
manuales

Manual de licitaciones
públicas

Isabel Correa

I L P E S



NACIONES UNIDAS

C E P A L

**Instituto Latinoamericano y del Caribe de
Planificación Económica y Social- ILPES**

Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones

Santiago de Chile, Diciembre de 2002

Este documento fue preparado por la Consultora Isabel Correa. Se agradecen los comentarios y revisiones del Sr. Edgar Ortegón, Director de Proyectos y Programación de Inversiones del ILPES.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de el autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/L.1818-P

LC/IP/L.212

ISBN: 92-1-322106-1

ISSN versión impresa: 1680-886X

ISSN versión electrónica: 1680-8878

Copyright © Naciones Unidas, Diciembre de 2002. Todos los derechos reservados

Nº de venta: S.02.II.G.130

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Prólogo	7
I. Introducción: las licitaciones públicas en las administraciones públicas modernas	9
II. Principios generales que rigen las licitaciones públicas.	15
III. Procedimiento licitatorio	19
A. Concepto, objetivos y característica básica de la licitación	19
B. Políticas y normativas en materia de licitaciones.....	22
C. Actuaciones previas de la administración: las etapas pre-contractuales	26
D. Documentación licitatoria	33
E. Sobre los licitantes u oferentes.....	41
F. Sobre las ofertas	46
G. Adjudicación y perfeccionamiento del contrato.....	52
IV. Condiciones del contrato de la regulación	55
A. Plazo del contrato	55
B. Precio del contrato o remuneración del privado que contrata con la administración.....	56
C. Revisión de precios o tarifas.....	57
D. Extinción del contrato. Caducidad del derecho de prestar un servicio público.....	60
V. Licitaciones especiales	63
A. Licitación de gestión de servicios públicos.....	63
B. Licitación de contratos de obras.....	65
C. Licitación de concesiones de obras públicas.....	66
D. Licitación de contratos de suministros	69
E. Contratos de consultoría y asistencia de los servicios.....	69

ANEXOS

F. Otros procedimientos de selección	71
G. Fundamentos a la excepción	77
H. Procedimientos de compras del sector público utilizados en legislaciones latinoamericanas.....	83
I. Selección de proyectos sujetos a concesión.....	100
Bibliografía	103
Serie manuales: números publicados	105

Índice de cuadros

Cuadro 1	Principios que rigen las licitaciones	15
Cuadro 2	Objetivos de las licitaciones públicas	17
Cuadro 3	Capacidades de la administración	25
Cuadro 4	Criterios de precalificación	31
Cuadro 5	Ventajas y desventajas de los registros	32
Cuadro 6	Ejemplos de documentos de la oferta.....	48
Cuadro 7	Ejemplos de documentos de la oferta.....	50
Cuadro 8	Plazo de Presentación de ofertas	99

Índice de recuadros

Recuadro 1	Ejemplo: Los convenios de desempeño	24
Recuadro 2	Contenido de pedido de ofertas.....	38
Recuadro 3	Ejemplo de anuncio de licitación	39
Recuadro 4	Ejemplo de anuncio de licitación	39
Recuadro 5	Ejemplo de anuncio de licitación	40
Recuadro 6	Ejemplo de anuncio de licitación	40
Recuadro 7	Diseño de la garantía	46
Recuadro 8	Ejemplos de ofertas inadmisibles	52
Recuadro 9	Criterios generales.....	58
Recuadro 10	Ejemplo de causas de extinción por incumplimiento grave	61
Recuadro 11	Factores de adjudicación	68

Resumen

El presente manual constituye una base para la preparación de licitaciones públicas en diferentes tipos de contratos.

Las ventajas de este procedimiento de selección del contratista con la administración casi se explican por sí mismas; no obstante este trabajo comienza tratando de analizar los principios y valores que informan las licitaciones para después pasar, en tres capítulos separados a analizar el procedimiento licitatorio, las condiciones del contrato o la regulación del servicio de que se trate y las licitaciones especiales en función del tipo de contrato que se pretende celebrar. En anexos se tratan y analizan otros procedimientos de selección de los contratistas y se revisan someramente los procedimientos utilizados en las distintas administraciones latinoamericanas.

Al analizar el procedimiento licitatorio se estudian fundamentalmente las políticas y las normativas en esta materia haciendo referencia al tipo de leyes y otras normas donde se debe regular este procedimiento, a las capacidades que ha de tener la administración para desarrollar procesos exitosos de licitaciones públicas y a la participación ciudadana en los procesos de selección del contratista. De una definición adecuada de este tipo de políticas y normativas dependen las condiciones de éxito de las contrataciones.

Se analiza después la documentación licitatoria incluyendo las actuaciones preparatorias del ente público, las condiciones que pueden imponerse a los licitantes y oferentes, qué se debe esperar de las ofertas, y cuales son las condiciones de admisibilidad y evaluación de las mismas de forma de establecer un régimen transparente donde se garantice el mejor precio para la administración o para el usuario. Se analizan también las adjudicaciones o las eventuales desestimaciones que podría producirse en una licitación pública.

Cuando se tratan las condiciones del contrato o la regulación del servicio, se aluden a los temas que han de ser tratados y regulados en el contrato de que se trate tales como el plazo en el que ha de cumplirse la prestación y las excepciones al cumplimiento del mismo, el precio del contrato o las tarifas que han de pagar los usuarios cuando se trata de la prestación de servicios públicos, las causales y los procedimientos para revisar los precios y las tarifas y la extinción de los contratos o la caducidad del derecho de seguir prestando el servicio bien se trate de condiciones normales de término o extinción o anormales tales como el incumplimiento por alguna de las partes.

Por último, un capítulo se dedica a analizar las cuestiones fundamentales de algunos tipos de licitaciones que serán las que normalmente se llevan a cabo en cualquier administración, destacando aquellos factores que, por cada tipo de licitaciones, debieran constituir los principales factores de preocupación del ente público. Así, en primer lugar la de gestión de servicios a través de concesiones licencias o permisos a un privado a cambio del cobro de tarifas a usuarios, en cuyo caso durante la vigencia del contrato la administración debe prestar especial atención a la regulación y control del servicio mismo. Se hace también referencia a las licitaciones de los contratos de obras en las que probablemente las administraciones latinoamericanas se gastan los mayores volúmenes de recursos. En este tipo de contratos es de la máxima importancia la planificación correcta de los gastos de forma que no se produzcan sobrecostos que hubieran podido evitarse.

Particular importancia han tenido en los últimos años las concesiones de obras públicas caracterizados porque la administración encarga a un privado la construcción, mantenimiento o explotación de una obra pública a cambio de tarifas que cobran a los usuarios y/o subsidios que pueda otorgar el Estado durante un período de tiempo. La complejidad de este tipo de contratos aconseja una capacidad institucional muy alta para poder hacer frente a contratos de una cuantía muy alta.

La licitación de los contratos de suministros es la referida a la compra de bienes requeridos por el Estado. En general se trata de compraventas que tienen normas especiales de derecho público por ser un ente público el que está adquiriendo dichos bienes. Por último, los contratos de consultoría y de asistencia de servicios son de naturaleza muy variada; normalmente se trata de contratos de corta duración en los que el contratista está obligado a entregar un trabajo o un determinado servicio con una calidad predeterminada en la licitación a cambio de un precio pagado por la administración.

Al analizar otros procedimientos de selección en el primer anexo que se incluye se analiza fundamentalmente la licitación privada y la contratación directa concebidas como mecanismos excepcionales y se explican cuales son las condiciones que pueden fundamentar dichas excepciones. No se desaconseja su uso pero, por ser excepcionales, es preciso que se identifiquen claramente cuando y en que situaciones procede su aplicación y cuales son las causales que explican el trato diferenciado entre los oferentes.

Prólogo

El presente trabajo pretende constituir un manual para los profesionales de las administraciones públicas latinoamericanas que se ven obligados a relacionarse con los privados para la adquisición de bienes o servicios o para la provisión de servicios públicos. En efecto, nuestras administraciones están cada vez más caracterizadas por contratar con terceros los bienes y servicios que proveen y se van reduciendo aquellos que son proveídos directamente por el Estado.

Evidentemente, para conseguir el mejor precio para la administración o para el usuario del servicio y evitar discrecionalidades, arbitrariedades e incluso conductas de corrupción, lo ideal es que se establezcan mecanismos de licitaciones públicas que garanticen la mejor actuación del Estado y la transparencia entre las empresas o personas que compiten por el contrato. De esta manera, se garantiza la competencia técnica del que ofrece el bien o servicio y un tratamiento igualitario entre todos los competidores. El sistema de licitación pública tiene de todas formas superiores ventajas a cualesquiera otra forma de selección de contratistas. No obstante, en algunas ocasiones será necesario realizar excepciones.

En este sentido, el diseño de estas licitaciones es fundamental. Establecer mecanismos complicados desincentiva tanto a la propia administración, que se verá tentada de declarar excepciones para evitar procedimientos largos y engorrosos, como a los mismos privados con lo que no se producirá la competencia y la concurrencia del mayor número posible de postulantes, que es la base de toda licitación pública exitosa. Por otra parte, la transparencia en relación con el ciudadano, evitando prácticas colusivas, tiene que estar asegurada. Por esta razón, en el manual se pretende establecer cuáles son los elementos fundamentales de una licitación pública, los criterios que deben contener los pliegos o bases de licitación, las condiciones que deben ser exigidas en la oferta, los criterios de evaluación y las principales condiciones que rigen el contrato.

Todas estas normas o procedimientos que se proponen responden a un principio fundamental: Toda compra o servicio provisto por el Estado debe serlo a través de una licitación pública que no establezca barreras a la entrada de los competidores, que apunte a un máximo de eficiencia económica, con transparencia absoluta para los participantes y dejando el menor margen posible a la discrecionalidad de la administración que debe adjudicar mediante procedimientos pre-establecidos.

Esperamos que el lector encuentre que también este manual es de fácil comprensión y aplicación, y constituya una herramienta útil para comprender, diseñar y participar en procedimientos de selección del contratista con la administración.

I. Introducción: las licitaciones públicas en las administraciones públicas modernas

Cada vez más en los Estados modernos la provisión de bienes y servicios públicos se realiza acudiendo al sector privado, sin que estén las administraciones obligadas en proveerlos directamente. Es más, en algunos casos, las constituciones más modernas reconocen en el Estado solamente un rol subsidiario en la provisión de bienes y servicios públicos para los ciudadanos.

En efecto, desde administraciones tradicionales que eran dueñas de grandes empresas públicas que proveían bienes o servicios de electricidad, transporte, telefonía, etc. y con ministerios encargados directamente de proporcionar servicios de salud, educación o construir obras públicas, hoy se está pasando, de forma acelerada a contratar esos bienes y servicios con empresas privadas encargadas de proveer directamente dichos servicios, siendo unas veces financiados directamente por la administración y en otras por los usuarios que utilizan dichos bienes y servicios. De este modo, el Estado ha ido sustituyendo su rol de proveedor hacia un rol de regulador.

No significa ello que los bienes o servicios hayan perdido el carácter de públicos. Por el contrario, en la actualidad existe una mayor preocupación por parte de las distintas administraciones por reconocer ciertos derechos de uso y utilización de bienes y servicios a todos los ciudadanos. Es decir, la universalidad de la provisión es hoy un principio perseguido por los Estados más que en el pasado. Lo que ha cambiado simplemente es la forma en que las administraciones públicas encaran esta función, preocupándose precisamente por el acceso universal, por la calidad de los bienes y servicios provistos.

No significa ello que los bienes o servicios hayan perdido el carácter de públicos. Por el contrario, en la actualidad existe una mayor preocupación por parte de las distintas administraciones por reconocer ciertos derechos de uso y utilización de bienes y servicios a todos los ciudadanos. Es decir, la universalidad de la provisión es hoy un principio perseguido por los Estados más que en el pasado. Lo que ha cambiado simplemente es la forma en que las administraciones públicas encaran esta función, preocupándose precisamente por el acceso universal, por la calidad de los bienes y servicios provistos.

Por consiguiente las obligaciones de los Estados consisten en regular dichos bienes y servicios, subsidiar al sector privado en determinados casos en que la provisión privada no es posible o no tiene rentabilidad suficiente y fiscalizar que efectivamente se cumplan las finalidades públicas.

En algunos tipos de bienes o servicios los Estados están optando por privatizar directamente las empresas estatales que proveían desde la misma administración el bien o servicio público. Este es el caso, en muchos países, de las empresas sanitarias que proveen el servicio de agua potable y alcantarillado, electricidad, telefonía o telecomunicaciones en general. Para asegurar el acceso universal se suelen establecer, no obstante, subsidios que se canalizan a través de la oferta, es decir, son pagados directamente a la empresa privada que ofrece el servicio (por ejemplo en Chile se subsidia a las empresas de telefonía para que establezcan este servicio en localidades rurales aisladas que en principio no tendrían rentabilidad económica suficiente), o a la demanda, otorgando determinados tipos de subvenciones relacionadas con los menores ingresos de determinadas personas, para que puedan acceder al servicio (en Chile se subsidia así el agua potable). Determinados servicios que no tienen naturaleza monopólica pero que habían sido provistos de esta forma por el Estado con anterioridad, están siendo ahora des-regulados para que el mercado ofrezca mejores alternativas para los ciudadanos. Así ha ocurrido con el transporte, fundamentalmente el transporte urbano, aunque ha traído graves consecuencias desde el punto de vista de la contaminación o congestión en las ciudades. De todas formas el espíritu de este tipo de desregulaciones es parecido al anterior y consiste en que el bien o servicio que puede ser provisto directamente por el sector privado no tiene por qué serlo por el Estado.

Otros servicios, que son provistos a través de bienes nacionales de uso público o en los que la libertad de mercado puede provocar externalidades que no son deseables desde el punto de vista de la finalidad pública, se opta por concesionarlos. Hoy en día son varios los países de América Latina que han decidido emprender ambiciosos planes de concesiones viales, portuarias y aeroportuarias, los cuales han tenido gran éxito en Chile y Colombia sin perjuicio de no ser ajenos en los demás países latinoamericanos. A través del sistema de concesiones, se encarga al sector privado construir nuevas vías o aeropuertos o mejorar las existentes permitiéndose que recupere su inversión a través de tarifas cobradas a los usuarios.

El Estado sigue siendo hoy en día proveedor directo de muchos bienes y servicios. En materia de bienes, la infraestructura sigue siendo construida todavía en gran parte por los Estados, cuando no ha podido ser concesionada por no tener suficiente rentabilidad privada o porque todavía no se hayan emprendido este tipo de planes en algunas administraciones. Sin embargo hoy en día los Ministerios de Obras Públicas difieren de aquellos en los que trabajadores y maquinaria pertenecían al Estado, ya que se contrata directamente la construcción de la obra y hasta su conservación al sector privado.

En cuanto a los servicios, aunque algunos sean todavía estatales, las administraciones no producen directamente los bienes que son necesarios para ello, sino que los contratan con terceros. La provisión de todo tipo de insumos para las administraciones públicas es hoy en día un gran negocio del sector privado, incluso en materia de funcionarios se está experimentando la intervención del sector privado. En efecto, una nueva modalidad de contratación de trabajadores

para el sector público consiste en que estos sean provistos por empresas privadas, no adquiriendo así el carácter de funcionarios públicos. En algunos países se ha introducido la intervención, a través de distintas modalidades contractuales, de los privados en los sectores más tradicionales como la salud, la educación y la prestación de la defensa penal, todos ellos servicios que clásicamente han sido provistos por funcionarios públicos.

Por último existen servicios tradicionalmente privados donde al Estado no le interesa intervenir directamente sino indirectamente como ente regulador. La razón fundamental de tal intervención es el carácter monopólico de dichos servicios o la necesidad de que se conviertan en monopolios porque el normal funcionamiento del mercado implica una serie de externalidades que el Estado no está dispuesto a seguir manteniendo. En estos casos el Estado también puede recurrir a las licitaciones públicas. Un ejemplo de ello son las licitaciones de servicio de transporte urbano que se están implementando en muchos países para establecer condiciones del servicio y asegurar su prestación en condiciones de óptimo social.

En todos estos casos, privatizaciones, concesiones, construcción de obras públicas, compra de insumos, selección de la empresa a la que se va a subsidiar para que ofrezca un servicio no rentable desde el punto de vista privado, etc. el Estado tiene siempre que resolver el dilema de SELECCIONAR AL PRIVADO MAS IDÓNEO para celebrar el contrato de forma que resulte EN LAS MEJORES CONDICIONES para el Estado que selecciona. Dichas condiciones tienen que ver fundamentalmente con condiciones económicas, pero también con condiciones técnicas.

Aunque existen varias formas y procedimientos de selección, no cabe duda que la licitación pública es la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la comunidad.

Esta Manual pretende establecer cuales son las reglas que debe seguir la administración para realizar licitaciones públicas exitosas en los diferentes tipos de contratos que realiza para la provisión de bienes o servicios públicos.

Aunque la licitación pública es el procedimiento por el que va a ser seleccionado el privado que va a contratar con la administración, la documentación licitatoria tiene que dar cuenta de las condiciones de contratación; es decir de las normas por las que luego se registrará el contrato por todo el tiempo que dure, de las condiciones técnicas del contrato y de las condiciones económicas. Dependiendo de las estructuras legales de los países todo este conjunto de condiciones, es decir las normas propias de selección y las del contrato propiamente dicho pueden estar estructuradas en el mismo documento o separados. En cualquier caso en este Manual nos referiremos a ambas cuestiones consideradas como relevantes: el del procedimiento licitatorio propiamente tal y el de las cuestiones contractuales.

Por consiguiente las obligaciones de los Estados consisten en regular dichos bienes y servicios, subsidiar al sector privado en determinados casos en que la provisión privada no es posible o no tiene rentabilidad suficiente y fiscalizar que efectivamente se cumplan las finalidades públicas.

En algunos tipos de bienes o servicios los Estados están optando por privatizar directamente las empresas estatales que proveían desde la misma administración el bien o servicio público. Este es el caso, en muchos países, de las empresas sanitarias que proveen el servicio de agua potable y alcantarillado, electricidad, telefonía o telecomunicaciones en general. Para asegurar el acceso universal se suelen establecer, no obstante, subsidios que se canalizan a través de la oferta, es decir, son pagados directamente a la empresa privada que ofrece el servicio (por ejemplo en Chile se subsidian a las empresas de telefonía para que establezcan este servicio en localidades rurales aisladas que en principio no tendrían rentabilidad económica suficiente), o a la demanda, otorgando determinados tipos de subvenciones relacionadas con los menores ingresos de determinadas

personas, para que puedan acceder al servicio (en Chile se subsidia así el agua potable). Determinados servicios que no tienen naturaleza monopólica pero que habían sido provistos de esta forma por el Estado con anterioridad, están siendo ahora des-regulados para que el mercado ofrezca mejores alternativas para los ciudadanos. Así ha ocurrido con el transporte, fundamentalmente el transporte urbano, aunque ha traído graves consecuencias desde el punto de vista de la contaminación o congestión en las ciudades. De todas formas el espíritu de este tipo de desregulaciones es parecido al anterior y consiste en que el bien o servicio que puede ser provisto directamente por el sector privado no tiene por qué serlo por el Estado.

