

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

ESCUELA DE POLÍTICA Y GOBIERNO

PROGRAMA VIRTUAL DE FORMACION SUPERIOR EN COMPRAS PÚBLICAS

Promoción: 2018

Nombre y Apellido: María Eugenia Molina Rómoli

Título del Trabajo Final:

“Requisitos mínimos legales que debe contener el procedimiento administrativo de las contrataciones públicas para asegurar los principios de legalidad, competencia y transparencia. ¿Es posible simplificar y unificar la legislación de las provincias federales en el marco de los principios internacionales? Caso de la Provincia de Mendoza.”

Director: Dr. Jorge Luis Gonzalez

Buenos Aires, Mayo de 2021

INDICE

OBJETIVOS:

PLANTEO DEL PROBLEMA Y MARCO TEÓRICO:

ESTRATEGIA METODOLOGICA:

CRONOGRAMA:

DESARROLLO:

Capítulo 1: Breve análisis de la situación jurídica y normativa:

- 1.1) Una mirada desde lo nacional y lo local: Desde “adentro” de la República Argentina:
- 1.2) Una mirada desde lo internacional: Desde “afuera” de la República Argentina.
- 1.3) Una mirada trasversal: Cómo se articulan la legislación internacional y la local.
- 1.4) Las Compras Públicas: local o con influencia global?

Capítulo 2. Principios Generales aplicables a la Licitación Pública. Una mirada a las normas internacionales.

- 2.1) Igualdad y Equidad:
- 2.2) Concurrencia e Informalismo
- 2.3) Publicidad y Transparencia:
- 2.4) Eficiencia:

Capítulo 3. Los Sistemas de Compras Públicas de las Provincias Argentinas:

- 3.1) Marco teórico:
- 3.2) Las prácticas y sistemas locales:

Capítulo 4. El caso de la Provincia de Mendoza.

- 4.1) Estado de situación:
- 4.2) Análisis jurídico- normativo de las contrataciones públicas en la Provincia de Mendoza
- 4.3) Aplicación de los principios internacionales a la normativa local y su comparación con la normativa nacional.
- 4.3)a. Igualdad y Equidad
- 4.3)b. Concurrencia e Informalismo
- 4.3)c. Publicidad y Transparencia:
- 4.3)d. Eficiencia
- 4.3)e. Otros principios: legalidad o juridicidad

Capítulo 5. Comparaciones entre los sistemas electrónicos utilizados en Nación y en la Provincia de Mendoza. Semejanzas y Diferencias:

- 5.1) Semejanzas en los principios generales:
- 5.1)a. La Licitación Pública como forma principal de elección del co-contratante:
- 5.1)b. La Licitación Pública es un procedimiento administrativo especial:
- 5.1)c. Semejanzas en cuanto a los principios aplicables a la Licitación Pública:
- 5.2) Diferencias en instituciones concretas, según se trate del Procedimiento Administrativo Nacional o Provincial:
- 5.2)a. Jerarquía normativa:
- 5.2)b. Tipos y modalidades de procedimientos de contratación:
- 5.2)c. El caso de la Subasta Inversa:
- 5.2)d. Diferencias en la procedencia de la impugnación del dictamen de evaluación.

CONCLUSIONES

ANEXO I

ANEXO II

TRABAJO FINAL

NOMBRE DEL ALUMNO: María Eugenia Molina Rómoli.

TITULO DEL TRABAJO FINAL: *“Requisitos mínimos legales que debe contener el procedimiento administrativo de las contrataciones públicas para asegurar los principios de legalidad, competencia y transparencia. ¿Es posible simplificar y unificar la legislación de las provincias federales en el marco de los principios internacionales? Caso de la Provincia de Mendoza.”*

TEMA:

Procesos de compras públicas. Estudio de caso y comparativo. Legislación aplicable a las compras electrónicas. Sistemas Nacionales y Provinciales de compras públicas.

OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

Efectuar un relevamiento de la **legislación** aplicable a las compras públicas de las Provincias argentinas a la luz de las recomendaciones de organismos internacionales y en el marco de la implementación del sistema de compras electrónicas Compr.Ar, con especial énfasis en los procedimientos administrativos de las compras públicas de la Provincia de Mendoza y una mirada sobre los principios del federalismo argentino.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Realizar un análisis sobre el sistema Federal de la República Argentina y su implicancia en la aplicación del Derecho Administrativo, a partir del análisis de la normativa de los contratos en ejercicio de la función administrativa.
- Efectuar un relevamiento de la legislación vigente y de los procedimientos establecidos para las contrataciones y adquisición de bienes y servicios por parte de los organismos del Estado, con especial énfasis en la Provincia de Mendoza.
- Revelar el alcance de la utilización de sistemas electrónicos de compras públicas en las provincias de la República Argentina.

- Relevar las sugerencias y directrices de organismos internacionales relacionados con la materia.
- Determinar el alcance del federalismo en la regulación de las contrataciones públicas.
- Analizar la posible unificación de la legislación de las Provincias Argentinas y los mecanismos para su implementación.
- Determinar si la adopción del Sistema Electrónico de compras denominado COMPR.AR por las Provincias puede ser inconstitucional, importando una colisión con el sistema federal de gobierno establecido en la Constitución, al representar una intromisión en materia no delegada por las Provincias a la Nación.

PLANTEO DEL PROBLEMA Y MARCO TEÓRICO:

Ensuring an adequate degree of transparency that enhances corruption control, while not impeding the efficiency and the effectiveness of the procurement process, is a common challenge for governments. Procurement regulations and systems should not be unnecessarily complex, costly or timeconsuming, as this could cause excessive delays to the procurement and discourage participation, in particular for small and medium enterprises. Excessive red tape may also create possible opportunities for corruption, for instance in the case of regulatory instability, or when leading to requests for exceptions to rules. Furthermore, special attention should be paid to ensuring the overall coherence of the application of procurement regulations across public organisations.¹

El objetivo de esta investigación es efectuar un análisis comparativo de los sistemas de compras Nacional y Provincial, especialmente en relación al posible planteo de inconstitucionalidad en la adopción de un sistema de compras electrónicas nacional por parte de las provincias, con una mirada a los principios supranacionales que impregnan las contrataciones públicas.

¹Extraído de “OECD Principles for Integrity in Public Procurement”, disponible para su consulta gratuita en <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>.

ESTRATEGIA METODOLOGICA:

En concordancia con los objetivos generales y específicos planteados, el presente trabajo pretende realizar un análisis teórico-jurídico y comparativo de la legislación aplicable a las compras públicas de las Provincias argentinas a la luz de las recomendaciones de organismos internacionales y en el marco de la implementación del sistema de compras electrónicas COMPR.AR, con especial énfasis en la propuesta de modificaciones legislativas y de los procedimientos administrativos de las compras públicas de la Provincia de Mendoza.

En este sentido considero que el estudio de casos² es el más adecuado para abordar la problemática propuesta, ya que permite analizar todas las causas y efectos de un fenómeno acotado, analizando las consecuencias y la posible relación con el aseguramiento de los principios de legalidad, competencia y transparencia.

Asimismo, se realizará una aproximación al tema de estudio desde un enfoque comparativo (casos de otras provincias, de la Nación, y en relación con los modelos de legislación recomendados por organismos internacionales³), entendiendo que el *“análisis de caso y análisis comparativo son búsquedas complementarias que se refuerzan entre sí. Es también claro que los estudios de caso en cuestión deben ser, para ser tales, implícitamente comparativos. Lo que no quita que el estudio de un solo caso no pertenezca al método comparativo”*⁴

Siguiendo a Babbie, en su libro “Fundamentos de la Investigación Social”⁵ en su afirmación sobre la multiplicidad de los propósitos de la investigación, la presente conlleva los tres más usuales descriptos por el autor: explorativo, descriptivo y explicativo, en mayor o menor medida⁶.

²La identificación y documentación de lecciones aprendidas por medio de Estudios de Caso permite que los especialistas o equipos de trabajo expliciten su conocimiento a partir de la reconstrucción de los hechos de un proyecto u operación, mejoren la comprensión sobre factores de diseño y dinámicas de implementación que contribuyen a (o limitan) los logros, avancen en una interpretación crítica de lo sucedido, formulen recomendaciones y refinen sus hipótesis de trabajo. (Material de clase 4 Análisis de Casos, BID “Pautas para la elaboración de estudio de caso”)

³ Tales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

⁴Sartori Morlino “La Comparación en las Ciencias Sociales. El estudio de caso”pg. 45.

⁵Babbie, E. “Fundamentos de la Investigación Social”, Traducción del libro *The Basics of Social Research*. publicado en inglés por Wadsworth Publishing Company@ 1999.

⁶Babbie, E. Op. cit. PARTE 2 la estructura de la investigación. Capítulo 4 Diseño de la Investigación pg. 74 y ss “Propósitos de la Investigación”... “Desde luego. la investigación social tiene muchos propósitos. Tres de los más

Las unidades de análisis, identificadas como “productos sociales”⁷ serán los procedimientos administrativos de compras públicas en la Provincia de Mendoza en el estudio de caso, mientras que, en la búsqueda de comparación con las demás provincias, serán sus correspondientes procedimientos. Así se podrá llegar a identificar y documentar las lecciones aprendidas para concluir en recomendaciones futuras.

El material o evidencia que se utilizará será bibliográfico, en formato papel y electrónico a través de páginas de internet oficiales de compras disponibles al acceso público y gratuito del público en general, de la Provincia de Mendoza, y de las demás provincias argentinas, además de organismos internacionales. Ello atento a que, conforme se ha expresado, *“Un Estudio de Caso sistematiza a lo largo de un período de tiempo una o varias experiencias o procesos, sus momentos críticos, actores y contexto con el fin de explorar sus causas, y entender por qué la/s experiencia/s o proceso/s objeto de estudio se desarrolló como lo hizo, obtuvo los resultados que obtuvo, y qué aspectos merecen atención particular en el futuro. De esta manera actores externos pueden comprender lo que ocurrió y aprender de esa experiencia o proceso. El Estudio de Caso es un método de investigación cualitativa, aunque puede incluir evidencia cuantitativa. El Estudio de Caso usa múltiples fuentes de evidencia y explora el objeto de estudio dentro de su contexto. Esas fuentes de evidencia incluyen documentos, archivos, entrevistas, observaciones directas, u objetos”*.⁸

El diseño propuesto utilizará procedimientos deductivos e inductivos, análisis y comparaciones del material bibliográfico analizado, con el propósito de proponer a medida del avance de la investigación nuevas hipótesis que completen las propuestas inicialmente.

A los fines de satisfacer los caracteres del método y la lógica de la comparación, siguiente a prestigiosos autores que indican que éstos deben estar “enfocados” y

comunes y útiles son exploración, descripción y explicación” (...)“Aunque es útil distinguir los tres propósitos de la investigación. vale la pena repetir que casi todos los estudios tienen elementos de los tres.”

⁷Babbie, E. Op. cit. PARTE 2.El autor define “Productos sociales indicando que *“Otra unidad de análisis es el producto social. Cualquier hechura o resultado de los seres sociales o de su conducta. Una clase de productos comprende objetos concretos, como libros. poemas. cuadros., auutomóviles, edificios. Canciones, vaJUlas, chistes, pretextos de los estudiantes para faltar a los exámenes y descubrimientos científicos.”*

⁸Banco Interamericano de Desarrollo(BID), *“Pautas para la elaboración de Estudios de Caso”*Vicepresidencia de Sectores y Conocimiento Contactos en el Departamento de Conocimiento y Aprendizaje. Autores: Elba Luna, Lorena Rodríguez Buj, *LeccionesAprendidas@iadb.org*, Marzo 2011.

“estructurados” para contribuir al conocimiento alcanzado⁹, el análisis comparativo de la situación de los sistemas de compras en las diferentes provincias argentinas intentará responder en términos generales a los siguientes interrogantes:

- *¿cuál es la legislación aplicable a las compras públicas de cada Provincia Argentina?*
- *¿Existe un sistema electrónico de compras?*

Por último, cabe destacar que, de forma preliminar, el objetivo de esta investigación, especialmente en relación al posible planteo de inconstitucionalidad en la adopción de un sistema de compras electrónicas nacional por parte de las provincias, se ha definido, dentro del concepto de Lijphart y Eckstein, de “sonda de plausibilidad”, al tratarse de un análisis preliminar “sobre teorías e hipótesis relativamente no probadas para determinar si se justifican pruebas más intensivas y laboriosas”.¹⁰

⁹George, A. y A. Bennet, “*Case Studies and Theory Development*” MIT Press, Cambridge Massachusetts. Chapter 3 The Method of Structured, Focused Comparison pg. 70 “*The method and logic of structured, focused comparison is simple and straightforward. The method is “structured” in that the researcher writes general questions that reflect the research objective and that these questions are asked of each case under study to guide and standardize data collection, thereby making systematic comparison and cumulation of the findings of the cases possible. The method is “focused” in that it deals only with certain aspects of the historical cases examined. The requirements for structure and focus apply equally to individual cases since they may later be joined by additional cases.*”

¹⁰George, A. y A. Bennet, ., op. cit., “*In general, there are six different kinds of theory-building research objectives. Arend Lijphart and Harry Eckstein identified five types. We outline these below and add a sixth type of our own (...)* • *Plausibility probes are preliminary studies on relatively untested theories and hypotheses to determine whether more intensive and laborious testing is warranted. The term “plausibility probe” should not be used too loosely, as it is not intended to lower the standards of evidence and inference and allow for easy tests on most-likely cases.*”

CRONOGRAMA:

Tarea	Bimestre I	Bimestre II	Bimestre III	Bimestre IV	Bimestre V
Búsqueda material bibliográfico					
Selección material bibliográfico					
Relevamiento de casos					
Redacción trabajo/ conclusiones					

DESARROLLO:**Capítulo 1: Breve análisis de la situación jurídica y normativa:**1.1) Una mirada desde lo nacional y lo local: Desde “adentro” de la República Argentina:

Observando el contexto institucional de la República Argentina nos preguntamos cuál es su forma de estado y de gobierno, y cómo el Gobierno Nacional interactúa desde el aspecto jurídico-institucional con las Provincias que la conforman.

Como noción general, sabido es que la Argentina ha adoptado para su gobierno la forma Representativa Republicana y Federal.¹¹

¹¹ Sobre los orígenes de la federación, el maestro Halperín nos enseña que “en nuestro país, históricamente, el régimen de este estado federal tuvo reconocimiento primigenio como Confederación tanto en su designación bajo tal denominación y como así también en sus notas típicas de la esencia de tal (...)” y agrega que “La Constitución de

Haciendo foco en el Federalismo¹², podemos afirmar que este principio se encuentra consagrado en el artículo 1º de la CN, al reconocer la preexistencia de las autonomías provinciales¹³, las cuales conservan todo el poder no delegado al Gobierno Nacional en la propia Constitución. Esto implica entonces que “las provincias en ejercicio de su autonomía se dan sus propias normas fundamentales, con independencia del gobierno federal, pero cumpliendo con las condiciones impuestas por la Constitución nacional (arts. 5 y 123 CN)”¹⁴.

A mayor abundamiento, y citando a autores como Marianello, podemos encontrar una definición descriptiva que ilustra la forma en que funciona este concepto, al referir que: “El federalismo implica la existencia de un Estado federal compuesto de varios Estados miembros o federados (provincias), significando la combinación de dos fuerzas: la centrífuga y la centrípeta, que compensan, en la unidad de un solo Estado, la pluralidad y la autonomía de varios. Se organiza la coexistencia de una dualidad o

1853 que mas allá de su designación como Confederación Argentina regula, propiamente un Estado Federal” en HALPERÍN, D. “Las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y la Contratación Pública” 1ª. Ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017.

¹²La Real Academia Española define al federalismo en los siguientes términos: **De federal e - ismo**. Sistema de federación entre corporaciones o Estados./ Teoría o corriente política que defiende los principios de la federación. Disponible para su consulta en línea en <https://dle.rae.es/?id=HikJ0nF>

En cuanto al vocablo *federación* Del lat. *foederatio*, *-ōnis* 'alianza', 'liga'... una de sus acepciones la refiere como una unión estable de Estados en la que la relación entre los miembros se ordena bajo los principios de unidad, autonomía, jerarquía y participación. Disponible para su consulta en línea en <https://dle.rae.es/?id=Hih2PAo>

¹³Artículo 1CN- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Artículo 5 CN.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

¹⁴Abalos, María Gabriela. “*Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales*”. Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013. Disponible para su consulta gratuita en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>

centros de poder: el del Estado Federal (soberano) y el de los Estados locales (autónomos)".¹⁵

Ahora bien, siguiendo la conceptualización fijada por el artículo 121¹⁶ y s.s. de la Constitución Nacional, si partimos de la premisa que las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y que se dan sus propias Constituciones locales que regulen sus instituciones políticas, administrativas, económicas y financieras (de acuerdo a lo previsto expresamente por el artículo 123 CN), no cabe más que concluir que, si hablamos de Derecho Administrativo, éste se encuentra dentro de la materia no delegada por las Provincias a la Nación, por lo que cada una de ellas tiene la potestad de regular sus institutos administrativos de manera autónoma.

Sobre el particular, Halperín nos enseña que El estado federal hace su entrada con la Constitución norteamericana de 1787 que hizo posible convivir su estructura manteniendo estados individuales con sus competencias y atribuciones establecidas a favor de un estado central, generando las más diversas posturas en cuanto a su naturaleza jurídica.⁴⁷⁹ Ese régimen consiste –en nuestro país - en que el Estado Nacional garantiza a las provincias sus propias instituciones, incluso su propia constitución siempre que ésta contemple -además del régimen republicano – la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal (art. 5 Const. Nac. Desde el año 1994, ese régimen municipal podrá ser autónomo conforme al alcance que en distintos aspectos establezca el poder constituyente local. Dentro de esa autonomía provincial reconocida y garantizada por el Art. 5 de la Constitución Nacional se hallan una forma de reparto de competencias entre la Nación y las provincias que se dividen en delegadas y no delegadas en el texto constitucional de las provincias a la

¹⁵Maraniello P., *La crisis del federalismo en los poderes del estado* (2017) acceso en www.saij.gov.ar Sistema Argentino de Información Jurídica Id SAIJ: DACF170424

¹⁶ Artículo 121 CN.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Artículo 122CN- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

Artículo 123.CN- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Nación, y en el último supuesto se entiende que fueron reservadas por las provincias para sí, en forma exclusiva y excluyente. De allí que se afirma el carácter local del Derecho Administrativo”.¹⁷

Avanzando un poco más en estos conceptos, cabe ahora preguntarnos si acaso toda la regulación de las compras y contrataciones de las Administraciones Provinciales resulta materia contenida en el Derecho Administrativo. Con una respuesta afirmativa podríamos entonces concluir que cada Provincia es libre para regular la manera en la que sistematiza su procedimiento de las Compras Públicas.

