

# LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO

## Una reforma ineludible.

*\* Publicado en “Tratado General de los Contratos Públicos” Cassagne Director, Tº II, Editó La Ley, Buenos Aires, 2013.*

***Por Eduardo García Rajo***

### I.- INTRODUCCIÓN

El Instituto de la adjudicación cobra especial relevancia en el decurso de la selección del contratista particular pues supone, por una parte, su culminación, y abre, a su vez, la condición para que este mismo proceso sea revisado.

El concepto de adjudicación, su naturaleza jurídica - en orden al criterio por el que se rige - la evolución de dicho paradigma y el sistema impugnatorio serán brevemente reseñados en este trabajo, que se detendrá, finalmente, con una referencia a la actual situación en la legislación de la Unión Europea.

### II. NOCION DEL TÉRMINO

El Diccionario de la Real Academia Española define el verbo adjudicar en su primera acepción como *“Declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho”* y en la tercera nos dice *“En ciertas competiciones, obtener, ganar, conquistar”*. Supone pues, esta primera noción, la idea de dos actores: alguien que *“confiere”* o *“declara”* y otro que *“compite”*, *“gana”* o *“conquista”*. Lo anterior conlleva la idea de una relación asimétrica, donde hay uno que *“confiere”* y otro que *“compite”* y eventualmente *“conquista”*. Así, en términos gramaticales, parece insinuarse el marco normativo *“exorbitante”* del derecho administrativo, que confiere al Estado comitente una serie de prerrogativas, cuyo análisis intentaremos.

El maestro Marienhoff enseñó que la adjudicación *“Es el acto de la Administración Pública en que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cual de ellas es la más conveniente y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular”*. (El enfatizado pertenece al original)<sup>1</sup>. De esta definición surge, a su vez, la naturaleza jurídica del acto: *“Tal es su naturaleza jurídica: aceptación de la propuesta más conveniente”*<sup>2</sup>.

Como vemos, la noción misma del acto aparece vinculada a la de *“conveniencia”*, que se nos presenta así como requisito esencial que le confiere sustento y validez y al mismo tiempo se manifiesta como la meta, el fin perseguido por todo el proceso de selección, cristalizado ahora en este acto: obtener la oferta más conveniente.

En ese sentido, Sayagués Laso decía: *“Se trata, pues, de una declaración de voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el oferente”*<sup>3</sup>

### III.- LA EVOLUCIÓN DEL PARADIGMA “CONVENIENCIA”

Para Marienhoff quedaba claro que la solvencia moral, técnica y económica de los oferentes quedaba dilucidada en la etapa de selección mediante la intervención de los registros públicos de proveedores del Estado y de constructores de obras públicas, quedando pues como criterio automático el precio más bajo, como único elemento determinante de oferta más ventajosa, es decir, la más conveniente.

Por su parte, la normativa de la época consagraba este principio. Veamos.

El decreto 6900/63 reglamentario del llamado decreto ley 23.354/1956 decía en su Art. 55 “in fine”: *“ . . .considerándose ofertas admisibles aquellas*

---

<sup>1</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tº II-A, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 243.

<sup>2</sup> MARIENHOFF, ob.cit., pág. 250.

<sup>3</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *“La licitación pública”*, Montevideo, 1940, pág. 51.

*que, ajustadas a las bases de la contratación, sean rechazadas por estimarse su precio inconveniente”*

Tal lo establecía también el antiguo reglamento del Art. 61 de la Ley de Contabilidad, llamado *“Reglamento de las Contrataciones del Estado”*, Decreto 5720/72, que en sus Arts. 70, 76, 139 y 150 aludían precisamente al *“menor precio”*. Así, el Art. 70 rezaba: *“Para el examen de las propuestas presentadas, se confeccionará un cuadro comparativo de precios”*. Y el 76: *“La preadjudicación deberá recaer en la propuesta que sea la de más bajo precio. . .”*

Pero ya el decreto 1547, de fecha 7 de diciembre de 1999 enunciaba: *“CRITERIO DE SELECCION. La adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta la calidad, el precio, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.”*, con lo cual se abandonaba el criterio único del precio y se lo relativizaba.