Otros servicios, que son provistos a través de bienes nacionales de uso público o en los que la libertad de mercado puede provocar externalidades que no son deseables desde el punto de vista de la finalidad pública, se opta por concesionarlos. Hoy en día son varios los países de América Latina que han decidido emprender ambiciosos planes de concesiones viales, portuarias y aeroportuarias, los cuales han tenido gran éxito en Chile y Colombia sin perjuicio de no ser ajenos en los demás países latinoamericanos. A través del sistema de concesiones, se encarga al sector privado construir nuevas vías o aeropuertos o mejorar las existentes permitiéndose que recupere su inversión a través de tarifas cobradas a los usuarios.

El Estado sigue siendo hoy en día proveedor directo de muchos bienes y servicios. En materia de bienes, la infraestructura sigue siendo construida todavía en gran parte por los Estados, cuando no ha podido ser concesionada por no tener suficiente rentabilidad privada o porque todavía no se hayan emprendido este tipo de planes en algunas administraciones. Sin embargo hoy en día los Ministerios de Obras Públicas difieren de aquellos en los que trabajadores y maquinaria pertenecían al Estado, ya que se contrata directamente la construcción de la obra y hasta su conservación al sector privado.

En cuanto a los servicios, aunque algunos sean todavía estatales, las administraciones no producen directamente los bienes que son necesarios para ello, sino que los contratan con terceros. La provisión de todo tipo de insumos para las administraciones públicas es hoy en día un gran negocio del sector privado, incluso en materia de funcionarios se está experimentando la intervención del sector privado. En efecto, una nueva modalidad de contratación de trabajadores para el sector público consiste en que estos sean provistos por empresas privadas, no adquiriendo así el carácter de funcionarios públicos. En algunos países se ha introducido la intervención, a través de distintas modalidades contractuales, de los privados en los sectores más tradicionales como la salud, la educación y la prestación de la defensa penal, todos ellos servicios que clásicamente han sido provistos por funcionarios públicos.

Por último existen servicios tradicionalmente privados donde al Estado no le interesa intervenir directamente sino indirectamente como ente regulador. La razón fundamental de tal intervención es el carácter monopólico de dichos servicios o la necesidad de que se conviertan en monopolios porque el normal funcionamiento del mercado implica una serie de externalidades que el Estado no está dispuesto a seguir manteniendo. En estos casos el Estado también puede recurrir a las licitaciones públicas. Un ejemplo de ello son las licitaciones de servicio de transporte urbano que se están implementando en muchos países para establecer condiciones del servicio y asegurar su prestación en condiciones de óptimo social.

En todos estos casos, privatizaciones, concesiones, construcción de obras públicas, compra de insumos, selección de la empresa a la que se va a subsidiar para que ofrezca un servicio no rentable desde el punto de vista privado, etc. el Estado tiene siempre que resolver el dilema de SELECCIONAR AL PRIVADO MAS IDÓNEO para celebrar el contrato de forma que resulte EN LAS MEJORES CONDICIONES para el Estado que selecciona. Dichas condiciones tienen que ver fundamentalmente con condiciones económicas, pero también con condiciones técnicas.

Aunque existen varias formas y procedimientos de selección, no cabe duda que la licitación pública es la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la comunidad.

Esta Manual pretende establecer cuales son las reglas que debe seguir la administración para realizar licitaciones públicas exitosas en los diferentes tipos de contratos que realiza para la provisión de bienes o servicios públicos.

Aunque la licitación pública es el procedimiento por el que va a ser seleccionado el privado que va a contratar con la administración, la documentación licitatoria tiene que dar cuenta de las condiciones de contratación; es decir de las normas por las que luego se registrará el contrato por todo el tiempo que dure, de las condiciones técnicas del contrato y de las condiciones económicas. Dependiendo de las estructuras legales de los países todo este conjunto de condiciones, es decir las normas propias de selección y las del contrato propiamente dicho pueden estar estructuradas en el mismo documento o separados. En cualquier caso en este Manual nos referiremos a ambas cuestiones consideradas como relevantes: el del procedimiento licitatorio propiamente tal y el de las cuestiones contractuales.

II. Principios generales que rigen las licitaciones públicas

Transparencia Internacional para América Latina y el Caribe (TI LAC) ha impulsado un proyecto para constituir mapas de riesgos en las licitaciones públicas en América Latina basada en una serie de principios generales que deben observarse en los sistemas nacionales de contratación pública, identificando también cuales son los factores de vulnerabilidad que tienen que cuidar este tipo de sistemas.

Cuadro 1
PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS LICITACIONES

Norma General	- Toda compra o encomienda hecha por el Estado debe serlo a través de licitación pública.
Normas Derivadas	<ul style="list-style-type: none"> - Las licitaciones públicas no deben establecer barreras a la entrada. - La licitación debe apuntar al máximo de eficiencia económica. - Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes. - Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles al público en general. - Las reglas para las licitaciones deben dejar el menor margen posible para el ejercicio de discrecionalidad por parte del administrador público.

Fuente: elaboración propia.

Este sistema se basa en un principio general que consiste en que “Toda compra o encomienda hecha por el Estado debe serlo a través de licitación pública, con contadas excepciones, como pequeños montos en compras aisladas o emergencias causadas por catástrofes”.

Los demás principios derivados del anterior serían los siguientes:

1. Las licitaciones públicas no deben establecer barreras a la entrada. Ello significa que, en virtud de la competencia, no se debe limitar la posibilidad de incorporar licitantes estableciendo condiciones o requisitos que les impidan presentar sus ofertas. Más adelante estudiaremos este tema al relacionarlo con los requisitos para ser licitante u oferente relacionándolo con los tipos de contratos de que se trate. No obstante el principio implica que se debe diseñar la licitación de manera que puedan participar en ella el máximo número posible de competidores y que no deben establecerse restricciones que podrían llevar a exclusiones y corrupción en la adjudicación.
2. Se debe apuntar al máximo de eficiencia económica. Por consiguiente la administración debe evitar en la licitación un gasto excesivo por parte de los licitantes y adjudicar a aquel que ofrezca mejores condiciones económicas para llevar a cabo el contrato que se ofrece. La mejor eficiencia requiere además una serie de actuaciones preparatorias por parte de las administraciones que permitan conocer, con bastante aproximación, los montos convenientes de los contratos.
3. Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes. Este principio está relacionado en general con la publicidad y la transparencia que tiene que tener la administración en su actuación y que se aplica no solamente a que todos los licitantes se rigen por las mismas reglas sino también que los funcionarios tienen que observar una conducta que impida que algunos de ellos puedan acceder a información privilegiada. Naturalmente este principio tiene un fundamento económico porque afecta al valor que pueda ofrecer el licitante, a diferencia del siguiente que, a pesar de su parecido tiene un fundamento público.
4. Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles al público. Aunque ello no implica que el público debata toda la licitación pública sí es conveniente que, al menos cuando se trata de grandes proyectos o cuando el valor de la licitación genere compromisos para el Estado que afecten en general a los ciudadanos, éstos puedan disponer de la información relacionada con la licitación y el contrato. La transparencia solamente tendrá verdadero significado si las condiciones con las cuales contrata el Estado son conocidas por los ciudadanos, en otras palabras, si son públicas. Transparencia Internacional desarrolla este principio señalando que toda licitación, por encima de un determinado valor, ha de tener sus motivaciones y términos sometidas a discusión pública.
5. Las reglas para las licitaciones deben dejar el menor margen posible para el ejercicio de discrecionalidad por parte del administrador público o en su defecto, ésta debe ser fundamentada rigurosamente. Ello implica que las licitaciones deben tener una regulación lo más completa posible, de forma que los posibles márgenes sean reducidos al mínimo y que además exista un fuerte control efectuados por la misma administración, por órganos externos de auditoría o contraloría y también la posibilidad de acudir al poder judicial. Obviamente, cuando de la transparencia y la publicidad también han participado los ciudadanos, como se señaló según el principio anterior, también puede intervenir en el control la prensa o el público en general. No obstante hay que reconocer que en América Latina este tipo de cuestiones no suelen ser preocupación del público en general que, en muchos casos, considera que existe normalidad en procedimientos arbitrarios de las administraciones.

Este conjunto de principios debieran provocar que se alcancen los objetivos de transparencia del sistema obteniendo los mejores resultados tanto para la administración como para el privado. Dichos objetivos son enumerados como:

Cuadro 2
OBJETIVOS DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

Competencia	La competencia se favorece cuando no se restringe la participación en las licitaciones
Igualdad en el tratamiento de los licitantes	Todos los licitantes deben ser tratados con reglas comunes que se aplican de forma pareja.
Transparencia en la adjudicación	No existen dudas respecto de cómo se adjudica y en base a que criterios, al ser un proceso transparente y comprensible.
Responsabilidad administrativa	La administración es responsable de todo el proceso de licitación y adjudicación.
Debido proceso	Se cumplen todas las formalidades procedimentales.
Publicidad	La licitación es publicitada tanto para conocimiento de los eventuales participantes como para el público en general.
Obtención del mejor precio para el Estado	Se adjudica a aquel que establezca mejores condiciones económicas para el Estado.

Fuente: elaboración propia.

Analizaremos a continuación las características generales de los procesos de licitación así como el contenido de cada uno de los procedimientos.

III. Procedimiento licitatorio

Además de referirnos al concepto, características y objetivos básicos del procedimiento licitatorio, se analizarán en este capítulo las reglas sobre las actuaciones preparatorias de la administración, los llamados a licitación, la documentación licitatoria, los requisitos de los licitantes, las adjudicaciones, impugnaciones y en general todas las normas reguladoras de los procesos. Estudiaremos también una serie de principios generales sobre políticas y normativas en materia de licitaciones, los cuales debieran ser tenidos en cuenta para poder integrar un sistema licitatorio transparente y eficaz en los Estados.

A. Concepto, objetivos y característica básica de la licitación

1. Concepto

La licitación es un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa. La licitación puede ser pública o privada y puede ser internacional o restringida al ámbito local. La práctica ha demostrado que el procedimiento para adquisición de bienes, obras y servicios conexos que mejor garantiza al sector público los principios de economía, eficiencia y transparencia es el de licitación pública internacional.

Por su parte, la licitación pública la podemos definir como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

No es un acto, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado por actos y hechos de la administración y actos y hechos del oferente, que concurren a formar la voluntad contractual. En efecto, la licitación no es el contrato público que celebra la administración, el contrato sea de suministros, obras públicas, concesiones de servicio público, u otro, surge de la licitación.

2. Característica básica de la licitación

Las licitaciones se caracterizan por su rigor y sentido formalista. En mayor o menor medida, todo ordenamiento jurídico establece una serie de trámites, formalidades, etapas y procedimientos que deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa contractual.

El incumplimiento de tales preceptos, sean legales, reglamentarios o de otra naturaleza, vicia la voluntad pues no se ha preparado según el orden normativo. Consecuentemente, la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes y por ello es tan importante una revisión exhaustiva de la normativa antes de iniciar un proceso de licitación. La finalidad del rigor y formalismo radica en asegurar la igualdad de los licitantes e imprimir transparencia a las decisiones administrativas.

El formalismo lo encontramos presente desde la etapa de preparación, es decir antes de emitir la voluntad administrativa hasta la entera ejecución del contrato. La exteriorización de la voluntad, debe realizarse a través del procedimiento especial, la licitación, que abarca la formación de la voluntad, la selección, la adjudicación y el posterior perfeccionamiento del vínculo contractual.

3. Objetivos o valores de la licitación

Los valores u objetivos que se pretenden alcanzar por medio de este procedimiento de selección son múltiples y cada legislación enfatiza uno u otro en mayor o menor medida. En síntesis podemos señalar que son los siguientes:

a) Competencia

La competencia tiene por objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para que el administrador pueda obtener las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. Sólo habiendo una real competencia el Estado puede obtener las condiciones más ventajosas para el interés público. El razonamiento que subyace es que mientras más competencia exista mayores posibilidades hay de adjudicar el contrato a quien ofrezca mejores condiciones económicas. Como contrapartida de lo anterior, el ente público licitante se verá obligado a adjudicar el contrato al licitante que haya presentado la mejor oferta y debe descartar otro tipo de criterios o factores de adjudicación más subjetivos. Para que se cumpla este valor, resulta fundamental que el contrato ofrecido sea de interés para los licitantes y les signifique un atractivo económico relevante.

b) Igualdad

Para que exista una competencia efectiva, los participantes deben ser considerados en pie de igualdad. Este principio implica evitar todo tipo de preferencia o discriminación que favorezca o perjudique a unos en detrimento o beneficio de otros.

Garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración es un objetivo de naturaleza jurídica, el cuál en la mayoría de los países tiene consagración constitucional. Este valor puede tener aparentes excepciones cuando se exige la concurrencia de determinados requisitos subjetivos para poder participar en el procedimiento licitatorio. Sin embargo en dicho caso no se está vulnerando la igualdad, ya que debemos tener presente que se trata de igualdad entre iguales.

Las aparentes excepciones se presentan principalmente cuando se trata de licitaciones con un objeto de características muy particulares que solo pueden realizar personas revestidas de calidades especiales. A modo de ejemplo podemos mencionar la licitación de la prestación de defensa en materia penal, donde sólo podrán participar quienes tengan la calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión. Resulta evidente que en un procedimiento licitatorio de dicha naturaleza no podrían participar otros profesionales ya que por disposiciones constitucionales o legales sólo pueden prestar defensa los abogados.

c) Publicidad y Transparencia

La publicidad y transparencia del proceso licitatorio constituyen un elemento esencial del mismo, el cual debe estar presente durante todo el procedimiento de selección e incluso durante la ejecución del contrato. La publicidad es un presupuesto de la licitación pública, pero a la vez es una garantía tanto para los interesados como para el administrador. A los interesados les garantiza estar en conocimiento de la intención del ente público de celebrar un determinado contrato, de las condiciones para participar en el procedimiento de selección, de los criterios que se utilizarán para la selección y de las cláusulas que tendrá la futura contratación. Por su parte, a la administración le da garantías de poder contratar efectivamente con el mejor ya que implica una más amplia participación de oferentes y además legitima el proceso y elimina la posibilidad de revisión o cuestionamiento por parte de la comunidad u otros entes públicos.

Antes del llamado a licitación es importante que el acceso a la información relativa a la intención del ente público de efectuar un llamado esté abierto a todo contratista. En otras palabras, todo órgano de la administración de mantener información abierta al público en lo relativo al tipo de contrataciones que efectúa normalmente, sus necesidades frecuentes y más importante aún su intención de realizar un proyecto de gran magnitud y en que condiciones.

Desde el llamado, la publicidad implica la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la administración, por lo que debe asegurarse una amplia difusión. Por otra parte constituye una garantía para los posibles oferentes, ya que se debe asegurar que todos los interesados tengan acceso a la información que sea relevante para la presentación de ofertas. Así deberán tener acceso al pliego de condiciones, a las eventuales modificaciones, a las aclaraciones que se realicen a petición de cualquier interesado, etc.

Durante el desarrollo del procedimiento de selección, este valor obliga que se realice en forma pública, es decir que los interesados y la comunidad en general tengan acceso a saber la etapa que se está desarrollando, puedan participar en las actividades que el proceso genera, puedan asistir a la apertura de las ofertas, etc. Los medios de comunicación, tratándose de proyectos de gran envergadura, adquieren un rol fundamental. Se debe permitir informar sobre los antecedentes y características de la obra o servicio y sobre los criterios y factores de adjudicación. La presencia de la prensa en los actos de apertura y adjudicación contribuyen a la materialización de este valor.

En la etapa de ejecución del contrato, la publicidad continúa siendo fundamental. Se deben establecer mecanismos que permitan el seguimiento por parte no sólo de la autoridad sino de la comunidad. Así, los informes de inspección debieran estar abiertos a cualquier interesado.

Con el fin de alcanzar la transparencia los distintos ordenamientos jurídicos fijan una serie de reglas entre las cuales figura el anuncio en diversos medios de comunicación y difusión, tanto en

el ámbito internacional, como nacional y local. La forma más común de efectuar el anuncio es mediante la publicación en un diario o periódico, sin perjuicio de no ser estas las únicas modalidades reconocidas. Ante la pregunta de que debe anunciarse, debemos recurrir a la normativa particular. Así en algunos países se debe publicitar la intención de contratar, el llamado propiamente tal y el acto de adjudicación, en otros se debe publicar también el pliego de condiciones y las modificaciones que se efectúen.

Sólo si la publicidad es efectiva se podrá tener un control de la actividad económico financiera de la administración por parte de la sociedad, de los oferentes y de los propios órganos del Estado. El control legitima la actividad de los poderes públicos, lo cual tiene importancia ya que en definitiva la administración tiene poder en virtud de una delegación de la ciudadanía, y en ello radica la importancia de que su actividad sea legitimada por la comunidad.

d) Debido proceso

En primer lugar es importante que la regulación del procedimiento de selección sea clara y comprensible. Los oferentes y la comunidad en general deben tener acceso a cuáles son los pasos, etapas y formalidades del proceso. Idealmente este debe ser comprensible y lo menos engorroso posible.

Por otra parte, para que exista debido proceso, la legislación local debe prever procedimientos que posibiliten una amplia discusión de las controversias y permitan a los oferentes tanto realizar impugnaciones frente a los actos de la administración o de terceros como defenderse de las que se les hagan.

B. Políticas y Normativas en materia de licitaciones

1. Normas generales en materia de licitaciones públicas

En cada país debiera existir un solo conjunto de normas que contenga las reglas comunes para todo tipo de licitaciones, de forma que se establezcan condiciones uniformes cualquiera que sea el tipo de contrato que se licita, cualquiera sea la autoridad que hace el llamado y cualquiera sea la procedencia de los fondos. Ello implica tener una suerte de código administrativo general para el Estado o ley general de contratos que regule el procedimiento de las licitaciones. Esta legislación general no existe en todos los países de América Latina, los cuales en general han desarrollado sus normativas en función de necesidades específicas de determinados contratos y no establecen un procedimiento común. Ocurre con frecuencia que contratos llamados por distintos ministerios tengan reglas diferentes lo que provoca desorientación entre los licitantes, obligados así a manejar un conjunto normativo muy amplio en función de los distintos tipos de llamados a licitación. Otro problema que se presenta principalmente en licitaciones de servicios no tradicionales, educación, salud, defensa, es la falta de determinación de que es lo que se pretende con la licitación y la ausencia de modelación técnica y económica previa.

Estas reglas generales son las que debieran restringir la libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, estableciendo con claridad los límites y circunstancias en que proceden. Es una realidad indudable que las excepciones a las licitaciones públicas son necesarias. Difícilmente una administración puede celebrar una licitación pública cuando la finalidad del contrato consiste por ejemplo en atender una emergencia por catástrofe natural, cuando existen graves riesgos para el país, para la población, etc. Sin embargo es necesario definir exactamente cuales son las excepciones, en qué casos proceden y cómo es el procedimiento para declararlas, incluso cuando se trate de emergencias por catástrofes.

