Ley de Obras Públicas nacional, n.º13064, también recepta en forma expresa a la *licitación pública como regla general*¹³.

En síntesis, si bien no existe cláusula constitucional expresa –no obstante, según sólida doctrina, emanar de diversas cláusulas constitucionales¹⁴–, el principio de la licitación pública es considerado actualmente como regla «general» ya que impera legalmente; y muy difícil sería hoy sostener la «libre elección» a tenor de los tratados internacionales que integran el «bloque de constitucionalidad» según la reforma constitucional de 1994, y a los que se ha adherido nuestro país posteriormente; v.gr., la CICC¹⁵.

¹¹ BO 30/05/00: «Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional». Cfr. Ismael FARRANDO (h.), «Introducción...», en *Contratos administrativos*, cit., pp. 33-36. COMADIRA también ha aceptado la aplicación de la reglamentación del Decreto 436/00 mientras no se contradigan los preceptos del Decreto 1023/01 y hasta tanto de dicte una nueva reglamentación de este último. Cfr. JULIO COMADIRA, *Derecho administrativo*, 2.ª ed., cit., p. 275, nota 752.

¹² Por otra parte, el art. 4.º del Decreto 1023/01 excluye de su aplicación a los contratos de empleo público –tiene su propio régimen sancionado por Ley 25164, reglamentada por Decreto 1421/02 (BO 09/08/02)–; las compras por caja chica; los contratos que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de Derecho Público internacional, con instituciones multilaterales de crédito; y los comprendidos en operaciones de crédito público.

¹³ Fernando F. MÓ, *Régimen legal de las obras públicas. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, cit., pp. 71 y ss.

¹⁴ Julio R. COMADIRA, *La licitación pública*, cit., pp. 93 y ss., donde desarrolla los serios argumentos ya señalados en nota anterior para basar la constitucionalidad del principio, fundamentalmente, en los lineamientos del Preámbulo y en los arts. 16, 75 (inc. 23) y 42 de la Const. Nacional, como en los Tratados que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75 (inc. 22) que consagran el principio de igualdad. Participan de tesis similares: Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, cit., p. 43, y Eduardo MERTEHIKIAN, *Ley de administración financiera y control de gestión*, cit., pp. 237/239.

¹⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en Argentina por Ley 24.759 (B.O. 17-01-1997). Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 5.ª ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. XVI; y T. II, 4.ª ed., 2000, caps. XII-3 y ss., y Marisa Laura PANETTA, «Ámbito de aplicación de las normas anticorrupción», en RDA, 2002, año 14, Bs. As., Lexis Nexis, pp. 425 y ss.

b) PROVINCIAL

En el ámbito del Derecho Público provincial, las Constituciones provinciales que establecen el principio de la licitación pública para la totalidad de las contrataciones estatales son las de Catamarca, Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén¹⁶, Santiago del Estero y Tucumán¹⁷.

En cambio, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sólo la exige para la venta de los bienes del fisco y la contratación de obras públicas; la de Corrientes, para la venta de bienes raíces; la de Formosa, para venta de sectores de explotación de bosques; las de La Pampa y San Luis, para la contratación de servicios públicos.

No obstante, entendemos que puede considerarse *un principio general* que recepta la casi totalidad de la *legislación provincial* referida a la selección del cocontratante estatal, provincial o municipal.

III. ¿LIBRE CONTRATACIÓN O LICITACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO GENERAL?

La tradicional postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), formulada en la causa *Meridiano*¹⁸, de 1979, que coincidía con la del eminente MARIENHOFF¹⁹ en cuanto a que el principio general en

¹⁶ Puede compulsarse una excelente síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Superior (TS) de la Provincia del Neuquén sobre contratos administrativos y procesos de selección del cocontratante en María Julia BARRESE y María Victoria BACCI, «Contratos Administrativos. Reseña de jurisprudencia del TS de Neuquén», en RDA, 2000, año 12, Bs. As., Depalma, pp. 495-574.

¹⁷ Alejandro PÉREZ HUALDE, «Los contratos del estado en las constituciones provinciales», en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho Público Provincial*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ed. Martín Fierro, 1991, cap. 13, pp. 365 y ss.