Rápidamente esta norma fue suspendida a los pocos días por el decreto 137 del 23 de diciembre de 1999 y finalmente derogada en poco más de dos meses, cuando se dictó el decreto 184 de fecha 29 de febrero de 2000. Resulta interesante la lectura de sus fundamentos: *“Que en el marco de una serie de consultas efectuadas con organismos oficiales, sectores empresarios y organizaciones no gubernamentales, se ha puesto de manifiesto que el reglamento suspendido en virtud del Decreto N° 137/99 no resulta un instrumento adecuado para regir las contrataciones del Estado, toda vez que, dicho cuerpo normativo desatiende esenciales demandas de transparencia, competitividad y libre concurrencia, reclamamos estos exigidos por el conjunto de la sociedad.”*

Parecía restablecido el criterio único del menor precio cuando el 30 de mayo de 2000 se sanciona el decreto 436 cuyo Art. 23 y bajo el título *“Criterio de Selección”* vuelve al modelo del derogado decreto 1547/99. Expresa su Art. 23 primer párrafo: *“La adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta*

*más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.”*

Y el actual Art. 15 del decreto 1023/2001 “*Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*” que se refiere expresamente al “*Criterio de selección*” establece en su primer párrafo que: “*La adjudicación deberá realizarse a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.*”, con lo cual reduce el “*precio*” a uno de los términos incluidos en la fórmula pertinente para conformar el criterio adjudicatorio, dejando este elemento como pauta preponderante – aunque no exclusiva - de la “*conveniencia*” , en el supuesto expresado en su segundo párrafo: “*Cuando se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común, cuyas características puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá, en principio, como oferta más conveniente, la de menor precio*”.

El reglamento del citado Régimen, aprobado por el decreto 893/12, en su artículo 155 enfatiza que: “*El criterio de selección para determinar la oferta más conveniente deberá fijarse en el pliego de bases y condiciones particulares, y allí podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o bien por otro que elija la autoridad competente al aprobar el respectivo pliego: a) Adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica de entre los que hubieran resultado preseleccionados. b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado el mayor puntaje final, sobre la base de la ponderación de los puntajes obtenidos en cada una de las propuestas.*”

La normativa relativiza entonces el factor precio, adoptando la postura doctrinaria expresada entre otros - y por mencionar los de antigua data - por Mó<sup>4</sup> y antes por Fiorini y Mata<sup>5</sup> y sostenida desde antiguo por la Cámara

---

<sup>4</sup> MO, Fernando, “*Régimen Legal de las Obras Públicas*”, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 168.

Argentina de la Construcción<sup>6</sup>. Se contraponen a las posiciones no menos remotas, de Jèze<sup>7</sup> y Boquera Oliver<sup>8</sup> y más recientemente de Dromi<sup>9</sup> y recoge cierta postura de la Procuración del Tesoro<sup>10</sup>.

En un reciente trabajo de Ariel Cardaci Méndez y Guido Dubinsky<sup>11</sup> se hace referencia, siguiendo a Liendo<sup>12</sup> a una cuestión que compendia, a nuestro criterio, la clave misma de esta problemática y que podría resumirse en este interrogante: ¿Cuándo comienza el proceso de selección del contratista particular?

Planteado en tales términos, aparece notorio que la oferta supone una cierta calidad en el oferente para traspasar el primer umbral de admisibilidad de la misma y está referida a su inscripción – vigente y en regla – ante el registro pertinente.

Por caso, el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, órgano de la órbita de la Secretaría de Obras Públicas, del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, fue creado por decreto N° 1254/90, cuyo Art. 3° reza: *“Los pliegos Para la construcción de obras públicas o para locaciones de obra, emanados de los entes enunciados en el artículo 1°, ya sean de condiciones generales o particulares, no deberán contener exigencias tendientes a verificar extremos ya acreditados ante el Registro. Si las contuvieren, tales exigencias serán consideradas nulas.”*

---

<sup>5</sup> FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *“Licitación Pública”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 142.

<sup>6</sup> Véase el artículo del Ingeniero Luis De Carli *“Obras por administración directa y por contrato”* presentado en el VI Congreso Panamericano de Carreteras realizado en Caracas, Venezuela, entre el 11 y el 23 de julio de 1954 y editado por la Cámara Argentina de la Construcción.

<sup>7</sup> JÈZE, Gastón, *“Principios Generales del derecho administrativo”*, Tº IV, Depalma, Buenos Aires, 1950, pág. 72

<sup>8</sup> BOQUERA OLIVER, José María, *“Valoración de los sistemas de selección del contratista”*, Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de derecho Administrativo, celebrado en Mendoza en 1977.