Por otra parte, no todo lo que se declara como emergencia hubiera llegado a serlo si las soluciones se hubieran adoptado a tiempo. Es común por ejemplo en las administraciones latinoamericanas realizar contrataciones directas al final del ejercicio presupuestario para gastar los fondos disponibles porque no se hicieron a tiempo las actuaciones necesarias para ello. En estos casos la emergencia es de cierta forma provocada por la administración, sea por conveniencia o por falta de eficiencia. Por otra parte, incluso cuando se hacen contrataciones directas se debiera vigilar que no sean siempre las mismas empresas las que se vean favorecidas o que exista un rango de precios con el que contratar que difiera lo menos posible de lo que son los rangos normales en licitaciones públicas.

En prácticamente todas las instituciones públicas el grueso de los gastos en bienes y servicios se realiza vía licitación pública, pero en términos de volumen la situación es diferente. En efecto la gran mayoría de las transacciones para suministro de bienes y servicios se realiza vía licitaciones privadas y compras directas. A modo de ejemplo, en Chile en términos de valor, el 82% de las adquisiciones de bienes y servicios son realizados vía licitaciones públicas pero en términos de volumen el 99% del número del número de las transacciones se realizan vía compra directa y licitaciones privadas. Este porcentaje corresponde en gran parte a las adquisiciones realizadas por montos pequeños, por debajo de los umbrales definidos para las licitaciones públicas. No obstante lo anterior, no alcanza en términos de valor a más del 6% para las licitaciones privadas y 12% para compras directas.

2. Institucionalidad reguladora del sistema.

Resulta conveniente que los sistemas de licitación sean diseñados incorporando la intervención de instituciones distintas a la que hace el llamado. Lo anterior tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la legalidad y de los principios que rigen el proceso. Por lo general este control o supervigilancia institucional la ejecutan los organismos contralores y las autoridades financieras de los gobiernos. Estas instituciones tendrán que asegurar, por parte del Estado, el cumplimiento de los principios orientadores y las normas generales de contratación.

3. Necesidad de definir políticas formales en materia de licitaciones

Es conveniente, desde todo punto de vista, que se formulen en cada país y que se implementen lineamientos, objetivos, y planes explícitos en materia de contratación pública, lo que obliga a directivos y funcionarios a realizar una buena gestión en la contratación. Ello implica calendarizar correctamente las licitaciones; asegurar la continuidad de las mismas; establecer normas claras y similares para todos los tipos de licitaciones a los que se va a llamar y formular mecanismos de evaluación del sistema.

Las teorías modernas sobre organización del Estado están estableciendo cada vez más frecuentemente sistemas de medición de resultados en la administración y compromisos de los directivos de las administraciones con sus superiores jerárquicos. Es conveniente que los sistemas de licitación se incorporen a las mediciones de los resultados y a los compromisos de los directivos de forma que estén obligados a establecer estrategias que den cuenta de los resultados de las distintas licitaciones. Para lograr lo anterior se debe tener claro que se pretende con la licitación, cuáles son sus objetivos y las metas de la contratación.

Recuadro 1
EJEMPLO: LOS CONVENIOS DE DESEMPEÑO

Las administraciones públicas diseñan diversos mecanismos que permiten calificar el trabajo de sus funcionarios y medir si efectivamente éste se adecua a los objetivos de la organización respectiva.

Recientemente se están poniendo en marcha los denominados “Convenios de desempeño” cuyo objetivo es fortalecer la calidad en el liderazgo de los Servicios Públicos, con el objeto de asegurar gobernabilidad, responsabilización y mejor gestión, eficiente, transparente y orientada a los requerimientos de la ciudadanía.

La elaboración de los convenios requiere contar con la siguiente información como antecedente:

- Objetivos estratégicos y metas a alcanzar en el período: Esta fuente permite relacionar los convenios de desempeño con el logro de los objetivos estratégicos a través de la relación de responsabilización establecida en la fase anterior.
- Apoyo del superior, factores externos y observaciones: En la medida que sea necesario, es posible dejar constancia por escrito del compromiso que adquiere el Jefe de Servicio con el directivo, en relación de la provisión de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir con el logro de resultados. También es posible dejar en claro que el éxito del cumplimiento de los resultados puede estar fuertemente condicionado a variables no controlables por el directivo, ya sea de tipo económico, político, climático, ambientales, etc.

Evaluación del Desempeño:

La evaluación del desempeño consiste en un proceso formal de evaluación que se ejecuta al término del período, en función del convenio establecido originalmente entre el directivo y el Jefe de Servicio.

Este proceso considera dos fuentes de información:

1. **Resultados:** Los resultados obtenidos al término de la gestión anual se incorporan a la evaluación del directivo, favoreciendo o afectando negativamente sobre su calificación final. Se considera una medida lo más objetiva posible del grado de avance logrado en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el directivo.
2. **Monitoreos previos:** Los monitoreos realizados previamente son considerados como antecedente de la evaluación, en cuanto aportan señales objetivas del avance sobre los resultados comprometidos, como también sobre eventuales ajustes o correcciones al convenio.

Para poder contar con una política formal en materia de licitaciones cada Estado debiera planificar todas las licitaciones que hará durante el ejercicio presupuestario. Sin embargo es común que debido a las restricciones que impone la normativa presupuestaria, que implica no poder traspasar recursos de un ejercicio a otro si no fueron gastados en aquel al que fueron asignados, a fines de año se aglomeren un conjunto de licitaciones sin control, lo que lleva a un manejo ineficiente de las mismas. Para salvar este problema cada administración debiera calendarizar sus licitaciones y salvo reales situaciones excepcionales, cumplirlo.

Por último, es necesario establecer un sistema de evaluaciones ex post de las licitaciones y medición del desempeño de cada uno de los contratistas. Después de un contrato es absolutamente necesario evaluar el desempeño de la empresa contratada y tener en cuenta los resultados para las futuras licitaciones. Para ello debe existir un procedimiento transparente de modo de poder anotar las circunstancias favorables y desfavorables que presentan los distintos contratistas, y que estas circunstancias incidan en la calificación de los futuros procedimientos de selección.

4. Capacidades de la administración

Otro tema general de gran relevancia es la necesidad de desarrollar un conjunto de capacidades en la administración para apoyar los procesos de licitación. Desarrollar capacidades especiales en las administraciones públicas es un factor absolutamente relevante para el éxito de estos procesos.

Ese tipo de capacidades tiene que ver al menos con lo siguiente:

Cuadro 3
CAPACIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN

Tipo de capacidad	Efectos
Personal de calidad y bien remunerado	<p>Esto es fundamental para lograr eficiencia y minimizar los riesgos de corrupción directa o indirecta. Un personal idóneo, capacitado, especializado, actualizado y bien remunerado permite garantizar mejores procesos, tanto en el diseño de la licitación y del modelo económico, como en la elaboración de los documentos licitatorios. También resulta importante que este perfil de personas sean los que intervengan durante la etapa de evaluación y selección, para que efectivamente y en base a criterios objetivos, técnicos y económicos, se seleccione la mejor oferta.</p> <p>Por otra parte es fundamental que el personal tenga la formación suficiente para que pueda ser contraparte del sector privado tanto en el procedimiento de selección como durante la ejecución del contrato.</p>
Sistemas de gestión e informáticos adecuados al proceso	<p>Desarrollar soportes que aseguren la veracidad de la información y permitan la eficiencia en el manejo de datos es un instrumento muy útil.</p> <p>Los sistemas de gestión e informáticos para apoyar los procesos de contratación, permiten mejorar la accountability y la orientación de la eficiencia.</p>
Metodologías que permitan normar sobre precios y calidades	<p>La mejor manera para evaluar si un Estado está adquiriendo artículos o servicios que satisfacen el interés público en forma eficiente es por medio del seguimiento de los precios pagados. Por ello los órganos públicos debieran mantener bancos de datos, constantemente actualizados y de acceso al público por Internet. Estos bancos de datos podrían estar interconectados de forma de permitir comparaciones en línea entre diferentes órganos contratantes. Así se logra un control no solo interno sino externo de esta actividad.</p>
Mantenimiento de información y puesta a disposición de la misma	<p>La información sobre documentos, evaluaciones y resultados de las licitaciones en las distintas instituciones, han de estar disponible y al acceso de los interesados y del público en general. Así se logran mejores prácticas y se minimizan las corrupciones y tráficos de influencia.</p>

Fuente: elaboración propia.

5. Participación ciudadana en los procesos de licitación

La idea que subyace en este epígrafe consiste en que las licitaciones de envergadura, por el tipo de proyecto o por el monto de recursos involucrados debiera ser ampliamente debatida. El tema ya fue enunciado cuando nos referimos a los principios que rigen en materia de licitaciones en el sentido de señalar que el público tiene derecho a opinar sobre la relevancia o no del proyecto, sobre sus motivaciones y las condiciones en las que se contrata. Los avances que hoy en día se tienen a través de Internet por ejemplo, permiten diseñar mecanismos que permitan que los interesados puedan presentar sus objeciones o contribuciones.

En este punto hay que señalar que la mayor parte de las legislaciones no contienen normativa al respecto, salvo para temas relacionados con el medio ambiente. No obstante no cabe duda de que los grandes proyectos que necesitan apoyo de la ciudadanía necesitan ser conocidos por ésta. Muchas veces la opinión de personas, si bien ajenas a la administración pero involucradas en la materia de que se trata la licitación, puede contribuir a diseñar un mejor modelo licitatorio, un mejor negocio, pueden detectar problemas prácticos ignorados o no detectados por la administración etc. Por otra parte esta intervención es un mecanismo idóneo para asegurar transparencia.

Lo ideal es que este tipo de procesos preocupen a la sociedad civil, y que de alguna manera se establezcan mecanismos para que la comunidad participe. Esto en general no ocurre en los países latinoamericanos donde no se percibe una conciencia crítica respecto de estos temas y la comunidad no participa ni se da cabida a su intervención.

C. Actuaciones previas de la administración: las etapas pre-contractuales

Antes de realizar un llamado a licitación la administración tiene que realizar una serie de actuaciones previas, generales o específicas dependiendo del tipo de contrato, que serán preparatorias de la voluntad contractual. Algunas de estas actuaciones pueden generar responsabilidad pre-contractual, cuando tienen relación con eventuales o futuros oferentes.

1. Preparación de la documentación licitatoria

Se trata de la preparación de los distintos documentos que especificarán y regularán el procedimiento de selección y el futuro contrato. En algunos países las bases de licitación o pliego de condiciones contienen sólo la documentación relacionada con la selección del contratista por lo que es necesario preparar y redactar también el futuro contrato donde se reflejen las condiciones técnicas y económicas con las que contratará la administración.

Una actuación preparatoria de singular importancia son los estudios previos. El éxito de una licitación pública depende en gran medida de que existan estudios previos confiables pues en caso contrario se tendrá mala licitación. A modo de ejemplo, el hecho de que los contratos de obras tengan un alto número de modificaciones de contrato que implican que el costo sea más alto del presupuestado, es debido en gran medida a que los estudios previos no fueron buenos y no pudieron dar cuenta de la dificultad de la obra.

La falta de estudios previos serios o la falta de calidad en los mismos, constituye un factor de riesgo de corrupción. Los estudios de estructuración del proyecto pueden hacerse con la intención de favorecer a una persona determinada. Por otra parte puede no existir capacidad técnica suficiente en la institución y por tanto los estudios resulten de mala calidad, lo cual afecta los documentos licitatorios. En razón de lo anterior, resulta importante que los estudios sean de público conocimiento y puedan ser revisados y objetados previa y posteriormente.

Cuales estudios será necesario realizar, depende en gran medida del tipo de proyecto de que se trate y de la forma en que vaya a ser licitado. Estos estudios tienen distintos objetos, como ver los riesgos del negocio, evaluar la conveniencia de efectuar la licitación, diseñar el modelo del negocio o de la ejecución del contrato, determinar los requerimientos de los contratantes, analizar las externalidades, entre otros muchos.

Dentro de los estudios más frecuentemente realizados o más convenientes de ejecutar para proyectos de gran envergadura están los de evaluación económica y social los cuales determinan la

factibilidad del proyecto; los estudios de ingeniería; proyecciones de tránsito; elaboración de estándares de medición de la prestación; estudios jurídicos de diversa índole; comparador sector público- privado, análisis de negocios asociados que puede desarrollar el licitante ganador, etc.

Tratándose de obras públicas adquieren especial relevancia las actuaciones que dicen relación con el ordenamiento territorial. En efecto, toda obra pública tiene un impacto territorial que es preciso analizar y considerar para la evaluación del proyecto. Por otra parte, este tipo de obras afecta directamente los intereses de las administraciones que existan en virtud de la división político administrativa de cada país. Ya se trate de la ejecución de una carretera, conjunto habitacional, aeropuerto, puerto, hospital, cárcel, centro de justicia, red ferroviaria, obra hidráulica, centro de educación, etc, la labor de planificación y coordinación resulta fundamental para el éxito del proyecto.

Con frecuencia las legislaciones no contienen normas que exijan una coordinación e interrelación entre los diversos entes de la administración cuyas funciones recibirán un impacto por la obra a ejecutar ni entre los planes de desarrollo de los distintos niveles de división administrativa. Sin embargo, aún cuando la normativa no lo exija resulta de relevancia tener en cuenta y coordinar los distintos entes públicos y áreas de división político administrativa que se verán influenciados por los proyectos, de manera que exista una armonía en los programas y proyectos de dotación y mantenimiento de obras de infraestructura y equipamiento.

Otro conjunto de actuaciones preparatorias de gran relevancia son las que tienen que ver con el medio ambiente. El tema ambiental adquiere cada día mayor importancia, exigiéndose en determinadas legislaciones que ciertos proyectos se sometan a estudios de impacto ambiental. Lo anterior tiene su fundamento en que determinadas obras o servicios pueden tener efectos negativos en elementos naturales como el suelo, subsuelo, paisaje, flora, fauna, aire, agua, los cuales es necesario minimizar debido a que por una parte inciden en la salud y calidad de vida de la población y por otra son muy difíciles de contrarrestar.

Todo Estado tiene la indelegable responsabilidad de fijar pautas y guías de las políticas ambientales, compatibilizarlas y hacer que sean atendidas. A modo de ejemplo, la Constitución Política de Chile, dispone en su artículo 104 que "Para el Gobierno y Administración del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos." En relación al tema medioambiental es importante tener presente que de nada sirven las normas jurídicas con postulados grandilocuentes si estos no tienen aplicación práctica, una de cuyas manifestaciones es justamente la realización de estudios de esta naturaleza.

2. Aprobación formal de la licitación o de las condiciones de la misma

En principio corresponde al ente administrativo interesado en adquirir ciertos bienes o contratar determinados servicios, la iniciativa y la aprobación de la licitación o condiciones de la misma. Sin embargo la legislación puede requerir también la conformidad de otros órganos del Estado, como el Ministerio de Hacienda o de Presupuesto, la Presidencia o Poder Ejecutivo, el órgano contralor, u otros ministerios o instituciones públicas. En este caso, una actuación previa al llamado a licitación será obtener las autorizaciones correspondientes.

3. Precalificación de oferentes y registros

a) Precalificación de oferentes

La precalificación de licitantes u oferentes es un proceso previo a la licitación que evalúa y analiza las condiciones y características particulares de los posibles participantes en el futuro procedimiento licitatorio. En este proceso, no se analiza ni evalúa el objeto de la futura contratación, no hay una presentación de ofertas por parte de los postulantes. La precalificación tiene por objeto evaluar a los eventuales licitantes, se atiende a sus condiciones técnicas y financieras, a su experiencia, y a otros factores que tendrán relevancia para determinar si podría ser un buen contratante con la administración.

Si bien este proceso es previo al llamado a licitación, no es independiente al mismo. Cuando se llama a precalificación, el pliego de requisitos para resultar precalificado va en función de las condiciones técnicas, económicas y de experiencia que se requieren para poder resultar adjudicado y en definitiva para poder prestar el servicio o bien objeto de la futura licitación.

Si bien básicamente este proceso persigue la participación de oferentes competentes, tiene también otras finalidades.

- i. Permite identificar interesados en participar del proceso y asegurar que dichos licitantes sean idóneos para ser adjudicatarios, puesto que no tiene sentido involucrar en el proceso a quienes no tengan claramente demostrada la capacidad técnica y financiera para suministrar una determinada provisión. A propósito de las concesiones de carretera, la reducción del número de competidores facilita un análisis más detallado y efectivo de las ofertas.
- ii. Permite difundir el contrato que se pretende celebrar, a nivel nacional e internacional, antes de que se realice el llamado, con lo que advierte a los posibles interesados y permite informar sobre las características que tendrá.
- iii. Durante este proceso se puede abrir una etapa de diálogo entre los interesados en participar del procedimiento de selección y el ente público. Así se puede saber de antemano el grado de interés en la provisión del bien o servicio, lo cuál en caso de no existir precalificación sólo se sabe en la apertura de las ofertas técnicas. Además puede resultar conveniente considerar las apreciaciones de los interesados en participar, lo cual puede ayudar en la elaboración de los documentos de la licitación y en prever situaciones que la administración no consideró originalmente.
- iv. Los plazos de la licitación se acortan pues el proyecto es conocido con anterioridad y los eventuales oferentes pueden comenzar a estudiar si les interesa o no intervenir en el negocio.
- v. Para los inversionistas privados u otros interesados en efectuar la provisión, también presenta ventajas pues les permite conocer de antemano la futura licitación, realizar consultas y sugerencias.
- vi. Cuando la licitación es cerrada entre los precalificados, se permite que los inversionistas sepan quienes van a ser los futuros licitantes, haber estudiado su comportamiento en anteriores procesos y en el propio proceso de precalificación y analizar sus ventajas y desventajas frente a sus competidores.
- vii. Evita que ciertos interesados incurran en gastos considerables para la presentación de ofertas, en dinero y tiempo, cuando casi con certeza serán rechazados por falta de capacidad, antecedentes y condiciones satisfactorias.

- viii. Tiende a atraer empresas serias ya que la precalificación es una garantía de que en el procedimiento licitatorio no participarán empresas que no reúnan las condiciones técnicas y económicas requeridas y que podrían resultar adjudicadas por presentar precios u ofertas económicas muy bajas, lo cual evidentemente es un desincentivo para las empresas de prestigio. En otras palabras, al realizarse una precalificación, los seleccionados se ven incentivados a formular presentaciones serias y de alta competitividad pues saben que los participantes en el procedimiento de selección reúnen ciertas condiciones objetivas y mínimas.