Pero si bien lo afirmado sería la potestad máxima, no obstante, nos podríamos plantear si ella tiene un límite o frontera donde debe ceder, por lo que el cuestionamiento viraría conceptualmente para responder hasta qué punto deben los Estados Provinciales respetar los lineamientos, principios, normas o reglamentos dados por el Gobierno Nacional. La respuesta viene dada por el propio artículo 5º de la Constitución ya citado, es decir, toda la normativa provincial debe adecuarse a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.

1.2) Una mirada desde lo internacional: Desde “afuera” de la República Argentina.

La creciente influencia del Derecho Internacional en el Derecho Interno de los países es una realidad de la que ningún Estado, en la actualidad, se encuentra ajeno, y la República Argentina no es la excepción.

La mayor y más importante muestra de esta preponderancia viene dada por la propia Constitución Nacional, la que, a propósito de la reforma ocurrida en el año 1994, introdujo el principio de la supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, otorgándole una preeminencia por sobre la propia Carta Magna, y considerando a los demás tratados con rango constitucional superiores a las leyes, abriendo paso, poco a poco, a lo que desde el ámbito jurídico se denomina “control de convencionalidad”.

¹⁷ HALPERÍN, D. “*Las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y la Contratación Pública*” en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público/ AAVV - Espinoza Molla Martín R. – Rizzi Guillermo Coordinadores 1ª. Ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017.*

El panorama descrito resulta bastante alentador, entendiendo que ello supone un avance en la inserción de la Argentina en el tablero internacional¹⁸.

1.3) Una mirada transversal: Cómo se articulan la legislación internacional y la local.

Ahora bien, avanzando un peldaño más, podríamos preguntarnos qué lugar ocupan los principios y las normas internacionales en la legislación interna de las Provincias Argentinas y, en segundo lugar, si el Sistema Federal es un obstáculo teórico para el ingreso del país al seno de los organismos internacionales tales como OCDE, UNCITRAL, etc; o si por el contrario, el Derecho Administrativo ha cedido su carácter “local” a la creciente influencia del Derecho Internacional.

Esta última ha venido siendo la posición de algunos autores, quienes como Agustín Gordillo postulan que el Derecho Internacional y el Derecho de los Tratados son fuente del Derecho Administrativo¹⁹. También se ha dicho que:

“Debe concluirse en que la localía que otrora se le achacaba al Derecho Administrativo cada vez está más cuestionada y muchas veces deviene en una quimera. Vivimos en un mundo multipolar, con carencia de un “centro, un elemento central”¹⁸. La gobernanza es multi-nivel, y encima, esos peldaños son asimétricos y diferenciados. La densidad de poder es distinta en un nivel que en otro. El fenómeno administrativo que hoy es objeto del Derecho Administrativo se asemeja, entonces, a un “blanco móvil”. Hay veces que involucra a sujetos concretos y específicos, pero otras veces que los destinatarios de la normación suscitan difusión y evanescencia, sin márgenes de actuación claros, ni controles diáfanos, ni responsabilidades indicadas expresamente. Todo este panorama obliga a repensar los viejos moldes con los que se concebía el área temática del Derecho Administrativo hasta no hace tanto tiempo y que habían signado a los desarrollos de la dogmática.”²⁰

¹⁸En este sentido el maestro Gordillo ha dicho que: Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional: el precio es demasiado caro. Gordillo A., Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo VI-20 parte general Disponible en versión en línea https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf

¹⁹Ver al respecto Gordillo A., Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo, op. cit.

²⁰Carnota, W. (2013) “¿Todo Derecho Administrativo es local?”. en Acuña, E.T. et. al (comp.) “Estudios de Derecho Público” 1a. ed. (en línea). Buenos Aires. Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>

En este orden de ideas, coincido con el pensamiento del Dr. Alejandro Perez Hualde quien viene advirtiendo sobre la creciente aplicación del Derecho Administrativo global al ámbito de los contratos públicos al poner de relieve que “El fenómeno de la globalización ha traído el Derecho Administrativo Global, que existe porque existe la actuación administrativa global; y una parte relevante de esa actuación es la de nivel contractual de los estados y de las organizaciones transnacionales que son también sujetos de ese Derecho”, y a su vez concluye que “la relación contractual, en modo creciente e inexorable, en proporción directa a su envergadura económica, va escapando al Derecho Administrativo local de los países contratantes tanto en su contenido normativo como en su jurisdicción”²¹. Asimismo, nos advierte sobre una realidad frecuente en la República Argentina, al manifestar que “las dificultades aparecen cuando la Administración celebra contratos nacionales, en el ámbito de su ordenamiento jurídico habitual, pero por el hecho de encontrarse involucradas empresas extranjeras en la composición accionaria, antes de la celebración o aun luego, sobrevinientemente, se tornan aplicables una serie de normas de carácter internacional de protección a esos inversores externos. Son normas que se encuentran previstas en tratados de protección de inversiones que la República ha celebrado con más de cincuenta países, y que reiteradamente ha renovado en los últimos años”.²²

1.4) Las Compras Públicas: ¿local o con influencia global?

Siguiendo este razonamiento, si bien la evolución de la legislación en materia de contrataciones públicas viene trazando un camino dirigido a la adopción de los principios establecidos por los tratados internacionales con rango constitucional o supra-legal, un análisis de la realidad de la legislación provincial (y muchas veces de sus prácticas) no siempre va de la mano de los nuevos estándares descriptos.

Tal como lo reflexiona el Dr. Perez Hualde, se debe colocar permanente nuestra mirada hacia “afuera”, al poner de relieve que “No es posible pensar en países aislados,

²¹Perez Hualde A. “*Los contratos públicos en la Argentina del siglo XXI: Régimen y Resolución*” en Revista “Carta de Noticias de la Procuración General” de la EFAP, Escuela de Formación en Abogacía Pública. Procuración General CABA (19/06/2020): Apartado IV. Contratos en el Derecho Administrativo global.

Disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgaba_junio2020_a.pdf

²² Perez Hualde A. , op.cit.

regidos por su intacta pretendida soberanía nacional, sin sujeciones de especie alguna y que sobre esos pilares pueda componer una actuación beneficiosa para sus habitantes y administrados. La globalización no sólo nos impone no ignorarla, sino que, además, nos exige conocer profundamente sus reglas de actuación a fin de evitar sorpresas y consecuencias que debimos prever al momento en que decidimos interactuar y contratar en ese ámbito con el mundo que ya se rige por sus reglas”.²³

En efecto, si bien los teóricos y estudiosos propugnan el acogimiento creciente de los postulados de la Convención Interamericana contra la Corrupción (la cual contiene los principios de las contrataciones públicas entre los que puede destacarse a la eficiencia con rango preeminente), una mirada cercana a los procedimientos administrativos locales devela que éstos aún se encuentran algo lejos (más en la práctica que en la teoría) de ser reflejo de estos principios.

Al respecto, Gordillo señala que en “nuestra clásica legislación de contratos administrativos se exigía solamente una obligación de medios: Cumplir un determinado procedimiento de contratación (licitación pública, por lo general) y de adjudicación” (...) y continúa afirmando que desde 1997, “la CICC, norma supralegal operativa impone una obligación de resultado, cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal”.²⁴

En este punto me permito hacer mención, nobleza obliga, de la particular postura del maestro Halperín sobre la “llamada mundialización del Derecho Administrativo”²⁵, quien explica que para que se pueda hablar de tal, las supuestas reglas mundiales deben tener como fuente el derecho internacional público, es decir, deben surgir de un tratado internacional. Reflexiona advirtiendo que: “En este sentido, tengo para mí, que

²³ Perez Hualde A., op cit

²⁴Gordillo, A. “*Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*”. En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>

²⁵ Tal postura puede consultarse en HALPERÍN, D. “*Las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y la Contratación Pública*” en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público/ AAVV - Espinoza Molla Martín R. – Rizzi Guillermo Coordinadores 1ª. Ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017.*

solamente contienen esa característica las Normas que emite el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (más conocido como Banco Mundial) que son de aplicación para todas las contrataciones que se financian con préstamos acordados a los estados prestatarios, como así también a las convenciones internacionales contra la corrupción en especial la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción”. Por otro lado, finaliza argumentando que “hay normas similares a las del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en adelante BIRF o Banco Mundial) - que de hecho hoy son las mismas - a las que aplica el Banco Interamericano de Desarrollo, pero que si bien tienen un sabor a internacional no se aplican a un número significativo de países sino sólo a una región. En el mismo sentido la Convención Interamericana Contra la Corrupción se aplica a los países que la suscribieron y aprobaron, pero sin embargo su texto posee la misma limitación. Otro grupo de normas que se aplica efectivamente en distintos países, pero limitados a una región son aquellas que se refieren a sistemas de integración, las normas de la Unión Europea son de aplicación obligatoria a los países de esa región, pero no exceden, por vía de principio, ese territorio integrado. Por esa razón no voy a incluir dentro de este “concepto de mundialización” un poco reducido, solamente a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y las Normas del BIRF sobre contrataciones financiadas por ese organismo multilateral”.

Capítulo 2. Principios Generales aplicables a la Licitación Pública. Una mirada a las normas Internacionales.

Retomando el tema esbozado en el Capítulo 4º sobre los principios generales aplicables a la Licitación Pública en cuanto a la similitud de aquellos consagrados por la normativa Nacional y Provincial, en el presente Capítulo se analizará cada uno de una manera más detallada intentando delinear el significado y aplicación de éstos, desde el aspecto doctrinario y comparativo con aquellos consagrados en las normas internacionales más significativas.

Al decir del maestro Gordillo “la Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente principios jurídicos de suma importancia: Recogen o desarrollan, o tienen implícitos, principios rectores de todo el ordenamiento, que tienen un contenido tan fuerte y tan profundo como para que su aplicación deba ser extensiva y desbordar el simple marco de su interpretación literal. El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho, ”²⁶ continuando su tajante exposición al afirmar, en relación a la normativa internacional y su aplicación al derecho interno que “la única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional.”

Hemos afirmado que la Licitación Pública es un tipo de procedimiento administrativo, por lo cual sus principios se subsumen en aquellos comunes a todo procedimiento administrativo, pero reservándose algunas particularidades.

En particular, sobre la materia que nos ocupa, adquieren especial importancia en el delineado de estos principios aplicables a las contrataciones públicas aquellos consagrados constitucionalmente como la *Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)*²⁷ y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*²⁸.

La contratación pública también se aborda en varios instrumentos adoptados por otras Organizaciones Intergubernamentales, así como en directrices de Bancos Regionales de Desarrollo y Organizaciones Económicas que forman parte de este abanico integrado por principios jurídicos supremos, tales como la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011)”; su “Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública”; los “Principios de la OCDE para aumentar la integridad en la contratación pública”; las directrices del

²⁶ Gordillo A., Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 1 Parte General. Capítulo VI Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo, 1º Ed. Disponible en versión en línea <https://www.gordillo.com/tomo1.php>

²⁷ Aprobada por Ley 24.759 Buenos Aires, 4 de Diciembre de 1996 Boletín Oficial, 17 de Enero de 1997.

²⁸ Aprobada por Ley 26.097 Buenos Aires, 10 de Mayo de 2006 Boletín Oficial, 9 de Junio de 2006.

“Marco del Banco Mundial en materia de adquisiciones”; la “Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” junto con sus “recomendaciones” del Consejo en materia de contratación pública (publicación de 2015).

Especial atención merece el denominado *Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)*, elaborado y suscripto por varios miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Algunos miembros y observadores de la OMC tienen actualmente la condición de observador en el Comité de Contratación Pública, tal es el caso de la Argentina (que adquirió tal categoría el 24 de febrero de 1997), por lo que será incluido en el análisis que se realizará en los apartados siguientes.

Haciendo hincapié en la importancia de la *CICC* como norma supranacional, se puede advertir que no solamente contiene regulación en materia penal (internacional) sino también contempla instituciones de Derecho Administrativo, y en especial en relación a las contrataciones públicas, al decir de Gordillo, ésta contiene “una suerte de revolucionario corte transversal de las instituciones de derecho administrativo”²⁹ cuyos principios no requieren de una reglamentación interna para su inmediata operatividad.

En cuanto a la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública* (en adelante “Ley Modelo”), se trata de un instrumento evolucionado que sirve a los Estados a elaborar legislación interna concordante con las más modernas técnicas comerciales de adquisiciones, como las contrataciones electrónicas y los convenios marco. Su objetivo, además, es “apoyar la armonización de las normas internacionales en la contratación pública” en base a las directrices del “Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública, las Directivas de la Unión Europea (sobre contratación y recursos), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, las Directrices sobre adquisiciones y las Directrices para consultores del Banco Mundial y los documentos equivalentes de otras IFI”³⁰.

²⁹ Gordillo, A. “Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción”. En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>

³⁰ Para su consulta visitar el sitio https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement

Veremos a continuación cada uno de estos principios:

2.1) . Igualdad y Equidad:

A este principio de raigambre constitucional, Gordillo suele calificarlo como el “clásico principio de antaño”, indicando que es considerado por algunos autores como el principio más importante de la licitación, o uno de los más importantes³¹.

No obstante, avanzando en las modernas concepciones, explica que “parte de la doctrina ha comenzado a sostener que el principio de igualdad debe aplicarse para evitar cláusulas que restrinjan el carácter competitivo del procedimiento, lo cual es tanto como decir que lo principal en realidad no es la igualdad en abstracto, sino asegurar tal carácter competitivo”, y afirma que ésta “ocupa un lugar secundario y no primordial en la licitación, contrariamente al lugar privilegiado y en primer lugar que en general le asigna clásicamente la doctrina, incluso derivándolo directamente de la Constitución”. Por ello realiza una disquisición según la etapa del procedimiento licitatorio, concluyendo que es en la adjudicación donde debe prevalecer dicho principio ya que en este momento “la autoridad licitante se ve impedida de incurrir en decisiones en cuanto al objeto de la licitación, o sea, en la adjudicación, que ocasionen discriminaciones o privilegios contractuales significativos (no, pues, cuestiones de detalle o meramente formales) en favor de algún o algunos oferentes y en detrimento de otros”. Semejante importancia tiene la aplicación de la igualdad también al momento de la ejecución del contrato, por cuanto “supone que no se confieran en la ejecución del contrato ventajas, modificaciones, tratamientos especiales, etc., que de haberse dado a los otros oferentes hubieran significado que éstos cotizaran más bajo.”

Resulta oportuno aclarar, sin adentrarnos en una discusión filosófica al respecto, que las normas internacionales utilizan mayormente el término “equidad”³².

³¹ Gordillo A., Marchas y Contramarchas en Economía y Derecho Administrativo en Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 11, 1ª Ed. Disponible en versión en línea <https://www.gordillo.com/tomo11.php>

³² Diccionario Jurídico y Social | Enciclopedia Online: La palabra equidad viene del latín *aequitas-atis*, originariamente igualdad de ánimo. Y de *aequus*, igual. Más genéricamente, igualdad. Al parecer *aequitas-atis* viene a su vez del término griego *epieikeia* (ἐπιεικεία). *Epieikeia* está compuesta por el prefijo *επι-*, que significa encima, sobre, además, también, luego o después; y la raíz *εικος*, esperable, conveniente, razonable o justo. No obstante, Tomás de Aquino entiende que en griego *επιεικεζ* es lo conveniente o decente, ya que *επι* significa sobre; e *ικος*, obediente. Por medio de la *επιεικεια* se obedece de modo más excelente, observando la intención del legislador donde disuenan las palabras de la ley. *Epieikeia* y equidad podrían tener un mismo origen etimológico. Y en un principio, un mismo significado. Puede definirse como interpretación moderada y prudente de la ley, en contra de su sentido

Así, la CICC plasma el compromiso de los Estados Parte de considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia³³. Sobre ella, Gordillo ha expresado que: “para la generalidad de la doctrina la equidad viene a quedar equiparada a la justicia, aunque se suele reconocer su carácter sublegal en nuestro derecho civil: Solamente cuando la ley la contempla puede el juez aplicarla. La CICC introduce aquí un cambio de suma importancia, pues es ahora una norma suprallegal la que impone que toda contratación pública debe ser equitativa o justa, como condición de validez. La solución inequitativa o injusta no puede fundarse en norma alguna de derecho positivo nacional, pues ahora contraviene el derecho supranacional, al menos en esta materia. Ello significa, como mínimo, que una concesión o licencia de obras o servicios públicos debe tener tarifas justas y razonables, que den una ganancia razonable y no más al contratista, impidiendo la explotación del usuario. Lo contrario es violar el principio de equidad que la CICC impone”.³⁴

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su Preámbulo contempla el mismo concepto al consagrar “los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción”, igual mención se efectúa en el artículo 7³⁵ destinado al Sector Público.

En la misma tesitura, el Preámbulo de la Ley Modelo promueve la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública, teniendo

literal, pero siguiendo la mente del legislador según las circunstancias de tiempo, lugar y persona. Se entiende que sólo puede aplicarse a las leyes humanas, y no a todas. Disponible para su consulta en línea en <https://diccionario.leyderecho.org/equidad/>

³³ CICC Artículo III Medidas preventivas apartado 5.