<sup>9</sup> DROMI, Roberto, *“Licitación Pública”*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 425.

<sup>10</sup> Dictámenes 87:90 y 97:395 entre otros.

<sup>11</sup> En *“Contrataciones de la Administración Nacional”*, obra colectiva dirigida por REJTMAN FARAH, Mario, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, págs. 158 y ss.

<sup>12</sup> LIENDO, Horacio T. (h), *“La adjudicación del contrato de obra pública”*, LL 1981-B-786 y ss

Recuérdese que el citado registro requiere a los interesados una completísima documentación que acredite su condición societaria, impositiva y previsional, como la más completa reseña de su equipamiento motorizado y fijo, amén de la plena justificación de su representante técnico y demás profesionales y todo ello debe ser abonado por la presentación de documentación respaldatoria certificada, que debe actualizarse periódicamente.

Con tales elementos el órgano emite el pertinente "*Certificado de Capacidad de Contratación Anual*", antes denominado de "*capacidad técnico financiera*", que determina precisamente el rango límite de oferta para el que está habilitado a operar el oferente. Agreguemos que el citado certificado se emite por especialidades (obras civiles, de electromecánica, hidráulica, etc.)

El licitante deberá al momento de efectuar su oferta, presentar el susodicho certificado de capacidad técnico financiera y en caso de ser adjudicada la obra deberá gestionar y presentar otro certificado, también emitido por el Registro citado, denominado "*Certificado para adjudicación*", para cuya obtención deberá gestionar un documento donde el ente licitatorio certifique el monto de la oferta, la fecha de adjudicación o preadjudicación y el plazo de ejecución en meses.

Baste decir que para el caso de comprobación de falsedad en la información o documentación aportada por el contratista, el decreto reglamentario del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, N° 1724/93, establece en su Art. 9° penas que llegan hasta la suspensión, que implica obviamente la imposibilidad de participar en ofertas públicas, de hasta cinco años<sup>13</sup>.

Y aún antes de proceder a la adjudicación, el organismo contratante deberá "*acceder al Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) con el fin de obtener información sobre los oferentes que se presenten en los procedimientos de selección que se tramiten en sus respectivos ámbitos*"<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Igual solución trae el art. 146 del decreto 436/2000.

<sup>14</sup> Conf. Art. 78 inc. B I del decreto 436/2000.

Dicho sistema es administrado por la Oficina Nacional de Contrataciones, órgano dependiente de la Subsecretaría de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía de la Nación, según lo dispone el Art. 137 del decreto 436/2000, *“Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del estado nacional”*

Considerado lo anterior, ¿puede predicarse validamente que el Estado comitente debe considerar la *“idoneidad”* del oferente al momento de emitir el acto adjudicatorio?<sup>15</sup>.

Y con respecto a la *“calidad”* de lo ofrecido cabe señalar que un elemental criterio de igualdad entre las ofertas exige que la misma sea exhaustivamente detallada en los respectivos pliegos, sobre todo en los particulares, de modo de garantizar aquel principio. Esto así, determina claramente un criterio rector objetivo, predeterminado e inamovible para todos los oferentes y convierte – en tal sentido - al acto adjudicatorio en una actividad plenamente reglada.<sup>16</sup>

Concluimos con los autores citados que *“ . . .la oferta más conveniente para la Administración es aquella que, ajustada a pliego, ofrezca el menor precio o, en el caso de la concesión de bienes del Estado, brinde mayor canon ”*<sup>17</sup>.

Esta solución se nos manifiesta como la más adecuada para acotar los márgenes de discrecionalidad y aún de arbitrariedad que se verifican a diario en algunos actos licitatorios donde puede comprobarse sin dificultad cómo se utilizan criterios de selección y adjudicación que no están contemplados en las bases del llamado y originan una conflictividad judicial que puede y debe evitarse en beneficio del interés común.

---

<sup>15</sup> Conf. Art. 15 Decreto 1023/2001.

<sup>16</sup> Véase al respecto REJTMAN FARAH, Mario, *“Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”*, Abeledo-Perrot, 2010 pág. 155.

<sup>17</sup> REJTMAN FARAH, Mario, *“Contrataciones . . .”* cit., pág165.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de consignar la autorizada voz de Cassagne<sup>18</sup> quien advierte que *“Sin embargo, en la práctica, los sistemas de registros de proveedores o constructores no han funcionado eficazmente y han sufrido los efectos de la anquilosis constitucional que viene aquejando a las organizaciones burocráticas”*.