El proceso de precalificación, también puede presentar dificultades, relacionadas con las exigencias que puedan realizar los precalificados en orden a modificar las características del suministro y más peligroso aún la posible colusión durante el proceso de los propios interesados. Para solucionar el primero de los problemas se requiere gran liderazgo por parte del ente público que llamará a licitación, y una alta especialización de los recursos humanos para que las sugerencias de los precalificados sean correctamente atendidas en la medida que no supongan verdaderas precisiones sobre el proyecto. La colusión es mucho más difícil de evitar y dependerá de la estrategia del ente público. En todo caso si se produce colusión, el administrador siempre podrá desestimar las ofertas que se le hallan presentado. Otro riesgo que lleva aparejada la precalificación es la corrupción, pues al definir condiciones excesivamente restrictivas, se puede elegir a priori quienes serán precalificados.

El llamado a precalificación, en términos generales, debiera incluir el plazo y lugar para el retiro de las bases o pliego de condiciones, la materia u objeto a ser contratada y el plazo para presentar los antecedentes. El llamado debe cumplir con el principio de publicidad.

b) Facultad del administrador para llamar a precalificación

Dependiendo de la normativa particular, la precalificación será un proceso potestativo para el administrador u obligatorio. En general es en función del tipo de provisión que se pretende contratar y de los montos de la operación, el carácter de facultativo u obligatorio de este procedimiento. Sin perjuicio del carácter que tenga este procedimiento, por ser una actuación preparatoria o previa al llamado a licitación, en principio no debiera requerirse autorización o acuerdo de otros órganos del Estado.

En Chile, a propósito de las licitaciones de obras públicas para ser efectuadas por el sistema de concesiones, la legislación establece que el Ministerio de Obras Públicas puede llamar a precalificación cuando una obra, revista especiales características de complejidad, magnitud o costo, cuestión de hecho cuya evaluación corresponde privativamente a la autoridad administrativa.

c) Bases de precalificación

Las bases o pliego de requisitos deben establecer las condiciones de naturaleza jurídica, de capacidad económica financiera o técnica, de experiencia u otros que han de cumplir los licitantes para ser precalificados. Es importante cuidar no establecer requisitos que impidan o dificulten la participación de empresas extranjeras o que atenten contra la igualdad de los postulantes.

Al elaborar las bases y en definitiva decidir que licitantes pueden ser precalificados, se debe necesariamente recurrir a la ley, reglamento y otras normas que establezcan los requisitos para ser licitantes propiamente tales. Es importante que la ley establezca ciertos límites en cuanto a las exigencias, para no cerrar la competencia y para evitar que por esta vía se legitime un tráfico de influencias o determinadas formas de corrupción.

En general lo que le interesa a la administración es elegir oferentes que tengan un respaldo técnico y financiero suficiente que les permita efectuar la provisión requerida en forma efectiva, duradera y eficiente.

Los requisitos jurídicos que se exigen a los licitantes para precalificar, deben ser los mismos que se exigirán en las bases de licitación y tienen que ver con la acreditación de su existencia jurídica, que no están afectados por impedimentos legales o inhabilidades y con la designación de domicilio y representante.

Los requisitos relacionados con la capacidad económica y financiera, pueden o no estar regulados y dependerán básicamente del monto del contrato que se celebrará. A falta de norma que regule esta materia, será la administración la que deberá decidir que capacidad se exige para asegurar que el adjudicatario cumpla las condiciones del contrato. En el fondo se trata de demostrar una solvencia económica y financiera que permita cumplir la provisión, confirmando que dicha solvencia estará disponible en el corto plazo.

A propósito de las concesiones de carretera en España, se ha establecido que no parece realista exigir compromisos financieros en firme de las entidades financieras antes o en el momento de la licitación, pues ello conduce a enviar al mercado simultáneamente a los concursantes para buscar dicho compromiso, encareciendo inevitablemente los costos del proceso.

La capacidad económica financiera se relacionan con la estabilidad comercial, por lo que se puede exigir el cumplimiento de condiciones materiales, como tener casa de comercio, fábrica o industria establecida en el país, patente, informes comerciales, balances contables, etc.

En cuanto a la idoneidad técnica, al igual que en los casos ya señalados, esta puede estar regulada o dejada su especificación al ente administrativo, y dependerá en gran medida del objeto a ser licitado. Lo mismo ocurre cuando se exige una determinada experiencia, la cual puede referirse tanto a la empresa, sociedad o consorcio, como a los profesionales y personal que la integren.

En términos prácticos, los criterios para evaluar la capacidad suelen ser:

- experiencia y resultados obtenidos en trabajos similares
- personal y equipo disponible
- situación económica financiera
- existencia de otras obligaciones que pueden competir con la ejecución de las obras o servicio que se prestará

Algunos criterios para tener en cuenta para la precalificación son los siguientes:

Cuadro 4
CRITERIOS DE PRECALIFICACIÓN

Contratos de obras públicas:	Capacidad técnica demostrada en obras de similar naturaleza y monto. Se puede exigir haber construido determinado número de m ² , o cierta cantidad de kilómetros, o edificios de determinada envergadura y complejidad, etc.
Contratos de consultoría y asesoría	Especialización del personal y del equipo disponible y experiencia. Se pueden exigir determinados grados o títulos académicos, cierto número de años del ejercicio de la profesión, experiencia docente, trabajos en la misma área, publicaciones sobre el tema en cuestión, etc.
Contratos de concesión de obra pública y otros	Capacidad económica y financiera de la empresa; disponibilidades financieras de mediano y largo plazo.
Contratos de suministros	Disponibilidad de los suministros requeridos, experiencia en dicho tipo de suministros, licencias o autorizaciones específicas si la legislación así lo exige, cobertura.
Gestión de servicios	Experiencia en gestión de la misma especie de servicios. Capacidad financiera en función del volumen de servicios requeridos.
Anteproyectos de arquitectura o diseños	Experiencia del equipo profesional, m ² diseñados u otros requisitos relacionados con anteriores anteproyectos efectuados, funcionamiento por cierto lapso de tiempo de la infraestructura diseñada, integración en el equipo de artistas plásticos, etc.

Fuente: elaboración propia.

d) Registros

En principio la inscripción previa en un registro determinado, como condición para poder participar en un proceso licitatorio, es una medida que tiene la administración para asegurar el correcto cumplimiento del contrato. Se trata de una actuación previa a la licitación donde la administración debe actuar calificando quienes pueden inscribirse, en función de haber acreditado los requisitos de idoneidad jurídica, técnica, económica y otros que considera necesarios para la correcta provisión de un bien o servicio. En cierta medida es una forma de precalificación, pero difiere en cuanto es anterior a la intención de efectuar un determinado llamado a licitación y no se realiza en función de la necesidad de aprovisionamiento de un bien o servicio específico.

El objeto de la inscripción en un registro es posibilitarle a la administración conocer el grado de suficiencia o de insuficiencia de los oferentes, sobre la base de una calificación genérica de eficacia de los licitadores para un sinnúmero de procedimientos licitatorios. Se evita así, el análisis de los oferentes en cada procedimiento de selección y se restringe la oferta a los mejores y más responsables potenciales adjudicatarios.

Podemos señalar que la inscripción pretende demostrar idoneidad jurídica, técnica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato, y es por ello que se le denomina también, habilitación de los licitadores o calificación de los oferentes. En

general la inscripción como requisito para poder ser oferente, se exige para determinados tipos de contratos, y no es una condición general para la contratación con la administración. Cuando el figurar en un determinado registro es condición necesaria para poder participar en una licitación, el oferente debe acompañar al procedimiento de selección el documento, comprobante o constancia que así lo acredite.

Existen una multiplicidad de registros los cuales adquieren diversas denominaciones en cada país. Hay registros generales, como por ejemplo de constructores de obra pública, de proveedores del estado, de consultores, y registros especiales, entre los cuales podemos mencionar en Argentina el de prestadores de servicios postales, de transporte de pasajeros por automotor, etc.

La incorporación de la inscripción registral en la gran mayoría de las legislaciones refleja la tendencia a considerarla como muy ventajosa para determinar la calificación y capacitación de los posibles contratistas con la administración.

Sin embargo, su interés práctico está en decadencia. Por su naturaleza, no brinda información actualizada sobre los postulantes y su exigencia constituye una restricción adicional para el acceso de nuevas empresas y profesionales a la contratación administrativa. Constituye también una burocratización excesiva y un riesgo de mala inversión pública. Evidentemente atenta, en cierta medida, con uno de los objetivos o valores de la licitación, el de la competencia, y reduce la posibilidad de seleccionar efectivamente al más idóneo para ejecutar una determinada prestación. La publicidad y transparencia adquieren menos preponderancia cuando sólo pueden participar del procedimiento de selección, ciertas empresas calificadas en un procedimiento independiente del licitatorio.

Otro gran problema o factor de riesgo que puede provocar la exigencia de inscripción es que facilita la corrupción y el tráfico de influencias. Para evitar los problemas que de ello derivan, adquieren especial importancia los mecanismos de control sobre, ya no sólo la licitación, sino también sobre el procedimiento de calificación de la inscripción y sobre el registro y permanencia de las empresas en el mismo.

Cuadro 5
VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS REGISTROS

Ventajas	Desventajas
Permite acreditar la idoneidad antes de la licitación evitando los riesgos de esta naturaleza del proceso licitatorio.	No brinda información actualizada sobre los participantes.
Permite calificar a los privados en función de las características de cada tipo de contrato.	Restricción para el acceso de nuevas empresas a la contratación con la administración pública.
Asegura capacidad financiera y técnica del licitante en la medida que hayan sido inscritos con estas características.	Reduce la competencia al permitir la participación en la licitación solamente de los contratistas inscritos.
Permite a la administración tener relaciones pre-contractuales con los eventuales licitantes.	Facilita la corrupción y tráfico de influencias.

Fuente: elaboración propia.

D. Documentación licitatoria

1. Pliego de condiciones o bases de licitación

a) Concepto

El pliego de condiciones o bases de licitación, documento fundamental en la regulación de la actividad contractual, se puede conceptualizar como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por la autoridad administrativa que especifican el suministro, obra o servicio que se licitará, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes, del adjudicatario y de la administración.

Las bases de licitación tienen un carácter general e impersonal, de modo de asegurar un trato igualitario para los oferentes. Los licitantes tienen la obligación de sujetarse a dichas bases y su no acatamiento impedirá la admisibilidad de su oferta.

b) Elaboración

Corresponde a la autoridad administrativa, que convocará a la licitación, la elaboración del pliego de condiciones en forma unilateral. Es una actuación previa a la formación de la voluntad contractual, no existiendo libre discusión con los interesados sobre su contenido. Sin embargo, esto no es obstáculo de su posterior naturaleza contractual, pues los participantes en el procedimiento licitatorio prestan su consentimiento por adhesión a través de la presentación de las ofertas.

La administración tiene amplias facultades para redactar el pliego de condiciones, determinando las cláusulas del procedimiento de selección y del contrato a celebrar. Sin embargo, el ente administrativo está limitado en sus facultades, ya que no puede incluir cláusulas ilegales o violatorias de sus disposiciones normativas, por cuanto el obrar estatal debe sujetarse al principio de legalidad.

c) Contenido

En todo pliego de condiciones se distinguen cláusulas generales, que son las que se aplican a los contratos de una misma naturaleza, y cláusulas especiales, que se refieren a las características concretas de la prestación que se demanda. En términos generales el pliego de condiciones o bases de licitación, debe contener a lo menos lo siguiente:

i. Clara identificación del objeto licitado.

La clara y precisa identificación del objeto es un requisito fundamental de todo pliego de condiciones ya que sólo así las ofertas podrán responder a lo que la administración efectivamente quiere. Sin esta identificación, los interesados no sabrán exactamente que ofrecer, y sus ofertas no podrán ser cotejadas con un mínimo de objetividad que garantice un tratamiento igualitario. La identificación confusa e imprecisa trae como consecuencia la presentación de ofertas heterogéneas y por lo tanto inequívocas entre sí. La clara identificación va íntimamente relacionada con el grado de especificación del objeto pretendido, ya que deben darse a conocer las características exactas del mismo.

ii. Habilitación jurídica, técnica y financiera.

En el pliego deben constar los requisitos que se exigen a quienes pretenden participar en la licitación. Este contenido dice relación con los sujetos involucrados en el procedimiento de selección y no con las propuestas u ofertas de los mismos. El interés público comprometido en toda contratación administrativa, no se concilia con la posibilidad de celebrar un

contrato con quién no se puede comprometer por insuficiencia económica o técnica, menos aún podría vincularse con quién no tenga aptitud jurídica para ello.

Es importante relacionar esta restricción que establece la autoridad administrativa con la competencia y la igualdad, que deben estar presente en toda licitación. No puede haber licitación sin estos valores, y no puede haber competencia ni igualdad sin la concurrencia del mayor número posible de licitantes cuyas condiciones no comprometan la viabilidad de la contratación.

Estas normas deben permitir a la administración homogeneizar los criterios de evaluación, garantizándose la publicidad, conocimiento de las razones tenidas en cuenta para adjudicar, la competencia, puja de todos conforme a los mismos criterios, y la igualdad, trato a todos los oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas.

iii. Fijación de los actos y términos del procedimiento

En todo pliego de condiciones hay dos partes claramente diferenciadas, la que se refiere al procedimiento de selección y la que regula la ejecución contractual. La primera parte es la que dice relación con la regulación de los distintos actos o actuaciones que deben seguirse durante el procedimiento licitatorio, como los términos del mismo. Se deben fijar los plazos para la realización de los actos, las solemnidades que se deben cumplir, los derechos y deberes de los oferentes y de la administración durante el procedimiento, etc.

iv. Fijación de las cláusulas del contrato

Esta segunda parte del pliego de condiciones consiste en establecer las normas del futuro contrato, elemento esencial para que existan interesados en contratar. Nadie podría efectuar ofertas si desconociera los términos en que debe comprometerse, y es por ello también que las cláusulas del contrato previstas en el pliego, deben mantenerse al celebrarse el mismo.

v. Cláusulas obligatorias

Por vía legal o reglamentaria en los ordenamientos jurídicos se fijan normas que determinan el modo de proceder en toda licitación. Aunque en los pliegos no se especifique nada al respecto, se deben cumplir estrictamente las disposiciones normativas de rango superior. La no inclusión de las cláusulas obligatorias, no implica su derogación, exclusión o no aplicación.

vi. Cláusulas prohibitivas

La incorporación en las bases de licitación de cláusulas ilegales o prohibitivas, es decir que contradigan el ordenamiento jurídico, violen sus principios o impliquen un ejercicio irregular de las facultades administrativas, autoriza a los oferentes a considerarlas como inexistentes, y a apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente válidas.

vii. Cláusulas que establezcan un modelo licitatorio condicional

Puede existir ilegalidad en la modalidad de ofertar, cuando el modelo licitatorio pasa a ser condicional. Por ejemplo si se otorga un puntaje alto al hecho de que la oferta sea complementada con un compromiso fehaciente y personal por parte de los agentes de la repartición pública involucrada en el servicio cuya concesión se licita, por el que se incorporen a la concesión en caso de resultar adjudicatarios

El cumplimiento del pliego de condiciones por parte de los participantes en el procedimiento de selección, tiene por finalidad proteger a ambas partes, es decir tanto a los oferentes y al futuro adjudicatario, como a la administración. Desde otro punto de vista, el pliego resguarda tanto el procedimiento previo a la formación de la voluntad contractual, es decir el procedimiento licitatorio, como la ejecución del contrato. Una vez celebrado el contrato, el pliego pasa a ser el programa contractual, el conjunto de normas que lo regulan y garantizan los derechos y obligaciones de los contratantes.

El pliego, por una parte exterioriza la voluntad administrativa indicando a los interesados los requisitos que debe reunir la oferta para ser aceptada y los elementos que se tendrán a la vista para efectuar la adjudicación, y por otra integra normativamente el contrato con lo que se constituye en la fuente principal de interpretación y conocimiento de toda cuestión que se suscite entre las partes.

d) Clases

En algunas legislaciones se distingue entre bases administrativas, técnicas y económicas, cada una de las cuales tiene un determinado contenido. Así en las primeras se deben establecer las condiciones generales de la licitación, en las segundas las estipulaciones que digan relación con las características de la prestación y con las condiciones durante la ejecución del contrato. Las bases económicas contienen las condiciones para presentar la oferta económica y el mecanismo por el cual será adjudicado el contrato.

En otros ordenamientos jurídicos, la distinción adquiere otras denominaciones. Así se habla de pliegos generales, especiales y técnicos. El primero contiene el conjunto de disposiciones aplicables a la totalidad de los contratos de una misma categoría, es decir, a todos los contratos de obra pública, suministro, concesión, etc. En el pliego especial es el documento que contiene las especificaciones que se establecen en forma particular para la ejecución de un determinado contrato, en función de su objeto y de la necesidad administrativa. Este pliego tiene el carácter de norma particular, pues sus efectos son individuales y determinados. Finalmente el pliego de especificaciones técnicas contiene la regulación práctica especial del bien o servicio que se contrata. Parte de la doctrina efectúa una subclasificación, distinguiendo entre pliegos de condiciones técnicas especiales y pliego de condiciones técnicas particulares.

Las bases de licitación también pueden clasificarse en analíticas o sintéticas en función de si contienen o no todas las condiciones para la formación y ejecución del contrato. En las primeras se detallan todas las condiciones del procedimiento y del ulterior cumplimiento del contrato, dejando a los oferentes sólo la indicación del precio como variable. En las bases sintéticas, se fijan sólo las condiciones básicas, dejando a los oferentes efectuar ciertas especificaciones de forma, modo, precio, plazo, etc. En este caso, se permite en mayor o menor medida, ejercer la libertad de iniciativa del oferente, el cual puede colaborar en la determinación de las especificaciones de la contratación.

e) Naturaleza jurídica

Parte de la doctrina considera que la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones varía según el tipo o clase de que se trate. Para ellos, el pliego de condiciones generales es un reglamento administrativo, es decir, una disposición jurídica de carácter general, subordinada a la ley, dictada unilateralmente por la autoridad administrativa. Sería entonces el carácter reglamentario del pliego el que determinaría su obligatoriedad, tanto para los oferentes como para los licitadores. La relación jurídica entre las partes del procedimiento de selección sería reglamentaria. Siguiendo la misma tendencia doctrinaria, el pliego de condiciones especiales, sería un acto administrativo, también preparado unilateralmente pero para un contrato determinado, y en todo caso sujeto a la ley y normas de procedimiento para su validez. Este acto administrativo tendría efectos particulares, ya que sólo obligaría a los oferentes en un determinado procedimiento licitatorio.

f) Efectos jurídicos

La importancia jurídica del pliego o bases en el procedimiento de licitación, es innegable, ya que implica una serie de consecuencias jurídicas de importancia. No sólo establece derechos y obligaciones para los oferentes, sino también para el ente público que llama a licitación. Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones, la doctrina lo ha denominado "la ley del

contrato”, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, de las partes en la contratación y del objeto de la prestación.