³⁴ Gordillo, A. “*Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*”. En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>

³⁵ *Artículo 7 Sector público* 1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud.

como uno de sus objetivos el de garantizar un trato justo, igual y equitativo a todos los proveedores y contratistas³⁶.

2.2) Concurrencia e Informalismo:

Muchos autores ven en el principio de concurrencia el pilar de todo el procedimiento licitatorio, entendiendo que la finalidad de la licitación es encontrar la propuesta más conveniente a los intereses del Estado³⁷, por lo cual, mientras más oferentes concurren a competir en una convocatoria, mayor es la probabilidad de conseguir una ventaja para la satisfacción de la necesidad pública que se pretende cubrir con tal adquisición. “Este principio postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: En general, precio, cantidad, calidad, condiciones, y en ocasiones proyecto técnico, financiamiento, etc., según el objeto específico de cada licitación”³⁸.

Su origen se remonta a los principios generales que del Procedimiento Administrativo, denominado de “contradicción”, siendo la aplicación de éste en el particular procedimiento de la Licitación Pública. Su cumplimiento garantiza la efectividad de la licitación. Al decir de Gordillo: “La igualdad cede ante el principio del informalismo y la competitividad o concurrencia destinada a conseguir la mejor oferta para el Estado.” En este sentido se ha dicho que “aplicar principios tales como la igualdad o la forma en detrimento de la concurrencia o competitividad da lugar frecuentemente a que la licitación concluya, sí, con la adjudicación, pero se haya frustrado en verdad su propósito institucional, que era elegir la mejor oferta posible del

³⁶ Por ejemplo, en el apartado referido a la convocatoria, establece que: “10. Todo requisito, directriz, documento, aclaración, o cualquier otro dato que sea fruto del diálogo entablado por la entidad adjudicadora con alguno de los concursantes deberá comunicarse por igual y al mismo tiempo a los demás concursantes, salvo que se trate de algún dato específico o exclusivo de ese concursante o salvo que su divulgación sea contraria a las reglas de confidencialidad enunciadas en el artículo 24 de la presente Ley”.

³⁷ Sobre ello, la CSJN en la causa *CardiCorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, sentó como doctrina que el procedimiento de la licitación pública es la regla general para la selección en tanto la más amplia competencia entre distintas ofertas permite a la administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y evitar la existencia de sobrepuestos. Para un desarrollo sobre éste y otros fallos relacionados puede consultarse REJTMAN FARAH. M. “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Administración Pública en materia de contrataciones administrativas” *Suplemento extraordinario Administrativo 75 aniversario*, La ley, 2010, p. 197.

³⁸ Gordillo A., *Marchas y Contramarchas en Economía y Derecho Administrativo en Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo 11, 1º Ed. Disponible en versión en línea <https://www.gordillo.com/tomo11.php>

mercado, no la “mejor oferta” de las pocas que quedaron luego que la administración eliminó las más que pudo por razones formales de mayor o menor importancia”³⁹.

La interrelación con los demás principios es evidente, ya que la concurrencia se asegura con el equilibrio entre la garantía de igualdad, y el respeto por la publicidad y la transparencia en las contrataciones.

En el plano internacional, puede afirmarse que uno de los objetivos de la Ley Modelo es su contribución al establecimiento de un marco jurídico armonizado y moderno para las operaciones de contratación pública que promueva la economía, la eficiencia y la competencia en la contratación y que, al mismo tiempo, fomente la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de adjudicación, promoviendo la competencia entre proveedores (apartado c) del Preámbulo).

También constituye uno de los pilares de la Convención de la ONU, cuando en su artículo 9 referido a la “Contratación Pública y Gestión de la Hacienda Pública”, establece que cada Estado Parte se compromete a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

2.3) Publicidad y Transparencia:

La publicidad en sí misma tiene connotaciones que van más allá de la simple publicación de la convocatoria y de las condiciones de la contratación, y se enrola en el cumplimiento del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. “Un gobierno abierto que publica íntegramente los resultados de la selección aleja las sensaciones de dudas y los temores de corrupción”⁴⁰.

La debida publicidad garantiza la concurrencia y promueve la transparencia de la contratación. Sobre ello, Ivanega ha afirmado que “se trata del acceso a la información, cuya finalidad es justamente la provisión al ciudadano de información completa,

³⁹ Gordillo, op. cit.

⁴⁰ DAMSKY, I. “Sobre el Discurso Jurídico Anticorrupción dentro de un sistema que la promueve” en *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público/ AAVV* - Espinoza Molla Martín R. – Rizzi Guillermo Coordinadores 1ª. Ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017.

adecuada, oportuna y veraz, con lo cual se garantiza el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad”.⁴¹

No puede dejar de mencionarse que ambos principios de publicidad y transparencia han recibido un plausible impulso con la utilización de los sistemas electrónicos de compras. Esto ha permitido al ciudadano común tener acceso libre y gratuito a los procedimientos y contratos concertados por los Gobiernos. A mayor accesibilidad a la información pública por parte del ciudadano mayor es el control que puede efectuarse sobre el obrar del Estado. En este sentido se ha señalado que “resulta fundamental que el sistema de contrataciones públicas asegure la transparencia y el control ciudadano. La disponibilidad de información también ayuda al desarrollo humano, en tanto posibilita la eficacia del sistema de compras. Asimismo, el acceso a información agregada del sistema permite el correcto accountability horizontal por parte de los actores del sistema, así como también mejores decisiones de compras por parte del Estado (Volosín, 2015). El desarrollo de herramientas de compras electrónicas constituyó un avance respecto a la forma en la cual el Estado contrata. En este aspecto, cumplen varias funciones valiosas: en primer lugar, ayudan a disminuir los costos burocráticos en tanto posibilitan trámites más rápidos y más baratos, tanto para el Estado como para los potenciales proveedores; en segundo lugar, favorecen la realización de procesos más competitivos, en tanto la reducción de costos y la mayor publicidad posibilitan que más ofertantes se presenten; y finalmente, producen una cantidad considerable de información que es pasible de ser utilizada tanto por el Estado, como por empresas y sociedad civil para controlar los procesos de contrataciones públicas. A su vez, el desarrollo y adopción de estándares respecto a cómo esta información debe ser publicada es una herramienta central para la homogeneización y la intercomparabilidad entre las compras públicas de distintos sectores del Estado. En este sentido, no sólo es necesaria la publicación de información relevante, sino que es fundamental que la misma pueda ser reutilizada.”⁴² La República Argentina se comprometió, durante la Cumbre Anticorrupción (Londres 2016) a trabajar en la

⁴¹ IVANEGA, M. El procedimiento de la licitación pública Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, 2011, pp. 257-276 Pontificia Universidad Católica del Perú Lima, Perú

⁴² Asociación de Gobierno Abierto, “*Plan de Acción de Gobierno Abierto, Argentina 2013-2019*”, (en línea). Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/members/argentina/>

implementación de los principios de la Open Contracting Partnership en los procesos de Contrataciones Públicas de la Administración Nacional.

En el plano Internacional, tal como se ha reseñado anteriormente, la CICC contiene mención a este principio, y la Convención de la ONU específicamente refiere el compromiso de los Estados de garantizar la “difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas”.

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) contiene numerosas disposiciones sobre el particular, entre las cuales se encuentran la publicación de la normativa incluida la correspondiente a las contrataciones; los anuncios sobre las licitaciones alentando que éstos sean por medios electrónicos, gratuitos, y en un solo punto de acceso; la información sobre las decisiones adoptadas sobre la adjudicación de los contratos, indicando los fundamentos del rechazo a los oferentes no adjudicados.⁴³.

⁴³ ACP: Artículo VI Información sobre el sistema de contratación . 1. Cada Parte: a) publicará prontamente las leyes, reglamentos, decisiones judiciales, resoluciones administrativas de aplicación general, cláusulas contractuales modelo que sean obligatorias en virtud de una ley o reglamento y que se incorporen por referencia en anuncios o pliegos de condiciones y procedimientos relativos a las contrataciones abarcadas, así como sus modificaciones, en un medio electrónico o impreso designado oficialmente que goce de una amplia difusión y sea de fácil acceso al público; (...): i) sus estadísticas de contratación, de conformidad con el párrafo 5 del artículo XVI; o ii) sus anuncios relativos a los contratos adjudicados, de conformidad con el párrafo 6 del artículo XVI.

Artículo VII Anuncios. Anuncio de la contratación prevista.

1. La entidad contratante publicará, para cada contratación abarcada, un anuncio de la contratación prevista en el medio electrónico o impreso que corresponda, indicado en el Apéndice III, excepto en las circunstancias descritas en el artículo XIII. Dicho medio será de amplia difusión y los anuncios permanecerán fácilmente accesibles al público, al menos hasta el vencimiento del plazo indicado en el anuncio. Los anuncios: a) en el caso de las entidades contratantes comprendidas en el Anexo 1, serán accesibles a través de medios electrónicos gratuitos en un solo punto de acceso, al menos durante el plazo mínimo especificado en el Apéndice III; y b) en el caso de las entidades contratantes comprendidas en el Anexo 2 ó 3, cuando sean accesibles por medios electrónicos, serán comunicados, al menos, mediante enlaces en un portal electrónico de acceso gratuito.

Se alienta a las Partes, incluidas las entidades contratantes comprendidas en el Anexo 2 ó 3, a que publiquen sus anuncios por medios electrónicos gratuitos en un solo punto de acceso.

2. Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo, cada anuncio de contratación prevista incluirá: a) el nombre y la dirección de la entidad contratante y demás información necesaria para ponerse en contacto con ella y obtener toda la documentación pertinente relativa a la contratación, así como su costo y condiciones de pago, en su caso; b) la descripción de la contratación, incluidas la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios objeto de la contratación, o, cuando no se conozca la cantidad, la cantidad estimada; c) en el caso de los contratos recurrentes, una estimación, de ser posible, del calendario de los sucesivos anuncios de la contratación prevista; d) una descripción de las opciones posibles; e) el calendario para la entrega de los bienes o servicios o de la duración del contrato; f) el método de contratación que se utilizará, y si comportará una negociación o una subasta electrónica; g) cuando corresponda, la dirección y la fecha límite para la presentación de solicitudes de participación en la contratación; h) la dirección y la

2.4) Eficiencia:

En este aspecto resulta imperioso abordar la importancia que la CICC aparejó para la adopción (al menos teórica) del principio de eficiencia a la legislación interna Argentina.

Siguiendo a Gordillo, puede advertirse que la clásica legislación solamente exigía, en cuanto al procedimiento de contratación, la observancia de una obligación de medios, cual era asegurar que el procedimiento se efectuara cumpliendo los pasos previstos por las normas. “En tales casos nos encontrábamos con obligaciones de medio, no de resultado, pues nada exigía la ley interna al agente público en cuanto al objeto mismo de la contratación y sus efectos para la sociedad, su relación costo-beneficio, su relación con precios internacionales, etc. (...) Ahora la CICC, norma supralegal operativa impone una obligación de resultado, cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal”⁴⁴.

fecha límite para la presentación de ofertas; i) el idioma o idiomas en que podrán presentarse las ofertas o las solicitudes de participación, en caso de que puedan presentarse en un idioma distinto del idioma oficial de la Parte de la entidad contratante; j) una lista y una breve descripción de las condiciones para la participación de los proveedores, incluidos requisitos relativos a los documentos o certificaciones específicos que deban presentar los proveedores en relación con su participación, a menos que dichos requisitos se incluyan en el pliego de condiciones que se pone a disposición de todos los proveedores interesados al mismo tiempo que se hace el anuncio de la contratación prevista; k) cuando, de conformidad con el artículo IX, la entidad contratante se propone seleccionar un número limitado de proveedores calificados para invitarlos a presentar ofertas, los criterios que se aplicarán para seleccionarlos y, cuando corresponda, las limitaciones al número de proveedores a quienes se permitirá presentar ofertas; y l) una indicación de que la contratación está abarcada por el presente Acuerdo

Artículo XVI Transparencia de la información sobre la contratación Información para los proveedores

1. La entidad contratante informará prontamente a los proveedores participantes de las decisiones que adopte sobre las adjudicaciones de contratos y, previa petición de un proveedor, lo hará por escrito. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo XVII, la entidad contratante proporcionará, previa petición, a los proveedores cuyas ofertas no hayan sido elegidas, una explicación de las razones por las cuales no eligió sus ofertas y las ventajas relativas de la oferta del proveedor adjudicatario.

Publicación de información sobre la adjudicación 2. La entidad contratante publicará un anuncio en el medio impreso o electrónico que corresponda enumerado en el Apéndice III, dentro de un plazo máximo de 72 días contados desde la adjudicación de cada contrato abarcado por el presente Acuerdo. Cuando la entidad publique el anuncio sólo por un medio electrónico, la información podrá consultarse fácilmente durante un período razonable. En el anuncio figurará, como mínimo, la información siguiente: a) una descripción de los bienes o servicios objeto de la contratación; b) el nombre y la dirección de la entidad contratante; c) el nombre y la dirección del adjudicatario; d) el valor de la oferta ganadora, o de las ofertas más alta y más baja tomadas en cuenta para la adjudicación del contrato; e) la fecha de la adjudicación; y f) el tipo de método de contratación utilizado y, en los casos en que se utilizó la licitación restringida de conformidad con el artículo XIII, una descripción de las circunstancias que justificaron el uso de dicho método.

⁴⁴ Gordillo, A. “*Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*”. En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>

En este aspecto, la Organización Mundial de Comercio ha intentado promover una concepción que importe la liberalización de los mercados de Contratación Pública como forma de suscitar la eficiencia de las Compras Públicas, argumentando que “en general, se considera que un régimen de contratación transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para alcanzar ese objetivo, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores. Al mismo tiempo, existen objetivos de política contrapuestos: muchos gobiernos también utilizan la contratación pública para lograr otros objetivos de política nacionales, como la promoción de determinados sectores económicos o grupos sociales. La concesión de trato preferencial a los bienes, servicios y proveedores nacionales discrimina a los proveedores extranjeros y actúa, por tanto, como un obstáculo al comercio en este sector. Esos obstáculos no están abarcados por las normas multilaterales de la OMC, ya que la contratación pública está expresamente exenta de las principales disciplinas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT — véase el párrafo 8 a) del artículo III) y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS — véase el párrafo 1 del artículo XIII). La liberalización de los mercados de contratación pública tiene potencial para generar beneficios, tanto en lo que se refiere a la eficiencia de la contratación como a los intereses comerciales.”⁴⁵ En concordancia a esta concepción es que surgió en el seno de la OMC el ya referido Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) mencionado en la introducción al presente capítulo. Se reitera que la Argentina se encuentra vinculada a él en carácter de observadora, no habiendo adherido a sus disposiciones.

A modo de corolario, y habiendo efectuado una pequeña reseña de los principios fundamentales de la Contratación Pública, no puede sino afirmarse que éstos constituyen un bloque supralegal que impregna tanto el procedimiento Nacional como el Provincial, y el consiguiente accionar de los funcionarios públicos encargados de llevar a cabo las contrataciones estatales, aún cuando no estuvieren consagrados expresamente en la letra de la normativa aplicable. Por lo tanto, cualquier procedimiento de contratación, ya sea realizado mediante el tradicional “formato papel”, o mediante la utilización de un sistema electrónico, debe, sin lugar a dudas, asegurar la observancia de

⁴⁵ Este análisis ha sido extraído de la publicación titulada “La OMC y la Contratación Pública” disponible para su consulta on line en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

dichos principios y cimentar en ellos cualquier decisión que sobre éste se adopte, sin distinguir, reitero, que se trate de jurisdicción Nacional o Provincial.

Capítulo 3. Los Sistemas de Compras Públicas de las Provincias Argentinas:

3.1) Marco teórico:

La mayoría de las constituciones provinciales incluyen entre sus previsiones la necesidad de acudir a la licitación pública, y toda la normativa provincial giran en torno al principio de la necesidad de la licitación, con excepciones expresamente pautadas.

Cada Provincia, en uso del poder no delegado a la Nación, ha regulado el procedimiento administrativo de contratación, mediante el dictado de su propio reglamento de contrataciones (independientemente de la forma jurídica que se le haya impreso, ley, decreto, memorándum, etc.)

Sin embargo, un principio rector sobrevuela el espíritu de estas normas locales, esto es, la aplicación del procedimiento de la Licitación Pública.

Citando al maestro Gordillo, puede afirmarse que *“La licitación pública es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública.(...). Es más, hay autores que consideran que la propia Constitución nacional la exigiría como principio. Para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal; Cuando es requerida por la norma, es requisito de existencia de la contratación.”*⁴⁶

3.2) Las prácticas y sistemas locales:

Se advierte en el estudio de las prácticas y sistemas locales que actualmente los procedimientos de las Compras Públicas de las diferentes Provincias argentinas han adoptado, o se encuentran en camino de acoger, el sistema de compras electrónicas que utiliza la Administración Nacional denominado “COMPR.AR”, por lo que uno de los objetivos de la presente investigación es intentar determinar si esta circunstancia puede sustentarse sobre la base de una lógica legal basada en los principios de la organización federal de la República Argentina y, adicionalmente, si se puede planificar con cierto grado de factibilidad la normatización de un sistema único de compras públicas en el marco del Régimen Federal. De ser posible, esto último también debería incluir la

⁴⁶ Gordillo A. "Tratado de Derecho Administrativo On Line" op. cit. capítulo n° 12 La licitación Pública , xii-8).

individualización de una serie de principios comunes de aplicación general y el diagrama de un esquema burocrático para su ejecución.

En el cuadro que se agrega como **Anexo I**⁴⁷, se puede visualizar la naturaleza de las normas que rigen el procedimiento de contratación de cada una de las provincias. Se advierte en este punto que, metodológicamente a los fines de realizar la pesquisa, solo se ha plasmado la información extraída de las páginas oficiales de los gobiernos de cada jurisdicción, información ésta gratuita y de acceso público, lo cual revela, aún cuando no sea objeto de la presente investigación, el nivel de acceso a la información pública con la que cuenta el ciudadano común.