¹⁸ *Fallos* 301:292 y en *El Derecho* (ED), T. 83, p. 444, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, *Principios del Derecho Administrativo en un fallo de la Corte*. Puede ampliarse en Jorge SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», cit., p. 100, y en Julio R. COMADIRA, *La licitación pública*, cit., p. 85.

¹⁹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Bs. As. Abeledo-Perrot, reimpresión 1974, p. 174, n.º 629. La postura de MARIENHOFF estuvo inspirada, según sus notas, en obras francesas (WALINE, DE LAUBADÈRE, RIVERO y PÉQUIGNOT) y portuguesas (CAETANO) referidas al concesionario de servicios públicos, en torno del cual se resaltaban las características *intuitu personae* del contrato y el *factor confianza* en el cocontratante, como, además, el requisito de contar con competencias técnicas y solvencia económica; lo que les llevaba a concluir que el medio más idóneo para obtener dicha elección era la *libre contratación*. Cfr. MARIENHOFF, *ob. cit.*, T. III-A, p. 160, n.º 627, nota 174. No obstante, el eminente maestro concluía su pensamiento señalando que «... pero aun cuando el derecho vigente no lo exigiere como requisito esencial, nada obsta a que, en el caso concreto, la Administración Pública recurra a la "licitación" como procedimiento de elección de su cocontratante. Trataríase de un procedimiento superfluo que, lejos de viciar el acto, lo rodea de juridicidad, dadas las garantías de seriedad que es lógico deducir de una licitación llevada a cabo correctamente» (*ob. cit.*, p. 176, n.º 629 *in fine*; la bastardilla nos pertenece).

las contrataciones públicas es la *libre elección*, no ha tenido cambios jurisprudenciales rotundos hasta el momento, ya que ha sido seguida posteriormente en la causa *Almacenes del Plata*²⁰, en 1988.

No obstante, en últimos pronunciamientos, v.gr. *Servicios empresariales Wallabies* (2000)²¹ y *Magnarelli* (2003), la CS ha resaltado que la validez y eficacia de la contratación administrativa «... *se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a las formas y procedimientos de contratación –licitación pública– máxime si se tiene en cuenta que la prueba de la existencia misma del contrato está íntimamente vinculada a la forma en que queda perfeccionado*»²².

Para nosotros es acertada la aguda conclusión de SALOMONI respecto de que el *principio de la libre elección*, más que un principio *general*, sería sólo un principio de carácter *residual*²³ ya que se aplicaría sólo cuando «*no haya texto que la exija*». Y en realidad, como ya hemos visto, en Argentina la *licitación pública* es exigida como regla general —salvo las excepciones admitidas— por todos los textos legislativos relacionados con las contrataciones públicas (Ley de Obras Públicas, Reglamento de Contrataciones de la Administración, etc.); y por la mayoría de las Constituciones provinciales.

IV. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA CONTRATACIÓN

Los principios que a continuación se exponen son los que han sido denominados principios «*propios*»²⁴ o «*específicos*»²⁵ de la licitación pública, es decir, aquellos principios *especiales* o *propriamente dichos* relacionados con la licitación, amén de otros de índole general del procedimiento administrativo que también le serán aplicables, como se verá luego.

²⁰ Fallos 311:2385 y en *La Ley* 1990-A-620, con nota de Jorge L. MAIORANO, *La Corte Suprema mantiene su doctrina en materia de selección de contratista estatal*. Ampliar en COMADIRA, *La licitación...*, cit., p. 85, y SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», cit., p. 100.

²¹ CS, 11/07/00, *Servicios empresariales Wallabies SRL c/ Prov. de Salta*, en DJ 2001-1-387.

²² CS, 10/04/03, *Magnarelli César c/ Prov. de Misiones y Otros*, en DJ 2003-2-846.

²³ Jorge SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», cit., p. 100. BERÇAITZ, refiriéndose al principio de la *libre elección*, y sincerándose, señala que en realidad es una «*libertad teórica*» de la Administración en cuanto al límite de que «no haya norma expresa...»; ya que esa norma «aparece a cada paso», relegando la libre elección del cocontratante a casos de excepción. Cfr. Miguel Ángel BERÇAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2.^a ed., Bs. As., Depalma, 1980, p. 312, (las comillas no están en el texto del autor).