Resulta obligatorio que el pliego tenga un carácter general, impersonal y asegure un trato igualitario para los oferentes. Es por ello que al elaborarse las bases de licitación, la administración debe tener especial cuidado en asegurar a través de sus cláusulas colocar a los proponentes en un pie de igualdad. En el fondo este es un derecho de los oferentes y una obligación del administrador. En cierto modo, como contrapartida de lo anterior, los participantes en el proceso licitatorio tienen la obligación de observar las prescripciones del pliego como a la ley misma.

La autoridad administrativa debe rechazar todas aquellas ofertas que no se ajusten a lo establecido en las bases de licitación. Si no se rechazan las ofertas que no cumplen las exigencias de las bases, se estaría incurriendo en un vicio de ilegitimidad.

La presentación a una licitación implica estar de acuerdo con todos los términos de las respectivas bases, por lo que no se puede pretender que con posterioridad a la adjudicación varíen los términos de las mismas. El oferente en general y el adjudicatario en particular, debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, ya que en el fondo la manifestación de su voluntad es por adhesión.

Es importante tener presente que cuando arbitrariamente se excluya o impida participar en el procedimiento licitatorio a ciertos oferentes; cuando los pliegos contengan cláusulas ilegales limitativas, oscuras, que induzcan a error, o de objeto imposible, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no autorizadas por la ley, o cláusulas que no se ajusten al objeto del llamado, los oferentes y terceros interesados deberán impugnar el pliego.

g) Impugnación

La impugnación de las bases de licitación por parte de los oferentes debe efectuarse antes de la presentación de sus propuestas o en el momento de presentarlas, solicitando simultáneamente las aclaraciones o modificaciones que correspondan. Otro requisito general de toda impugnación es que debe ser fundada y detallarse cuál es el motivo que apoya la misma. Por su parte la administración deberá resolver la impugnación, aclarar las consultas y responder, acogiendo o rechazando, las modificaciones que se solicitan, antes de efectuar la adjudicación.

En función de la naturaleza jurídica que se asigne al pliego de condiciones, serán los requisitos y formalidades que deberá cumplir la impugnación. Sin perjuicio de ellos en determinadas legislaciones se regula el mecanismo de impugnación y también puede ser regulado en las mismas bases de licitación.

h) Estabilidad

Como ya señalamos, las bases de licitación producen efectos jurídicos respecto del licitante, de los oferentes y del futuro contratista, extendiendo sus consecuencias jurídicas a los terceros interesados en la prestación que se contratará. Es por ello que en principio la autoridad administrativa no puede alterarlas, modificarlas o rectificarlas después del llamado a licitación.

Sin embargo en determinadas circunstancias, la administración puede verse en la necesidad de modificar las bases de licitación, con distintas consecuencias jurídicas en función de las causas que motivaron la misma. El fundamento de las modificaciones o rectificaciones radica en que la contratación administrativa debe fundarse en el principio de razonabilidad para cumplir el fin público comprometido, lo cual puede en ciertos casos fundamentar una alteración al pliego de condiciones.

Hasta antes de la presentación de las ofertas, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, el licitante puede introducir modificaciones, siempre que las mismas no impliquen un menoscabo a los principios de igualdad y libre concurrencia.

Si la modificación se efectúa con posterioridad a la presentación de las ofertas, importa un nuevo llamado a licitación sobre las bases de las nuevas condiciones establecidas. Los oferentes pueden retirar sus ofertas y las garantías que hubieren otorgado, sin perjuicio del derecho a ser indemnizados por los perjuicios causados. Es importante señalar que los efectos jurídicos de este tipo de modificaciones, solo alcanza a los oferentes y no a quienes no se presentaron al procedimiento de selección.

Estando limitada la posibilidad de la administración de reformar las condiciones del procedimiento licitatorio y del contenido del futuro contrato, aún antes de la a misma, con es evidente que tampoco, en principio, puede hacerlo una vez efectuada la selección. Con el acto administrativo de la adjudicación nacen derechos en favor del oferente seleccionado, y la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar. Incluso no podría rectificarse el pliego en beneficio del adjudicatario, pues se estaría vulnerando la igualdad entre los oferentes.

2. Publicidad.

Como ya señalamos, a propósito de los valores u objetivos de la licitación, la publicidad y transparencia constituyen elementos esenciales del proceso, que deben estar presente en cada una de las fases o etapas del procedimiento de selección. Resulta importante tener presente que todos los actos de la administración y en general todos los actos de un poder del Estado deben ser públicos, garantía que comúnmente se encuentra consagrada a nivel constitucional.

Sin publicidad no hay concurrencia al procedimiento licitatorio, y la no concurrencia sería una burla a la probidad administrativa. La publicidad asegura el cumplimiento del principio de legalidad. Dada la importancia de este elemento o presupuesto de la actuación pública, la administración no debe limitar su aplicación al momento del anuncio de la licitación, pues para que esta cumpla con su función de garantía debe estar presente durante todo el procedimiento de selección y también durante la ejecución del contrato.

a) Anuncio de la licitación

El llamado a licitación contiene un período de ofertas que debe ser anunciado públicamente, en la forma que el derecho positivo de cada país lo determine. No debe confundirse el llamado a licitación, que es un acto administrativo, con el anuncio, el cual es una medida o garantía de publicidad. Por otra parte, el anuncio no es una oferta de contrato por parte de la administración, sino que simplemente es un aviso del período que tendrán los eventuales interesados para efectuar sus ofertas. Es una invitación formal, al público en general, a participar en un determinado procedimiento de selección.

Comúnmente este anuncio se efectúa a través de publicaciones en diversos medios de comunicación, como el periódico oficial, diarios de circulación internacional, nacional y local, sin perjuicio de poder utilizarse además otras vías de divulgación como, televisión, radio, Internet, volantes, seminarios, afiches, etc. En definitiva lo importante es que la administración procure la máxima publicidad posible de su intención de contratar y en general las legislaciones establecen medios de divulgación obligatorios y otros facultativos para el licitante.

Resulta fundamental tener presente que una cosa es la conveniencia de restringir la concurrencia exigiendo ciertas condiciones a los oferentes por las desventajas de una concurrencia

indiscriminada, y otra muy distinta es el deber de dar la mayor difusión a la invitación a participar en una licitación.

b) Naturaleza jurídica

Ya señalamos que el anuncio no es identificable con el llamado a licitación, y tampoco puede considerarse una oferta de contrato. La publicación del llamado importa la divulgación de la decisión administrativa de pedir ofertas, por lo tanto, desde un punto de vista jurídico es un hecho administrativo o actuación material del ente licitante.

c) Contenido

El contenido o menciones de esta invitación o pedido de ofertas, varía en las distintas legislaciones y en cada una de ellas el aviso deberá contener distintos elementos en función del tipo de contrato que se pretenda celebrar. En términos generales podemos señalar que el anuncio debiera contener al menos la enunciación precisa y clara de los siguientes elementos:

Recuadro 2 CONTENIDO DE PEDIDO DE OFERTAS

- Nombre del organismo o ente público licitante
- Objeto de la futura contratación
- Procedimiento de selección
- La circunstancia de ser requisito para ofertar estar inscrito en un determinado registro o haber sido precalificado
- Lugar donde pueden consultarse, retirarse o adquirirse los pliegos de condiciones o bases de "licitación"
- Valor de los pliegos de condiciones o bases de "licitación"
- Condiciones a que deben ajustarse las propuestas
- Lugar y plazo de presentación de las ofertas
- Lugar, día y hora del acto de apertura
- Funcionario al que deben dirigirse o entregarse las propuestas y el monto de la garantía para participar en el procedimiento, o garantía de seriedad de la oferta

A modo de ejemplo consignamos los siguientes anuncios:

Recuadro 3

EJEMPLO DE ANUNCIO DE LICITACIÓN

Metro de Santiago

Propuesta pública

Construcción de piques y galerías Línea 4-METRO S.A.

Metro S.A. a través de la Gerencia Proyectos Nuevas Líneas llama a Propuesta Pública para contratar los trabajos de construcción de Piques y Galerías de la Línea 4 del Metro de Santiago, para las siguientes dos propuestas:

Proyecto 3. Tramos H-G, Piques Grecia

Proyecto 3. Tramos H-I. Piques Plaza Egaña, Simón Bolívar y Príncipe de Gales

Requisitos exigidos a las empresas:

Podrán participar empresas contratistas que a la fecha del presente llamado, estén inscritas en el "Registro de contratistas de Obras Civiles para la Construcción de la Red de Metro de Santiago".

Venta de bases

Desde el día Martes 10 hasta el Viernes 13 de Septiembre de 2002, de 9:00 a 13:00 Hrs. en las oficinas de la Gerencia Proyectos Nuevas Líneas, Av. General Bernardo O Higgins N° 1414, 4° piso

Valor de los documentos

\$200.000.- (Doscientos mil pesos), más para cada proponente.

Recepción de las ofertas

El día 15 de Octubre de 2002, a las 16:00 hrs., en la Sala N°2 del Hall interior, primer piso del edificio corporativo de METRO S.A. ubicado en Av. General Bernardo O Higgins N° 1414, 4° piso.

Gerente Proyectos Nuevas Líneas

METRO S.A.

Recuadro 4

EJEMPLO DE ANUNCIO DE LICITACIÓN

Gobierno de Chile

Ministerio de Salud/Servicio de Salud Antofagasta

Propuestas públicas N° 15,16/2002

Propuesta N°15: Reposición equipos médicos, Servicio Oftalmología, Hospital de Antofagasta

Propuesta N°16: Capacitación desarrollo Habilidades Directivas S.A.

Monto máximo de las ofertas

N° 15.- M \$24.016.- IVA incluido / N° 16.- M \$23.636.- IVA incluido

Valor de las bases por propuesta

\$20.000.- c/u

Participantes

Proveedores, personas naturales y/o jurídicas y consultoras que estén inscritos en el Registro de proveedores del Servicio de Salud Antofagasta o Central Abastecimiento.

Venta de antecedentes

10 al 13 de Septiembre de 2002, hasta las 12:00 hrs.

Recepción de antecedentes

Lunes 30 de Septiembre de 2002 hasta las 11:00 en Oficina de Partes, Bolívar N°523, Antofagasta.

Recuadro 5
EJEMPLO DE ANUNCIO DE LICITACIÓN

Fuerza Aérea de Chile
Comando del Personal Hospital Clínico
"General Doctor Raúl Yazigi J."
Licitación Pública
Externalización Cobranza Honorarios Médicos

Participantes: Personas naturales o jurídicas con experiencia en el rubro.
Venta de bases: 01,02 y 03 de julio del 2002
Lugar: Subdirección de contabilidad y Finanzas, Av. Las Condes N° 8631
Horario: 08:00 a 16:00 hrs.
Valor total: \$80.000
Dirección General

Recuadro 6
EJEMPLO DE ANUNCIO LICITACIÓN

Metro de Santiago
Licitación Pública
Desarrollo y Construcción de Software
Indicadores de Calidad de Servicio

Proponentes
Empresas que compren las respectivas bases de licitación, acrediten experiencia, capacidad técnica y económica y cumplan con los requisitos establecidos en las bases.

Venta de Bases, fecha, horario y lugar
Día 10-12 Septiembre de 2002, desde las 9:00 hasta las 12:00, en Tesorería de Metro S.A., Avda. General Bernardo O Higgins N° 1414, 1° piso.

Valor de bases
\$400.000.- IVA incluido
METRO S.A.

d) Ámbito de aplicación

En principio todos los contratos que celebre la administración, deben estar sujetos al principio de publicidad. Por tanto, todo llamado debiera publicarse y difundirse de la mejor manera posible.

Sin perjuicio de lo anterior las legislaciones pueden contener ciertas excepciones a la publicidad, por razones políticas, jurídicas o económicas. A modo de ejemplo podemos señalar, las contrataciones declaradas secretas por razones de seguridad interior o exterior del Estado, ciertas contrataciones interadministrativas, compras con caja chica, etc. Lo importante es que estas excepciones sean precisadas por la legislación para que no pasen a ser en la práctica la regla general.

e) Tiempo de publicación

En cuanto al tiempo o momento en que debe efectuarse la publicación cada derecho positivo establece diversos plazos, en función del tipo de contrato, de antelación respecto de la fecha de presentación de las ofertas y apertura de las propuestas. Por otra parte, el número de días y veces en que debe efectuarse la publicación también es variable.

En general la anticipación de la publicación y la permanencia de la misma, va en función del monto y complejidad del futuro contrato.

f) Efectos Jurídicos

El sistema de publicidad en el procedimiento de selección, cumple un rol significativo dadas las consecuencias jurídicas que genera. En primer lugar, el hecho administrativo de publicar o anunciar la licitación le da eficacia al llamado y nace el derecho de los interesados de ser parte del procedimiento de selección y de presentar ofertas.

El incumplimiento total o parcial o la publicación confusa, deficiente o imprecisa, provoca la nulidad del procedimiento de selección y del contrato que se celebre, por vicio de forma, sin perjuicio de que también se estarían vulnerando los principios de libre concurrencia, igualdad y competencia.

La apreciación de la irregularidad debe ser analizada en cada caso concreto para poder determinar la validez o nulidad del procedimiento. Es necesario considerar la magnitud del incumplimiento pues si el defecto es irrelevante o insignificante (por ejemplo un error de tipeo, error en la dirección pero cierta, etc.) no es causal suficiente para invalidar la adjudicación.

E. Sobre los licitantes u oferentes

1. Condiciones de igualdad de los licitantes. Restricciones en el acceso y discriminación

Los principios de la licitación pública están basados en la igualdad de los licitantes en el proceso y por consiguiente en el no establecimiento de restricciones en el acceso y discriminaciones a los mismos. La no existencia de dichas restricciones implica al menos lo siguiente:

- Entre el llamado a la licitación y la apertura de propuestas debe existir plazo suficiente. Ello implica regular el plazo para la preparación y presentación de propuestas de forma que se garantice el máximo de participación de interesados. Es difícil determinar de forma genérica los plazos idóneos pues ellos dependerán del tipo de licitaciones de que se trate. Sin embargo es común en nuestros países que se establezcan en ocasiones plazos muy restrictivos que solamente permiten a determinadas empresas preparar las licitaciones. Cuando existe una adecuada planificación de las licitaciones que se van a llevar a cabo por una administración durante un ejercicio presupuestario, esta situación no debiera producirse.
- Cuando existe precalificación, sus condiciones no pueden ser restrictivas. En realidad en una licitación pública el Estado ha de asegurar idoneidad legal, financiera y técnica de las empresas con las que va a contratar. Ello justifica establecer algún tipo de precalificación para algunos tipos de contratos. En general el procedimiento es muy conocido en obras públicas donde se establecen registros especiales para los tipos de obras dependiendo de los montos de las mismas. Sin

embargo cuando las condiciones son demasiado restrictivas y en excesos precisas, en realidad lo que se busca es favorecer a determinadas empresas, lo cual es una forma de corrupción. Para evitarlo es necesario que las normas establezcan definiciones genéricas sobre las que luego se realizarán los límites.

- No debe existir discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos o empleo de determinados profesionales. En este punto, aún cuando ciertos requisitos están justificados, y se consideran normales, otros son realmente excesivos, sobre todo si se exigen marcas determinadas de equipos o tipos muy específicos de profesionales. Puede llevar ello corrupción cuando finalmente conducen a un solo competidor o muy pocos competidores que fácilmente pueden coludirse. Existen no obstante, proyectos complejos en los que la experiencia previa es muy importante. Un ejemplo de ello son las consultorías de ingeniería para infraestructuras riesgosas.
- Las garantías han de ser razonables. Las garantías son importantes tanto en el periodo de licitación como durante la ejecución del contrato. Sin embargo cuando las garantías no son razonables se restringe la posibilidad de que participen competidores. Debieran establecerse normas generales relacionadas con el monto del contrato.
- No es conveniente la discriminación positiva o negativa a empresas y productos extranjeros o nacionales o componentes de ellos. Este es un tema bastante controvertido en cada uno de los países pues muchas veces se encuentra legítimo favorecer a las empresas nacionales persiguiendo objetivos tales como el empleo o apoyo a la industria nacional. Sin embargo en un mundo globalizado este tipo de normas tienen más inconvenientes que ventajas a pesar de que los países latinoamericanos no son proclives a suscribir acuerdos de integración comercial.

2. Tipos de licitantes

a) Concepto

Los sujetos o personas de la relación jurídica que surge del procedimiento licitatorio son el licitador, ente público en ejercicio de la función administrativa, y los licitadores, personas que formulan las ofertas y que participan en el procedimiento de selección. Pueden ser licitantes las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, admitiéndose en general los grupos de colaboración empresaria, como las uniones transitorias de empresas y los consorcios.

A diferencia del licitador que tiene la misma calidad a lo largo de todo el procedimiento, los licitantes adquieren distintas calidades durante el desarrollo de la licitación. Cuando toman conocimiento de las bases y condiciones del llamado, son interesados; son adquirentes del pliego, cuando lo compran; son oferentes o proponentes cuando presentan ofertas; y finalmente será adjudicatario quien sea seleccionado para contratar con el ente licitante.

Evidentemente la situación jurídica de los licitantes va variando conforme a la etapa. Los interesados tienen en la licitación un derecho subjetivo a participar, interés legítimo a la adjudicación y, en caso de resultar adjudicatarios, su situación jurídica es de derecho subjetivo a la contratación. Por otra parte, en principio, el número de licitadores se va reduciendo durante el proceso, así, habrá más interesados que adquirentes, más adquirentes que oferentes, y más oferentes que adjudicatarios.

b) Consorcios y uniones transitorias de empresas.

Normalmente se admiten como licitadores a los consorcios y Uniones Transitorias de empresas (UTE), salvo que el ordenamiento jurídico, para cierto tipo de contrataciones, o los pliegos de condiciones, para un determinado llamado, los excluyan expresamente.

La experiencia práctica ha demostrado que los grupos de empresas tienden a responder mejor a los requerimientos de capacidad técnica y financiera, aumentando así el nivel de competitividad, principalmente cuando el objeto del contrato implica un trato prolongado en el tiempo, como la concesión de servicio público, en los que se quiere asegurar la máxima estabilidad y responsabilidad del adjudicatario.

La admisión de los consorcios o UTE puede presentar dificultades en aquellos países en que estas figuras no son reconocidas ni reguladas. Estas figuras no constituyen una sociedad o persona jurídica distinta de las empresas que la integran, son organizaciones suprasocietarias que se han identificado en el derecho comparado como “join venture”- contrato de agrupación que establece la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división de trabajo y responsabilidades-. Es en virtud de esta característica, que se exige la constitución de sociedad de objeto específico y único vinculado a la prestación, en el evento de resultar adjudicataria, principalmente cuando el objeto del llamado a licitación es la prestación de un servicio en el tiempo.

Otra cuestión que puede presentar problemas es el régimen de responsabilidad. En principio, por ser empresas diferentes, estas no responden solidariamente y surge la dificultad de determinar cual y hasta donde responde. La manera de salvar el problema es establecer en el pliego de condiciones la exigencia de responsabilidad solidaria como condición para presentar ofertas. Algunas legislaciones contemplan expresamente la obligación que las empresas del consorcio o unión asuman por convención expresa la responsabilidad principal, solidaria e ilimitada, para el cumplimiento del contrato.