A raíz de este relevamiento se pueden efectuar algunas observaciones preliminares:

En primer lugar se puede advertir que el 39%⁴⁸ aproximadamente de las provincias poseen, al momento del relevamiento de datos⁴⁹, un sistema electrónico de compras. En los casos de Buenos Aires, CABA, Mendoza y Catamarca, se advierte que el sistema utilizado es de similares características al utilizado por Nación⁵⁰, denominado COMPR.AR, aunque en el caso de la Provincia de Catamarca, la página no registra ninguna información de licitaciones o movimientos. Por su parte, las provincias de Chaco, Córdoba, La Pampa, Neuquén y San Luis poseen sistemas propios, desarrollados en general por cada Contaduría provincial, que necesitan de usuario y contraseña no sólo para operar, sino para acceder a la información del procedimiento de compras⁵¹.

⁴⁷ Fuente: elaboración propia a través de la consulta de las páginas oficiales de contrataciones de cada provincia.

⁴⁸ Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco (sistema propio), Córdoba, La Pampa, Mendoza, Neuquén, San Luis.(sistema propio)

⁴⁹ Noviembre de 2019

⁵⁰ <https://comprar.gob.ar/Default.aspx>

⁵¹ Salvo, claro está, la publicación legal a la que deben someterse las contrataciones según la normativa de cada provincia.

Capítulo 4. El caso de la Provincia de Mendoza.

4.1) Estado de situación:

Adentrándonos en la situación de la provincia de Mendoza, se advierte que ésta ha ido incorporando la tecnología en el desarrollo de las actividades internas de la Administración Pública Provincial, por lo que se puede afirmar que ya se está recorriendo el camino hacia la implementación total de un sistema electrónico de Compras Públicas.

A modo ilustrativo de cómo ha avanzado la utilización de la tecnología en la vida de la Administración Pública provincial se destaca que desde hace unos años se comenzó con la migración de los datos de todos los empleados públicos al Sistema Meta4, lo que hoy permite tener un sistema de legajo electrónico. En este sentido, actualmente ya no existe el “bono de sueldo” papel, sino que éste debe ser obtenido del legajo electrónico de cada trabajador, al cual se accede desde una página oficial, con usuario y contraseña individual. Por otro lado, también se ha desarrollado un Sistema de Información Consolidada (SIDICO) de Contaduría General de la Provincia y que vincula a ésta con todas las reparticiones del Estado. Desde el 01/01/2018 se comenzó a utilizar el Sistema de Gestión Documental Electrónica, por el cual se ha transformado toda la tramitación de expedientes de formato papel a EE (expediente electrónico). Asimismo, desde fines del 2018 se ha ido implementando paulatinamente el Sistema COMPR.AR para las contrataciones por decisión de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes (organismo dependiente del Ministerio de Hacienda) quien se consagra como el órgano Rector de todo el Sistema de Contrataciones, y es quien tiene la competencia establecida por **Ley 8.706**⁵².

⁵² **Ley 8706. Art.128-** La Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes es la Unidad Rectora Central del Sistema Administración de Bienes y Servicios de la Administración Provincial y estará a cargo de un Director General y un Subdirector General.

Para ejercer los cargos de Director General y Subdirector General se requerirá ser profesional universitario en las ramas de las ciencias económicas, jurídicas o administrativas, y una antigüedad profesional no inferior a cinco (5) años.

Art.129- La Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes tendrá las funciones y competencias que determine la reglamentación.

Art. 131- Las funciones del órgano rector son: (...) p. Aplicar, ejecutar y registrar las sanciones que puedan corresponder a proveedores por incumplimiento de contratos u órdenes de compra.

Ahora bien, en cuanto al tema que nos convoca, resulta oportuno mencionar que las contrataciones del Estado provincial encuentran su regulación en la Ley de Administración Financiera N° 8706 que sistematiza tres modalidades de tramitación: el procedimiento de Licitación Pública, de Licitación Pública de Convenio Marco y de Contratación Directa, reglamentados por el Decreto 1000/15⁵³. Por su parte, la regulación de los contratos se encuentra prevista, asimismo, en la Ley de Procedimiento Administrativo 9003⁵⁴.

Desde el aspecto operativo, observamos un volumen de adquisiciones que tramitan mediante el sistema de Licitación Pública de Convenio Marco⁵⁵, denominado comúnmente COP (anterior Catálogo de Oferta Permanente), el cual ha sido migrado al sistema de Convenio Marco de COMPR.AR⁵⁶: Esto implicó la coexistencia por al menos un año de ambos sistemas en insumos como monodrogas, productos médicos, alquiler de fotocopiadora.

Asimismo, existe otro universo de compras específicas que no se realizan por tal procedimiento, sino por Licitación Pública o Compra Directa tramitados por las diferentes Unidades Organizativas. En esta situación también se produjo una coexistencia de sistemas, ya que hasta fines del 2020 era obligatorio sólo el trámite de la Solicitud de Contratación mediante COMPR.AR, pudiendo el resto del proceso de compra tramitarse mediante sistema electrónico de compras, o mediante expediente electrónico (GDE).

⁵³ B.O.: 25/06/15

⁵⁴ B.O.: 19/09/17 CAPÍTULO IV DE LOS CONTRATOS: Art. 112 I) Los contratos que la administración celebra en ejercicio de la función administrativa estatal se rigen, en mayor o menor medida y según corresponda en cada tipo de ellos, por el derecho público y el privado, a menos que el régimen legal prevea otra solución específica.

⁵⁵ La Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes es el encargado de autorizar, aprobar e implementar las distintas etapas, en forma periódica, de los procedimientos de Licitación Pública de Convenio Marco.

En estos procedimientos se elige uno o más proponentes de bienes o servicios de compra habitual y/o periódico en el Estado Provincial y se establecen precios y condiciones, tanto técnicas como comerciales, durante un período de tiempo definido por la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes.

A los fines de llevar a cabo estos procedimientos, los Organismos licitantes deben comunicar anualmente a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes su Programa Anual de Adquisiciones. En este programa se deben incluir el listado de bienes y servicios que se estiman adquirir a los fines de cubrir las necesidades anuales. Los Organismos Licitantes pueden solicitar a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes que se convoque a la realización de estos procedimientos, evaluando la oportunidad y conveniencia de la solicitud.

⁵⁶ Ver Anexo I, que contiene los convenios marcos tramitados por COMPR.AR vigentes en la Provincia de Mendoza a enero del 2020

Actualmente resulta obligatoria la utilización del sistema para todo el procedimiento de contratación. Su implementación quedó determinada mediante Disposición de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes (DGCPYGB) mediante DI-2020-25-GDEMZA-DGCPYGB#MHYF con el siguiente cronograma:

a. A partir del día 1 de Marzo de 2020, debían gestionarse las siguientes funcionalidades en los Procesos de Compras Públicas (Licitaciones Públicas y Contrataciones Directas objeto de publicación, conf. arts. 140 y 144 Ley 8706): 1. elaboración y carga del pliego de condiciones particulares, 2. publicación del pliego, y 3. recepción electrónica de las ofertas.

b. A partir del día 1 de Julio de 2020, debían tramitarse las siguientes funcionalidades: 1. evaluación Comisión de Evaluación o Preadjudicación, 2. adjudicación del Proceso de Compras, 3. emisión de la Orden de Compra.

En definitiva, actualmente la Provincia se encuentra tramitando todas las contrataciones abarcadas mediante el sistema electrónico COMPR.AR.

4.2) Análisis jurídico- normativo de las contrataciones públicas en la Provincia de Mendoza.

La Ley de Administración Financiera de la Provincia de Mendoza 8706, que fue publicada en Boletín Oficial el 29/08/2014⁵⁷, contiene un capítulo específico dedicado a establecer los mecanismos legales para realizar las contrataciones reguladas por ella y determinando los casos excluidos a su alcance⁵⁸, contiene los principios

⁵⁷ Disponiendo su aplicación a partir del 01/01/2015 por art. 197

⁵⁸ **Ley 8706 Art. 138-** El régimen determinado en la presente Ley se aplicará a la totalidad de los contratos que celebre la Administración Provincial, con excepción de:

- a. Los que se celebren con Instituciones Multilaterales de Crédito que se financien totalmente con recursos provenientes de esos organismos,
- b. Los de empleo público,
- c. Los que tengan naturaleza de contratos de adhesión y no exista posibilidad de contratar bajo el sistema de la presente Ley.
- d. Los contratos de obra pública sometidos a la normativa vigente.
- e. Los contratos de concesión de obra o servicios públicos.

generales aplicables, determina los tipos de procedimientos licitatorios y los términos generales de cada uno (Licitación Pública, Licitación Pública de Convenio Marco y Contratación Directa), dejando a la reglamentación vigente (Decreto 1000/15) los pormenores de cada procedimiento.

Desde una perspectiva jurídica, en la Provincia de Mendoza, todo procedimiento de contratación debe encuadrarse dentro de las disposiciones contenidas en la Ley 8.706, Sección II- Sistemas de Contrataciones, y específicamente en el Capítulo IV- Procedimientos de Contratación de la Ley 8.706, en el artículo 139º, que establece que “*Como norma general, todo contrato se hará por Licitación Pública, cuando del mismo se deriven gastos y por remate o por Subasta Pública, cuando se deriven recursos*”, debiéndose ajustar a los principios generales consagrados en el art. 134 y cumplir con las exigencias establecidas en el art. 142 dedicado a los requisitos de la publicación de las contrataciones⁵⁹. Asimismo, debe darse intervención a la Contaduría General de la Provincia, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 81⁶⁰.

Desde el aspecto operativo, y dependiendo del tipo de contratación de que se trate, se necesitará un acto administrativo que autorice a las oficinas compradoras a tramitar la Licitación Pública, y luego otro acto administrativo adjudicando la oferta más conveniente, ambos emitidos por la autoridad competente según el monto de la

f. Las compras y trabajos menores por fondo permanente o similar denominación; cuyos montos y metodología serán fijados en la reglamentación que se dicte al efecto.

⁵⁹ Actualmente el sistema de publicación se realiza mediante el sistema COMPR.AR, y, hasta hace poco tiempo, de manera paralela en la página web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, y en el supuesto de compras mayores también en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. En caso de que el procedimiento se realice mediante sistema COMPR.AR, éste posee su propio portal en el que aparecen las publicaciones. A título práctico, debe decirse que la coordinación entre los dos sistemas se efectuaba en forma “manual”, por lo que el operador del sistema debía prestar especial atención para asegurar la coherencia entre ambas, y que la duplicidad de publicaciones no se transforme en una trampa para los interesados y futuros oferentes, que asimismo pueda devenir en el planteo de nulidades en el proceso de contrataciones. Actualmente, la reglamentación de la DGCPYGB ha suprimido la obligatoriedad de publicación en portal web, quedando sólo en el sistema y B.O:

⁶⁰ Art. 81 Ley 8706 La intervención de la Contaduría General de la Provincia se formalizará, previo al compromiso y al mandado a pagar otorgando el Visto Bueno para la continuidad del procedimiento. El proceso deberá tener la conformidad del Director General de Administración de cada jurisdicción y unidad organizativa de la Administración Central definida en el art. 77 de la presente Ley. Dicha conformidad certificará que el proceso del gasto se ajusta a las disposiciones legales vigentes. La reglamentación establecerá la metodología de la intervención de la Contaduría General de la Provincia y las sanciones a aplicar en caso de incumplimiento

contratación⁶¹ En caso de las Contrataciones Directa, obedeciendo al monto, podrá emitirse directamente la Orden de Compra respectiva, o, en caso de superarse aquél establecido por Ley de Presupuesto para la Contratación Directa (el cual varía año a año), se dictará un solo acto administrativo de autorización y adjudicación previo a la emisión de la Orden de Compra. En este punto, si hablamos de jergas, corresponde

⁶¹ Art. 146 Decreto 1.000/15: Órganos Competentes: los órganos competentes para autorizar los procedimientos, precalificar (cuando correspondiere), adjudicar o aprobar las contrataciones, según lo establecido en la presente SECCIÓN, serán los siguientes:

Funcionarios: Coordinador de Ceremonial y Protocolo, Directores de Administración y/o Jefe de Servicios Administrativos. **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Cuando el monto no supere el establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa.

Funcionarios: Directores de Administración y/o Jefe de Servicios Administrativos. **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Para compra por C.O.P. (catálogo de oferta permanente) derivados de Convenio Marco hasta diez (10) veces el monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa.

Funcionarios: Subsecretarios **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Hasta veinticinco (25) veces el monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa.

Funcionarios: Ministros **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Hasta doscientas (200) veces el monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa.

Funcionarios: Poder Ejecutivo **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Cuando el monto supere las doscientas (200) veces el monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa.

Entendiéndose por Jefe de Servicios Administrativos, aquellos que tienen asignado código único de cuentadante (CUC) y son responsables de la rendición de cuentas ante la Contaduría General de la Provincia y el Honorable Tribunal de Cuentas.

Régimen Especial: establézcase el siguiente régimen especial de competencias para la autorización y adjudicación de las contrataciones que se realicen mediante los sistemas que en cada caso se indica:

Licitaciones Públicas de Convenio Marco Funcionarios: Director General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes **Autorizar y Formalizar:** Sin monto máximo

Contrataciones Directas - Artículo 144, Inciso 1) de la Ley N° 8706 Funcionarios: Subsecretario de Comunicación Pública. **Precalificación, Autorización y Adjudicación:** Cualquiera sea su monto.

La compra de automotores en la Administración Pública Provincial será de competencia de los Ministros hasta un monto equivalente a doscientas (200) veces el monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la Contratación Directa y del Poder Ejecutivo cuando se supere dicho límite.

Deléguese la facultad de contratación de locaciones de inmuebles para al funcionamiento de reparticiones oficiales a los señores Ministros del Poder Ejecutivo. La autorización y adjudicación se realizará mediante Resolución de los referidos funcionarios, quienes, a su vez, suscribirán y aprobarán, por Resolución, el contrato de locación respectivo, con lo que quedará perfeccionada la contratación.

Deléguese la facultad de contratación de obras artísticas, conjuntos, elencos, equipos o actuaciones personales, en la medida que dicha contratación se encuentre comprendida dentro de las competencias previstas por Ley de Ministerios a cada jurisdicción, a los señores Ministros del Poder Ejecutivo. La facultad delegada será ejercida mediante Resolución de los referidos funcionarios, quienes, a su vez, suscribirán y aprobarán, por Resolución, el contrato respectivo luego de la adjudicación, con lo que quedará perfeccionada la contratación.

Deléguese la facultad de suscribir y aprobar convenios de utilización de instalaciones pertenecientes al Poder Ejecutivo, onerosos o no, en conformidad con lo dispuesto en la Ley Impositiva vigente al momento del contrato, en la medida que dicha contratación se encuentre comprendida dentro de las competencias previstas por Ley de Ministerios a cada jurisdicción, a los señores Ministros del Poder Ejecutivo. La facultad delegada será ejercida mediante Resolución de dos referidos funcionarios, quienes, a su vez, suscribirán y aprobarán, por Resolución, el contrato respectivo, con lo que quedará perfeccionada la contratación.

Deléguese en los Señores Ministros del Poder Ejecutivo la facultad de aceptar donaciones de bienes muebles (incluidos valores y dinero en efectivo); siempre que el cargo que se les imponga sea de cumplimiento posible y comprendido dentro de las competencias previstas por Ley de Ministerios a cada jurisdicción.

Casos de Ausencia de Subsecretarios: en aquellos Ministerios que en sus Estructuras Orgánicas no cuentan con el nivel de Subsecretarías, las atribuciones delegadas en el presente Reglamento para precalificar, autorizar y adjudicar, podrán ser asignadas por Resolución del Ministro o Secretario del área respectiva, a los Directores de Administración. Dicha Resolución deberá ser comunicada a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes y a Contaduría General de la Provincia.

Otros Casos no Contemplados: los Organismos Descentralizadas y/o Autárquicos cuya Ley Orgánica no les atribuye las competencias para autorizar, adjudicar y aprobar las contrataciones, como así también el Honorable Tribunal de Cuentas, Fiscalía de Estado, y cualquier otra entidad comprendidas en el Artículo 4 de la Ley N° 8706, deberán dictar su propio régimen de competencias e informar el mismo a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes.

hacer mención que en el ámbito de la Administración Pública mendocina, a ese acto administrativo se lo denomina corrientemente como “norma legal”, revelando la falta de especificidad de su designación.

Ahora bien, volviendo a la etapa de análisis de las ofertas, un aspecto a destacar es que la decisión sobre la admisibilidad o no de éstas recae en la denominada Comisión de Preadjudicación. La obligación surge de las disposiciones contenidas en el artículo 149º del Decreto 1000/15⁶² al establecer que ésta debe emitir un informe que contemple el análisis de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas y formule una recomendación de adjudicación (no vinculante) a la autoridad competente. Dicha Comisión debe aplicar, en el análisis del caso concreto, los mencionados principios generales de legalidad, concurrencia, transparencia, publicidad e igualdad en el tratamiento de los oferentes.⁶³ En este sentido, el Decreto 1.000/15 contiene los lineamientos que deben ser utilizados como guía⁶⁴ en esta tarea, en cuanto establece la facultad del órgano licitante de solicitar aclaraciones luego de presentadas las propuestas, de requerir que se acompañe documentación aclaratoria y que se salven errores u omisiones formales (siempre que no tenga por objeto modificar la propuesta original distorsionando el precio o el objeto ofrecido, siempre y cuando esto no signifique otorgar una situación de privilegio respecto de los demás oferentes). No obstante, existen límites insoslayables que deben ser tenidos en cuenta al momento de

⁶² Art. 149 Decreto 1.000/15 “(...) Los Órganos Licitantes designarán, por Acto Administrativo, a los integrantes de la Comisión de Pre adjudicación de Ofertas, que intervendrán en el proceso de evaluación de las mismas. Dicha comisión deberá estar integrada al menos por dos (2) o más personas, de acuerdo a la envergadura de la contratación. En todos los casos deberá entenderse que por lo menos uno de los miembros tendrá que ser un especialista en la materia que se evalúa, excepto cuando se contraten bienes o servicios de uso habitual o corriente. (...) La Comisión de Pre adjudicación de Ofertas emitirá un informe que contemple el análisis de admisibilidad y conveniencia de las mismas y formule una recomendación de adjudicación para la autoridad competente, el cual no será vinculante. (...)”.