²⁴ Mónica BUJ MONTERO, «La licitación pública: principios generales», en Ismael FARRANDO (h.) –Director– y otros, *Contratos administrativos*, Prólogo de Agustín GORDILLO, Bs. As., Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2002, p. 90.

²⁵ Julio R. COMADIRA, *La licitación pública*, cit., p. 41 y *Derecho Administrativo*, 2^o ed., cit., p. 289.

Vale aclarar que la aplicación de los principios que tratamos a la «licitación pública» se extiende, obviamente, a cualquier otro procedimiento de selección pública de cocontratante; v.gr. licitación privada, concursos, etc.

Estos principios son *equivalentes* y deben conjugarse armónicamente unos con otros, sin que la aplicación de alguno vaya en desmedro de otro, descartando prevalencias absolutas que puedan implicar la supresión de otro principio²⁶.

a) PUBLICIDAD

El principio de publicidad debe enfocarse desde un doble punto de vista, a saber: a) como hecho de la publicación del acto del llamado a licitación, que debe ser sumamente amplio, y b) como la posibilidad de acceso al conocimiento del procedimiento licitatorio por parte de todo interesado, salvo excepciones debidamente justificadas que no son fáciles de encontrar en la licitación pública²⁷.

La publicidad constituye la garantía de que todo en el procedimiento licitatorio se hará correctamente. Los posibles licitadores u oferentes deben adquirir debido conocimiento del llamado a licitación y de los actos y hechos del procedimiento licitatorio, los que deben ser abiertos al público en general y a los licitadores en particular²⁸.

Por el principio de publicidad, los oferentes tienen derecho a conocer todo lo concerniente a las ofertas de los demás oferentes —una vez presentadas éstas— y también los dictámenes de los organismos técnicos que evalúan las ofertas²⁹.

Se ha discutido si los oferentes tienen derecho a conocer el procedimiento de *evaluación* de las ofertas: unos piensan que no, ya que sería un trámite interno de la Administración³⁰, y otros³¹, a los que nos adhe-

²⁶ Jorge SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», p. 110. En el mismo sentido, y tendiendo a armonizar los principios de igualdad y concurrencia, puede verse a Alberto M. SÁNCHEZ, «Licitación pública ¿concurrencias vs. igualdad?», en RAP. n.º 253, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1999, y en *Estudios de Derecho Administrativo*, San Juan, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, 2001, pp. 145 y ss.

²⁷ Alejandro PÉREZ HUALDE, en Ismael FARRANDO (h.) y Patricia MARTÍNEZ —Directores—, *Manual de Derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 2.ª reimpresión, 2000, p. 309. En el mismo sentido, Roberto DROMI, *Licitación Pública*, 2.ª ed., Bs. As., ECA, 1995, p. 104, y Héctor MAIRAL, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Bs. As., Depalma, 1975, p. 20.

²⁸ Mónica BUJ Montero, «Licitación pública: principios generales», cit., p. 92.

²⁹ Héctor MAIRAL, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, cit., p. 21.

³⁰ Voto del Dr. Buján en el Fallo *Finmeccánica Spa Aérea Alenia Difesa c/ Ministerio de Defensa*, Cam. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala I, 06/10/1998, en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo a cargo de Agustín GORDILLO, Bs. As., 16/04/1999, pp. 38-46.

³¹ Cfr. voto del Dr. Licht en la causa *Finmeccánica*, citado en la nota anterior; e Ismael FARRANDO (h.), «La oferta», en *Contratos administrativos*, pp. 310-311.

rimos, postulan que sí, en la medida que: a) la publicidad es uno de los principios «rectores» de la licitación; b) toda la actividad estatal —salvo razones de defensa y seguridad— debe ser pública; c) la publicidad, como la igualdad, son consecuencia de la forma republicana de gobierno; d) la publicidad está garantizada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), que la Argentina ha ratificado por Ley 24759 (BO 17/01/97); e) la posibilidad de acceder a los dictámenes de los organismos técnicos —a lo que generalmente los funcionarios públicos se oponen celosamente— conlleva, en definitiva, muchos menos perjuicios para la Administración que los alegados por dichos funcionarios; y f) favorecerá, sin duda, la observancia de la legalidad y la transparencia del procedimiento³².