Es importante establecer que la participación en un consorcio genera la incompatibilidad para hacerlo en otros o por sí sólo, en la misma licitación, es decir, una misma empresa no puede participar con distintas calidades o como integrante de distintos grupos empresariales. El fundamento de esta regla es ético y dice relación con la transparencia del procedimiento licitatorio.

c) Entes públicos

En general pueden participar en la selección personas jurídicas públicas, sean o no estatales. En definitiva será en función del pliego de condiciones, y de la naturaleza y características de la prestación a contratar el que puedan o no participar. Cabe hacer presente, que justamente uno de los casos que justifican la excepción a la licitación es el tratarse de un contrato inter-administrativo.

d) Empresas extranjeras

Las personas naturales o jurídicas extranjeras en principio pueden participar del procedimiento de selección, previo cumplimiento de los requisitos o condiciones que contemple cada ordenamiento jurídico.

Las normas de integración económica, tanto de la Unión Europea como del MERCOSUR procuran asegurar la igualdad de competencia entre las empresas nacionales y extranjeras, para poder constituir un mercado efectivamente competitivo e integrado. Se trata de evitar la discriminación de las empresas originarias de los Estados miembros, equiparándolas con las nacionales. Sin embargo en muchas legislaciones latinoamericanas el principio de la no discriminación no es aplicado en su cabalidad, estableciéndose ciertos subsidios o preferencias para los oferentes nacionales o para los bienes y servicios producido en el país que convoca a licitación.

En Brasil, la ley asegura la preferencia, en igualdad de condiciones, a los bienes y servicios producidos en el país o prestados por empresas brasileras de capital nacional.

La condición de reciprocidad es comúnmente exigida. Así en Colombia se pide a las empresas extranjeras que acrediten con su oferta la existencia de reciprocidad. La Ley de Contratos de España impone la acreditación de la reciprocidad con constancia de la representación diplomática española que corresponda, para las personas físicas o jurídicas extranjeras no pertenecientes a la Comunidad. En los contratos de obra deben también tener sucursal abierta en España. Se libera del informe de reciprocidad cuando el contrato no alcanza un determinado monto y la empresa provenga de Estados que hayan suscrito el acuerdo sobre contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio.

Hay casos en que la reciprocidad no se exige. A modo de ejemplo la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile, no exige la reciprocidad y señala que en las licitaciones podrán presentarse personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos y exigencias que establezca el Reglamento. Por su parte, el Reglamento dispone que podrán concurrir a las licitaciones las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, estableciendo requisitos comunes, sin considerar la nacionalidad de las mismas.

Finalmente cabe recalcar que el establecimiento de normas que subsidien o beneficien a los licitadores nacionales, constituye una barrera de entrada, perjudica la competencia y en definitiva hace menos eficiente el procedimiento de selección, ya que el estado no podrá contratar al objetivamente más calificado y que presente mejores condiciones.

e) Sociedades en formación

No existe inconveniente para que las normas licitatorias admitan que las ofertas sean presentadas por sociedades en formación, bajo la condición de que se constituyan antes de la suscripción del contrato.

3. Capacidades y habilidades para ser oferente o licitante

a) Capacidad general

Para participar en una licitación es necesario que la persona natural o jurídica cuente con la capacidad general para obligarse contractualmente, ya que el procedimiento de selección termina con la suscripción de un contrato. La regla general es la capacidad, y por tanto las incapacidades o excepciones deben estar expresamente determinadas en la normativa. Las reglas sobre capacidad establecidas en el derecho privado, se aplican plenamente a los postulantes. Estas normas están establecidas en los códigos civiles, de comercio y en las leyes que reglamentan las sociedades.

b) Capacidad específica. Requisitos

Las normas que regulan la contratación pública, establecen una serie de requisitos éticos, jurídicos, de idoneidad técnica o de solvencia económica financiera que deben cumplir los participantes en un procedimiento licitatorio. Estos requisitos importan una capacidad especial y constituyen una restricción para la intervención en el procedimiento licitatorio. En otras palabras son condiciones de admisibilidad, exigidas para garantizar al licitante el adjudicatario más apto y el correcto cumplimiento del contrato. Estos requisitos especiales pueden estar establecidos en leyes, reglamentos y en los pliegos o bases de licitación.

La capacidad económica financiera exigida para participar en la licitación, varía según la naturaleza de la prestación a contratar. En algunos casos se exigen ciertas exteriorizaciones objetivas como tener casa de comercio o fábrica, o la autorización o patente para producir un

determinado bien, ser importador, etc. Frecuentemente se exigen informes de entidades comerciales o bancos, relativos a la solvencia de los postulantes, su uso del crédito, su grado de cumplimiento de las obligaciones financieras. También se pueden requerir libros contables, declaraciones de impuesto y renta y en general toda documentación que avale su idoneidad económica financiera. Relacionado con esta capacidad, esta la exigencia que se impone a los licitadores de entregar no sólo una garantía de oferta, sino también de fiel cumplimiento del contrato.

La capacidad técnica también será variable en función del objeto de la licitación. Se pueden distinguir dos áreas relacionadas a la capacidad técnica: por una parte, que el licitador disponga de los profesionales adecuados para atender técnicamente la obra o servicio; y por otra, la experiencia en la provisión de prestaciones similares. En algunas legislaciones, para participar en determinados procesos licitatorios se exige estar inscrito en un determinado Registro o sujetarse a un procedimiento de habilitación que comprende su clasificación, calificación y categorización, obteniendo un certificado de capacitación, el cual puede tener distintos plazos de vigencia.

La limitación a la capacidad especial descansa en la razonabilidad, pues no se pueden exigir condiciones que impliquen discriminación al limitar a tal punto la posibilidad de participar en el proceso que no se cumplan los principios de competencia, igualdad y transparencia. Incluso se corre el riesgo de que al exigir requisitos muy limitativos, se esté eligiendo de antemano al adjudicatario. Debe existir una correlación lógica entre el objeto del contrato y los requisitos que se impongan a los oferentes.

4. Garantía pre-contractual o garantía de seriedad

a) Concepto y objeto

La garantía pre-contractual se puede definir como aquella que está obligado a constituir todo oferente, a favor del licitante, para ser admitido en el procedimiento de selección y que tiene por finalidad asegurar la seriedad del ofrecimiento, y por ende que se cumplirá la propuesta formulada, y garantizar la celebración del contrato. Esta caución no está destinada a asegurar el cumplimiento del contrato, pues para ello existe otra garantía que sólo está obligado a constituir el adjudicatario. Dada su finalidad las garantías pre-contractuales se devuelven a los oferentes que no resulten adjudicatarios una vez resuelta la selección. Por su parte, al adjudicatario se le devuelve una vez que suscribe el contrato y otorga la garantía que tiene por objeto asegurar el debido cumplimiento del mismo. Se ha afirmado que el verdadero acreedor, no es el ente administrativo que efectúa el llamado a licitación, sino el "interés público" y en tal sentido es preciso tomar las debidas precauciones para que dicho interés quede suficientemente garantizado.

Esta garantía, adquiere diversas denominaciones, tales como garantía de seriedad de la oferta, caución provisoria, garantía de mantenimiento de la propuesta, garantía de participación, entre otras. La forma, modo, monto, momento y plazo para otorgarla están reguladas en las normas positivas o establecidas en los respectivos pliegos de condiciones o bases de licitación.

b) Monto y forma

El monto de la garantía es variable y depende del tipo y valor del contrato a celebrar. Puede estar determinado por la ley o reglamento pertinente o entregarse su determinación a las respectivas bases de licitación o pliegos de condiciones. Resulta de suma importancia procurar por una parte, que no constituya una barrera a la entrada, y por otra que no haya desistimiento por parte del ganador o que en todo caso el desistimiento no sea un acto gratuito.

Es importante que la normativa no sea excesivamente exigente en esta materia, en este sentido resulta aconsejable que la legislación señale los límites máximos y mínimos, atendiendo a

las modalidades y peculiaridades de cada contrato, entregando al ente administrativo que convoca a la licitación la fijación del monto a través del pliego de condiciones.

En el pliego de condiciones o bases de licitación se establece la forma en que puede asegurarse la seriedad de la oferta y dentro de las formas contempladas, el oferente puede elegir libremente. Las formas jurídicas que puede revestir la garantía son muy variadas destacándose la boleta de garantía bancaria, el depósito bancario, el aval bancario, el seguro de caución, el pagaré a la vista, el cheque certificado, la prenda, la hipoteca, entre otros.

El depósito bancario puede ser en dinero efectivo o en títulos, y se rige por las normas del derecho comercial. Se trata de un contrato accesorio que, en este caso, genera derechos a favor del ente licitante. El aval bancario es una modalidad de afianzamiento prestado por un tercero, un banco, en virtud del cual este garantiza el cumplimiento de las obligaciones del oferente. El seguro de caución, también llamado seguro de aval, seguro de fianza, póliza de seguro, es una especie de seguro de crédito. El pagaré a la vista es otra forma utilizada para garantizar las obligaciones precontractuales del oferente

c) Criterios de diseño de la garantía

Las bases de licitación o pliego deben ser lo más explícitas posible sobre la emisión de las garantías señalando lo siguiente:

Recuadro 7 DISEÑO DE LA GARANTIA

- Emitida en **...(ciudad exigida)** por un Banco con Oficina en **(ciudad exigida)**;
- Las boletas serán **pagaderas a la vista**;
- El monto total de las boletas será de **(monto previsto)**;
- El tomador **deberá ser el licitante, o uno o varios, integrantes del grupo licitante**;
- El tomador o tomador deberá ser el Licitante; y en caso de un Grupo Licitante ser uno o varios de sus integrantes;
- Las boletas deberán ser emitidas a nombre del (cargo administrativo a nombre de quien es necesario emitir la garantía);
- La glosa de dicha(s) boleta(s) será: **"Para garantizar la seriedad de la Oferta en la Licitación (nombre del contrato que se trate)"**;
- El plazo de vigencia de la(s) boleta(s) de garantía será igual al de validez de la Oferta.;
- El adjudicatario deberá mantener siempre vigente la garantía de seriedad de la oferta hasta que sea sustituida por la Garantía Definitiva

F. Sobre las ofertas

En un sentido estricto la oferta es el conjunto de documentos que presentan los participantes en el proceso de selección en los que, teniendo en cuenta lo solicitado por las bases de licitación, establecen ciertas condiciones técnicas y económicas con las que estarían dispuestos a adjudicarse el contrato, en un sentido amplio la oferta es una gran etapa dentro del procedimiento de licitación que comprende una serie de actos emanados unos del licitante y otros de la administración, y que van desde la elaboración de la misma hasta su calificación como favorable y susceptible de ser adjudicataria.

1. Preparación de las ofertas

Los interesados en participar en un procedimiento licitatorio preparan su oferta o propuesta en función de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones o bases de licitación. La oferta debe cumplir ciertos requisitos jurídicos, que se pueden agrupar en tres categorías: subjetivos, objetivos y formales.

a) Requisitos subjetivos

Los presupuestos subjetivos de la oferta se refieren a la persona del proponente, y determinan quién puede ofertar. Las leyes generales que regulan la contratación administrativa, los reglamentos y los pliegos de condiciones, son los cuerpos jurídicos que establecen los requisitos subjetivos que deben cumplir los oferentes y se refieren en especial a la capacidad y representación.

En relación a la capacidad, ya señalamos que los proponentes deben tener capacidad general para contratar, es decir, aptitud de hecho y de derecho que les permita adquirir derechos y contraer obligaciones. Además deben contar con la capacidad especial que se establezca en el ordenamiento jurídico o en los pliegos de condiciones para participar en el procedimiento específico. El interesado al presentar su oferta, debe acompañar los documentos que acrediten su capacidad, general y específica.

La propuesta puede ser presentada por el oferente o por su representante, el cual debe contar con poderes suficientes para obligarlo. Tratándose de personas jurídicas, la propuesta debe ser formulada por el representante legal o por mandatarios con poderes especiales o generales de administración. Cuando dos o más personas jurídicas se unen para presentar una oferta conjunta, como en el caso de los consorcios y Uniones Transitorias de Empresas, se les puede exigir la unificación de personería a través de un poder especial al representante común con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos los co-oferentes.

b) Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos se refieren al contenido mismo de la oferta. Este contenido está delimitado por el pliego de condiciones y el participante debe agregar lo que le falta al pliego para la total configuración del futuro contrato. Básicamente podemos señalar que son dos los presupuestos objetivos de la oferta: el objeto y el precio. En función de la naturaleza del bien licitado y de la modalidad del contrato, varían los pormenores relacionados con el objeto de la prestación que el proponente debe incluir en su oferta, entre los cuales pueden estar la calidad, cantidad, plazos, modalidades de ejecución, etc. El precio también debe ajustarse a las condiciones establecidas por el licitante y no es otra cosa que la contraprestación solicitada por el oferente por la obra, servicio o suministro que ofrece realizar.

c) Requisitos formales

Los requisitos formales dicen relación con las formalidades a que debe sujetarse la presentación de las ofertas. En primer lugar, estas deben ser escritas en el idioma del país en que se efectúa el llamado. El número de originales y copias que deben presentarse es variable, en función del país y del contrato a celebrar. Se exige también la firma de los sobres, de ciertos documentos, y en algunos casos de todas las hojas. Los términos de la propuesta deben ser claros e indubitables, por otra parte la oferta no puede estar sujeta a condición alguna. En otras palabras, las propuestas deben ser serias, firmes, concretas, no indeterminadas, ni condicionadas. Es también importante el requisito de que sea presentada en sobre cerrado y secreto, garantía tanto para el ente administrativo como para los licitadores. El secreto rige hasta el acto de apertura y su incumplimiento debe ser motivo de inmediato rechazo. Finalmente y sin perjuicio de las

formalidades especiales de cada llamado, la oferta debe ser presentada en el lugar, fecha y hora determinado en el aviso o anuncio de la licitación.

d) Tipos de documentos

En términos generales las ofertas que presentan los licitantes están compuestas por tres tipos de documentos: Antecedentes Generales, Oferta Técnica y Oferta Económica. Los Antecedentes Generales se incluyen dentro del sobre denominado Oferta Técnica y comprenden todos aquellos documentos de acreditación del licitante, los requisitos de capacidad, de representación y la entrega de la garantía pre-contractual. La Oferta Técnica se relaciona con las especificaciones de la prestación, con el contenido del futuro contrato, y la Oferta Económica contiene la propuesta financiera, la contraprestación que solicita el oferente, es decir, los antecedentes económicos bajo los cuales está dispuesto a celebrar el contrato.

Cuadro 6
EJEMPLOS DE DOCUMENTOS DE LA OFERTA

Antecedentes Generales	<ul style="list-style-type: none"> - Certificado de Inscripción en el Registro o precalificación en el caso de que haya existido previamente. Este certificado lo emite la administración. - Documentos legales que acreditan la posibilidad de ser licitante en caso de que no haya registro o precalificación. - Designación de representante ante la administración. - Garantía de seriedad. - Documentos notariales de constitución de sociedades cuando se requiera. - Experiencia
Oferta Técnica	<ul style="list-style-type: none"> - Estructura de Financiamiento del contrato. - Proyectos o anteproyectos propuestos. - Régimen de explotación si se licita la gestión de un servicio público. - Presupuesto de inversiones. - Carta Gantt
Oferta Económica	<ul style="list-style-type: none"> - Condiciones económicas en las que está dispuesto a adjudicarse el contrato o la prestación del servicios.

Fuente: elaboración propia.

e) Cambios en las condiciones establecidas por la administración

Es relativamente normal, sobre todo en proyectos grandes o de un alto valor económico, que una vez que la administración ha publicitado las condiciones de la licitación se introduzcan algunas modificaciones. Esta situación es un factor de vulnerabilidad pero en todo caso puede atenuarse si la situación afecta por igual a todos los licitantes. Ello no ocurre por ejemplo cuando se altera el plazo en el que han de presentarse las ofertas restringiéndolo por ejemplo, en cuyo caso no todas están igual de preparadas para presentar sus ofertas o cuando se introduce un nuevo requerimiento que modifica las condiciones del contrato y no todos los licitantes están preparados de la misma forma para enfrentar ese nuevo requerimiento e incluirlo en la oferta. En este sentido, las normas generales de las licitaciones, o las de cada licitación debieran introducir un plazo especial no reducido cuando la administración modifica algunas condiciones del contrato una vez que está abierto el periodo de preparación de las ofertas.

2. Apertura de las ofertas

La apertura de las ofertas, también llamada apertura de los sobres o pliegos, es un acto formal, solemne y público, en el cual se dan a conocer las propuestas recibidas. El acto de apertura cierra la etapa de recepción de las ofertas y la posibilidad de los proponentes de ampliarla o modificarla. Este acto se debe realizar en el lugar, día y hora consignado en el señalado en el anuncio y deben concurrir los funcionarios designados por el licitador sin perjuicio de ser abiertos al público en general por lo que puede asistir quien lo desee. Se procede a abrir los sobres, pero en el evento de haber oferta técnica y económica, sólo se procede a la apertura de la primera.

Para garantizar la transparencia del procedimiento se debe levantar acta en la cual se identifica a los oferentes, las propuestas presentadas, se consigna los antecedentes acompañados, las observaciones que se formulen y en general de todo lo sucedido en el acto de apertura. El acta debe leerse y después ser suscrita por los funcionarios competentes y los oferentes o asistentes que lo estimen conveniente.

3. Admisibilidad

Una vez efectuado el acto de apertura, los funcionarios competentes deben pronunciarse sobre la admisibilidad de cada una de las propuestas. Este pronunciamiento es un acto administrativo de gran trascendencia y puede conceptualizarse como aquel por el cual previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos se legitima a determinados oferentes como participantes del proceso de selección. En muchas legislaciones no se regula este acto, pero se contempla la desestimación o inadmisión de ofertas lo cual implica lo mismo. Este tema se analizará más adelante, a propósito de la adjudicación.

4. Condiciones de la oferta: inalterabilidad, mantenimiento, desistimiento, caducidad

A diferencia de lo que ocurre con la contratación civil, donde en principio las ofertas pueden ser retractadas y alteradas, en la contratación administrativa una vez admitidas no pueden ser revocadas, modificadas o alteradas. La inalterabilidad es el resultado del acto administrativo de admisión, impuesto al oferente con la finalidad de resguardar la igualdad entre los licitantes. El acto de admisión genera un vínculo pre-contractual que genera una serie de obligaciones para el oferente, entre las cuales está la de no alterar la oferta presentada.

Otra obligación que genera el vínculo pre-contractual es la de mantener o sostener la oferta durante el plazo fijado en las bases de licitación, y si nada se señala en estas durante el plazo que señalen las normas reglamentarias. Esta mantención debe relacionarse con la inalterabilidad, pues en definitiva la obligación del oferente admitido es mantener la oferta en forma inalterable durante el plazo establecido.

