

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL

Juan Carlos CASSAGNE

I. Principios y valores en juego en la contratación administrativa

La Administración, al seleccionar a sus contratistas, lo hace según un procedimiento preestablecido en las leyes y reglamentos administrativos. La determinación del grado de libertad que tiene para optar por un cauce formal u otro constituye una cuestión asaz debatida, en la que confluyen posturas doctrinarias y jurisprudenciales no siempre coincidentes.

Es así que la interpretación acerca de si existe o no el principio de libre elección o contratación (1) en esta materia ha sufrido variaciones pues, si bien no puede desconocerse que, en el inicio del Derecho Administrativo, ella fue la idea dominante, tampoco hay que ignorar que en la posterior evolución de la disciplina, surgió la tesis según la cual, la licitación, específicamente la denominada "pública", constituía algo así como un principio inherente a toda contratación administrativa (2).

En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclinó, siguiendo a Marienhoff, en el conocido caso "Meridiano", por la postura que restringe la aplicación de aquel principio a los casos en que el ordenamiento positivo lo prescriba en forma taxativa (3). Mientras en la causa "Schmidt" (4) nuestro Alto Tribunal sostuvo que el carácter formal de la licitación configuraba un procedimiento de garantía para el interés público cuyo incumplimiento, cuando ella estaba impuesta por un mandato legal o constitucional, generaba la nulidad absoluta, la doctrina expuesta en el caso "Meridiano" resulta más amplia y categórica al apuntar que "a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir al co-contratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto" (consid. 9º).

Es cierto que si bien la libertad de contratación del Estado no puede limitarse por la analogía (5), ni tampoco surgir en forma implícita (6), la exigencia de licitación pública puede surgir como una regla inherente al ordenamiento cuando aparece impuesta por ciertos principios generales del derecho como los principios de concurrencia y de igualdad. Si bien el principio de concurrencia posee una superior jerarquía no es menos cierto que, aún desde una posición antiformalista, la igualdad ha de respetarse tanto en el acceso (7) a la contratación administrativa como durante la ejecución del contrato.

En este sentido, en el marco del contrato administrativo confluyen simultáneamente relaciones de contribución, de distribución y de conmutación (que, en definitiva, constituyen las clásicas especies de la justicia). Si por un lado, las relaciones distributivas versan sobre todas las potestades del Estado y los deberes y cargas que éste impone en la Administración durante la ejecución

del contrato, por el otro, las relaciones de distribución y de conmutación tienen por objeto una relación más particular. Pero en suma, ambas apuntan a lo debido por el Estado, ya tengan por objeto los bienes o cosas que distribuye la Administración, o bien, los beneficios que obtiene el contratista en la conmutación voluntaria, en la que la igualdad se realiza de objeto a objeto, en proporción a la cosa.

1.1.El principio de concurrencia

Precisamente, lo debido por el Estado en una relación de justicia distributiva conduce a que siempre sea posible lograr la concurrencia de ofertas o cuando se trata de contrataciones "standard" o de productos fungibles, a la observancia por parte de la Administración del procedimiento de licitación pública u otro similar (v.gr. concurso, licitación, etc.) aun cuando no hubiera texto expreso que lo prescriba. De esta manera, el ámbito del principio de libre contratación queda limitado --en líneas generales-- a los supuestos en que no resulta viable ni conveniente la concurrencia (Ej.: caso de un fabricante único o exclusivo) y a los casos de injerencia o fracaso de una licitación pública.

Esta tesis encuentra apoyo no sólo en el principio de igualdad que proclaman los arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución (este último precepto consagra el principio de la igualdad de trato) sino también, en otro principio, que recoge la reforma constitucional de 1994, relativo al deber del Estado de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados".

A nuestro juicio, el principio de concurrencia que integra los principios inherentes a la defensa de la competencia resulta plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado en el ámbito de la contratación administrativa siendo evidente, por otra parte, que la elusión del procedimiento de licitación pública (cuando la concurrencia es posible) constituye una forma de distorsionar el mercado (8).

En definitiva, si los principios poseen una dimensión de peso, cualquier duda debe resolverse a favor del principio de concurrencia, que constituye la médula de todo el procedimiento licitatorio, además de que la igualdad tiene que armonizar siempre con el informalismo (9).

Al promover la concurrencia del mayor número posible de ofertas la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda su necesidad (principio de eficacia) lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista.

En ese marco de principios, los procedimientos de licitación pública o similares permiten lograr una mayor transparencia (10) en las decisiones de las autoridades administrativas al haber más de un interesado en que la Administración observe la legalidad y adjudique a la oferta más conveniente o

ventajosa, ya fuere por razones económicas o de otra índole (mejor tecnología).

II. Sobre los procedimientos de contratación. Distintas clases de procedimientos

II.1. El procedimiento de contratación y el crédito legal previo

Por lo general, los contratos que celebra la Administración, con personas privadas o públicas no estatales se instrumentan a través de un procedimiento formal que presenta una serie de variantes según el grado de concurrencia y de igualdad que admita cada uno.

Al respecto, no sólo la decisión de contratar ha de estar suficientemente motivada (art. 7º, inc. e), ley nac. de procedimiento administrativo --Adla, XXXIX-C, 2339-- sino que deberán "cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico" además de ser precedida dicha decisión de un dictamen jurídico previo (art. 7º, inc. d) ley nac. de procedimiento administrativo).

En cuanto a los requisitos específicos que predeterminan la legalidad del procedimiento corresponde señalar que todo contrato que celebre la Administración ha de contar con la pertinente o crédito legal presupuestario. Esto es así, siempre que el respectivo contrato implique un gasto (que puede o no figurar en el plan de inversiones) y, en tal sentido, la exigencia de una partida presupuestaria previa que autorice el respectivo gasto en el presupuesto armoniza con lo preceptuado en el art. 75, inc. 8º, de la Constitución Nacional.