Por último, en cuanto a los postulados de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por ley en la Argentina, los que se encuentran en juego en relación con el caso que analizamos son los referidos a la aplicabilidad³³, en los ámbitos institucionales de cada Estado, de las medidas destinadas a *crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que aseguren la publicidad, seguridad y eficiencia de tales sistemas*³⁴. En nuestro país, el maestro Agustín GORDILLO ha sido uno de los más fervientes defensores de la estricta aplicación de la CICC³⁵.

b) IGUALDAD

Los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a

³² Cfr. Ismael FARRANDO (h.), «La oferta», en Ismael FARRANDO (h.) —Director—, *Contratos administrativos*, cit., pp. 310-311. Voto de la mayoría en el fallo *Finmeccánica*, cit., en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo a cargo de Agustín GORDILLO, Bs. As., 16/04/1999, pp. 38/46.

³³ SALOMONI ha indagado con agudeza si esa aplicabilidad sería directa o no; es decir, si la CICC debe considerarse operativa o programática. Siguiendo a BIDART CAMPOS en la definición de estos dos conceptos, llega a la conclusión que no sería operativa en la medida que se «... supedita la vigencia de la norma a la sanción en cada estado de una norma local que contenga los principios enunciados en la convención». Cfr. Jorge Luis SALOMONI, «El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores», cit., p. 116, nota 40. Por nuestra parte nos hemos adherido al criterio de la operatividad sostenido en el fallo *Finmeccánica*, glosado en nota anterior; señalando ahora que, aun en la postura más estricta, después de la sanción de la Ley 25188, de Ética Pública, promulgada posteriormente, no podría decirse que la norma es programática. En tal sentido, el art. 2.º, inc. h), de la Ley 25188 exige a los funcionarios, en las contrataciones públicas en las que intervengan, la observancia de los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

³⁴ Art. III, inc. 5.º, CICC. Ampliar en Julio R. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, 2.ª ed., cit., pp. 298 y ss.

³⁵ Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 5.ª ed., Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. XVI; y T. II, 4.ª ed., 2000, caps. XII-3 y ss.

unos en detrimento de otros³⁶. En otros términos, la igualdad exige que «... desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas»³⁷.

Bien se ha dicho que el principio en análisis tiene dos etapas perfectamente delimitadas: La primera comprende desde la confección de la documentación licitatoria hasta la adjudicación y la firma del respectivo contrato; etapa donde la Administración deberá garantizar los derechos y obligaciones de los participantes en perfecta igualdad, sin favoritismos. La segunda comprende el lapso desde la firma del contrato hasta la terminación normal o anormal del mismo; y supone la aplicación de este principio la imposibilidad de alterar los derechos y obligaciones de las partes³⁸.

La Administración debe garantizar la igualdad de posibilidades para llegar a la adjudicación. Ahora bien, debe decirse también que la igualdad no se agota en la etapa de selección, sino que debe reconocerse y asegurarse durante toda la vida del contrato.

El acto de adjudicación debe efectuarse conforme pautas o estándares legales objetivos. Ésa es la igualdad que debe garantizar el ordenamiento jurídico-administrativo: las mismas posibilidades a todos los participantes para acceder al contrato, que importa la eliminación de cualquier tipo de subjetividad o arbitrariedad que impida la limpia competencia, sin discriminaciones —que no fueren legales—, para llegar al acto final de adjudicación del contrato.

Este aspecto del principio de igualdad, consistente en la garantía de todos los oferentes de gozar de igualdad de oportunidades en acceder a la adjudicación del contrato³⁹, ha sido reconocido por la CS de Argentina en la causa *Elinec S.R.L. y Otro*⁴⁰.

³⁶ Mónica BUJ MONTERO, «Licitación pública: principios generales», cit., p. 93.