⁶³ Art. 134 Ley 8.706 Los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de contrataciones de la Administración Provincial serán: a) Legalidad, debiéndose mantener el imperio de la juridicidad y sometiendo el proceso al orden normativo vigente. b) Concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia; c) Transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión del procedimiento de contratación de todos los actos que componen el proceso licitatorio, permitiendo el permanente acceso de los interesados a la información a través de los medios de publicidad, ya sean estos electrónicos o no; e) Igualdad de tratamiento para los oferentes.

⁶⁴ Art. 149 Decreto 1.000/15 “(...) El Órgano Licitante tiene la facultad de solicitar aclaraciones luego de presentada la propuesta y, además, solicitar que se acompañe documentación aclaratoria, siempre que esta no tenga por objeto modificar la propuesta original, distorsionando el precio o el objeto ofrecido. Además, podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a los mismos una situación de privilegio respecto de los demás oferentes, que vulneren el principio de igualdad”.

evaluar si los oferentes cumplen con los requisitos imprescindibles para competir: éstos son los denominados “requisitos no subsanables” en el procedimiento de contratación⁶⁵.

Un dato importante y transformador en relación a las antiguas prácticas de evaluación y selección del contratista, resulta ser la novedad introducida por Ley 9193⁶⁶ que declara de interés general la promoción y cumplimiento, dentro del ámbito de las contrataciones del Sector Público Provincial, de los Principios y Objetivos de Desarrollo Sostenible proclamados por el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas, conforme Resoluciones de la Asamblea General N° 70/1 del 25 de septiembre de 2015 y demás que la complementen o modifiquen, mediante la innovación del sistema de valoración para la adjudicación regulada por el artículo 149⁶⁷. Se ve claramente que en este aspecto la legislación mendocina ha seguido el camino marcado

⁶⁵ Art. 149 Decreto 1.000/15 “(...)”Requisitos no Subsanales en el Procedimiento de Contratación: Se considerarán requisitos esenciales no subsanables en el procedimiento de contratación los siguientes: a. La omisión absoluta de firma en la oferta presentada: Para el caso de que el oferente haya firmado en forma parcial su oferta, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas deberá intimar al oferente a que la complete en un plazo de hasta tres (3) días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación, bajo apercibimiento de ser rechazada su propuesta. Cumplida la subsanación por el oferente en tiempo y forma, la oferta deberá ser considerada. b. La omisión de presentación de la Garantía de Oferta, entendiéndose por omisión cuando el documento no se encontrare dentro del sobre de la propuesta junto la restante documentación a presentar o cuando el mismo no se encuentre firmado por el oferente. En caso de presentarse una oferta con una garantía insuficiente o incompleta, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas intimará al oferente a que la integre en un plazo de hasta tres (3) días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación, bajo apercibimiento de ser rechazada su propuesta. Cumplida la subsanación por el oferente en tiempo y forma, la oferta deberá ser considerada. c. La omisión de presentación de muestras, cuando éstas sean requeridas: La presentación de muestras se acreditará con la inclusión en el sobre de la copia del remito obligatorio, firmado y sellado por área encargada de recibir las mismas. De omitirse la inclusión en el sobre, será considerada la oferta sólo en el caso en que pueda cotejarse su entrega en el organismo, debiendo acreditarse esta situación en el procedimiento de contratación. d. La no presentación del comprobante de compra de pliegos, en el supuesto en que se haya estipulado un valor a los mismos. Para el caso en que este comprobante no haya sido presentado conjuntamente con la oferta al momento de apertura de sobres, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas podrá dar por subsanado este requisito, siempre y cuando el pago se hubiere efectuado con anterioridad a la hora fijada para la apertura de sobres, debiendo incorporar el comprobante a las actuaciones”.

⁶⁶ B.O. 15/11/2019

⁶⁷ Art. 149 modificado por Ley 9193: Cualquiera sea el procedimiento de selección, la adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el licitante, teniendo en cuenta, en primer término, el mejor precio ofertado. Junto al mismo, se ponderarán mediante grillas de evaluación y puntajes, la solvencia y capacidad empresarial de los oferentes; ésta última valorada en razón de sus antecedentes y de las certificaciones de calidad de sus procesos y actividades empresarias, especialmente, entre otros, mediante indicadores demostrativos de la observancia de los Principios y Objetivos de Desarrollo Sostenible proclamados por el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas, conforme Resoluciones de la Asamblea General N° 70/1 del 25 de septiembre de 2015 y demás que la complementen o modifiquen.”

por la normativa aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional, que, ya más avanzada, ha incluso elaborado un Manual de Compras Públicas Sustentables⁶⁸.

4.3) Aplicación de los principios internacionales a la normativa local y su comparación con la normativa nacional.

Habiendo analizado entonces la situación de la Provincia de Mendoza, volveremos a rever aquellos principios que conceptualizamos y analizamos en el Capítulo 2, aplicados a la realidad jurídico-normativa local. A los fines metodológicos, seguiremos e mismo orden para abordar cada uno de ellos y agregaremos un apartado especial al principio de legalidad.

4.3)a. Igualdad y Equidad.

La expresa mención del principio de igualdad se encuentra presente tanto en la legislación Provincial (art. 134 del Decreto 1000/15), como en la normativa Nacional (art.3 inciso f del Decreto 1023/01).

4.3)b. Concurrencia e Informalismo.

La concurrencia se erige como un principio fundamental de las contrataciones del Estado. La doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian hoy como principio fundamental de la licitación, el de la concurrencia o competencia entre los oferentes. El objetivo de este postulado es, concretamente,

⁶⁸ “En 2012, se introdujo un cambio fundamental para el desarrollo de las Compras Públicas, al incorporar a nivel normativo el concepto de sustentabilidad en las contrataciones de la APN a través del Decreto Reglamentario N° 893/2012. En el mismo año, de manera articulada con la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la ONC se sumó al Proyecto Compras Públicas Sostenibles y Ecoetiquetado (SPPEL Sustainable Public Procurement and Eco-labelling), una iniciativa de Naciones Unidas para promover el enfoque integrado de ambas temáticas. En octubre de 2013, la ONC presentó el nuevo Manual de Procedimiento Único de Catalogación y Sustentabilidad, que incorporó todo lo desarrollado hasta ese momento en materia de Compras Públicas Sustentables en el SIByS. En 2015 la ONC comenzó la publicación de Fichas de Recomendación para la contratación sustentable de diversos bienes y servicios, (...) En 2016 se reglamentó el Decreto 1023/01 que regula el RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL, a través del Decreto 1030/2016. El mismo estableció como objeto “...impulsar el desarrollo tecnológico, incorporar tecnologías de la información y de las comunicaciones, aplicar los principios de solución registral y de ventanilla única, simplificar procedimientos con el objeto de facilitar y agilizar la interacción entre el Estado Nacional y los administrados, propiciar reingenierías de procesos, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, luchar contra la corrupción, promover la ética y la transparencia...”.

conseguir la participación de la mayor cantidad posible de oferentes.⁶⁹ Atento a las consideraciones vertidas, se concluye que resultaría a todas luces absurdo limitar la concurrencia en base a la exigencia de requisitos formales, ya que “el fin último de obtener la mejor oferta se logra cuando no se sacrifica la mayor competencia o concurrencia posible, procurando suplir o hacer suplir toda deficiencia formal que disminuya tal concurrencia” (...) La administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas, para obtener una mejor comparación de ofertas y tomar la decisión que resulte más oportuna y conveniente”.⁷⁰

El artículo 134 de la LAF consagra el principio de concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia. Se deduce entonces que la Ley 8.706 y su Decreto Reglamentario N° 1.000/15 se enrolan en las modernas tendencias legales, doctrinarias y jurisprudenciales al atemperar el rigor formal⁷¹ propugnado en las antiguas legislaciones. Según este criterio, el formalismo debe ceder ante el interés superior de la mayor concurrencia o competitividad de los oferentes en las licitaciones. La concurrencia de la mayor cantidad de ofertas posible redundará en un beneficio para el Estado, obteniendo el precio más conveniente sin restringir la participación de los oferentes por cuestiones burocráticas, formales o excesivamente rigurosas. En la misma tesitura se ha afiliado el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional⁷², propiciando la actualización de la antigua Ley de Contabilidad, por considerar que ésta no facilitaba la utilización de métodos competitivos y entrañaba una dispersión

⁶⁹ conf. GORDILLO Agustín “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ON LINE” op. cit. Capítulo N° 12 LA LICITACION PUBLICA , Apartado 3.2 “Concurrencia”).

⁷⁰ conf. GORDILLO Agustín “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ON LINE” op. cit. Capítulo N° 12 LA LICITACION PUBLICA , XII-8).

⁷¹ La doctrina es pacífica en admitir el saneamiento de los vicios de una oferta, sobre todo tratándose de vicios de forma, acompañamiento de documentación, etc., pero no para vicios graves de la oferta misma. Se trata pues de “evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta.” Sólo si el vicio es puramente formal, suele sostenerse, puede ser subsanado, de lo contrario no. Lo mismo cabe decir de exigencias no formales pero sí carentes de propósito real y suficiente, p. ej. por prematuras. No cabe requerir “sino lo necesario y cuando es necesario, dispensando requisitos inútiles, meramente burocráticos o indebidamente restrictivos de la participación” en la licitación. (Conf. GORDILLO Agustín “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ON LINE” Tomo 2 La defensa del usuario y del administrado. Capítulo N° 12 LA LICITACION PUBLICA , XII-37 punto 5.8.3 en http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf).

⁷² Decreto 1023/01

normativa y mezquindad de plazos que ha afectado la transparencia de los procedimientos de selección, evitando una adecuada concurrencia y competencia. Así, entre los principios generales a los cuales debe ajustarse la gestión de las contrataciones (art. 3º) incluye la promoción de la concurrencia de interesados, la competencia entre oferentes y la subsanación de deficiencias formales no sustanciales (art.17).

4.3)c. Publicidad y Transparencia

La expresa mención del principio de igualdad se encuentra presente tanto en la legislación Provincial (art. 134 del Decreto 1000/15), como en la normativa Nacional (art.3 inciso d del Decreto 1023/01).

4.3)d. Eficiencia

En la Provincia de Mendoza, la eficacia, eficiencia y celeridad están instauradas como derivaciones de los principios generales del Procedimiento Administrativo de plazo razonable y buena administración regulados por Ley 9003 (art. 1).

Si bien no ha sido consagrado como principio expreso dentro del Régimen de Contrataciones de la Ley de Administración Financiera 8706, el control de la eficiencia del obrar administrativo se ha delegado a la Auditoría Interna de la Provincia. Dicho órgano ha sido creado en el Capítulo 1º de la Sección II⁷³ dedicada al control, refiriendo que se trata de un ente con autarquía administrativa y financiera, subordinado en su relación jerárquica al titular del Poder Ejecutivo, al cual le compete el control interno de la gestión y ejerce la auditoría correspondiente de las jurisdicciones o unidades organizativas que componen el Poder Ejecutivo. Se ha previsto que el modelo de control que aplique y coordine la Auditoría Interna debe ser integral e integrado concibiendo a la jurisdicción y/o unidad organizativa como una totalidad que cumple funciones, logra resultados, realiza procesos y funda sus decisiones en criterios de economía, eficiencia y eficacia; asimismo, debe abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativo y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones. No obstante, y a pesar de la previsión expresa en el ordenamiento, debe admitirse que este órgano no ha sido puesto en funcionamiento aún, subsistiendo sí, en algunas Unidades Organizativas, oficinas con rango de subdirección que ejercen

⁷³ Arts. 179 y s.s.

funciones similares a las establecidas por la Ley 8706, aunque quizás no con el mismo impacto.

Por su parte, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional⁷⁴ consagra el principio de eficiencia como uno de los pilares de su existencia, mencionando en sus considerandos que el incremento de la eficiencia en las contrataciones del Estado es un pilar estratégico de la gestión, por su “impacto en el empleo, en la promoción del desarrollo de las empresas privadas y en la competitividad sistémica”. Consecuentemente, lo ha incluido expresamente entre sus principios generales en el artículo 3º al invocar la necesidad de asegurar la razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado. Asimismo, menciona en el artículo 9º (referido a la transparencia) la utilización de las tecnologías informáticas como una herramienta que permita aumentar la eficiencia de los procesos.

4.3)e. Otros principios: legalidad o juridicidad

El primero de los principios declarados por la Ley de Administración Financiera es el de legalidad, postulando de este modo que debe mantenerse el imperio de la juridicidad y el cumplimiento del orden normativo vigente.

En consecuencia, puede afirmarse que el principio de legalidad es el que estipula el sometimiento de toda la actividad administrativa a la Ley, y de la cual la Contratación Pública reviste suprema importancia. Coincidiendo con la más afamada doctrina nacional, debe decirse que éste principio determina la inaplicabilidad del principio de autonomía de la voluntad al obrar Administrativo, por lo que ésta “sólo debe hacer pues lo que le está permitido por la ley pues de lo contrario su actuación lesiona la seguridad jurídica que el derecho debe preservar. Ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirla.”⁷⁵

Ahora bien, posteriormente a la sanción de la Ley 8706, y con motivo de la promulgación de la Ley 9003 que modificó aspectos importantes del Procedimiento Administrativo (anterior Ley 3909) se introdujo un nuevo Capítulo, individualizado

⁷⁴ Decreto 1023/01

⁷⁵ REJTMAN FARAH, M. “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Administración Pública en materia de Contrataciones Administrativas” Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Anivesario, La Ley, 2010, p. 197.

como Capítulo IV “De los Contratos”, aplicable a los contratos que la Administración celebra en ejercicio de la función administrativa estatal. En consecuencia, los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo vienen a ser aplicables no solo a los procedimientos receptados por la Ley 8706, sino también a aquellos excluidos por ésta, traspasando así las regulaciones contenidas en las leyes especiales, ya sea de contrataciones de bienes y servicios, de obra pública o de empleo público, etc⁷⁶.

Si bien no constituye el objetivo de este trabajo el análisis jurídico de la reforma, se considera oportuno remarcar que los aspectos tratados por la nueva normativa revisten un novedoso acierto para la práctica de las contrataciones públicas, en cuanto vienen a resolver normativamente vicisitudes propias del quehacer cotidiano de las contrataciones de la Administración. A tales fines, me referiré a algunos puntos de la normativa y a las consideraciones vertidas por la Comisión que estuvo encargada de redactar y elevar la misma.⁷⁷

La ley ha reafirmado la plena aplicación del principio de legalidad⁷⁸, debiéndose ajustar todo el procedimiento de contratación tanto a la ley misma, a los reglamentos dictados a tal fin (por ejemplo el Pliego de Condiciones Generales aprobado por el Órgano Rector), como así también a los Pliegos de Condiciones Particulares y Especiales. De la interacción entre las normas y su jerarquía, resulta la conclusión de que los Pliegos licitatorios no podrán contradecir con sus estipulaciones el marco de juridicidad sistematizado por las normas aplicables, por lo que cualquier cláusula que se contraponga al régimen normativo será nula.⁷⁹

⁷⁶ La Comisión redactora ha tomado posición y plasmado su postura en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos que celebra la Administración, indicando que “la ley de procedimiento, la cual es de fondo y de forma, partiendo la misma de la base que los contratos que la administración celebra en ejercicio de la función administrativa estatal se rigen, en mayor o menor medida y según corresponda en cada tipo de ellos, por el derecho público y el privado”. Puede ser consultada en http://www.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/12/2017/05/ProyMod_Ley3009.pdf

⁷⁷ op.cit.

⁷⁸ Conf. Ley 9003 art. 112 (...) IV) Ausencia de libertad contractual: La administración debe seguir los procedimientos de Ley, y el contratista está regido por la Ley y por los pliegos establecidos. No se pueden mejorar en favor del co-contratante las condiciones bajo las cuales el contrato fue celebrado, salvo en los casos en que fuere posible la contratación directa.

⁷⁹ Según REJTMAN FARAH, M, op. cit. “Sobre todo ello ha hecho hincapié la Corte Suprema, entre otros precedentes, en la causa Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos al resolver que en esta materia se excluye la posibilidad que se introduzcan, a través de los pliegos o de circulares aclaratorias, previsiones que se aparten de las normas que rigen el procedimiento (...) En el mencionado precedente se sentó la doctrina conforme la cual “en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración... se halla[n] sujeta[s] al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes...”

Dentro de este espectro de juridicidad reglada, se han introducido algunos institutos interesantes, tales como el deber de la Administración de exigir la adecuación del contrato según las necesidades y mejoras tecnológicas⁸⁰; la mención expresa que deviene en una legitimación de la utilización de los sistemas electrónicos de compras pero dejando a la reglamentación que al efecto se dicte la facultad de atender los pormenores de tal tarea, lo cual considero acertado, atento a la cambiante realidad que se advierte en los avances tecnológicos.⁸¹

Otra de las incorporaciones se refiere a la facultad rescisoria operada por voluntad de ambas partes. En este caso, la extinción del contrato podrá efectuarse en cualquier momento, no obstante la Ley 9003 trae una advertencia, que “la rescisión debe responder a motivos fundados y no puede basarse en el sólo propósito de favorecer

⁸⁰ Ley 9003 Art. 112 bis Son atribuciones de la Administración:

1. La administración debe exigir la adecuación del contrato a las nuevas necesidades y mejoras técnicas, introduciendo las modificaciones del caso, las que pueden incidir sobre:

- a) La duración del contrato;
- b) El volumen o cantidad de la prestación;
- c) Las condiciones de ejecución del contrato.