Sobre el punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema acotó el alcance de dicho principio al establecer (contrariamente a lo sostenido, en tal caso, por la Cámara Civil de la Capital) que:

"El acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo pues los fondos son obtenibles con posterioridad a través del trámite del artículo 7º de la ley 13.064 --Adla, VII-404--; o en todo caso el acto es regular y susceptible de saneamiento (artículos 15 y 19, ley 19.549 --Adla, XXXIX-C, 2339--), pues la Administración puede subsanar el defecto a través de la vía indicada o mediante cualquier otro arbitrio que le permita transformar partidas" (11).

Esta interpretación de la Corte resulta correcta por cuanto todo procedimiento previo en el ámbito administrativo constituye, por esencia, una invitación a contratar que no obliga a la Administración a celebrar o perfeccionar el contrato, sin perjuicio de la responsabilidad "precontractual" que le pudiera corresponder.

Por lo demás, 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.

II.2. Distintas clases de procedimientos

a) La contratación directa

Con independencia de la asimilación o no de la contratación directa al procedimiento de libre elección (12) la primera constituye una especie de esta última en base a un procedimiento reglado que puede prescribir la obligatoriedad o no de recabar varias ofertas y generar una concurrencia limitada de oferentes.

Si bien la procedencia de la contratación directa o trato privado se encuentra reglada, tanto la decisión de contratar con una persona determinada, sin concurrencia de otras ofertas, como la de recabar varias propuestas --cuando el ordenamiento lo admite-- se caracteriza por su discrecionalidad.

A su vez, la decisión de acudir al procedimiento de contratación directa es eminentemente facultativa (13) ya que nada impide utilizar otro procedimiento que posea un mayor rigorismo formal, respetando siempre la concurrencia e igualdad (ej.: licitación privada o pública).

En principio, este procedimiento de selección del contratista ha sido específicamente reglado por el ordenamiento positivo para supuestos tales como monto escaso, razones de urgencia, reserva o secreto del Estado, artistas o fabricantes especializados, marcas o privilegios, único fabricante o vendedor, licitación desierta o con ofertas inadmisibles, compras y locaciones que sea menester efectuar en el extranjero, notoria escasez de los bienes a adquirir en el mercado local, venta de productos perecederos, reparación de vehículos y motores, compra de semovientes y contratos entre entidades públicas (14).

Ahora bien, en determinados supuestos --como antes se indicó-- la Administración se encuentra obligada a recabar ofertas a tres casas del ramo (15) rigiendo, en estos casos, los principios de informalismo e igualdad, con sus proyecciones jurídicas en el procedimiento administrativo de selección.

b) La licitación pública: el concurso-licitación

La selección del contratante privado encuentra en la "licitación pública" el cauce general de la contratación administrativa que se configura, básicamente, como un procedimiento (16) por el cual mediante una convocatoria o llamado a los eventuales interesados para que formulen sus propuestas con arreglo a un pliego de condiciones, la Administración proceda a elegir o aceptar la que resulte más conveniente.

Se trata de un género que comprende varias especies las cuales tienen en común la limitación de la discrecionalidad sobre la base de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad (17). Así, la selección puede llevarse a

cabo: (i) en función del precio u otras condiciones económicas, (ii) por un sistema que atribuya distinto puntaje a los antecedentes y a la oferta económica (18), o bien (iii) por procedimiento llamado de doble sobre donde, en el primero de ellos, se presentan los antecedentes técnicos, empresarios, etc., y, en el segundo, la propuesta económica. Este último procedimiento, seguido en nuestro país en la mayoría de las privatizaciones de los servicios públicos, se denominaba también, en el derecho español "concurso subasta" (19) e implica un mayor grado de transparencia frente a los otros que se prestan a combinaciones tendientes muchas veces a favorecer a determinado oferente.

c) La licitación privada

La principal diferencia entre la licitación pública y la licitación privada radica en que en esta última no se procede a formular un llamado o convocatoria a los interesados sino que, en tal caso, la Administración procede a invitar a determinadas personas a fin de que formulen ofertas en base a un pliego de condiciones previamente elaborado. En todos los demás actos del procedimiento de selección de una licitación privada se aplican los principios y normas que rigen la licitación pública (20), cuya aplicación se lleva a cabo en forma supletoria lo cual, a su vez, permite distinguir este medio de elegir el contratista de la llamada contratación directa.

d) El concurso público

Cuando la selección del contratante privado se resuelve teniendo en cuenta, primordialmente, los antecedentes de la persona a contratar, la figura típica es el denominado "concurso público" que permite elegir a quien reúne la mejor aptitud técnica, científica, cultural o artística e inclusive, económico-financiera. Esta figura rige para las relaciones o contratos "intuitu personae" y su procedimiento es el mismo que disciplina la licitación pública.

En el orden nacional, el procedimiento de concurso público constituye la regla para contratar servicios de consultoría (21), como también para las designaciones de profesores de las universidades estatales (22).

e) Concurso de proyectos integrales

La ley de reforma del Estado, al modificar la ley 17.520 (Adla, XXVII-C, 2813) que rige la concesión de obra pública (23), introdujo el procedimiento de concurso de proyectos integrales mediante el cual la selección se origina en una iniciativa privada previa que elabora el interesado en contratar con la Administración. La presentación de esta iniciativa privada equivale al pliego de condiciones (24) y abre un procedimiento específico que comienza con la declaración de interés público de dicha iniciativa (25).

Declarada una iniciativa de interés público, la Administración puede llamar a licitación pública, o bien, aplicar el procedimiento de concursos integrales, en el que será parte el autor de la iniciativa. En este último supuesto, se convoca mediante anuncios a la presentación de proyectos integrales, los que deberán

contener una síntesis de la iniciativa y fijar el día, hora y lugar en que se procederá a la apertura de los sobres.

Si no se presenta una oferta más conveniente se adjudica el concurso al autor de la iniciativa quien cuenta con una preferencia en caso de presentarse proyectos más ventajosos por los otros participantes. Esta preferencia se circunscribe a un llamado a mejorar las ofertas y a la posibilidad de adjudicarle el concurso si las ofertas fueren de equivalente conveniencia (26).

f) Remate público

Esta figura, también denominada "subasta", difiere de la licitación pública en cuanto se realiza, previa convocatoria al público en general debidamente publicitada, una puja para ofrecer el mejor precio para la Administración. Precisamente, esta puja que se produce entre los concurrentes a la subasta y que no finaliza hasta no tener más postores que la última oferta, constituye una de las principales diferencias con el procedimiento de la licitación. En cambio, si la subasta se realiza con la recepción de ofertas bajo sobre obviando la puja, el procedimiento se asemeja al de la licitación pública.