³⁷ miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., T. III-A, pp. 203-204. En sentido concordante. Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, T. II, ob. cit., p. 479; Jorge SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», p. 106; Agustín GORDILLO, *Tratado...*, T. II, 4.ª ed., cap. XII, pp. 19 y ss.; Julio R. COMADIRA, *La licitación...*, pp. 44 y ss.; Bartolomé FIORINI, *Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976, p. 636, quien al lado del principio de igualdad coloca también la «imparcialidad», formando ambos el principio de «correcto tratamiento» (p. 637); María de las Mercedes CALOGERO, «Los principios en los procedimientos de selección del contratista», en RDA. 1999, año 11, Bs. As., Depalma, pp. 202 y ss.; Norma Graciela CHIAPPARRONE, «La preselección del cocontratante estatal», en *La Ley*, 09/03/2000.

³⁸ Jorge SALOMONI, «El instituto de la licitación pública...», pp. 106-108.

³⁹ Un panorama muy amplio sobre las alternativas en torno a la «adjudicación» del contrato puede compulsarse en Patricia Raquel MARTÍNEZ, «La adjudicación», en Ismael FARRAND (h.) —Director—, *Contratos administrativos*, cit., cap. X, pp. 341-370.

⁴⁰ Fallos 303:2108, CS, 31/12/1981, *Elinec S.R.L. y Otro*. Ampliar en Mónica BUJ MONTERO, «La licitación pública: principios generales», cit., p. 93, nota 39.

La doctrina especializada argentina ha estudiado el principio de igualdad en sus más diversos aspectos, en relación con la elaboración, aclaración, modificación y criterios de interpretación de los pliegos de condiciones; en la presentación, inmodificabilidad y mejora de ofertas; como también la aplicación del principio en la proyección del contrato⁴¹.

c) CONCURRENCIA

Por el principio de la concurrencia⁴² se persigue que en el procedimiento de selección participen la mayor cantidad de oferentes. Es bueno para los intereses públicos que la Administración pueda elegir entre un universo mayor de participantes.

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia argentina avanzan en reconocer que el procedimiento licitatorio *no debe ser una especie de carrera de obstáculos*, que al final produzca el efecto no querido que llegue el más caro, o el ineficiente, pero que fue el único que cumplió con una y mil formalidades.

La concurrencia es el libre acceso de todos aquellos que reúnan los requisitos contenidos en la Ley que rige la licitación y el contrato, como en los pliegos licitatorios⁴³. *Mediante este principio, en definitiva, se pretende seleccionar a la mejor oferta entre la mayor cantidad de oferentes jurídicamente posible*. Esto ayuda a «moralizar» el procedimiento, dando lugar a menores espacios de corrupción o «connivencias» en aquél.

La tendencia debe ser hacia un «*menor formalismo por el formalismo mismo*», es decir, a eliminar el detallismo que pueda llevar a un exceso ritual que contradiga los fines de la licitación pública. La concurrencia tiene íntima relación y vinculación con la *publicidad*.

Por último, sintetizamos el punto con palabras de GORDILLO que creemos exactas, al referirse al excesivo formalismo licitatorio. Señala,

⁴¹ María de las Mercedes CALOGERO, «Los principios en los procedimientos de selección...», pp. 202-235; Julio R. COMADIRA, *La licitación...*, pp. 46/71.

⁴² Puede ampliarse en Ismael FARRANDO (h.), «Esquema para un balance del Derecho Administrativo al finalizar los 90», en RDA, n.º 27-29, Bs. As., Ed. Depalma, 1998, pp. 61 y ss.; Agustín GORDILLO, «El informalismo y la concurrencia en la Licitación Pública», en *Después de la Reforma del Estado*, Bs. As., FDA, 1996, cap. VII, 11, punto 2.2; Carlos A. ZUBIAUR, «El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías», en AA.VV., *Derecho Administrativo*, en homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 993; María de las Mercedes CALOGERO, «Procedimientos de selección...», pp. 235-242; y Mónica BUJ MONTERO, «La licitación pública: principios generales», p. 90.