No podemos compartir la opinión de nuestro maestro, toda vez que entendemos que, de verificarse el mal funcionamiento de los registros de proveedores o constructores, se impone su rápido remedio mediante los mecanismos institucionales previstos en el Estado de Derecho, como única solución en el marco de la legalidad.

Contrarrestar esta deficiencia mediante el dictado de normas coetáneas y superpuestas que contradicen el sistema legal de base no parece la solución más adecuada, sin perjuicio de que abre un ancho camino a la arbitrariedad de los funcionarios.

Ya lo advertía Marienhoff: *“Si no obstante haber sido una persona o entidad inscripta en el registro correspondiente, por haber acreditado a satisfacción solvencia moral, técnica y financiera, y haber luego esa persona ofrecido en una licitación el precio más conveniente, la Administración Pública estuviese facultada para no adjudicarle el contrato a esa persona o entidad, sosteniendo que, a juicio de ella, otro de los oferentes, también inscripto pero cuyo precio es menos conveniente, ofrece mejores perspectivas como cocontratante, y el contrato se celebre con esta última persona, ello destruiría la razón de ser de los expresados registros y echaría por tierra la esencia misma de la licitación, pudiendo dar lugar a proceder arbitrariorios de parte de la Administración Pública. Si los registros existen hay que asignarles y reconocerles todas las consecuencias lógicas derivadas de sus constancias”*.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *“El contrato administrativo”*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 84.

<sup>19</sup> MARIENHOFF, Miguel S. ob cit., pág. 168.



#### IV. EFECTOS DEL DICTADO DEL ACTO ADJUDICATARIO

La mención de los efectos de la adjudicación será útil para caracterizar el acto, porque nos permitirá visualizar nítidamente sus contornos.

Podríamos resumirlos diciendo que: a) Cierra el proceso licitatorio; b) Pone fin, así, a la actividad selectiva del Estado; c) Libera a los otros oferentes del mantenimiento de sus propuestas y obliga consecuentemente a la Administración a la restitución de las garantías entregadas por ellas; d) Hace nacer las acciones al adjudicatario para reclamar la instrumentación del contrato, y e) Hace nacer la facultad impugnatoria de los restantes oferentes.

Previamente digamos que no debe confundirse el acto adjudicatorio con el perfeccionamiento del contrato, como bien lo señala Cassagne<sup>20</sup>, quien destaca las peculiaridades de tal proceso.

Nuestro ordenamiento vigente, Art. 20 decreto 20123/2001 establece al respecto que *“Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación. Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes.”*

Con lo anterior queda zanjada la discusión doctrinaria entre las posturas que adherían a la teoría de la *“información”* y de la *“expedición”*, aludiendo respectivamente al momento del perfeccionamiento del contrato, ya de la notificación al contratista de la adjudicación o al de la remisión por parte de la Administración de la resolución de tal acto, y que consignó en detalle Mó<sup>21</sup>

Nos detendremos sin embargo en la última nota reseñada, esto es, la facultad del cocontratante para impugnar el acto de adjudicación puesto que el análisis de los distintos sistemas, el nuestro y el europeo, nos develará el grado

---

<sup>20</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *“El contrato . . .”*, ob cit. Págs. 87 y 88.

<sup>21</sup> MÓ, Fernando, *“Régimen legal . . .”*, ob. Cit. Págs. 171 y ss.

de calidad institucional que el corpus normativo adquiere, en orden a las garantías de tutela judicial efectiva y consecuente seguridad jurídica.

#### V. LA IMPUGNACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. LA LLAMADA “GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN”

El proceso de privatización que signó la década de los años 90 introdujo innovaciones en nuestro ordenamiento administrativo. Uno de ellos y no menor, fue la creación de una denominada “*garantía de impugnación*”, establecida por decreto 1105/1989, reglamentario de la ley 23.696, cuyo Art. 18 inciso f reza: f) *Existirá una garantía de impugnación, que deberá constituir quien formule impugnaciones, que le será devuelta en caso de ser acogida favorablemente su pretensión, o que perderá en la misma medida en que tal pretensión sea rechazada*”. Como veremos adelante, este sinsentido jurídico era la contracara de la más adelantada legislación, garantizadora de la tutela judicial efectiva y de los derechos de los oferentes, fuente de seguridad jurídica y aval efectivo para las inversiones, tal la Directiva de la entonces aún Comunidad Económica Europea – sancionada paradójicamente el mismo año - que analizaremos en el acápite siguiente.