El remate público, para la venta o compra de bienes en público se encuentra reglamentado en el orden nacional (27) y en diversas Constituciones de nuestras Provincias (28).

g) Venta de acciones en Bolsas y Mercados

La calidad de accionista de una sociedad anónima permite que el Estado utilice el procedimiento de oferta pública para la venta de sus paquetes accionarios en las Bolsas y Mercados del país. Así lo prescribe la ley de Reforma del Estado (29) obviando el procedimiento de la licitación pública lo cual se justifica en virtud de la transparencia y publicidad que caracteriza a este procedimiento.

h) Suministro o relevamiento de precios

Esta nueva modalidad de contratación ha sido prescripta en el orden nacional a partir de 1994 y tiene por objeto la agilización del procedimiento de compras de la Administración mediante la recepción de disquetes que entregan los consultados lo cual permite formar una base de datos que después permite adquirir directamente en base a los precios más ventajosos que se hayan informado (30). Este procedimiento se justifica para contratación de productos "standard" de escasa envergadura económica (ej.: papelería y útiles de oficina) y al par que es mucho más ágil que la contratación directa permite obtener los mejores precios del mercado, en lo que constituye una reglamentación del principio de libertad de contratación o libre elección.

III. Etapas de formación de la voluntad administrativa en la licitación pública (u otras formas similares)

Como se ha dicho, el procedimiento de la licitación pública resulta de aplicación directa (y no analógica) a procedimientos similares como son el llamado

concurso, el concurso-licitación o subasta y la licitación privada, cualquiera fuera el sistema de calificación o selección que se utilice para elegir la oferta más conveniente.

Por lo común, a diferencia de la subasta romana, la Administración no declara a priori el precio máximo en base al cual contratará la construcción de una obra o servicio ni a veces tampoco el mínimo valor a partir del cual está dispuesta a enajenar los activos de una concesión y la adjudicación de la concesión misma.

III.1. El pliego de bases y condiciones. Su peculiar naturaleza jurídica. Modificabilidad

A partir de la existencia del crédito legal, la Administración se halla facultada para iniciar las distintas etapas de la licitación siendo, una de las primeras, la elaboración de los pliegos de condiciones que servirán de base para la confección de las propuestas.

Este proceso, inicialmente, tiene carácter interno aun cuando genera luego la posibilidad de producir relaciones fuera de la Administración, después de su publicación.

Los pliegos de las licitaciones y concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta las cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario. Por ello, se ha dicho que las distintas clases de pliegos puede reconducirse, en realidad a dos: (a) de contenido legal o jurídico y (b) las condiciones técnicas (31).

En doctrina, se ha debatido sobre su naturaleza jurídica teniendo esta cuestión gran trascendencia a la hora tanto de interpretar el poder de modificación o derogación que posee la Administración hasta el régimen que regula su impugnación. En tal sentido, existen dos concepciones opuestas ya que mientras, por una parte, un sector de la doctrina les atribuye naturaleza contractual (32) otro postula su carácter normativo (33) o reglamentario, en cuanto a los pliegos de condiciones generales (34). No se puede desconocer que en ambas concepciones anida una razón parcial aunque, en el fondo, no rescatan la peculiar condición jurídica variable y progresiva que revisten los pliegos de condiciones.

La variabilidad de su carácter jurídico no depende del arbitrio del funcionario sino que posee una naturaleza que va cambiando progresivamente en cada etapa del proceso de selección y durante la ejecución del contrato (35). En efecto, como ya se indicó, antes de la publicidad de los pliegos éstos no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad --en el caso de la licitación pública a través de la publicación-- los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de la presentación de las ofertas (como tales pueden ser derogados, sustituidos o modificados sin mengua del principio de igualdad).

A partir de allí y hasta la adjudicación los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas, salvo para permitir la subsanación de recaudos formales.

Al producirse la adjudicación y durante toda la etapa de ejecución los pliegos integran la relación contractual, aunque su inalterabilidad se relativiza por el principio de mutabilidad consensuada (por razones objetivas de interés, cambio de circunstancias, etc.) a condición de que ello igualmente hubiera ocurrido cualquiera hubiera sido el oferente.

El carácter reglamentario que cabe atribuir al pliego durante el procedimiento de selección no puede contradecirse con el argumento de que, finalmente, sus prescripciones pasarán a ser parte integrante del contrato administrativo pues una situación similar se produce con los contratos civiles, que se integran con las normas imperativas y supletorias del Código Civil, las que no pierden por ello su peculiar naturaleza materialmente legislativa.

Pero, por otro lado, al incorporarse los Pliegos al contrato no rige el principio de autonomía de la voluntad propio de los contratos civiles que pueden ser modificados en cualquier momento por acuerdo de partes. En efecto, no obstante, que su inalterabilidad sea relativa, no son susceptibles, en principio, de modificación, salvo las causales de excepción que admite el derecho administrativo. Es ésta una importante diferencia que se da entre los contratos privados y los contratos administrativos que por sí sola justifica la configuración de una categoría diferenciada y el régimen típico que la acompaña.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha puntualizado el carácter reglamentario de los Pliegos señalándose que:

"El establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la administración, como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata, en definitiva, de garantizar los principios de publicidad -- conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración--, competencia --pujar conforme a los mismos criterios de selección-- e igualdad --trato a todos los concursantes oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas--, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanado de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los artículos 18 y 16 de la Constitución Nacional" (36).

De dicha jurisprudencia se desprende que la atribución del carácter reglamentario de los Pliegos se refiere a las etapas previas a la adjudicación en cuanto ellas garantizan la publicidad, la competencia o puja entre los oferentes

y su vinculación con los principios de igualdad y del debido proceso adjetivo sin entrar al análisis de la integración de las cláusulas del pliego en el contrato administrativo.