⁴³ Sobre el régimen jurídico de los *pliegos licitatorios* en la Argentina puede verse a Daniel GÓMEZ SANCHIS, «Pliego de Condiciones», en Ismael FARRANDO (h.), *Contratos administrativos*, cit., cap. VI, pp. 205-261.

en este sentido, que «las exigencias cabe sí aplicarlas al *objeto o finalidad* del procedimiento, o sea, se debe considerar que las formas o ritualismos están fundamentalmente dirigidos *a la oferta en sí misma*, es decir, *la prestación propuesta y el precio* (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación) y no —o no en la misma medida— *a las demás condiciones formales* (*garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.*) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, pero que son obviamente de *naturaleza secundaria* al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas»⁴⁴.

d) TRANSPARENCIA

En realidad, pensamos que no es un principio «propio» o «específico» del procedimiento licitatorio, porque debería serlo de *todos los procedimientos administrativos*. Lo analizamos aquí porque es verdad también, que la selección del cocontratante estatal importa, desde la perspectiva de la Administración, la erogación de una partida presupuestaria con fines públicos; y allí es donde la transparencia debe prevalecer.

La transparencia aparece como el cumplimiento cabal de todos los otros principios propios de la licitación (publicidad, concurrencia, igualdad), y entendemos que los engloba. Es un «resultado» de su cumplimiento. También la transparencia está emparentada con el *control*⁴⁵, pudiéndose decir que no habrá una sin otro; porque, como se dijo, la licitación no es otra cosa, en este aspecto, que la disposición de fondos públicos con fines públicos.

e) OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es evidente que en el procedimiento licitatorio rigen, *obligatoriamente*, todos los demás principios del procedimiento administrativo: juridicidad legalidad objetiva; debido proceso o garantía de defensa; oficialidad; verdad material, informalismo a favor del administrado (o «formalismo moderado»); celeridad, economía y sencillez⁴⁶; como tam-

⁴⁴ Agustín GORDILLO, *Después de la Reforma del Estado*, Bs. As. Fundación de Derecho Administrativo, 1996, cap VII, p. 13.

⁴⁵ Cfr. María de las Mercedes CALOGERO, «Los principios...», p. 255-257.

⁴⁶ Daniel GÓMEZ SANCHIS, «Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo», en Ismael FARRANDO (h.) y Patricia MARTÍNEZ. (Directores), *Manual de Derecho administrativo*, cit., pp. 591 y ss.

bién el principio constitucional de *razonabilidad* (art. 28 Const. Nac.) que es una garantía innominada permanente en la actividad reglada y un límite férreo en la discrecional.

V. CONCLUSIONES

En nuestro país, si bien no se tiene una disposición constitucional expresa que consagre a la licitación pública como *regla general* del procedimiento de selección del cocontratante estatal, podemos decir que sí lo es; salvo los casos específicos en que la legislación acepta excepciones.

Desde distintas cláusulas constitucionales (v.gr., arts. 16; 75, inc. 23; 42) emanan principios de los cuales resulta que no podría considerarse a la *libre elección* la regla general, sino sólo reconocer su operatividad *residual*. Legislativamente, desde la Ley de Contabilidad de 1870, la licitación pública es el principio general.

La aplicación de los principios «propios» y «generales» de la licitación pública en torno a la correcta actuación de la Administración –y de sus funcionarios públicos–, y de los ciudadanos como colaboradores de aquélla, no tendrá plena eficacia sin conductas honrosas, de ambas partes, que alejen toda sospecha de prácticas de corrupción, que son las que, en definitiva, pervierten el funcionamiento de cualquier instituto jurídico. La *ética*⁴⁷ es, en definitiva, un principio mayor que debe envolver a todo procedimiento de selección.

⁴⁷ Puede ampliarse en Ismael FARRANDO (h.), «Proceso de selección del contratista. “Burocracia y formalismo vs. transparencia y moralidad pública”», en *Temas de Derecho Administrativo*, T. III, San Juan, Foro de Abogados de San Juan, 1999, pp. 37 y ss. La CSJN, en el fallo *Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y Otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ Contrato Administrativo*. (18/07/02; A. 308.XXXVI), confirmó una rescisión contractual por motivos de inmoralidad. Cfr. Ismael FARRANDO (h.), «Rescisión del contrato administrativo por pérdida de confianza», en *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, Suplemento de Derecho Administrativo, 23/05/2003.