Se trataba, y se trata, de poner un valladar a la posibilidad impugnatoria del oferente que pretende cuestionar la adjudicación de una oferta que considera arbitraria, imponiéndole el pago de sumas que en algunos casos ascienden a cantidades importantísimas<sup>22</sup>

La innovación fue rápidamente condenada por la mejor doctrina<sup>23</sup> que consideró que las así llamadas “*garantías*” atentaban contra la transparencia que debía presidir la actuación administrativa de la Administración.

La Procuración del Tesoro llegó a convalidar la práctica con el insólito argumento de que el monto requerido era inferior a una tasa judicial y que

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, en el concurso del Plan Nacional de Radarización, el monto de la garantía de impugnación fue de \$ 1.850.000.

<sup>23</sup> MONTI, Laura M., “*Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública*”, en “*Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo*”, publicado por La Ley el 19/5/2000

como estaba escrito en el llamado, el oferente podría hacer la previsión del caso<sup>24</sup>, lo que implicaba acordar a la Administración la facultad de creación de una tasa equivalente a un impuesto judicial establecido por ley por un lado y promover el encarecimiento de las ofertas, ante la “previsión” que parecía sugerir a los oferentes para que adicionaran al monto de su oferta, a fin de precaverse de la eventualidad de tener que oblar tal garantía, olvidando, además, que si el reclamo era desechado el monto quedaba para la Administración, con lo cual la “previsión” se tornaba inocua y se convertía en pura pérdida. Otro argumento, igualmente inaceptable, sostenía que el propósito de la exigencia era desalentar las impugnaciones injustificadas que prolonguen el procedimiento de selección<sup>25</sup> lo que en realidad nunca afectó a los oferentes de gran capacidad económica, caso de grandes corporaciones internacionales, originando desigualdad con aquellos carentes de tales respaldos.

La buena doctrina reapareció en un lúcido dictamen<sup>26</sup> del año 2006 firmado por el doctor Osvaldo César Guglielmino, quien sostuvo que la cláusula de “*garantía de impugnación*” era inviable tanto por la ausencia de sostén normativo cuanto por ofender el sistema de gratuidad del procedimiento administrativo. Deshacía asimismo el argumento de precaverse de impugnaciones dilatorias con la evidente afirmación del carácter no suspensivo de las impugnaciones que se pretendía “*desalentar*”. El párrafo final es digno de reproducción por su incontestable validez jurídica: “*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 parcial e independiente, sino precisamente por el*

---

<sup>24</sup> PTN. Dictamen 201 de 1992.

<sup>25</sup> PT. Dictamen 202:151.

<sup>26</sup> PTN. Dictamen 257:151.

*órgano cuyo acto se impugna, cuando en realidad se está cumpliendo una etapa esencial del procedimiento dentro de un trámite normal, circunstancia por la cual la cláusula proyectada carece de sustento normativo y de antecedentes que autoricen la invocación de figuras análogas.”*

Queda evidente que la Administración solo puede exigir “garantías” cuando éstas aludan a la seriedad y permanencia de las ofertas, tales como las de mantenimiento de ofertas o cumplimiento del contrato, tal como lo entiende la mejor doctrina.<sup>27</sup>

En el mismo año 2006 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incorpora su ley 2095 de Compras y Contrataciones, cuyo Art. 99 inc. d establece el funesto régimen de “*garantía de impugnación*” : “*De impugnación a la preadjudicación de las ofertas: entre el uno por ciento (1%) y el cinco por ciento (5%) del monto total de la oferta preadjudicada, a criterio del organismo licitante. Para el caso de licitaciones con doble sobre, los porcentajes deben calcularse sobre el presupuesto oficial de la compra o contratación. Este importe será reintegrado al impugnante sólo en caso de que la impugnación sea resuelta favorablemente*” reglamentado por el Jefe de Gobierno mediante decreto 1013/08.