III.2. El llamado a licitación

Los pliegos de condiciones elaborados por la Administración, que hasta el llamado poseían carácter interno (37), adquieren naturaleza reglamentaria (con su consiguiente fuerza externa e impugnabilidad) a partir del respectivo anuncio licitatorio. Este anuncio consiste en una invitación a presentar ofertas que traduce la voluntad de contratar de la Administración sin que la formalización del llamado implique una "promesa de contrato" en los términos del art. 1148 y sigtes. del Cód. Civil, habida cuenta que no se trata de una relación jurídica regida por el derecho privado sino por el derecho administrativo, donde dicho anuncio constituye una de las etapas del proceso de formación de la voluntad administrativa (38).

En consecuencia, esa invitación a presentar ofertas no obliga a la Administración a celebrar el contrato, aún en los supuestos de formularse la invitación a personas determinadas, como ocurre en el procedimiento de la licitación privada.

El llamado a licitación pública debe ser objeto de publicación y así lo prescriben diferentes ordenamientos tanto nacionales (39) como provinciales (40) exigencia que tiene por fin preservar el principio de libre concurrencia y de igualdad de acceso a la contratación administrativa.

III.3. La presentación de ofertas. Situación jurídica del oferente. La presentación de ofertas

Se ha dicho que la propuesta u oferta constituye una instancia cuyo reflejo es el derecho a ser admitido como licitadores y, al propio tiempo, una auténtica oferta de contrato (41). En cuanto a la situación jurídica del oferente la doctrina oscila entre atribuirle la titularidad de un interés legítimo en todos los casos o una combinación de situaciones jurídicas subjetivas según la presencia de un interés sustancial o formal (garantía de legalidad) y, finalmente, se ha abierto una corriente (a partir de la tesis formulada por Barra) que propicia la unificación de la distinción (42).

De todos modos, es evidente que, en ambos supuestos, se trata de poderes jurídicos conferidos por el ordenamiento para la protección de situaciones jurídicas individuales, variando su grado de protección en cuanto a su vinculación con la acción de fondo o sustancial. En ese sentido, es evidente que --por ejemplo-- el oferente --como titular de un interés legítimo-- no está legitimado para demandar la adjudicación ni la celebración o cumplimiento del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar aquellos actos de la autoridad licitante que agraven la legalidad y razonabilidad del procedimiento y el principio de igualdad (garantía de legalidad).

En cambio, el oferente que cumple con todos los requisitos subjetivos, objetivos y formales establecidos en los Pliegos posee un verdadero derecho subjetivo a ser admitido al procedimiento de selección (43) ya que, en tal caso, la pretensión procesal coincide con su interés sustancial y concreto que se traduce en un acto que subjetivamente solo a él le concierne. En tal caso, su interés representa algo más que una garantía formal, donde actúa ejerciendo una potestad pública de defensa genérica de legalidad (en base, por cierto, a la eventualidad de que se cristalice el derecho subyacente a su adjudicatario) situación que se da --por ejemplo-- al impugnar una circular emitida dentro del procedimiento licitatorio por el licitante que viola el principio de igualdad, beneficiando a un solo oferente.

Una vez operada la adjudicación, el licitador u oferente posee un derecho subjetivo al contrato pero, es evidente, que si no se produce el acto administrativo en que culmina el proceso de selección (con independencia del perfeccionamiento contractual) a través de la adjudicación en legal forma, no adquiere el derecho a ser contratista si ese acto no se emite, por más que pudiera demostrar que su propuesta sea la más conveniente (44). Por lo común, esta distinción se refleja en el tipo o especie de responsabilidad (la violación del interés legítimo sólo genera una responsabilidad pre-contractual) y en la ausencia de titularidad para promover acciones de cumplimiento contractual.

Ocurre, en estos supuestos, que tanto la admisión al procedimiento de selección como el cumplimiento del contrato representan la culminación de su pretensión sustancial, en cada caso, mientras que las impugnaciones que se formulan dentro del procedimiento de selección configuran medios de defensa formales, que hacen a las garantías de legalidad establecidas en protección del eventual derecho a ser adjudicatario.

Pero, a partir de la adjudicación, tanto el adjudicatario como los eventuales impugnantes poseen un verdadero derecho subjetivo, por más que la jurisprudencia no haya acertado aún a encontrar mecanismos que superen la mera declaración de invalidez de la adjudicación (que implica el retorno a una etapa indefinida) que permitan que el juez pueda ordenar a la Administración a adjudicar a quien legalmente corresponda.

En cuanto a la presentación de las ofertas (en el lugar y organismo y término indicado en el Pliego) si bien se ha sostenido que se trata de una única etapa procesal con el de apertura de los sobres (45), resulta procedente, en virtud del principio del informalismo, la admisión de ofertas por vía postal u otro medio técnico que emitidas antes puedan abrirse con posterioridad sin que ello obste a la igualdad de trato en el proceso licitatorio. En este sentido, la coincidencia entre el acto de presentación de ofertas y su apertura no excluye cualquier otro medio de presentación que permita abrir los sobres en esa instancia del procedimiento.

III.3.1. Mantenimiento de las ofertas: garantía

A diferencia de lo que acontece en el derecho privado, donde rige el principio según el cual toda propuesta de contrato puede ser retirada antes de su aceptación sin incurrir en responsabilidad, en el derecho administrativo existe una regla opuesta (46). Conforme a ella, los oferentes tienen la obligación de mantener sus ofertas por el plazo determinado (47) en los pliegos o en los reglamentos de contrataciones.

La función de asegurar el cumplimiento de esa obligación por parte de los oferentes, se opera mediante el establecimiento de una garantía de oferta, que cubre toda la responsabilidad del proponente (48) en el supuesto que este último desista de su propuesta. Por lo demás, la Administración posee siempre el derecho a dejar sin efecto el llamado a convocatoria sin responsabilidad de su parte.

III.3.2. Inmodificabilidad de las ofertas: su carácter relativo

Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones.

En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública (49), el cual, dado que se trata de un principio de base legal (50), aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa (conurrencia e igualdad).

Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia y, al propio tiempo, el principio de igualdad. Por otra parte, la modificabilidad de las ofertas puede surgir "a posteriori" de la adjudicación a raíz de un cambio de circunstancias que plantee la necesidad de adaptar o reajustar el contrato y mantener el equilibrio de las prestaciones inicialmente comprometidas, siempre que tal cambio hubiese ocurrido igualmente con cualquiera de los oferentes.

III.3.3. Variantes u ofertas alternativas

En principio, la posibilidad de presentar variantes u ofertas alternativas debe hallarse contemplada en el Pliego (51), lo que contribuye a la transparencia del proceso de selección dada la seguridad que significa el hecho de homogeneizar las ofertas a los efectos de su comparación con lo que, en definitiva, se promueve una mayor concurrencia de oferentes. Aún en tal caso, resulta necesario que se realice la presentación conforme a las bases o contenido del Pliego (52).

Y aun sobre la base del principio de que la presentación de una variante no puede invalidar la propuesta principal también puede proponerse una variante absoluta, donde se cambien las bases de la licitación, en cuyo caso la administración si lo considera conveniente podrá convocar a un nuevo proceso licitatorio (53).

III.4. Adjudicación. La oferta más conveniente como concepto jurídico indeterminado

La decisión de contratar con un determinado oferente se lleva a cabo a través de un acto administrativo que recibe el nombre de adjudicación, la que viene a perfeccionar el acuerdo de voluntades con la Administración, si bien, en algunos casos, se requieren requisitos adicionales para el perfeccionamiento contractual (ej.: suscripción del contrato de obra pública).

La adjudicación constituye el acto administrativo que soluciona la oferta más conveniente para la Administración desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económico-financiera (54). Sin embargo, como se verá seguidamente, existen dificultades para adoptar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección ante la ausencia de pautas indicadoras en el Pliego.

En materia de suministros si bien la norma prescribe que la adjudicación deberá recaer en la oferta más conveniente (55) para la Administración, en la práctica se adjudica a la oferta que cotiza el menor precio. Aún en los contratos tipificados legalmente, como el de Obras Públicas, cuyo régimen positivo se inclina por el criterio de la "oferta más conveniente" (56), se plantea el problema de cuál es el criterio que debe prevalecer a la hora de definir el grado de conveniencia de una determinada oferta.

Es cierto que si la Administración tuviera la posibilidad de determinar "a priori" la idoneidad moral, técnica y financiera de cada oferente la selección sería más automática y objetiva, realizándose la adjudicación por el criterio del precio más conveniente (57). 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. Por ese motivo, y además porque puede haber otros elementos objetivos de comparación aparte del precio (v.gr. aspectos tecnológicos, experiencia u obras similares, etc.), la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos y antecedentes en obras similares) (58).

Por ese motivo, resulta imprescindible establecer en el Pliego de Bases y Condiciones Generales el sistema y el procedimiento que regirá para la adjudicación de la oferta, tanto en garantía del principio de concurrencia como el de igualdad. En la práctica administrativa viene imponiéndose, por su mayor automatismo y transparencia, el sistema del doble sobre, propio de la figura denominada "concurso-licitación", en el que la administración en el primer sobre no sólo puede controlar los antecedentes generales del oferente sino los

específicos de la contratación lo cual, combinado con un sistema de puntaje mínimo que permita eliminar a los que no alcanzan a cumplir los requisitos indispensables, permite que todos los oferentes elegidos se encuentren en las mismas condiciones, para ofertar el precio, en el segundo sobre.

Ahora bien, tratándose de venta de bienes del Estado (59) o privatizaciones de empresas, la adjudicación ha de efectuarse, por principio, a la propuesta que ofrezca el precio más alto, lo que implica la inversión de la regla general, lo cual se funda en la diferencia de objeto y fines que, en tales casos, persigue la Administración al procurar la obtención de mayores ingresos.

Pero, en todos los casos (obras públicas, suministros, ventas, concesiones o licencias, etc.), el criterio de "oferta más conveniente", que preside la selección, traduce un concepto jurídico indeterminado (60) susceptible de la más amplia revisión judicial en punto a la legalidad y razonabilidad de la comparación. Este análisis que, por lo común, realiza una comisión de pre-adjudicación, no constituye una actividad discrecional (61) sino reglada que coloca a la Administración frente "al inequívoco y claro camino de elegir lo que la norma propone" (62).

Desde luego, la determinación de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones Generales que rige la licitación (63), no obstante lo cual precisa cumplir siempre con el requisito de la motivación, debiéndose expresar el criterio objetivo y real (64) que permitió seleccionar la propuesta en cada caso.

III.4.1. La preadjudicación

En ciertas contrataciones suele preverse como una etapa preparatoria de la decisión de adjudicar el contrato a la oferta más conveniente, la intervención de una comisión de preadjudicación, cuya tarea consiste en comparar y ponderar las distintas propuestas presentadas en la licitación. En la doctrina (65) y en la jurisprudencia administrativa (66) existe, en general, acuerdo en que se trata de una actividad no vinculante, interna y provisional (67) aunque, en algunos casos, se admita la posibilidad de que el particular puede impugnar la preadjudicación (68). De todas maneras, ello dependerá de los efectos que el respectivo régimen o pliego de condiciones atribuyan al acto de preadjudicación, ya que si él provoca la exclusión definitiva de ofertas es evidente que se convierte en un acto administrativo por el carácter directo de sus efectos en relación con los terceros participantes de la licitación, aún cuando, respecto del oferente, carezca de facultades para exigir la adjudicación (69) y el consecuente perfeccionamiento del contrato.

IV. El fracaso y extinción de la licitación pública. Licitación desierta. Ofertas inadmisibles o inconvenientes

Una licitación pública puede fracasar, en primer término, por la falta de presentación de ofertas que hace que la Administración se vea ante la necesidad de declarar desierta la licitación. El principal efecto que produce esta situación consiste en el surgimiento de una habilitación a favor de la

Administración para proceder a la contratación directa, obviando la concurrencia de ofertas (70) aun cuando también puede, como es obvio, convocar a una nueva licitación pública.