2. Esta atribución tiene los siguientes límites:

a) Si se imponen al co-contratante mayores gastos, la administración debe compensarlo, y si se reduce la prestación y ello implica una economía, deberá hacerse el reajuste pertinente.

b) La modificación puede justificar el pedido del co-contratante de que se resuelva el contrato, cuando es obligado a realizar una prestación que exceda su capacidad técnica y sus recursos.

c) La modificación debe justificarse en el cambio de la situación de hecho existente al celebrarse el contrato, en forma objetiva, cualquiera hubiere sido el contratista adjudicatario.

d) La finalidad alegada no debe estar viciada por desviación de poder.

e) La negativa del contratante a la modificación faculta a otorgar nuevas contrataciones a terceros, extinguiéndose el derecho de preferencia o la exclusividad otorgada a aquél, sin perjuicio de la eventual resolución por incumplimiento.

3. La posibilidad de imponer sanciones al co-contratante debe estar previamente habilitada legal o contractualmente; y no podrá ser abusiva ni desnaturalizar el contrato, siendo de interpretación restrictiva

⁸¹ Conf. Ley 9003 art. 112 (...)

II) Son elementos del contrato:

d) La forma: los contratos de la administración deben celebrarse por escrito, salvo que otra forma sea prescrita por norma legal.

La reglamentación complementará la regulación de las contrataciones electrónicas de la administración, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al trámite electrónico de gestión de esas contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos y el expediente digital. Intertanto se dicte esa reglamentación la transmisión de documentos electrónicos es admisible en la medida que el destinatario disponga de un acceso a dicho efecto.

Una forma escrita establecida puede, salvo norma en contrario, ser remplazada por la forma electrónica, caso en el cual el documento electrónico debe contener firma electrónica digital conforme lo establezca la reglamentación.

Si la autoridad no se encuentra en condiciones de analizar un documento electrónico que le ha sido transmitido, deberá sin demora indicar al remitente las condiciones técnicas generales aplicables al mismo. Si el destinatario invoca su imposibilidad para trabajar con el documento electrónico transmitido por la autoridad administrativa, ésta deberá enviarlo nuevamente en un formato electrónico apropiado o en un documento escrito.

al contratista, eximiéndolo de sus obligaciones, para luego tener que celebrarse un nuevo contrato en condiciones más onerosas”. En pocas palabras, se pone un límite a alguna práctica maliciosa de simular la rescisión de un contrato para volver a adquirir el mismo producto servicio al anterior proveedor pero más oneroso, encubriendo un incremento en el costo del insumo o servicio que por previsión legal o contractual no hubiera podido operarse en el marco del anterior contrato extinguido⁸².

Un supuesto abordado por la nueva legislación es aquel que prevé el caso de que la Administración advirtiese, a posteriori de la adjudicación y cuando el contrato se encuentra en ejecución, un vicio en el procedimiento licitatorio y consecuente adjudicación a un contratista⁸³. Mentada contratación adolecería de una irregularidad que afecta a su validez, por lo que nos preguntamos en este caso si la misma Administración contratante podría revocarlo; pues en este contexto, la Ley ha tomado posición negativa al decir de la Comisión redactora argumentando que: “Por nuestra parte entendemos que, en principio (salvo el caso de contrato inexistente por vicio grosero), ante un contrato ilegítimo, cuando en él se han declarado derechos para el contratista, la Administración no puede extinguirlo (revocarlo) por sí misma, siendo necesario que recurra ante el órgano jurisdiccional para que lo anule: aquélla no puede sustituir a éste, pues ello implicaría que la validez y el cumplimiento del contrato quedarían al arbitrio de uno de los contratantes, lo que se opone a un claro principio en materia contractual. El sujeto en función administrativa, entonces, deberá accionar jurisdiccionalmente interponiendo la denominada acción de lesividad, la que se articula contra los actos irrevocables administrativamente, cuando el órgano competente

⁸²conf. Ley 9003 art. 112 quater II).5

⁸³ En este punto nos enseña el Dr. Perez Hualde que “Si una declaración de nulidad de alguno de esos pasos del procedimiento se produjese cuando el contrato ya ha sido celebrado y se encuentra en proceso de ejecución y cumplimiento, se presenta el supuesto de terminación contractual que analizamos. La teoría de los “*actos separables*” de los contratos tuvo por finalidad lograr que esta situación no se presentara. Pues no cabe duda de que los daños que produce la interrupción del contrato son muy superiores, en cualquier supuesto, a aquellos que ocasionaría una prevención anticipada que permitiera sanear el procedimiento y llegar a la celebración del contrato en condiciones de plena validez. Esas decisiones administrativas pueden consistir, en algún caso, en la revocación de la adjudicación, o del contrato mismo y acarrear así su nulidad. Éste es el supuesto que analizamos como método anormal de terminación del contrato por nulidad debido a la aplicación de las normas respectivas que rigen cada uno de los elementos separables de la formación y celebración del contrato.”

Sobre el particular y para un estudio pormenorizado consultar: Perez Hualde A. “*Los contratos públicos en la Argentina del siglo XXI: Régimen y Resolución*” en Revista “Carta de Noticias de la Procuración General” de la EFAP, Escuela de Formación en Abogacía Pública. Procuración General CABA (19/06/2020):. Apartado IV. Contratos en el Derecho Administrativo global. Disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaba_junio2020_a.pdf

previamente los declara lesivos a los intereses públicos por razones de legitimidad, con el objeto de obtener su anulación”.

Algunos autores (como Rejtman Farah o Muratorio⁸⁴) mencionan como prácticas contrarias al principio en análisis los requisitos incorporados a los Pliegos de constitución de la denominada “garantía de impugnación” y de la denuncia sobre juicios contra el Estado.

Sobre la primera, y en referencia a la normativa nacional, se ha afirmado que “esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la CSJN hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis. Las únicas garantías normativamente contempladas en el régimen de contrataciones aprobado por decreto delegado 1023/01 son aquéllas previstas para asegurar por parte de los oferentes y adjudicatarios el cumplimiento de sus obligaciones. No es éste el caso. La administración, ignorando que sólo debe hacer lo que le está permitido, suele imponer como recaudo previo para presentar una impugnación en el marco del procedimiento de selección, la constitución de esta garantía en franco desconocimiento del principio aquí tratado”⁸⁵.

No obstante, tan difundida y arraigada se encuentra esta práctica, que en el Derecho mendocino sí ha sido legitimada, mediante el artículo 148 del Decreto 1000/15, al establecer que la garantía de impugnación podrá estar prevista en los Pliegos de Condiciones Particulares, siempre y cuando su importe no sea superior al uno por ciento (1%) calculado sobre el monto del presupuesto oficial. Como condición de admisibilidad formal, se exige que la garantía de impugnación se constituya mediante dinero en efectivo y/o cheque depositado en la Tesorería General de la Provincia o pagaré a la vista, a la orden del Gobierno de la Provincia de Mendoza o el órgano licitante según sea el caso, suscriptos por el impugnante o su representante, debiendo adjuntar comprobante de ingreso y la impugnación para ser presentados en el lugar que indiquen los pliegos. Se prevé que rechazo total o parcial de lo recurrido originará la pérdida del importe de esta garantía y en su caso las garantías ejecutadas, y se afirma, categóricamente que “las garantías constituidas para afianzar impugnaciones, lo serán por tiempo indeterminado y serán irrevocables y ejecutables de pleno derecho en los

⁸⁴ Op. cit.

⁸⁵ REJTMAN FARAH, M, op. cit.

casos que así corresponda” y su “constitución en tiempo y forma será condición habilitante e inexcusable”.

El mismo autor refiere que el requerimiento de presentación de una declaración jurada que contenga la nómina de los juicios que los oferentes mantienen contra el Estado viola radicalmente la garantía constitucional de defensa en juicio. Afortunadamente, en la Provincia de Mendoza esta práctica no ha encontrado asidero legal, no así en otras jurisdicciones⁸⁶.

Capítulo 5. Algunas comparaciones entre los sistemas utilizados en Nación y en la Provincia de Mendoza. Semejanzas y Diferencias:

Habiendo analizado en primer lugar las pautas y principios abarcados por la legislación mendocina, nos concentraremos en examinar comparativamente normativa Nacional y Provincial referida a las Contrataciones Públicas, con la finalidad de dilucidar si las posibles semejanzas y también las diferencias pueden intervenir positiva o negativamente en la adopción del sistema electrónico de compras COMPR.AR para adaptarlo al procedimiento de contrataciones de Mendoza.

Aún cuando exista normativa Nacional y Provincial diferente sobre el particular, repasando los principios generales de Derecho Administrativo, se puede advertir que éstos se mantienen incólumes comparativamente, en Jurisdicción Nacional y Provincial, revelando, sin duda alguna, que la legislación (y también la doctrina y la jurisprudencia) mantiene el mismo Norte, esto es, Nación y Provincia adoptan la misma concepción en los aspectos relevantes, pero con diferencias en algunas instituciones concretas reguladas por los procedimientos que cada legislación ha adoptado.

Veamos entonces:

⁸⁶ En el ámbito Nacional, ejemplo de dicha exigencia se encuentra en el Decreto 436/00, art. 138 cuando establece que: “Los interesados en participar en procedimientos de selección deberán proporcionar a los organismos contratantes la información que en cada caso se indica (...) En todos los casos deberá acompañarse con la oferta una declaración jurada del oferente de que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL. Asimismo deberán denunciar con carácter de declaración jurada si mantienen o no juicios con el ESTADO NACIONAL, o sus entidades descentralizadas, individualizando en su caso: carátula, número de expediente, monto reclamado, fuero, juzgado y secretaría y entidad demandada. Dicha información podrá ser verificada en la DIRECCIÓN NACIONAL DE AUDITORÍA dependiente de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.”

5.1) Semejanzas en los principios generales:

5.1)a. La Licitación Pública como forma principal de elección del co-contratante:

Siguiendo a Gordillo, podemos afirmar que “la licitación pública es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública (...) A su vez, muchas constituciones provinciales la exigen, a veces en forma harto terminante. En cuanto al derecho comparado, la requieren las normas de la mayor parte de los organismos internacionales”⁸⁷.

En jurisdicción Nacional, tanto el Decreto Delegado 1023/01 y el Decreto 1030/16 ⁸⁸ consagran como regla general la procedencia de la Licitación Pública, aunque también reconocen y regulan la procedencia de excepciones.

Por su parte, la Ley 9003 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Mendoza establece claramente que, sin perjuicio de los casos en que la Ley autorice procedimientos especiales de contratación, la elección del co-contratante se hará por licitación pública, por concurso o por remate público, de acuerdo a la Constitución Provincial y legislación aplicable⁸⁹. De igual modo ha sido previsto en la Ley de Administración Financiera 8706 tal como se ha reseñado anteriormente⁹⁰.

En ambos casos, las respectivas legislaciones consagran los supuestos en los cuales se encuentra autorizado el apartamiento del principio general, para efectuar otro tipo de procedimiento, ya sea licitación privada (en el ámbito Nacional) o contratación directa.

⁸⁷ Gordillo A. "Tratado de Derecho Administrativo On Line" op. cit. capítulo n° 12 La licitación Pública , xii-8).

⁸⁸ Art. 10.- REGLA GENERAL. En virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, los procedimientos de licitación pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes.

El procedimiento de licitación pública se realizará cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos, mientras que el de concurso público cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda.

No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.

⁸⁹ Ley 9003 Art. 112 III. Elección del co-contratante.

⁹⁰ Ley 8706 Art. 139- Como norma general, todo contrato se hará por Licitación Pública, cuando del mismo se deriven gastos y por remate o por Subasta Pública, cuando se deriven recursos.

5.1)b. La Licitación Pública es un procedimiento administrativo especial:

Tanto la legislación y la doctrina nacional como provincial admiten, sin lugar a dudas, que el procedimiento de licitación es una especie del género “procedimiento administrativo”, y como tal, comparten los mismos principios.

Siguiendo a Muratorio, puede afirmarse que “se trata pues de un procedimiento administrativo especial, es decir, una de las especies que componen el género “procedimiento administrativo”, en tanto la licitación pública traduce una secuencia, ordenada y metódica, de diversas etapas o estadios –que se estiman entre 6 y 20-, con antecedentes y consecuentes, que se articulan hasta llegar al resultado final, dado por la celebración del contrato administrativo. Por ese motivo se entiende que la licitación adopta para sí los principios propios que en general imperan en todo procedimiento administrativo, a los que se les agregan algunos otros que resultan específicos de este particular modo de selección del co-contratante del Estado.”⁹¹

Así también, Ley 9003 mendocina, en su artículo 112, consagra la sujeción de los actos administrativos dictados en el procedimiento para la formación de los contratos en la función administrativa y en la ejecución de éstos a los mismos principios aplicables a los actos administrativos en general.

Por ello, algunos de los principios consagrados en las legislaciones nacional y provincial vienen a ser derivaciones de aquellos primigenios y aplicables a todos los actos administrativos.

5.1)c. Semejanzas en cuanto a los principios aplicables a la Licitación Pública:

El Decreto Delegado 1023/01 en su artículo 3° establece cuáles son los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones: a) razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) transparencia en los procedimientos; d) publicidad y difusión de las actuaciones; e) responsabilidad de los agentes y

⁹¹ Muratorio J. “Impugnación de Actos Licitatorio” en Revista de Derecho Público. Poder Ejecutivo II. Ed. Culzoni. Pg. 241 y ss.

funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

En la Provincia de Mendoza, la Ley 8706 también fija los lineamientos a los que debe ceñirse toda contratación pública, la cual debe respetar los principios de a) legalidad, debiéndose mantener el imperio de la juridicidad y sometiendo el proceso al orden normativo vigente; b) concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia; c) transparencia en los procedimientos; d) publicidad y difusión del procedimiento de contratación de todos los actos que componen el proceso licitatorio, permitiendo el permanente acceso de los interesados a la información a través de los medios de publicidad, ya sean estos electrónicos o no; e) igualdad de tratamiento para los oferentes.

Algunos de los principios enunciados constituyen natural aplicación de aquellos comunes a todo procedimiento administrativo⁹² tal como se mencionó en el apartado anterior⁹³.

Huelga decir que los fundamentos de estos han sido consagrados por la Convención Interamericana contra la Corrupción. La CIC, al decir de Gordillo, agrega tres principios de carácter supralegal y supranacional a satisfacer en el procedimiento de contratación: uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público o

⁹² La Ley 9003 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Mendoza establece en su artículo 1º los principios generales aplicables al procedimiento administrativo, entre los que enuncia: el principio pro homine, el de juridicidad, el debido proceso, principio de plazo razonable (comprensivo de los principios de economía, eficacia, eficiencia, celeridad y sencillez del obrar administrativo), de informalismo a favor del administrado y de buena administración (además se han incorporado principios especiales aplicables en actuaciones administrativas que involucren derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad).

⁹³ Autores como Gonzalo Kodelia en su artículo denominado “Primeras aplicaciones del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: riesgos y potencialidades”, dentro de la obra colectiva “Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013, nos enseña que: “La publicidad, equidad y eficiencia son requisitos reglados que deben cumplir todos los actos estatales y, dentro de ellos y principalmente, los procedimientos de selección de cocontratantes y adjudicación de contratos públicos. Requisitos que hacen a la democracia, por cuanto sin ellos “se conoce solo parcialmente si el Estado obra en representación de los ciudadanos y en función de los intereses y necesidades públicas “La publicidad para garantizar la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, la equidad para afianzar la justicia, y la eficiencia como deber de cuidado del tesoro nacional, son imperativos de actuación de todo agente estatal como gestor del interés público, quienes deben estar sometidos a la perpetua vigilancia ciudadana y, para aquellos que atenten contra el sistema democrático incurriendo en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, a la pena de los infames traidores a la patria (arts. 29 y 36, CN).”

transparente y dos se refieren al resultado material obtenido, que debe ser equitativo o justo y eficiente.⁹⁴

Sobre el particular, Muratorio afirma que: “Las normativas de contrataciones suelen establecer los principios generales que rigen para toda la gestión de esa materia – no sólo para la licitación pública-, tal como por ejemplo lo hacen el RCAN al listar la razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; la transparencia en los procedimientos; la publicidad y difusión de las actuaciones; la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicas que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Más actualmente el PCPM establece los principios de transparencia, legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad y concurrencia, y los demás principios que concuerden con ellos. Sin perjuicio de ello, específica y tradicionalmente se han destacado tres principios de especial importancia para la licitación pública: publicidad, concurrencia e igualdad.”⁹⁵

Sin adentrarnos en el análisis de cada uno de los fundamentos enunciados, deviene pertinente resaltar la importancia que ha tomado la implementación de los sistemas electrónicos de compras como el COMPR.AR, como garantía de cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, entendiendo que *“el desarrollo de herramientas de compras electrónicas constituyó un avance respecto a la forma en la cual el Estado contrata. En este aspecto, cumplen varias funciones valiosas: en primer lugar, ayudan a disminuir los costos burocráticos en tanto posibilitan trámites más rápidos y más baratos, tanto para el Estado como para los potenciales proveedores; en segundo lugar, favorecen la realización de procesos más competitivos, en tanto la reducción de costos y la mayor publicidad posibilitan que más ofertantes se presenten; y finalmente, producen una cantidad considerable de información que es posible de ser*

⁹⁴ Para un análisis sobre el alcance de la CIC, ver Gordillo, A. “*Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción*”. En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>

⁹⁵ Muratorio J. “*Impugnación de Actos Licitatorio*” en Revista de Derecho Público. Poder Ejecutivo II. Ed. Culzoni. Pg. 241 y ss

utilizada tanto por el Estado, como por empresas y sociedad civil para controlar los procesos de contrataciones públicas.”⁹⁶

5.2) Diferencias en instituciones concretas, según se trate del Procedimiento Administrativo Nacional o Provincial:

5.2)a. Jerarquía normativa:

Ya desde una primera aproximación a la regulación Nacional puede advertirse en que, metodológicamente, las Compras Públicas son abordadas por diferentes categorías de normas.