Complementariamente al deber de mantener la oferta, el proponente no puede desistirse de ella durante el mismo plazo. El prematuro desistimiento de la oferta puede generar responsabilidad para el proponente, la que se traduce en la obligación de indemnizar. En la mayoría de los casos el desistimiento genera el cobro de la garantía de seriedad de la oferta, caución que tiene dentro de sus objetos asegurar que el oferente mantendrá su propuesta en forma inalterable durante todo el período estipulado.

La seguridad jurídica recomienda que una vez vencido el plazo de mantenimiento de la oferta, el proponente quede liberado de toda obligación para con la administración. Otra forma de liberar al oferente de la mantención de la oferta es la caducidad, la cual puede operar por diversas razones. En primer lugar la caducidad opera en forma automática por el transcurso del plazo legal o

convencional de mantenimiento. Sin embargo, en algunas legislaciones el rigor de esta caducidad se encuentra atenuado por la fijación de prórrogas automáticas o convencionales. Puede suceder que ni las bases de licitación ni el ordenamiento jurídico establezcan un plazo de mantenimiento o que habiendo plazo, licitador y licitantes hayan convenido una prórroga sin plazo. En estos casos la caducidad opera por el transcurso de un término razonable, aquel necesario y suficiente para que la administración pueda considerar la oferta. Finalmente la caducidad opera por muerte o incapacidad sobreviniente del oferente.

5. Evaluación de las ofertas

La evaluación de ofertas ha de ser una actuación lo más objetiva posible. En las bases de licitación o pliegos han de explicarse claramente cuales serán los factores de evaluación y cómo serán evaluados. La evaluación suele hacerse de forma colegiada, por una comisión, aunque cada uno de los miembros evalúa independientemente. No obstante es conveniente preparar formularios o guías que permitan a los evaluadores explicitar y fundamentar por escrito las decisiones que tomen acerca de las ofertas presentadas; ello reducirá la arbitrariedad. Además los evaluadores han de ser controlados periódicamente para asegurar que cumplen correctamente esta función. La transparencia y la publicidad en las resoluciones, contribuyen enormemente al éxito de esta etapa y a la legitimidad de la misma.

El tema más complicado que plantea la evaluación se produce cuando la oferta no es demasiado clara o introduce modificaciones respecto del contrato propuesto por la administración. La admisibilidad de este tipo de ofertas es criticable puesto que introduce desigualdad en el tratamiento de los licitantes. Las bases por consiguiente han de describir con rigor el objeto del contrato y la oferta ceñirse a éste.

Las bases o pliego deben describir al menos lo siguiente:

Cuadro 7

EJEMPLOS DE DOCUMENTOS DE LA OFERTA

Comisión de Evaluación	Cómo se conforma la Comisión que va a evaluar las ofertas. Número de miembros, nombramiento, etc.
Tipos de Evaluación para cada uno de los documentos que se presenten	Normalmente ciertos documentos solamente requieren pronunciarse sobre si se cumplen o no los requisitos. Otros permitirán decidir qué oferta es mejor que otra por lo que ha de establecerse un sistema de puntajes estableciendo claramente la forma de calcular los puntajes
Criterios para considerar o no las ofertas aceptables	Pronunciamiento acerca de los requisitos mínimos que ha de contener la oferta
Comunicación a los interesados de la aceptación	Procedimiento y forma para comunicar a los interesados
Formas de impugnación	Procedimiento, forma y plazo para impugnar los fallos de las comisiones evaluadoras

Fuente: elaboración propia.

6. Los errores de forma y fondo

La elaboración y presentación de la oferta es un acto jurídico del proponente, el cual se encuentra sujeto a una serie de normas de diversa jerarquía e índole. El incumplimiento o transgresión de las reglas que regulan la oferta, así como los errores de fondo o de forma de la misma tendrán diversas consecuencias dependiendo del tipo de error o vicio.

Es evidente que la oferta se subordina al ordenamiento jurídico integral de un país, y por tanto queda sujeta a las normas de derecho privado, a la Constitución, leyes y reglamentos. Una

oferta que contenga cláusulas que vulneran el ordenamiento jurídico o sus principios, sería una oferta ilegítima y consecuentemente nula.

En relación a los requisitos subjetivos, objetivos y formales de la oferta, el incumplimiento o cumplimiento irregular de los mismos genera distintas consecuencias. Los meros defectos formales que no afectan sustancialmente la oferta no provocan su nulidad o rechazo. Resulta conveniente otorgar a los proponentes la posibilidad de sanear los defectos no esenciales, posibilidad que en algunos casos puede ser bajo apercibimiento de rechazarla. Los requisitos formales cuyo incumplimiento genera la nulidad o rechazo generalmente están establecidos en la normativa o en los pliegos de condiciones. A modo de ejemplo podemos mencionar: la falta de firma, la escritura con lápiz común, la falta de presentación de la garantía, la falta de especificaciones, las raspaduras o enmiendas en partes fundamentales de la oferta, etc.

Otro tipo de vicios son aquellos que afectan la voluntad del oferente. La oferta constituye una expresión de voluntad del particular y si se encuentra viciada, puede llegar a ser anulable y por derivación, lo será el procedimiento y aún el contrato que se celebre. Dentro de los vicios que pueden afectar la voluntad, el más frecuente es el error, pero no todo error acarrea la nulidad de la oferta. En efecto, el vicio de error dará lugar a la nulidad cuando sea determinante, es decir, cuando sin la existencia del mismo no se hubiere presentado la oferta. En todo caso, el error o cualquier otro vicio en la voluntad del proponente debe ser debidamente acreditado para provocar la nulidad.

7. Oferta condicionada, incompleta, temeraria o inadmisibles,

Como ya señalamos las ofertas deben ser claras, concretas, hechas en firme e incondicionadas. En razón de lo anterior, la propuesta que presente cualquier participante en el proceso de selección debe necesariamente ser pura y simple, es decir no puede estar subordinada al cumplimiento de una condición. Se entiende que la oferta es condicionada cuando establece condiciones a cargo del licitador, del mismo proponente o de terceros, y la administración debe necesariamente rechazarla. También se entiende por oferta condicionada aquella que no define puntos importantes requeridos por los pliegos de condiciones o bases de licitación, y que asegura que se podrán definir una vez que se den los condicionamientos que ella consigna.

El contenido de la oferta debe ajustarse a las condiciones de los pliegos o bases de licitación, y debe contener el objeto públicamente licitado y no otro. Las prestaciones u obras requeridas por la administración deben ser ofertadas y cotizadas en su totalidad, de no ser así el objeto será incompleto y la oferta deberá rechazarse. Para determinar cuando hay objeto incompleto se debe atender a lo que dispongan las bases a ese respecto y al objeto y finalidad de la futura contratación.

Otro tipo de ofertas inadmisibles son las denominadas temerarias. Se entiende por oferta temeraria aquella proposición que hace presumir que no podrá ser cumplida por sostener precios anormalmente bajos o condiciones inviables técnica o financieramente. Cuando se presentan ofertas de esta naturaleza, antes de proceder a su rechazo es conveniente solicitar al proponente las justificaciones que demuestren la viabilidad de su contenido.

Finalmente resulta conveniente señalar que la oferta inadmisibles es aquella que no se ajusta a los requisitos de los pliegos de condiciones o bases de licitación. Se trata de propuestas que no ofrecen exactamente lo solicitado o no lo ofrecen con los requisitos establecidos en el llamado.

EJEMPLOS DE OFERTAS INADMISIBLES

- Por incumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de licitación:
 - Documentación insuficiente o no presentación de la documentación exigida
 - Evaluación no satisfactoria
- Por riesgos de incumplimiento del contrato:
 - Precios o tarifas demasiado bajos que no permiten, a juicio de la administración un correcto cumplimiento del contrato
 - Precios o tarifas más altos que los programados o previstos por la administración.

G. Adjudicación y Perfeccionamiento del Contrato

1. Generalidades

El proceso de evaluación termina con la selección del oferente que presenta las mejores condiciones para la celebración del contrato y por consiguiente el que debiera ser adjudicatario. La decisión de cual es la mejor oferta y la de adjudicar son distintas y normalmente corresponden a diferentes autoridades dentro de una organización. La primera corresponde a la comisión evaluadora la cual tiene que determinar entre todas las ofertas presentadas aquella que es mejor para la administración. Por otra parte, el órgano que otorga el contrato deberá decidir a continuación si adjudica o no el contrato en función de que la oferta preadjudicada, sea beneficiosa para el interés público. Eventualmente puede suceder que se desestimen las ofertas, lo cual ha de ser fundado puesto que la administración ya ha hecho incurrir a los distintos licitantes en los gastos necesarios para preparar su oferta.

2. Desestimación de las ofertas

La administración tiene la facultad para desestimar las ofertas pues la licitación supone una invitación de esta, a que se presenten propuestas, y por tanto el que invita puede aceptarlas o rechazarlas. Uno de los fundamentos de esta facultad es que los licitantes ignoran el precio límite que ha considerado la administración por encima del cual no está dispuesto a contratar. El precio límite es el precio por sobre el cual el licitador ha decidido no celebrar un determinado contrato. Este precio no debe ser conocido por los licitantes, pues si uno de los competidores sabe su monto estaría en una situación privilegiada, rompiéndose así la igualdad entre los licitantes.

Es común que las legislaciones contemplen normas sobre esta facultad de la administración, estableciendo expresamente que el llamado a licitación no vincula al licitador y que se pueden desestimar las ofertas sin que proceda recurso alguno contra la administración y sin derecho a indemnización de ninguna clase. Por lo general, la desestimación debe ser fundada para proteger a los participantes en el procedimiento de selección. Debemos recordar que a los proponentes se les exige el mantenimiento de su oferta y garantizarla en estrictas condiciones, por lo que no parece lógico que la autoridad administrativa pudiera romper o cambiar su voluntad sin expresión de causa.

3. Adjudicación

La adjudicación es la etapa que concluye el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa que tiene lugar una vez finalizada la etapa de valoración de las propuestas. En algunos casos la legislación contempla una serie de etapas previas a la adjudicación pero relacionadas con la misma. La preadjudicación, también denominada adjudicación provisional, es una etapa que consiste en el estudio de todos los elementos y recaudos de los posibles adjudicatarios, estableciéndose un orden de mérito de las ofertas. Se ha afirmado que la preadjudicación no constituye un acto administrativo típico, pues no contiene una expresión de voluntad apta para constituir efectos jurídicos directos. Esta etapa consiste en un análisis sustancial, comprensivo no sólo de elementos de hecho sino también de valoraciones técnicas y jurídicas. No debe confundirse la preadjudicación con la preselección, etapa también previa a la adjudicación. La preselección se da en las licitaciones con doble sobre, y tiene efectos jurídicos directos ya que elimina del procedimiento de selección a determinados oferentes. En razón de ello, se puede calificar como un verdadero acto administrativo, el cual debe ser notificado para asegurar la debida publicidad.

Entremos ahora en la adjudicación propiamente tal, la cual se puede definir como el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual, completando así el ciclo generador del acuerdo de voluntades. Es importante tener claro que si bien este es el último acto de la etapa precontractual, no inicia la etapa contractual. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitador, por medio de sus órganos competentes, dirigida a la celebración del contrato, por el cual se distingue la mejor oferta y se elige al licitante más idóneo.

Los sistemas de selección deben promover y facilitar la concurrencia para así asegurar la competencia, deben respetar la igualdad entre los participantes y garantizar la publicidad. Se encuentran en juego intereses públicos e individuales, por lo que los factores de adjudicación deben ser objetivos y fundados.

Uno de los sistemas más convenientes para efectuar la adjudicación, es el denominado de "los dos sobres", el cual consiste en que el oferente debe presentar su oferta en dos partes. Un primer sobre contiene los antecedentes jurídicos, técnicos y económicos financieros, y en el segundo figura la oferta económica o precio solicitado u ofertado.

4. Factores de adjudicación

La elección de la propuesta más ventajosa, depende de pautas de valorización que pueden ser objetivas o subjetivas. Dentro de las primeras podemos mencionar: precio o canon ofertado, forma de financiamiento, quitas o esperas, descuentos otorgados, cantidad de equipamiento, número de personas y equipos aplicados al servicio, unidades de bienes o servicios prestados anteriormente, capital de la empresa, tipo y calidad de los materiales, plan operativo, de negocio y rentabilidad, programa de inversiones ofertado, plazo de ejecución, plan de inversiones adicionales, incorporación de nuevas tecnologías, calidad, seguridad y confianza en la garantía, ausencia de subvenciones, etc. Como pautas o criterios subjetivos podemos mencionar: experiencia, antecedentes en la explotación del servicio, antecedentes de la organización funcional a implementar en el servicio, especialidad del oficio del proponente, prestación de mejor asistencia técnica, etc.

En síntesis podemos afirmar que la administración, por regla general, elige libremente la oferta que evalúa como más conveniente, teniendo en cuenta una serie de criterios objetivos y subjetivos. Los criterios o pautas, pueden estar establecidos en el ordenamiento jurídico, pero muchas veces sólo se señalan pautas generales o incluso hay omisión al respecto. Es importante

que los pliegos de condiciones o bases de licitación sean claras y objetivas y contengan explícitamente las pautas de evaluación que se emplearán. En términos generales los criterios adoptados para determinar al adjudicatario son: la oferta más conveniente; el precio menor; o el precio mayor.

a) Oferta más conveniente

La oferta más conveniente no es necesariamente la de menor precio, el cual es sólo uno de los criterios de selección y no el único o principal. En la determinación de la mejor oferta deben considerarse los parámetros de calidad, precio, idoneidad del oferente, y las demás condiciones de la oferta en función de todas o algunas de las pautas objetivas y subjetivas antes mencionadas. El tema de la "calidad" es complejo, y es importante evaluar que éste clara y objetivamente explicitada en la propuesta, pues puede ocurrir que ofertas de productos de mayor calidad a los requeridos en el pliego de condiciones o bases de licitación no se adecuen o no sean convenientes para los intereses de la administración.

La expresión "oferta más conveniente" implica una indeterminación que supone una delegación a la administración licitante para que realice el juicio de conveniencia o ventaja. Podemos señalar que constituye el ejercicio de facultades discrecionales, que son aquellas que el orden jurídico confiere al organismo contratante para que dentro de un marco de legalidad, decida con plena autoridad sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de la decisión a adoptar, ya que para ello cuenta con la competencia técnica necesaria. El ejercicio de estas facultades debe llevar el sello de la razonabilidad, pues de lo contrario, se incurriría en un proceder arbitrario y por lo tanto ilegítimo.

b) Precio más bajo o mayor precio

Otro criterio para determinar la adjudicación es el precio más bajo, lo que supone que será elegido el oferente que solicite un menor precio a la administración por la obra o servicio. Este criterio de calificación automática por simple comparación aritmética ha perdido uso pues es importante considerar el precio en función de las condiciones técnicas, financieras y económicas de la oferta. La determinación de la oferta más baja debe tener en cuenta no sólo los precios sino otros elementos calculables con significación económica a veces posterior. Una modalidad de precio más bajo se presenta cuando la propuesta contempla dos sobres, uno técnico y uno económico. En estos casos se evalúa en primer lugar la oferta técnica y sólo se analiza la oferta económica de las propuestas que cumplen las condiciones técnicas. Así, puede aplicarse el criterio del menor precio entre las propuestas técnicamente satisfactorias.

Por su parte, el mayor precio como criterio selectivo se da en los contratos de venta y concesiones del Estado, y tiene en consideración un factor netamente económico, el mayor ingreso que genera.

IV. Condiciones del contrato de la regulación

A. Plazo del contrato

Los contratos que celebra la administración están siempre sometidos a un plazo. La especificación del plazo en el que tienen que cumplirse las obligaciones del que contrata con la administración tienen que estar claramente establecidas en el contrato. De hecho la principal obligación del contratista es la prestación del servicio del contrato dentro del plazo total fijado para el mismo. Si se han establecido en las cláusulas contractuales plazos parciales para la ejecución sucesiva del contrato, también deberá cumplirlos.

Para asegurar el cumplimiento de plazos, los contratos deberán establecer la constitución en mora del contratista de manera automática, sin necesidad de que lo declare la administración.

En cuanto a los efectos de la misma, siempre que sea imputable al mismo (no se puede considerar por ejemplo mora en la terminación de una obra pública cuando la administración no ha entregado los terrenos o cuando la ejecución depende del cumplimiento de otro contrato por ejemplo), se deben establecer en el contrato multas que desalienten el incumplimiento y en casos de retrasos graves incluso la resolución del contrato. En todo caso, si se establecen multas, debe llegar un momento en el que un retraso acumulado de lugar a la resolución del contrato. En estos casos debe procederse además a la incautación de la garantía e incluso imponer sanciones para futuros contratos (por ejemplo dejar a la empresa fuera del registro de contratistas por un determinado plazo). La mora debe ser siempre desalentada.

En todo caso, a efectos de plazo, se debe considerar que los contratos con la administración suelen y deben celebrarse a riesgo y ventura del concesionario de modo que su obligación es una obligación de resultado y por lo tanto los riesgos derivados de la ejecución corresponden al contratista y no a la administración. No obstante, ello no implica que deba asumir las alteraciones en el precio debidas al ejercicio por parte de la administración del "ius variandi" o derecho de ésta de modificación del contrato.

B. Precio del contrato o remuneración del privado que contrata con la administración

El pago del precio, por el contrario, es la principal obligación que debe asumir el Estado frente al contratista en los contratos que celebre. El pago debe hacerse conforme se haya pactado, y podrá hacerse de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta, siendo este último más conveniente puesto que no obliga al contratista a financiarse lo que finalmente redundará en un precio mayor al hacer frente a las necesidades de financiamiento.

En este tema estudiaremos dos problemas fundamentales: el de la fijación de tarifas cuando el precio ha de ser pagado por los usuarios, y el de la demora por parte del Estado en los pagos que tenga que realizar.

1. Fijación de tarifas que pagan los usuarios

Determinados servicios públicos prestados por operadores privados, seleccionados mediante licitación pública, son remunerados en su operación y a veces también su inversión a través de tarifas pagadas directamente por los usuarios. La fijación de dichas tarifas obedece a varias modalidades:

Tarifas fijadas en la misma licitación, bien por estar contenidas en las bases o por constituir parte de la oferta presentada por el adjudicatario. En estos casos se incluye en el contrato algún mecanismo de indexación tarifaria, para tener en cuenta los efectos de la inflación. No obstante, puesto que suele tratarse de contratos de largo plazo o incluso de servicios privatizados que no van a revertirse al Estado, es necesario establecer cuales son las eventuales condiciones en las que podría revisarse la tarifa en función de nuevas circunstancias. Estos mecanismos son ideales cuando son conocidas las inversiones que deberá realizar el adjudicatario de la licitación y los costos aproximados de operación. Esta forma de fijación de tarifas suele ser utilizada en los contratos de concesión de obra pública, fundamentalmente autopistas y aeropuertos.