Ahora bien, hay otras causales de extinción que también implican el fracaso de la licitación. La primera de ellas, se vincula con los defectos o vicios de las propuestas, en punto a su ilegitimidad, lo que provoca la declaración de inadmisibilidad de las ofertas (71). La segunda situación de fracaso de una licitación se da cuando la Administración considera que los precios ofertados resultan inconvenientes (72). En esos supuestos, la Administración se encuentra facultada para contratar directamente o por licitación privada (73) y los oferentes no pueden reclamar indemnización alguna (74).

La situación es distinta si la Administración resuelve revocar, por razones de ilegitimidad, el llamado a licitación o el procedimiento, de oficio o a petición de un particular afectado, ya que, en tales casos, no se encuentra habilitada para proceder a la contratación directa (75), habida cuenta que la causa invalidante no supone que existan circunstancias que obsten a una futura concurrencia ni al prejuzgamiento de las ofertas. La revocación de la licitación, ya sea por razones de ilegitimidad (imputables a la Administración) como de oportunidad, genera responsabilidad administrativa y el consecuente derecho de los oferentes a la indemnización de los gastos incurridos y del valor estimado de la "chance" que tenían a ser adjudicatarios (76).

V. Impugnaciones en sede administrativa y judicial. Aplicabilidad relativa de las concepciones del acto separable y del acto coligado

La protección jurídica del oferente frente a la existencia de vicios en las etapas previas a la formación del contrato y aún en la adjudicación misma, plantea una serie de problemas que van desde la legitimación de los impugnantes hasta los efectos que tiene sobre el contrato la declaración judicial de invalidez de alguno de los actos previos o separables. Todo ello, justifica la necesidad de una legislación que reglamente tanto las causales de invalidez como el llamado contencioso de los contratos.

Los diferentes vicios pueden afectar desde el llamado, el procedimiento previo a la recepción de ofertas, los del propio acto de apertura de las propuestas, hasta el acto de adjudicación (77).

En principio, las impugnaciones en sede administrativa, en lo que respecta a las causales de invalidez y a los procedimientos recursivos se rigen por las prescripciones de la L.N.P.A., que se aplican entre la falta de regulaciones específicas de la materia contractual (78).

Con respecto a la impugnación judicial, en nuestro país, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido haciendo una relativa aplicación de la teoría de los actos separables (79) admitiendo la impugnación judicial de los actos previos, con independencia de la del contrato, pero sin llegar a admitir una de sus principales consecuencias del desarrollo evolutivo de dicha concepción que,

como es sabido, permite proyectar la invalidez del acto separable sobre el propio vínculo contractual (80).

La médula jurisprudencial de esta postura se encuentra reflejada en el plenario "Petracca" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal donde se puntualizó que "... una cosa es el contrato como acuerdo integrado por dos declaraciones de voluntad y otra los actos dictados por la Administración durante su ejecución. Cada uno de estos actos responde a reglas propias de validez, tienen sus propias causas o funcionabilidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de éste." (81).

A su vez, aunque en materia de plazos de caducidad para accionar judicialmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la teoría de los actos coligados en el caso "Mevopal", en el que sostuvo que "los actos administrativos, aún 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 en obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los artículos 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su artículo 25" (82). Sin perjuicio de la rectificación posterior de esa postura, en cuanto a la aplicabilidad a los contratos del plazo de caducidad del artículo 25 de la L.N.P. (83), la doctrina que fluye de "Mevopal" implica solo una aplicación parcial de la tesis de la coligación (84) o, más precisamente, acoge la antigua teoría de la incorporación (85).

En el estado actual del derecho administrativo se hace necesario reafirmar, ante todo, el principio de la seguridad jurídica en protección de los derechos adquiridos por los contratantes (se entiende siempre que actúen de buena fe). Por esa razón, la proyección de la invalidez de un acto separable al contrato puede generar situaciones de injusticia, máxime cuando éste ha tenido principio de ejecución y el oferente que obtiene la declaración judicial de nulidad de un acto separable tuvo a su alcance la posibilidad de requerir el dictado de medidas precautorias y lograr la suspensión del contrato, y aún más, de promover acciones de amparo. En tales casos, el oferente ilegítimamente excluido o no seleccionado, tendrá siempre derecho a una indemnización (86), por generarse la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima.

Lo expuesto no es óbice para que la Administración, ante la comprobación de una causal de invalidez del contrato, promueva la acción de lesividad la que, en cualquier caso, estará obligada a deducir, por aplicación analógica de lo prescripto en el art. 17 de la L.N.P.A., cuándo se trata de una nulidad absoluta.

Por otra parte, la causal de invalidez de un acto coligado que se impugna en sede administrativa, aun cuando la impugnación fuera rechazada, se proyecta al acto de adjudicación, siempre que el rechazo de la impugnación del acto previo no hubiera sido consentido por el particular. Esto es así por cuanto los actos previos, por más separables que sean, terminan incorporándose al acto de adjudicación (87).

Notas

(1) Este principio ha sido sostenido en nuestro país particularmente a partir de la obra del maestro MARIENHOFF ("Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, Nº 627 A, p. 627 y sigtes., Buenos Aires, 1994); véase también SAYAGÜES LASO, E., "La licitación pública", p. 57, Montevideo, 1978.

(2) BIELSA, R., "Derecho Administrativo", t. II, ps. 162-163, Buenos Aires, 1955.

(3) "MERIDIANO S.C.A. c. Administración General de Puertos" de fecha 24 de abril de 1979, La Ley, 1979-C, 84.

(4) Fallos: 179:173 y siguientes (La Ley, 8-651).

(5) SAYAGÜES LASO, E., op. cit., p. 57.

(6) Ver nuestro comentario al caso "Meridiano" ED., 83-446, p. 446.

(7) CASSAGNE, J. C., "La igualdad en la Contratación Administrativa", en "Cuestiones de Derecho Administrativo", p. 98 y sigtes., Buenos Aires, 1987.