La sola lectura de sus considerandos exime de mayores comentarios. En efecto, se dijo allí que “*las impugnaciones sobre la preselección de oferentes como las de preadjudicatarios, suspenderán el procedimiento administrativo de selección del futuro cocontratista de la Administración*”, por lo cual “*si bien la suspensión del procedimiento administrativo de la Licitación es establecido en defensa de los intereses de los oferentes, a fin de otorgar la máxima transparencia, tanto al procedimiento de preselección como al de preadjudicación de la contratación, su efectiva aplicación podría ocasionar*

---

<sup>27</sup> DRUETTA, Ricardo T., “*Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del Procedimiento Administrativo*”, en “*Procedimiento Administrativo*”, 1998, Ed. Ciencias de la Administración Pública, p. 24 y ss.

*ingentes perjuicios a la Administración en caso de rechazo de la impugnación promovida”.*

Lo anterior no resiste el menor análisis, por cuanto los “*ingentes perjuicios*” son una expresión retórica que esconde el verdadero propósito subyacente que no es otro que el expresado en los Considerandos de otra norma coetánea: la Directiva 200/66/CE del Parlamento Europeo, que adoptaba, como veremos luego, la solución opuesta y que reza: “*Esto conduce a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida*”

Por otra parte, y volviendo a la legislación local de la CABA, la norma pareciera ignorar que la misma ley de compras y contrataciones N° 2095 y su decreto reglamentario 754/08 establecen que los recursos que se hubieran interpuesto contra el dictamen de preadjudicación o evaluación se deben resolver “*en el mismo acto que disponga la adjudicación*”

Finalmente, la normativa nacional culmina con el dictado del decreto 893/12 que consagra la imposición de la llamada “*garantía de impugnación*”

Así, su articulado establece: *Art. 93: Impugnaciones al dictamen de evaluación. Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los cinco días de su comunicación, quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los cinco días de su difusión en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, en ambos casos, previa integración de la garantía regulada en el artículo 100 del presente reglamento, en caso de corresponder.*

Por su parte, se establece una suerte de penalidad para aquel oferente que se atreva a formular más de dos impugnaciones en el año:

*Art. 100 inc.d: De impugnación: en los casos de impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas cuando así lo requiera la entidad o jurisdicción contratante, en aquellos casos en que el oferente hubiere presentado más de dos (2) impugnaciones contra dictámenes de evaluación en*

*un año calendario. En esos supuestos el importe de la garantía será equivalente al tres por ciento (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato. Si el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación se calculará sobre la base del monto de la oferta del renglón o renglones del impugnante.*

*e) De impugnación del dictamen de preselección: en los casos de impugnaciones contra la precalificación, en las licitaciones o concursos de etapa múltiple, por el monto determinado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.*

Y la verdadera penalidad queda plasmada con la pérdida de la suma depositada: Art. 104 inc. d: *“Las garantías de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas o a la precalificación, dentro de los diez días de dictado el acto administrativo que haga lugar a la impugnación presentada. Si la impugnación fuera rechazada se ejecutará la garantía integrada”*

Como veremos seguidamente, todo este sistema se contrapone con el vigente en la legislación europea, que consagra la más absoluta garantía de tutela de los legítimos derechos de los oferentes.

## VI. LA IMPUGNACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA

Como quedó dicho, el acto de adjudicación cierra por un lado la actividad de selección de la Administración y abre, por el otro, la posibilidad de impugnación por los restantes oferentes. Hemos visto las trabas que nuestra normativa impone para ejercer la facultad impugnatoria y pasaremos ahora a repasar la situación en la Unión Europea y en el Reino de España.

Ya en el año 1971 la entonces Comunidad Económica Europea se ocupó de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos con el dictado de la Directiva 71/305 del Consejo.

Y a fines de 1989 el Consejo dictaba la Directiva N° 89/665 *“Relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras”*

Por su parte, la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de diciembre de 2007, que reemplazó a la Directiva 89/665 dice: *“En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible. . .”*

El Art. 5° establece que *“Los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la interposición de dicho recurso **conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.**”* (El enfatizado es nuestro).

Y luego establece que las facultades revisoras *“podrán conferirse a organismos distintos, responsables de diferentes aspectos de los procedimientos del recurso”*.

Conviene detenerse en los considerandos que fundan esta Directiva, que revelan acabadamente las razones que impulsaron la reforma: *“Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los locotadores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se*

*suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato”*

Atendiendo esta Directiva, el Reino de España dicta el Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público modificado por la ley 34/2010 establece en su Art. 40 establece que *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: /// c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*

Interpuesto el recurso impugnatorio de la adjudicación, tiene por efecto la suspensión automática del trámite, según el Art.45: *“Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”*. Esta suspensión automática será revisada dentro de los cinco días de interpuesto el recurso.