En el ámbito **Provincial**, la Ley de Administración Financiera 8.706 contiene no solamente la regulación de los aspectos financieros, sino también aquellos referidos a la administración de bienes, recursos humanos e información. El esquema de la Ley abarca entonces los siguientes aspectos:

** Administración Financiera y sus Sistemas:*

1. Sistema de Presupuesto
2. Sistema de Tesorería y Gestión Financiera
3. Sistema de Crédito Público
4. Sistema de Contabilidad
5. Sistema de Ingresos públicos

** Administración de Bienes y Servicios, Recursos Humanos y Función Pública e Inversión Pública y sus Sistemas:*

1. Sistema de Administración de Bienes y Servicios
2. Sistema de Contrataciones
3. Sistema de Recursos Humanos y Función Pública
4. Sistema de Inversión Pública.

** Administración de Información y su Sistema:*

1. Sistema de Administración de Recursos Informáticos

⁹⁶ [Caprarulo, J. y M. Giullitti Oliva](#), (2018) “*Transparencia en las Contrataciones del Sistema Público Nacional*”. Informe de Política Pública. Setiembre 2018

Consecuentemente, dentro del Sistema de Contrataciones, se encuentran los principios sustanciales y algunos procedimentales de la regulación de las adquisiciones del Estado Provincial⁹⁷. Los pormenores del régimen (tanto los aspectos financieros como de contrataciones y demás) se ha reglamentado mediante el Decreto 1000/15 emitido por el Poder Ejecutivo Provincial.

Por su parte, en el ámbito **Nacional**, el régimen de Contrataciones no se encuentra incluido en la Ley de Administración Financiera, sino que su estatuto está previsto por Decreto del Poder Ejecutivo y consecuente normativa inferior.

En efecto, la Ley 24.156⁹⁸ denominada “Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional” prevé solamente la Administración *Financiera* del Sector Público, la cual integra con los siguientes sistemas interrelacionados entre sí:

- *Sistema Presupuestario;*
- *Sistema de Crédito Público;*
- *Sistema de Tesorería;*
- *Sistema de Contabilidad.*

Como puede observarse, no se encuentra previsto en mencionada ley un Sistema de Contrataciones que sí está regulado en la Ley 8706 provincial. Ahora bien, tal como se adelantó, el régimen de Contrataciones se ha regulado mediante Decreto Delegado 1023/01, reglamentado por Decreto 1030/16 denominado “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”.

La diferencia jerárquica de las normas regulatorias de las Contrataciones Públicas supone consecuencias prácticas ventajosas y otras no tanto, a la hora de su ejecución. Como un ejemplo de ello es el hecho de que, en caso de producirse modificaciones, para hacerlos sobre el régimen Provincial, deberán los

97 Ver Ley 8706 TÍTULO III: ADMINISTRACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS, RECURSOS HUMANOS Y FUNCIÓN E INVERSIÓN PÚBLICA Y SUS SISTEMAS SECCIÓN II – SISTEMA DE CONTRATACIONES: NORMAS TÉCNICAS COMUNES APLICABLES AL REGIMEN DE CONTRATACIONES -artículos 130 a 156-

⁹⁸ Sancionada en 1992

legisladores mendocinos sancionar una nueva ley o modificar parcialmente la existente, mientras que en el ámbito Nacional ello no supone mayores inconvenientes ya que puede realizarse (y se ha hecho) mediante Decretos dictados por el Poder Ejecutivo.

En mi opinión, un sano equilibrio supone la jerarquización a nivel legal solamente de los principios rectores del régimen, como los previstos en la ley mendocina⁹⁹ (legalidad, concurrencia, transparencia y publicidad e igualdad), y la previsión de todo el aspecto procedimental mediante normas de inferior jerarquía (Decreto, Resolución del Órgano Rector), atento a la cambiante realidad fáctica y tecnológica que implica no sólo la implementación de sistemas electrónicos, sino también la realidad de los mercados y la satisfacción de las necesidades públicas que varían día a día. Este aspecto cobra relevancia al momento de implementar nuevos sistemas, tal como será expuesto en el apartado de Conclusiones.

5.2)b. Tipos y modalidades de procedimientos de contratación:

En cuanto a los tipos de contrataciones y sus modalidades, existen diferencias sustanciales entre la legislación Nacional y la Provincial, que repercuten en la tramitación de las compras mediante el sistema electrónico COMPR.AR, ya que la interfaz no ha sido modificada en este aspecto.

Veamos, en primer término, las diferencias en términos normativos:

En el ámbito **Provincial**, la legislación consagra dos tipos de procedimiento:

⁹⁹ Ley 8706

Art. 134- Los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de contrataciones de la Administración Provincial serán:

a. Legalidad, debiéndose mantener el imperio de la juridicidad y sometiendo el proceso al orden normativo vigente.

b. Concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia;

c. Transparencia en los procedimientos

d. Publicidad y difusión del procedimiento de contratación de todos los actos que componen el proceso licitatorio, permitiendo el permanente acceso de los interesados a la información a través de los medios de publicidad, ya sean estos electrónicos o no.

e. Igualdad de tratamiento para los oferentes

- La Licitación Pública (art. 139 y 140 LAF), la cual funciona como procedimiento “madre” de acuerdo a la manda constitucional, y de la cual se desprende, como una modalidad procedimental la de Licitación Pública de Convenio Marco (art. 141 LAF) .
- La Contratación Directa, aplicable solamente a aquellos supuestos regulados por el art. 144 LAF.

Por su parte, en jurisdicción **Nacional**, coexisten tres tipos de procedimientos:

- La Licitación Pública
- La Licitación Privada
- La Contratación Directa

A su vez, se prevén modalidades de contratación tales como:

- a) Iniciativa privada
- b) Llave en mano
- c) Orden de compra abierta
- d) Consolidada
- e) Precio máximo
- f) Acuerdo Marco
- g) Concurso de proyectos integrales

Como se puede advertir, la legislación mendocina no contiene una regulación de las modalidades, por lo que, en caso de implementarlas, las mismas deben ser previstas en los Pliegos de Condiciones y minuciosamente encuadradas dentro de los tipos previstos.

Por otro lado, el denominado Convenio Marco, en jurisdicción Nacional es una modalidad, mientras que en la Provincia de Mendoza es un tipo de Licitación Pública legalmente establecida.

Siguiendo con el razonamiento propuesto, veremos seguidamente y de manera gráfica como el sistema COMPR.AR permite la “selección” de los tipos o modalidades de contrataciones, pero no difiere en sus funcionalidades según sea COMPR.AR MENDOZA (Figura 1) o COMPR.AR NACIÓN (Figura 2):

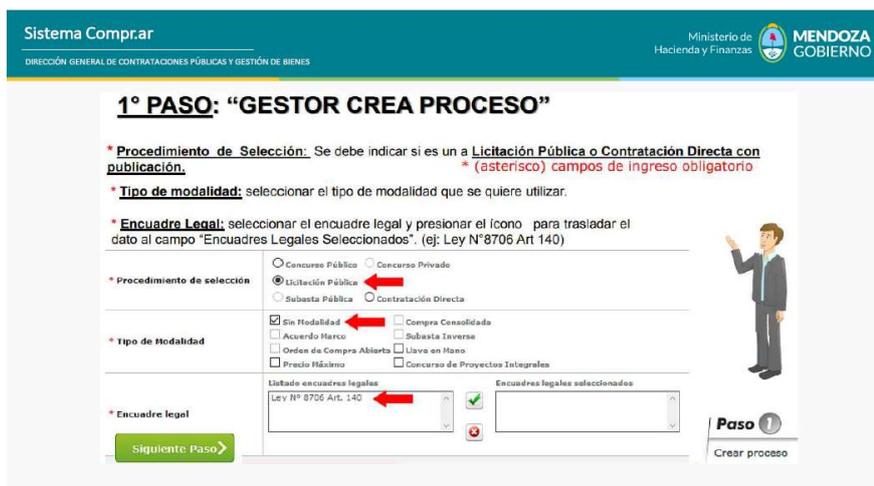


Figura 1: extraído del Tutorial publicado por la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes (DGCPYGB) de la Provincia de Mendoza.¹⁰⁰

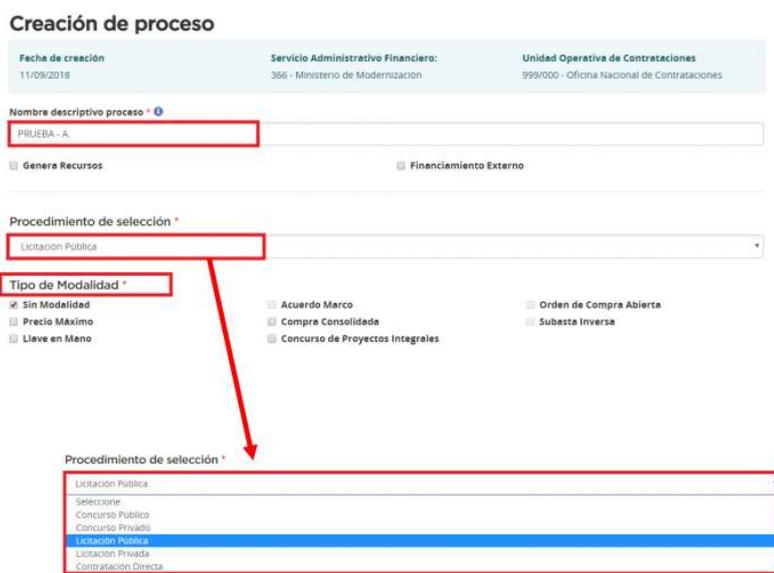


Figura 2: extraído del material de apoyo de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC)¹⁰¹.

Ambos sistemas despliegan las mismas opciones, basadas, como puede observarse, de la legislación Nacional, de lo que se desprende que existirían dos opciones, la primera sería adecuar el sistema a la jurisdicción provincial, o modificar la normativa de Mendoza a fin de que refleje las opciones desarrolladas por el sistema. Volveremos sobre este punto en el apartado de Conclusiones.

¹⁰⁰ <https://www.mendoza.gov.ar/compras/wp-content/uploads/sites/63/2020/07/Tutorial-Proceso-de-Compra-para-Unidades-Operativas-Compradoras.pdf>

¹⁰¹ <https://comprar.gob.ar/capacitacion.aspx> Manuales de usuario: Material de Apoyo Gestor.

En este punto me detendré a efectuar una aclaración y actualización a la presente, atento a que, a la fecha de redacción de estas palabras, corresponde mencionar que la DGCPYGB ha modificado los Pliegos de Condiciones Generales de uso obligatorio para las Contrataciones Públicas, mediante el cual se han introducido algunas cláusulas que vienen a adaptar la utilización del sistema a la normativa provincial¹⁰², si bien no ha modificado los tipos ni modalidades existentes regulados por Ley 8706. Consecuentemente, aún con esta novedad, se debe acudir a la redacción de las cláusulas proyectadas en los Pliegos de Condiciones Particulares a fin de programar alguna de las modalidades opcionales del sistema, en caso de que quiera utilizarse alguna no prevista en la legislación provincial.

5.2)c. El caso de la Subasta Inversa:

Una de las modalidades elegibles según el sistema electrónico, tanto en el sistema COMPR.AR MENDOZA como en el COMPR.AR NACIÓN, tal como puede advertirse de las figuras 1 y 2 del apartado anterior, la constituye la denominada Subasta Inversa.

La Subasta Inversa Electrónica es una modalidad de selección por la cual una repartición de Gobierno adquiere bienes o contrata servicios a través de un procedimiento de selección que se adjudica al precio más bajo o la oferta económica más ventajosa, luego de efectuada la compulsa electrónica e interactiva de precios¹⁰³.

Por tratarse de una “modalidad”, ésta es posible llevarla a cabo en el marco de cualquiera de los procedimientos de contratación posibles: licitación pública, privada o contratación directa en jurisdicción Nacional; licitación pública o contratación en la provincial.

Coloquialmente podríamos decir que en la Subasta Inversa los papeles de comprador y vendedor se invierten, ya que, ante una necesidad del comprador (el

¹⁰² <https://www.mendoza.gov.ar/compras/pliegos-modelo/> Nuevo Pliego de Bases y Condiciones Generales – Vigente a partir de Marzo de 2021 PLIEG-2021-01265323-GDEMZA-DGCPYGB#MHYF

¹⁰³ <https://www.argentina.gob.ar/comprar/soy-proveedor/compras-electronicas/preguntas-frecuentes/subasta>

Estado) son los vendedores quienes compiten para ofertar el menor precio, en un rango temporal determinado, y así ser adjudicatarios del bien o servicio ofrecido.

El procedimiento de **mejora de ofertas** consiste en el pedido que hace el órgano licitante, en el marco de una licitación pública, a los oferentes mejor calificados, a fin de que presenten una mejora en el precio cotizado en cada oferta, sin modificar otros aspectos de la misma, con la misma metodología y las mismas formalidades en que se presentaron las ofertas originarias. Este procedimiento puede ser usado tanto en el trámite de la tradicional licitación en soporte papel o en los sistemas de contrataciones electrónicas (como el COMPR.AR).

Sobre el particular, en un documento elaborado por el BID, se explica el fundamento y mecanismo de tal instituto y su ventaja y utilidad: *“La mejora de oferta se aplica en aquellas licitaciones públicas o limitadas cuando los documentos de licitación establecen el empleo de una mejora de precios. Las ofertas pueden ser recibidas en papel en sobres cerrados o a través del sistema electrónico de compras. Una vez evaluadas, las tres mejores ofertas calificadas son invitadas una sola vez a presentar un descuento (expresado en un nuevo valor rebajado de la oferta, no como porcentaje) para mejorar su posición competitiva. La presentación de las ofertas, con o sin descuento, sigue los mismos procedimientos de la presentación original y deben ser presentadas dentro de un plazo corto especificado en la invitación a mejorar la oferta. El único factor que es modificado es el precio. Las ofertas mejoradas de licitantes calificados son evaluadas y comparadas entre sí. Finalmente, se selecciona la oferta de menor precio. Uno de los riesgos inherentes a la mejora de oferta es la posibilidad de que los licitantes no presenten su mejor oferta desde el principio con la posibilidad de rebajar el precio más adelante. En las contrataciones públicas, esta práctica se conoce como “hold-back”. La misma preocupación se tenía cuando la subasta inversa fue incorporada a los sistemas de compras públicas. No obstante, no existe evidencia de que los licitantes realicen “hold-back”, dado que particularmente el pedido de mejora se hace solamente a los licitantes en el “rango competitivo” (en Estados Unidos de América) o, como hace el ICE, a los tres licitantes mejor evaluados, por lo que el riesgo del hold-back es bajo”¹⁰⁴.*

¹⁰⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe. Nota Técnica IDB-TN-1336, Noviembre de 2017

El mismo instrumento menciona como antecedentes a las compras públicas del sector federal en los Estados Unidos, en el cual la solicitud y obtención de mejoras de oferta se conoció hasta 1997 como la solicitud de “oferta final definitiva” (“Best and Final Offer” – BAFO), como así también en Europa y Reino Unido.

En el ámbito Nacional, ésta se encuentra regulada por el Capítulo IV del *Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, aprobada por Disposición 62 - E/2016 ONC (y modif.). Entre sus particularidades la normativa determina que el monto inicial de la subasta inversa será el menor de todas las ofertas presentadas, y una vez recibidas las ofertas se preseleccionará a quienes cumplan con el pliego de bases y condiciones particulares como con las especificaciones técnicas del pliego.

En cambio, en la Provincia de Mendoza, la legislación regulatoria no contiene mención alguna de este instituto.

Entonces surge el interrogante de determinar si es posible, dada la legislación vigente, utilizar dicha modalidad que sí se encuentra disponible en el sistema electrónico.

La LAF, en el Capítulo II Sección II 105, en su artículo 132 106 donde define las facultades del Órgano Licitante, menciona el instituto de la mejora e oferta pero limitado a dos supuestos: el primero en caso se da en el supuesto de que dos o más ofertas admisibles e igualmente convenientes, presenten entre sí diferencias de cotización que no superen entre si el 5% (cinco por ciento) calculado sobre la menor de

105 SECCIÓN II – SISTEMA DE CONTRATACIONES NORMAS TÉCNICAS COMUNES APLICABLES AL REGIMEN DE CONTRATACIONES
CAPITULO I - PRINCIPIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIONES

¹⁰⁶ Ley 8706 art. 132 El órgano licitante tiene las facultades y obligaciones que se establecen en la presente Ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en el reglamento, en los pliegos de bases y condiciones o en la restante documentación contractual.(...) k. Requerir mejoras de ofertas a los oferentes cualquiera sea el procedimiento aplicado, salvo los casos previstos en el artículo 147° de la presente Ley, en los siguientes supuestos:

1- Cuando dos o más ofertas admisibles e igualmente convenientes, presenten entre sí diferencias de cotización que no superen entre si el 5% (cinco por ciento) calculado sobre la menor de ellas.

2- Cuando exista un único oferente o sólo una oferta admisible desde el punto de vista formal.

La reglamentación determinará los procedimientos mediante los cuales se harán efectivas estas solicitudes.

ellas; siendo el segundo supuesto cuando exista un único oferente o sólo una oferta admisible desde el punto de vista formal.

Fuera de estos dos casos, los organismos contratantes carecen de posibilidad de requerir mejora de ofertas.

No se ha previsto en nuestra legislación la posibilidad de utilizar mecanismos de subasta inversa, diálogo competitivo, o negociación posterior a la adjudicación, prevaleciendo en todo momento el principio de la invariabilidad del precio cotizado durante el procedimiento de licitación.¹⁰⁷

Por ello, a los efectos de legalizar su utilización, es necesario introducir una reforma en la legislación. Ésta debería procurar la mayor simplicidad posible en las reformas, tanto en la legislación como en las costumbres y prácticas actuales de las oficinas compradoras para conseguir una alta aceptación en su implementación.