(8) Sobre este principio se ha dicho que tiende a permitir que el mayor número posible de interesados pueda formular su oferta: CANOSA, A. N. y MIHURA ESTRADA, G., "El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial", publicado en JA. Nº 6010 del 6/11/96, ps. 24-25.

(9) Ver el lúcido artículo de GORDILLO, A. A., en el libro "Después de la Reforma del Estado", p. VII-1 y sigtes., Buenos Aires, 1966, publicado también en REDA Nº 11, ps. 293-318 bajo el título: "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública".

(10) Sobre este principio en Francia ver: LASERRE BRUNO, LENOIR NOËLLE y STIRN, "La transparence administrative", p. 13 y sigtes., Paris, 1987.

(11) En el fallo "LIBEDINSKY, Jorge S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 12 de marzo de 1987 y publicado en revista ED., 125-172, con comentario de Bianchi.

(12) Ver y ampliar: MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, Nº 627 A, ps. 163-164 y sigtes.; BARRA, R. C., "Contrato de obra pública", t. 2, p. 503 y sigtes., Buenos Aires, 1986; por su parte, COMADIRA, J. R. y WINKLER, D. P., "Las contrataciones interadministrativas y el principio de la libre elección", ED., 119-860 y sigtes., sostienen que la libre elección o contratación constituye el principio general en materia de contrataciones interadministrativas. Esta conclusión, que compartimos a la luz del ordenamiento vigente en esa época, tiene actualmente que armonizar con los nuevos principios del Estado que estatuyen el deber de estimular la competencia en el mercado.

(13) Conf. DROMI, J. R., "La licitación pública", 2ª ed., p. 118, Buenos Aires, 1995.

(14) Art. 56, inc. 3º, aparts. --Adla, XVII-A, 155-- a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l) y m) de la ley de Contabilidad (dec.-ley 23.354/56) y art. 9º de la ley de obras públicas.

(15) Se trata de los supuestos de monto escaso, operaciones secretas y razones de urgencia (inc. 10 de la Reglamentación al art. 62, ley de contabilidad).

(16) Sobre su calificación como procedimiento ver: GORDILLO, A. A., "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública" publicado en REDA N° 11, ps. 293-294.

(17) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, N° 638-641, p. 200 y siguientes.

(18) BARRA, R. C., "Contratos de Obra Pública", t. 2, ps. 494-496, Buenos Aires, 1987.

(19) En España, la reforma del art. 28 de la L.C.E. suprimió el procedimiento del concurso-subasta, si bien se ha considerado en virtud de los artículos 34 y 36 de la L.C.E. este procedimiento ha sido sustituido por uno similar al percibir la subasta "con admisión previa" y la "subasta restringida". Conf. SOLAS RAFECAS, J. M. de, "Contratos administrativos y contratos privados de la Administración", p. 181, Madrid, 1990.

(20) BARRA, R. C., op. cit., t. 2, p. 492.

(21) Art. 12 de la ley 22.460 (Adla, XLI-B, 1688).

(22) Ley 24.521, art. 51 (Adla, LV-D, 4369).

(23) Art. 4º de la ley 17.520 modificado por el art. 58 de la ley 23.696 (Adla, XLIX-C, 2444). En la Provincia de Buenos Aires está prescripto por el art. 4º de dec.-ley 9254/79 reformado por el art. 36 de la ley 11.184 (Adla, LII-A, 966).

(24) MERTEHIKIAN, E., "Estudios sobre Derecho Público", ps. 143-144, Buenos Aires, 1996.

(25) Ver: FANELLI EVANS, G., "La concesión de obra pública", p. 34 y sigtes., Buenos Aires, 1989.

(26) Art. 4º de la ley 17.520; art. 58 del dec. 1105/89 (Adla, XLIX-D, 3816).

(27) Art. 56, incs. 2º y 3º de la ley de contabilidad (dec.-ley 23.354/56).

(28) Constitución de la Provincia de Neuquén (art. 261 inc. 10); de Misiones

(artículo 171, inc. 7); de San Juan (artículo 251, inc. 8); de San Luis (artículo 261, inc. 10) y de Mendoza (art. 202 inc. 5).

(29) Art. 18 de la ley 23.696.

(30) Ver: DROMI, R., op. cit., ps. 133-134 y B.O. del 5 de abril de 1994 en el que se publica dicho procedimiento establecido por el Ministerio de Economía.

(31) BARRA, R. C., op. cit., 2, p. 479.

(32) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, Nº 643 a), p. 211; ROEHRSEN di CAMMARATA, G., "I contratti della Pubblica Amministrazione", p. 104, I, Bologna, 1967.

(33) FIORINI, B. y MATA, I., "Licitación Pública. Selección del contratista estatal", p. 80, Buenos Aires, 1972, BARRA, R. C., op. cit., 2, p. 486.

(34) ABAD HERNANDO, J. L., "Pliego de condiciones", p. 304 en el libro "Contratos Públicos", producto del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, 1980; sostiene que los pliegos de condiciones no tienen naturaleza reglamentaria ya que "poseen una connotación objetiva directa con relación a cada contrato y su aprobación es un acto particular y concreto".

(35) BERÇAITZ, M. A., "Teoría general de los contratos administrativos", p. 330, Buenos Aires, 1980, expuso en su momento una tesis compatible con la que propugnamos en el texto al atribuirle a los pliegos una naturaleza compleja.

(36) Voto del doctor Rodolfo C. Barra en la causa: "Martín, Estela Delia Correa de c. Universidad Nacional de San Juan", del 10 de diciembre de 1992, publicada en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, año XV, Nº 175, p. 149.

(37) BOQUERA OLIVER, J. M., "La selección de contratistas", ps. 35-50, Madrid, 1963.

(38) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 516.

(39) Ley 13.064, art. 10.

(40) Ej. ley 6080, art. 19 de la Provincia de Córdoba (Adla, XXXVII-D, 4260).

(41) Cfr. DIEZ, M. M., "La oferta", p. 328, en la publicación "Contratos Administrativos" de la Universidad Nacional de Cuyo y Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Mendoza, 1980 (que contiene los trabajos y debates del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo).

(42) BARRA, R. C., "Principios de Derecho Administrativo", p. 273 y sigtes., Buenos Aires, 1980.