El órgano competente para la resolución del recurso es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales”*

Vale la pena reproducir el texto de la norma referido a las calidades y atributos de los miembros de este Tribunal, establecido en el Art. 41 : *“Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. El presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso será requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. /// . . .La designación del Presidente y los Vocales de este Tribunal se realizará por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. Los designados tendrán*



*carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes: a) Por expiración de su mandato. b) Por renuncia aceptada por el Gobierno. c) Por pérdida de la nacionalidad española. d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones e) Por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón del delito. f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.”*

La propia letra de la norma alude expresamente a garantizar el respeto de *“las condiciones de calificación, independencia e inamovilidad”*

La tramitación del procedimiento establecida en el Art. 46 indica que el recurso puede plantearse directamente ante el Tribunal Administrativo, quien el mismo día lo notificará al órgano de contratación con remisión del escrito de interposición y le reclamará el expediente de contratación. En tal caso, el órgano de contratación deberá remitir el expediente en el plazo de dos días y acompañarlo de un informe.

También puede interponerse válidamente por ante el órgano de contratación, caso en el cual dicho órgano dispone de dos días para elevar al Tribunal Administrativo el expediente con un informe del mismo.

Dentro de los cinco días, el Tribunal dará traslado a los demás interesados, quienes dispondrán del mismo plazo para contestar. Y en el mismo plazo se expedirá acerca de la procedencia de la suspensión automática de la adjudicación, *“entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento”*. El procedimiento garantiza además la reserva absoluta de los secretos comerciales contenidos en el expediente de selección.

La resolución debe producirse dentro de los cinco días de efectuadas las alegaciones o de finalizado el período fijado para la eventual prueba y en su caso mandará anular la adjudicación, incluyendo, eventualmente, la supresión de cualquier característica técnica, económica o financiera contenida en

cualquier documento de la licitación o adjudicación. También puede disponer la retroacción de todas las actuaciones.

El contenido de la resolución podrá imponer al órgano contratante la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso y correlativamente, en caso de apreciar temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

Finalmente, contra la resolución solo cabrá la interposición de recurso contencioso administrativo.

La situación actual en lo relativo a la aplicación del sistema se considera inacabada según lo explica detalladamente Eva María Menéndez Sebastián en un reciente artículo publicado en España<sup>28</sup> que reseña las disfunciones detectadas en la práctica y que la autora considera puntuales pero necesarias de corrección para garantizar el cumplimiento de la Directiva europea. Advierte asimismo que existe una proposición de Directiva que de prosperar entrará en vigencia en los Estados miembros de la Comunidad Europea el 30 de junio de 2014.

## VII. CONCLUSIÓN

Resulta evidente que mientras en Europa se hacen esfuerzos para garantizar en los contratos públicos la máxima transparencia, otorgando mecanismos rápidos de impugnación de las decisiones de adjudicación de los poderes y órganos contratantes, creando órganos administrativos independientes, en nuestro país se insiste en otorgar a la Administración el rol de parte y juez, entorpeciendo la interposición de recursos contra los actos de adjudicación mediante la imposición de gabelas que desalienten los mismos.

---

<sup>28</sup> MENENDEZ SEBASTIÁN, Eva María, “*Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada*”, Revista de Administración Pública nº 187 (mayo/agosto 2012), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 365 y ss.

La clausura definitiva de esta política y la adecuación de nuestra normativa en la materia a los modernos estándares internacionales favorecerá la calidad institucional, alentará las inversiones al otorgar seguridad jurídica a las mismas y en definitiva cumplirá con el fin último de toda norma legal, que no puede ser otro que propender al Bien Común.

Así lo entendemos según lo hemos recibido de nuestros maestros, que en el caso de Juan Carlos Cassagne, declaraba, en el Prefacio de su primer tomo de Derecho Administrativo, hace ya treinta y seis años: *“Por eso la base de nuestra filosofía, que por cierto se ubica en una concepción trascendente, procura partir de un Estado que ordena, garantiza y reparte el bien común, pero en un marco de armonía y equilibrio entre los derechos atinentes a la comunidad estatal y las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados”*<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, pág. 8.