Para llevar a cabo la propuesta se consideran pertinentes las siguientes acciones:

- a) Modificar parcialmente el inciso k) del art. 132 de la Ley 8706 eliminando la restricción a los dos casos referidos en el apartado anterior como únicos supuestos para aplicar el procedimiento de mejora de precios, dejando la regulación concreta del instituto a la reglamentación. También se considera pertinente dejar plasmado que la mejora deberá ser sólo del precio, no pudiendo modificarse ninguna otra característica de la oferta original.
- b) Introducir modificaciones al Decreto 1000/15 a fin de establecer criterios para la utilización de la mejora de precios como pueden ser:
 1. Establecer un límite mínimo o máximo en cuanto al monto de la licitación pública para su aplicación, dependiendo si se pretende aplicar a las contrataciones más complejas y cuantiosas.
 2. Determinar que el acceso a la mejora de precios deberá hacerse efectiva entre los tres (3) - u otro número limitado- de los oferentes mejores calificados (a fin de evitar el “hold-back”)

¹⁰⁷ Se dejan a salvo aquellas variaciones de precios previstas para la etapa de ejecución de los contratos, tales como redeterminaciones, readecuaciones de precios, precios escalonados en convenios marcos como el caso de productos médicos y reactivos de laboratorio, etc.

3. Estipular que deberá utilizarse el mismo mecanismo de recepción de las ofertas para la subsiguiente recepción de las propuestas de mejoras.
 4. Establecer que la posibilidad de mejora de ofertas deberá estar **EXPRESAMENTE** prevista en el Pliego de Condiciones Particulares, como así también el mecanismo para su solicitud y evaluación.
- c) En el caso del sistema de compras electrónicas deberá corroborarse la efectiva posibilidad de su utilización y/o realizar las modificaciones del programa correspondientes.
 - d) Difusión. Capacitación a los organismos licitantes y oficinas compradoras.
Capacitación a los proveedores
 - e) Implementación gradual, con pruebas piloto.
 - f) Evaluación final de los resultados y ventajas obtenidas

Entre los obstáculos o potenciales inconvenientes que podría relacionarse con ésta práctica, encontramos en la bibliografía el caso de los “Hold-back” o prácticas de colusión, esto es, la posibilidad de que los oferentes, alertados por la implementación del procedimiento de mejora de ofertas, intenten poner en práctica un mecanismo de presentación de ofertas elevadas para luego, una vez “vistas” las propuestas de los rivales, proceder a su mejora. Este problema puede ser resuelto mediante el sistema propuesto de solicitud de mejora de ofertas a los tres (3) primeros oferentes mejor calificados, ya que en su oferta inicial, los proveedores deberán competir para poder ser “elegibles” para la mejora.

La virtud de este procedimiento radica en la posibilidad de obtener precios más competitivos en las licitaciones en beneficio del Estado, como herramienta para acercar los precios abonados por el Gobierno a los precios reales de mercado. Esta modalidad implica una reforma menor en la legislación actual y en la práctica de las oficinas compradoras, que podría aprovecharse como “muestra” para la futura inclusión de reformas más radicales que presenten ventajas tangibles en la adquisición de bienes y servicios, como sería la regulación plena de la Subasta Inversa, o diálogos competitivos, etc., y que suponen una modificación en la “manera de pensar” del personal de que tramita las contrataciones.

5.2.d) Diferencias en la procedencia de la impugnación del dictamen de evaluación.

Algunos aspectos legales en cuanto a la impugnación de los actos receptados en el Procedimiento Administrativo Nacional difieren con el previsto en la Provincia de Mendoza, lo que ocasiona que el proceso de compras establecido en el sistema COMPR.AR prevea etapas que, para el operador mendocino, sean extrañas a las reglas procedimentales contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo 9003..

Como se ha desarrollado en apartados anteriores, la licitación pública es una especie del género “procedimiento administrativo”, razón por la cual le son aplicables los principios generales de éste, a punto tal que se considere que la adjudicación, por sus características, es un acto administrativo como tal.

La Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza 9003 determina que son actos impugnables las declaraciones administrativas que producen efectos jurídicos individuales e inmediatos¹⁰⁸. Por su parte, la LAF establece claramente que son impugnables solamente el acto administrativo de autorización y llamado, el de calificación (en caso de licitación de etapa múltiple, y el de adjudicación).¹⁰⁹

Disímil es el trato que se le da en normativa Nacional atento a que se prevé la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación¹¹⁰. Si bien no se le da al dictamen de

¹⁰⁸ Ley 9003 artículo 174: Toda declaración administrativa que produce efectos jurídicos individuales e inmediatos, sea definitiva, incidental o de mero trámite, unilateral o bilateral, que no constituya un mero pronunciamiento de la administración y a falta de disposición especial en contrario, es impugnabile mediante los recursos que se regulan en este Capítulo, para la defensa de los derechos e intereses jurídicamente protegidos.

¹⁰⁹ Ley 8707 artículo 156° - Artículo 156 de la Ley N° 8706. Actos Susceptibles de Impugnación: Los interesados y proveedores podrán impugnar, conforme a lo normado en la Ley N° 3909, los siguientes actos administrativos:

- a. El de autorización y llamado;
- b. El de calificación para los casos de licitaciones de etapa múltiple;
- c. El de adjudicación

¹¹⁰ Decreto 1030/16 Artículo 72.- COMUNICACIÓN DEL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. El dictamen de evaluación de las ofertas se comunicará, utilizando alguno de los medios enumerados en el artículo 7° del presente reglamento, a todos los oferentes dentro de los DOS (2) días de emitido.

Artículo 73.- IMPUGNACIONES AL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los TRES (3) días de su comunicación, quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los TRES (3) días de su difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones, en ambos casos, previa integración de la garantía regulada en el artículo 78, inciso d) del presente reglamento.

evaluación el carácter de un acto administrativo, sí se prevé la posibilidad de ser impugnado según la normativa específica.

Ahora bien, si consideramos que dicho dictamen de evaluación equivale a la valoración que efectúa la Comisión de Preadjudicación prevista en la legislación Mendocina, y que precede el dictado del acto administrativo de adjudicación correspondiente, podemos observar que en el caso Nacional, existe la posibilidad de atacar la adjudicación en la etapa previa al dictado del acto administrativo. Ello tiene sus ventajas en cuanto a que hay una instancia previa a la emisión del acto administrativo definitivo que permite que los oferentes manifiesten sus disconformidades y ayuden a la Administración a dictar un acto menos propenso a ser impugnado.

Este esquema administrativo ha sido traspelado al sistema COMPR.AR, incluso en el Manual emitido por la ONC ha fijado el mismo procedimiento de impugnación del dictamen de evaluación¹¹¹.

En consecuencia, el sistema COMPR.AR MENDOZA incluye en sus etapas una notificación automática y posibilidad de impugnación de un trámite previo a la emisión del acto administrativo de adjudicación que no se encuentra permitida en la legislación provincial. En la práctica, en caso de que los oferentes utilicen esta oportunidad, debe diferirse y encausarse su tratamiento posterior a la adjudicación.

Artículo 74.- ADJUDICACIÓN. La adjudicación será notificada al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los TRES (3) días de dictado el acto respectivo. Si se hubieran formulado impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas, éstas serán resueltas en el mismo acto que disponga la adjudicación. Podrá adjudicarse aun cuando se haya presentado una sola oferta.

¹¹¹ Anexo Disposición: DI-2016-01712731 -APN-ONC#MM "MANUAL DE PROCEDIMIENTO DEL COMPR.AR"

Artículo 12 - COMUNICACIÓN DEL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. El dictamen de evaluación de las ofertas se notificará a todos los oferentes mediante la difusión en el sitio <https://comprar.gob.ar> o en el que en un futuro lo reemplace.

Artículo 13 - IMPUGNACIONES AL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. Se podrá impugnar el dictamen de evaluación dentro de los TRES (3) días contados a partir del día hábil siguiente al de su notificación, integrando la garantía regulada en el artículo 78 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016.

Artículo 14.- ADJUDICACIÓN. La adjudicación será notificada al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los TRES (3) días de dictado el acto respectivo, mediante la difusión en el sitio <https://comprar.gob.ar> o en el que en un futuro lo reemplace

CONCLUSIONES

Desde la experiencia recolectada en el ámbito de las contrataciones del Gobierno de la Provincia de Mendoza se puede advertir que la adopción de un sistema electrónico de compras “importado” desde la Nación, ha traído, si bien indiscutibles ventajas en lo que respecta a la publicidad de los actos de gobierno y transparencia, no menores problemas operativos en cuanto a su implementación, debido a que el programa se encuentra enclavado en la legislación nacional sobre contrataciones¹¹², la cual contiene institutos y procedimientos diferentes a los contenidos en la normativa mendocina (Ley 8706 y Decreto reglamentario N° 1000/15).

En efecto, si bien existen similitudes en cuanto a la aplicación de principios básicos de las contrataciones como es la indudable atención al principio de publicidad y transparencia, nos encontramos con diferencias en la regulación de los procedimientos (en la legislación provincial existen contrataciones directas que no requieren publicación, los límites en los montos de contrataciones directas y licitaciones públicas son diferentes, el acto administrativo pasible de recurso lo constituye la adjudicación por funcionario competente y no el dictamen de la comisión de preadjudicación), e incluso con diferentes modalidades de contratación, lo que lleva a plantearnos si resulta prudente modificar el sistema, o adaptar la legislación.

Al respecto, a modo ilustrativo se acompaña como Anexo II un cuadro comparativo que correlaciona las modalidades de contratación directa previstas en el sistema COMPR.AR según la legislación nacional, y su correspondencia, si la hubiere, según los incisos del art. 144 de la Ley 8706 que prevé los supuestos en los cuales se autoriza la contratación directa.

La posibilidad referida de adaptar la legislación conlleva el peligro de ceder, aún implícitamente, la facultad de dictar la propia normativa administrativa, reservada, tal como se analizado al comienzo de la exposición, en la Constitución Nacional como poder no delegado.

Este entuerto se ha extensivo a todas aquellas provincias que quisieran acoplarse al sistema de compras COMPR.AR, pero que mantienen diferencias procedimentales en el trámite de las contrataciones.

¹¹² Decreto Reglamentario N° 1030/2016 (P.E.N.) B.O. 16-sep-2016.

En el caso que se pretendiera unificar el sistema de compras electrónicas a todo el territorio de la República Argentina, con vistas en las ventajas que ello supondría, tales como conseguir la uniformidad de las reglas burocráticas para que los oferentes y proveedores puedan competir a lo largo del país, sin incurrir en costos adicionales al momento de analizar y cumplir con los requerimientos establecidos por la administración de cada una de las provincias, resulta claro que desde el ámbito nacional no podría exigirse a éstas que adapten su normativa interna, so pena de incurrir en un acto claramente inconstitucional, cuestionable judicialmente por violar los principios del Federalismo.

Contrariamente, si se concibe al sistema COMPR.AR como una **herramienta** informática adaptable a la normativa y por sobre todo a la necesidad de cada provincia, impulsando las modificaciones tecnológicas pertinentes, **obtendríamos un mecanismo sumamente útil, transparente, apegado a la sumisión de los principios de legalidad, transparencia y publicidad** pero respetando al Federalismo que es base de nuestro sistema republicano y democrático.

No obstante, y como una reflexión personal, considero que mediante la utilización de un sistema electrónico de compras (cualquiera sea) no se garantiza *per se* el cumplimiento de los principios de concurrencia ni de la igualdad, ni garantiza la eficiencia en las contrataciones del Estado, sino que ello requiere, entre otros recaudos, de una adecuada planificación del uso de los fondos públicos, una inteligente y honesta proyección de las condiciones de contratación elaboradas por cada organismo licitante y plasmadas en los Pliegos de Condiciones (generales, particulares y especiales), y de la probidad de los funcionarios y agentes encargados de llevar a cabo la elección del procedimiento (tipo y modalidad de contratación), y de la evaluación y selección del contratante. El factor tecnológico, en el actual estado de éste, no puede suplir el factor humano que debe **garantizar la aplicación de los principios enunciados.**

BIBLIOGRAFÍA GENERAL:

- Abalos, M. G. (2013) *“Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”* en Acuña, E.T. et. al (comp.) *“Estudios de Derecho Público”* 1a. ed. (en línea). Buenos Aires. Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA., Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>
- Asociación de Gobierno Abierto, *“Plan de Acción de Gobierno Abierto, Argentina 2013-2019”*, (en línea). Disponible en: <https://www.opengovpartnership.org/members/argentina/> (acceso julio 2019).
- Babbie, E. (1999) *“Fundamentos de la Investigación Social”*, traducción del libro *The Basics of Social Research*. publicado en inglés por Wadsworth Publishing Company.
- Banco Mundial (2011), *“Normas Adquisiciones de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría con préstamos del BIRF, créditos de la AIF y donaciones por prestatarios del Banco Mundial”* (en línea), disponible en: http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Procurement_GLs_Spanish_Final_Jan2011.pdf
- Caprarulo, J. y M. Giullitti Oliva, (2018) *“Transparencia en las Contrataciones del Sistema Público Nacional”*. Informe de Política Pública. Setiembre 2018. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. (en línea). Disponible en: <http://acij.org.ar/wpcontent/uploads/2018/10/transparencia-en-las-contrataciones-publicas-nacional.pdf>
- Carnota, W. (2013) *“¿Todo Derecho Administrativo es local?”*. en Acuña, E.T. et. al (comp.) *“Estudios de Derecho Público”* 1a. ed. (en línea). Buenos Aires. Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>

-
- Codelia, G. (2013) *Primeras aplicaciones del nuevo reglamento del régimen de contrataciones de la Administración nacional: riesgos y potencialidades* en Acuña, E.T. et. al (comp.) "Estudios de Derecho Público" 1a. ed. (en línea). Buenos Aires. Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA,. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>
 - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" (en línea) disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011_Model.html(acceso en Junio de 2019).
 - George, A y. A. Bennet, (2005) "Case Studies and Theory Development in the Social Sciences". MIT Press, Cambridge Masachussets.
 - Gordillo, A. "Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción". En LL, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," en V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119. Disponible en <http://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>
 - Luna E. y L. Rodriguez Buj, (2011) "Pautas para la elaboración de Estudios de Caso". Banco Interamericano de Desarrollo BID. Vicepresidencia de Sectores y Conocimiento Contactos en el Departamento de Conocimiento y Aprendizaje. Disponible en <https://publications.iadb.org/es>.
 - Oficina Nacional de Contrataciones, Gobierno de la República Argentina (en línea), página oficial. Disponible en: <https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/index2.asp>(acceso en Julio de 2019).
 - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, "Principios de la OCDE para mejorar la integridad en la contratación pública" (en línea) disponible

en:

<http://www.oecd.org/gov/oecdprinciplesforenhancingintegrityinpublicprocurement.htm> (acceso en Junio de 2019).

- Perez Hualde A. “*Los contratos públicos en la Argentina del siglo XXI: Régimen y Resolución*” en Revista “Carta de Noticias de la Procuración General” de la EFAP, Escuela de Formación en Abogacía Pública. Procuración General CABA (19/06/2020):. Apartado IV. Contratos en el Derecho Administrativo global. Disponible en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaba_junio2020_a.pdf
- Scrollini, F. (2017) “Contrataciones Abiertas. Qué podemos esperar de ellas en América Latina” en *Iniciativa Lationamericana por los Datos Abiertos (en línea)*. Publicado el 05 de Diciembre de 2017, en Contrataciones Abiertas, Investigación, Noticias, disponible en: <https://idatosabiertos.org/contrataciones-abiertas-que-podemos-esperar-de-ellas-en-america-latina/>
- Sistema Argentino de Informática Jurídica SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en línea). Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

ANEXO II

<i>CONTRAC DIRECTA MENDOZA</i>			<i>CONTRATAC DIRECTA NACION</i>		
	tipo	publica		tipo	nombre
a	monto	Si Mayor al 40% CD 2días	1	monto	Compulsa abreviada
b	licitación desierta	2 días	4	desierto	Compulsa abreviada
c	Entidades oficiales	no	8	entidades	Adjudicación simple
d	razones de urgencia	no	5	urgencia	Compulsa abreviada
e	fabricación o propiedad sea exclusiva	no	3	venta fuere exclusiva	Adjudicación simple
f	países extranjeros	no			
g	reparaciones de maquinarias	no	7	reparaciones de maquinarias	Adjudicación simple
h	adquirir bienes en Remate Público	2 días			
i	obras y/o servicios artísticos, científicos, deportivos o técnicos	2 días	2	obras científicas, técnicas o artísticas	Adjudicación simple
j	animales exóticos	no			
k	diarios, revistas	no			
l	publicidad oficial	no			
m	Locación de Obra o Servicios	no			
n	secretas	no	6	secreta	
o	medios de transportes usados y repuestos	no			
p	Registro Provincial de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social	2 días si es mayor a la CD	10	Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social	indistinto
q	combustibles	no			
r	Importaciones	no			
			9	universidades	Adjudicación simple
			5	emergencia	indistinto
a	monto	Si Mayor al 40% CD 2días	1	monto	Compulsa abreviada
b	licitación desierta	2 días	4	desierto	Compulsa abreviada
c	Entidades oficiales	no	8	entidades	Adjudicación simple
d	razones de urgencia	no	5	urgencia	Compulsa abreviada

e	fabricación o propiedad sea exclusiva	no	3	venta fuere exclusiva	Adjudicación simple
f	países extranjeros	no			
g	reparaciones de maquinarias	no	7	reparaciones de maquinarias	Adjudicación simple
h	adquirir bienes en Remate Público	2 días			
i	obras y/o servicios artísticos, científicos, deportivos o técnicos	2 días	2	obras científicas, técnicas o artísticas	Adjudicación simple
j	animales exóticos	no			
k	diarios, revistas	no			
l	publicidad oficial	no			
m	Locación de Obra o Servicios	no			
n	secretas	no	6	secretas	
o	medios de transportes usados y repuestos	no			
p	Registro Provincial de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social	2 días si es mayor a la CD	10	Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social	indistinto
q	combustibles	no			
r	Importaciones	no			
			9	universidades	Adjudicación simple
			5	emergencia	indistinto