- (43) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, N° 648, p. 223.
- (44) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, N° 648, ps. 223-224.
- (45) BARRA, R. C., op. cit., t. II, ps. 600-601.
- (46) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 235.
- (47) Art. 20, ley de obras públicas; artículo 61, inc. 61, del reglamento de contrataciones, modif. por dec. 827/88 (Adla, XLVII-C, 2881).
- (48) BARRA, R. C., op. cit., t. 2, ps. 640-641.
- (49) GORDILLO, A. A., op. cit., REDA N° 11, p. 299 y siguientes.
- (50) Art. 1° inc. e) de la ley nac. de procedimiento administrativo.
- (51) Cfr. BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 634.
- (52) Solución que se propone en el Proyecto CIMOP de 1970 (art. 13).
- (53) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 634.
- (54) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 243.
- (55) Art. 61, inc. 76 del R.C.E., modif. por el dec. 383/73 (Adla, XXXIII-C, 3218).
- (56) Art. 18 de la ley de obras públicas.
- (57) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 247 y siguientes.
- (58) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 654.
- (59) Art. 61, incs. 139 y 149 del R.C.E.
- (60) Ver: GRECCO, C. M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", LA LEY, 1980-D, p. 1306 y sigtes.; BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 430 y sigtes.; BIANCHI, A. B., "El 'writ of certiorari' en nuestra Corte Suprema. ('La cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado')", en ED., 125-857 y sigtes., y nuestro "Derecho Administrativo", t. II, 5ª ed., p. 116 y sigtes. Con relación específicamente al tema nos remitimos al lúcido trabajo de GAMBIER, B., "El concepto de oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio público (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)", LA LEY, 1988-D, 744 y siguientes.
- (61) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 437.
- (62) GAMBIER, B., op. cit., p. 751.

(63) ESCOLA, H. I., "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", t. I, p. 353, Buenos Aires, 1977.

(64) GAMBIER, B., op. cit., p. 751.

(65) LINARES, J. F., en el libro "Contratos Públicos", p. 241, Mendoza, 1980; BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 644; FANELLI EVANS, G. E., "La preselección de oferentes en la licitación pública", ED, 97-898.

(66) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 198-240, donde se puntualizó que la preadjudicación constituye "uno de los actos preparatorios de la voluntad de la Administración que en el supuesto en análisis se opera dentro de una sucesión de pasos que conducen desde la presentación de ofertas hasta su adjudicación final".

(67) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 244.

(68) FANELLI EVANS, G. E., op. cit., p. 899.

(69) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 245.

(70) MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, p. 259; FIORINI, B. y MATA, I., "Licitación Pública. Selección del contratista estatal", p. 155, Buenos Aires, 1972.

(71) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 646 y siguientes.

(72) La doctrina considera que el art. 9º, inc. f) de la ley de obras públicas incluye en el concepto de oferta inadmisibles el impuesto de oferta inconveniente: MARIENHOFF, M. S., op. cit., t. III-A, ps. 261-262; MO, F. F., "Régimen Legal de las Obras Públicas", p. 109, Buenos Aires, 1966.

(73) Art. 9 inc. f), de la ley de obras públicas.

(74) Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, t. 160, p. 462.

(75) Cfr. BARRA, R. C., op. cit., p. 648.

(76) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 650-652.

(77) MAIRAL, H. A., "Licitación Pública. Protección jurídica de los oferentes", p. 25 y sigtes., Buenos Aires, 1975.

(78) El artículo 7º, de la ley nac. de proced. administrativo prescribe: "Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título".

(79) Sobre la teoría del acto separable: LAUBADERE, A., MODERNE, F. y

DELVOLVE, P., "Traité des contrats administratifs", t. II, p. 1035 y sigtes., Paris, 1984; DIEZ, M. M., "Derecho Administrativo", t. II, p. 494 y sigtes., Buenos Aires, 1965; también se han ocupado de las teorías del todo indivisible (incorporación) y del acto separable en España, BOQUERA OLIVER, J. M., "La selección de contratistas", p. 187, Madrid, 1963; y en fecha más reciente: SOLAS RAFECAS de J. M., "Contratos administrativos y contratos privados de la Administración", p. 231 y sigtes., Madrid, 1990; un precedente de trascendencia es el caso "Diavil S.R.L." resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Tucumán con fecha 13/3/87, publicado en ED. t. 126, p. 130 con nuestro comentario.

(80) GARCIA de ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R., "Curso de Derecho Administrativo", t. I, p. 727, Madrid, 1996; SOLAS RAFECAS, J. M., op. cit., p. 252; aun cuando la invalidez sólo se opera cuando el acto anulado sea relevante o le sirva de soporte.

(81) "In re" "Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. c. Estado nacional - Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos", sentencia plenaria de fecha 24/4/86, LA LEY, 1986-D, 10 y siguientes.

(82) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 26/11/85, 307:2216.

(83) Véase: JEANNERET de PEREZ CORTES, M., "Control Judicial. Habilitación de la instancia judicial. Interrogantes que resultan de las disposiciones legales y de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la materia", en el libro "El derecho administrativo argentino, hoy", p. 67 y sigtes., Buenos Aires, 1996; MONTI de HITZFELDER, L. M., "La aplicación de la ley de procedimientos administrativos", JA, N° 6010 de fecha 6/11/96, número especial sobre "Derecho Administrativo", p. 42 y siguientes.

(84) BARRA, R. C., "Los administrativos contractuales", ps. 135-136, Buenos Aires, 1989.

(85) LAUBADERE, A., MODERNE, F. y DELVOLVE, P., op. cit., t. II, p. 1035; la concepción del todo indivisible rigió en Francia hasta los comienzos del siglo XX y su objeto era asegurar los derechos adquiridos por el contratante y afirmar la seguridad jurídica.

(86) BARRA, R. C., op. cit., t. II, p. 662.

(87) Véase el comentario al caso "Diavil S.R.L.". "El amparo en las Provincias: su procedencia respecto de actos dictados durante el proceso licitatorio", ED, 126-132-133, especialmente nota 4.