En este tipo de contratos también es relevante decidir si la autoridad reguladora y por consiguiente fiscalizadora de las tarifas debe ser la misma que licitó el contrato o una autoridad distinta. A este respecto creemos que no existe inconveniente en que se trate de una autoridad distinta siempre que se respeten las condiciones originales del contrato y que dieron lugar a las distintas ofertas presentadas y a un adjudicatario final.

Tarifas fijadas en procesos reguladores distintos de la licitación. En estos casos lo que se fija en el contrato es el mecanismo que se utilizará, mientras esté vigente el contrato o la regulación de la empresa para establecer las tarifas que tendrán que pagar los usuarios. Existen varios tipos de modelos que coinciden en general en que, para fijar las tarifas se tienen en cuenta las inversiones que tendrá que realizar el operador del servicio, las condiciones de amortización de dichas inversiones, y los costos de operación. Este sistema es ideal para ser usado en servicios públicos en los que los valores de inversión o de operación no son conocidos, fundamentalmente porque pueden verse fuertemente afectados por cambios tecnológicos o a servicios privatizados en los

que no se contrata con un privado el servicio público sino que el Estado establece los mecanismos de regulación. Sistemas de esta naturaleza son fijados cuando las condiciones en que se prestan el servicio son monopólicas y el mercado no puede, por sí mismo, regular las tarifas. Suele ser el caso de las empresas sanitarias, de las de telefonía, eléctricas, etc.

En estos casos la autoridad reguladora ya no suele coincidir con la autoridad que licitó el servicio. Lo importante, siempre y en todo caso, es mantener las reglas con las que se fijaron las condiciones de licitación.

2. Demora de pagos por parte del Estado. Los intereses

Otro problema importante que se plantea es el de la demora en los pagos por parte de la Administración y la posible existencia de la obligación de pagar intereses.

La asunción por la administración del pago de intereses cuando los pagos no se realicen en el tiempo estipulado no es solamente una obligación legal sino ética. En algunos países no se recoge el tema de pago de intereses y provoca fuertes distorsiones en los contratos puesto que obliga a los licitantes a hacer especulaciones sobre las eventuales demoras que podría tener la administración en los pagos e incorporarlos a los precios a los que se ofrece contratar. Este es un ejemplo de mala práctica que debe ser desechada. No obstante dentro de la administración, cuando ésta está obligada a pagar intereses debe determinarse también la eventual responsabilidad de los funcionarios en la demora puesto que lo normal es que exista consignación presupuestaria para hacer los pagos a tiempo.

El tema del pago de intereses ha sido objeto de recomendaciones especiales en la Unión Europea por parte de la Comisión que había expresado su preocupación por el daño que genera para las empresas la morosidad e invita a los Estados miembros (Recomendación 95/086/CE) a tomar medidas tales como adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice, en plazos razonables el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos.

C. Revisión de precios o tarifas

Las relaciones entre un operador privado y la administración, formen parte o no de una relación contractual, tienen que establecer cuales son las circunstancias en las que pueden revisarse los precios o las tarifas del contrato o del servicio regulado y el mecanismo que se utilizará para ello. Estas condiciones han de ser conocidas ex ante por los licitantes para evitar cualquier tipo de arbitrariedad.

El principio general en materia de precios o tarifas consiste en que el precio o tarifa han de ser siempre precios ciertos, fijados en una moneda determinada (normalmente la del país de que se trate aunque algunos contratos o servicios pueden establecer precios en monedas distintas, y han de pagarse conforme a las fórmulas convenidas. Sin embargo, el principio del equilibrio económico financiero exige que se puedan revisar los precios o tarifas para atender a acontecimientos imprevistos que han hecho más gravosa para el operador privado la prestación prevista. Esta excepcionalidad es admitida por la doctrina y jurisprudencia administrativa que supone una excepción a los principios de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad de la licitación. Esta excepcionalidad por consiguiente ha de ser rigurosamente regulada para que no de lugar a arbitrariedades.

Distinto es el caso en que el servicio público prestado por el operador privado esté sujeto a condiciones de fijación tarifaria en función de las inversiones realizadas o costos de operación, en cuyo caso la revisión de la tarifa habrá de realizarse en las condiciones y plazos fijados en la misma

regulación. No obstante también en estos casos pueden aparecer circunstancias imprevisibles que permitan o aconsejen un cambio en las condiciones de fijación tarifaria.

Un supuesto especial es el tema del reajuste de los precios o tarifas tanto en los contratos en los que es el Estado el que paga directamente la contraprestación como en las tarifas de servicios públicos pagados por los usuarios. El reajuste de precios o tarifas ha de establecerse claramente en los contratos o regulaciones de los servicios y puede establecerse bien en función de parámetros nacionales de inflación o ser ajustados en función del precio de los insumos que necesita el contratista u operador para ofrecer la prestación a la que está obligado. Los contrato de obras públicas o las regulaciones de transporte suelen establecer mecanismos de indexación que tienen en cuenta además de la inflación general, los incrementos o disminuciones de los principales insumos.

Analizaremos entonces las circunstancias que pueden dar lugar a revisión y las formalidades que requiere dicha revisión.

1. Circunstancias que pueden dar lugar a la revisión de precios o tarifas

Estas circunstancias pueden ser distintas dependiendo del tipo de contrato o del plazo de ejecución, fundamentalmente si es de largo o corto plazo. No obstante, la jurisprudencia internacional y la mayoría de las legislaciones consagran al menos lo siguiente:

a) La modificación del objeto del contrato o de la prestación unilateral por la Administración.

Una de las situaciones más conflictivas que puede producirse en la vida de un contrato o de la prestación de un servicio es la necesidad de modificación del mismo. Sin embargo en la práctica puede ser frecuente y necesario ya que las previsiones reflejadas en el momento de la licitación están sujetas a las limitaciones y deficiencias que implica pensar acciones para el futuro. El denominado *ius variandi*, que es el poder de modificación unilateral que corresponde al Estado, es de la esencia de la actividad administrativa ya que el Estado puede verse obligado, por razones de interés público, a modificar el objeto del contrato o de la prestación. En estos casos, el Estado deberá necesariamente compensar al operador privado para restaurar el equilibrio financiero de la contratación.

No implica ello que la administración no tenga que respetar los principios generales de todo contrato, es decir, el mantenimiento de las condiciones pactadas. Sin embargo tampoco puede renunciar al interés público y mantener rígidas reglas que ya no responden a dicho interés. En todo caso los criterios generales que debieran guiar este tipo de actuaciones son los siguientes:

Recuadro 9

CRITERIOS GENERALES

a) El Estado o la administración contratante o reguladora debe demostrar el interés público que lo fuerza a modificar el contrato o el tipo de prestación. No se puede utilizar por consiguiente si el interés público no está bien justificado.

b) Debe establecerse en la regulación del servicio o del contrato cuales son los límites para ejercer este tipo de derechos, siendo conveniente desde luego que el interés público pueda ser evaluado por algún organismo independiente al que contrató. (Contraloría, Superintendencia, etc.)

c) Deben establecerse límites a este poder de imperio de la administración y regularse cuando se puede usar; puede haber casos que no sea posible, si es excesivo restablecer el equilibrio económico del contrato. Por ejemplo, la ley de concesiones de obras públicas de Chile permite ejercer el *ius variandi* siempre que el valor de lo modificado no supere el 15% del valor del contrato.

d) En todo caso el contratista o prestador del servicio tendrá derecho a ser indemnizado o bien a modificar el precio o la tarifa del servicio que estaba prestando.

b) Actuaciones de la administración que inciden directa o indirectamente en la economía del contrato

En el derecho administrativo se habla de *factum principis* o “hecho del príncipe” para aludir a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el que contrata con la Administración o para el que opera un servicio público concedido, sin culpa de éste.

El *factum principis* se aplica en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad de imprevisibilidad y que produzcan (relación de casualidad) un daño especial al contratista con lo que da lugar a compensación que puede traducirse en una revisión de la tarifa. Los casos en que se producen este tipo de circunstancias se clasifican en función de su causa en aquellos que tienen causa política, administrativa o normativa. La causa política es la razón de Estado por urgencia o emergencia; la urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva y al producirse el Estado puede establecer obligaciones especiales para el contratista o prestador de un servicio. Las causas administrativas estarían referidas a la distinta valoración del interés público originario y puede acontecer que, otorgado un contrato o una licencia para prestar un servicio de manera monopólica con determinadas contraprestaciones, tenga que sufrir cambios para adaptarse a nuevas condiciones. La causa normativa implica una modificación al ordenamiento jurídico positivo.

c) La teoría de la imprevisión

Nacida también en la teoría francesa de los contratos administrativos a partir de las decisiones del Consejo de Estado francés, dicha teoría se enuncia de la manera siguiente: el contratista u operador podrá renegociar los términos financieros de su prestación en caso de circunstancia imprevisible que pudiese perturbar el equilibrio financiero inicialmente previsto.

En efecto, la mayor onerosidad del contrato puede resultar de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato. Entre las manifestaciones que podría tener esta imprevisión se destaca por ejemplo las causas monetarias tales como la inflación, deflación, convertibilidad o estabilidad de la moneda; en segundo lugar causa de mercado tales como una recesión económica o la competencia desleal; en tercer lugar causas materiales que impidan el cumplimiento por ejemplo la imposibilidad de contar con fuentes de financiamiento para el contrato y por último se incluye el hecho tecnológico sobreviniente.

2. Formalidades en la revisión de precios

En todo caso es conveniente que las normas que regulan los contratos o servicios hayan previsto la ocurrencia de este tipo de situaciones, si bien no pueden prever la circunstancia misma y establecer si una vez acaecidos los hechos procede la revisión de precios o tarifas o bien otro mecanismo de compensación y cuales son las formalidades para ello. Una deficiente regulación de este tema puede ser una importante fuente de corrupción que debiera ser limitada lo máximo posible.

En todo caso desde el punto de vista formal deben cumplirse los mismos requisitos de forma que se tuvieron en cuenta para la adjudicación.

D. Extinción del contrato. Caducidad del derecho de prestar un servicio público

Dentro del régimen general de las licitaciones tenemos que referirnos a la extinción de la relación entre el Estado y el contratista o prestador del servicio público.

Lo normal es que dicha extinción se extinga una vez cumplida la prestación contratada o vencido el plazo otorgado para ella. Las condiciones de la extinción, el plazo del contrato y las relaciones especiales que surgen al momento de la extinción también tienen que estar reguladas en el momento de la licitación, bien en las bases de licitación o pliegos bien en la reglamentación general que va a regir el contrato o la regulación de la prestación. Extinguida la relación, y una vez verificadas las condiciones del cumplimiento, se devolverán las garantías al contratista, concesionario o tenedor de la licencia o derecho. Sin embargo, la relación entre el Estado y el privado también puede extinguirse por otras razones. En general se consideran causas de extinción el incumplimiento grave de la prestación por parte del privado o el interés público. Determinadas circunstancias de la vida del ente prestador también pueden dar lugar a la extinción.

1. Cumplimiento del plazo o de la prestación

Esta es la forma normal de extinción de la relación y consiste en el cumplimiento cabal de la prestación contratada o del plazo por el que fue otorgado el derecho de explotación de una concesión o licencia. En los contratos de suministro de bienes o de servicios o en los contratos de construcción de obra pública la relación se extinguirá una vez entregados los bienes o servicios y verificada la entrega conforme por parte de la administración. Una vez determinado el cumplimiento deberán devolverse las garantías entregadas. En algunos casos, el buen cumplimiento es anotado en la hoja de vida del prestador para tener constancia del mismo en otras futuras licitaciones.

Los incumplimientos calificados como leves, son sancionados y de ellos tendrá que responder el contratista o concesionario mediante el pago de multas, cuando corresponda, o incluso con otras indemnizaciones. Las garantías entregadas al inicio de la relación tendrán que cautelar no solamente el cumplimiento correcto sino también las eventuales multas impuestas o las indemnizaciones solicitadas por un cumplimiento deficiente.

2. Extinción por incumplimiento grave

Sin embargo determinados incumplimientos permiten y exigen extinguir anticipadamente la relación. En general se trata de incumplimientos que ponen en grave riesgo el contrato y que por consiguiente aconsejan que se ponga anticipadamente fin al mismo con la finalidad de corregir la situación planteada y no causar mayores daños al interés público.

Las bases de licitación o la reglamentación general de la relación debe establecer claramente cuales son las causales de incumplimiento grave que darían lugar a la extinción anticipada del contrato de forma que no pueda producirse arbitrariedad alguna en la administración. Causas de esta naturaleza serían por ejemplo el cobro de tarifas o precios superiores a los autorizados, deficiente calidad o cantidad de servicio prestado en relación al contratado o comprometido, demoras no autorizadas en el cumplimiento y que pongan en riesgo la prestación misma, etc. En general se tratará de causas graves y bien tipificadas.

Esta extinción anticipada debe prever también las consecuencias respecto del contrato, las relaciones entre la administración y el prestador y respecto de los usuarios cuando se presta un servicio público. Evidentemente las consecuencias menos graves se plantearán en contratos de

suministro o de construcción. Sin embargo serán más graves cuando lo que está en juego es la prestación de un servicio público. Por esta razón tienen que preverse los mecanismos que permitan la no interrupción del servicio que se está prestando, bien mediante la intervención de la propia administración o de un tercero.

Evidentemente en estos casos las garantías responderán del incumplimiento y por consiguiente no podrán devolverse hasta que se hayan determinado y cancelado todos los perjuicios causados. El incumplimiento grave, con culpa del contratista o del concesionario debe constar además en la hoja de vida de éste de forma de ser tenido en cuenta en futuras licitaciones.

Recuadro 10**EJEMPLOS DE CAUSAS DE EXTINCIÓN POR INCUMPLIMIENTO GRAVE**

- Cobro de precios o tarifas superiores a los indicados en el contrato.
- Demoras no autorizadas en la ejecución del contrato o en la prestación del servicio contratado.
- No entrega de las garantías definitivas establecidas en el contrato
- Prestaciones realizadas mediante subcontratos no autorizados. Cesión del contrato no autorizada

3. Extinción por causa de interés público

El interés público puede exigir que una relación, legalmente constituida, tenga que extinguirse cuando se producen determinadas circunstancias que, apreciadas por la administración, implican un perjuicio para el interés público en el caso de que se diera la continuidad. Pueden existir múltiples ejemplos de este tipo de situaciones. Así ocurrirá por ejemplo cuando, contratada una determinada obra pública, se aprecie por ejemplo la no conveniencia de continuarla por haber aparecido restos arqueológicos que es preciso preservar y por consiguiente no continuar con su construcción. También en la prestación de determinados servicios públicos remunerados con tarifas por parte de los usuarios cuando se producen determinadas circunstancias que aconsejan su interrupción temporal o definitiva.

Este tema es muy complicado porque su consagración en la legislación general o en los mismos pliegos de licitación suele crear desconfianza en los eventuales licitadores. El tema será más complicado si el país muestra una historia de extinciones de servicios por esta causa no bien justificadas. Por consiguiente para su aplicación será necesario, en primer lugar demostrar, sin lugar a dudas que el interés público puede verse seriamente perjudicado si efectivamente se continua con el contrato o con el servicio. En segundo lugar habrá que indemnizar en los daños y perjuicios que corresponda al contratista o prestador privado del servicio respecto de las inversiones realizadas. El tema más relevante planteado en estos casos es si la indemnización debe indemnizar también por el lucro cesante. Estas indemnizaciones tendrán que ser acordadas en el momento en que se produzcan las circunstancias pues es difícil determinarlas de antemano.

4. Extinción por incumplimiento de la administración

En determinadas circunstancias, servicios que han sido licitados o contratos legalmente formulados no pueden ser cumplidos por la administración con lo que el incumplimiento por parte del contratista o concesionario sobreviene por un incumplimiento previo de la administración. Ejemplos de ellos ocurren por ejemplo en los contratos de obra pública o en los de concesión de obra pública cuando la administración no puede entregar los terrenos comprometidos para la

realización de las obras. En estos casos puede producirse un retraso que no es culpa del contratista o del concesionario o bien el cumplimiento puede volverse completamente imposible. Lo mismo ocurrirá cuando el cumplimiento depende a su vez de algún permiso especial que tenga que otorgar la misma administración, por ejemplo un permiso ambiental para una determinada prestación.

En estos casos la relación también deberá extinguirse indemnizando en los mismos términos anteriores.

5. Extinción por causales propias del contratista o del concesionario

Un caso especial se produce cuando el contratista, concesionario o tenedor de la licencia, por causas ajenas a su relación con la administración quiebra y por consiguiente entra en un procedimiento especial que lleva a la venta de sus activos para poder pagar a los acreedores según la legislación civil o comercial del país.

La mayor parte de las legislaciones de contratos del Estado prevén que la quiebra del contratista o concesionario es causa de extinción de la relación contractual con el Estado. Una excepción muy interesante es la contenida en la ley de concesiones de obras públicas de Chile que regula expresamente la quiebra estableciendo que no se extingue la concesión y que los acreedores, pueden continuar, durante toda la vida de la concesión con el mismo giro del quebrado y hacerse cargo del contrato con la administración. También pueden optar por vender el contrato como un todo y el nuevo concesionario continuará el mismo contrato con las mismas condiciones establecidas en las bases de licitación. Sin duda una legislación de este tipo protege por una parte el interés público del servicio que se está prestando y los intereses de los acreedores.

6. Extinción por mutuo acuerdo entre las partes

Por último, cualquier tipo de relación contractual entre partes puede extinguirse por acuerdo entre ellas. En este caso rigen las mismas normas del derecho privado. No obstante hay que tener en cuenta que, en aquellos casos en que fue el interés público el que motivó la licitación, debe claramente establecerse por parte de la administración, que el interés público no queda perjudicado con la extinción.

V. Licitaciones especiales

A. Licitación de gestión de servicios públicos

Se utiliza el término de gestión de servicio público para referirse a las distintas formas de prestar el servicio público a través de una delegación del ente administrativo a favor de una persona privada, por la vía de la concesión, la licencia o el permiso. (También suelen utilizarse los términos de habilitaciones y autorizaciones para referirse a este tipo de relaciones entre la administración y el privado prestador de un servicio).

En general, las administraciones podrán gestionar indirectamente, mediante contratos, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. En todo caso la administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

En estos casos el Estado encarga a una persona natural o jurídica, pública o privada (preferentemente ésta última), la organización y prestación de un servicio público o la provisión de bienes vinculados o afectados al interés público por un plazo definido. Esta persona, actúa por su propia cuenta y riesgo y su labor se retribuye con un precio o tarifa que paga el usuario aunque también pueden existir subvenciones o subsidios, fijos o variables, otorgados por el Estado.

Antes de otorgar la gestión del servicio público, la administración tiene que determinar el régimen en el cual se desenvolverán las relaciones entre la administración el privado y los usuarios; asimismo deberá determinarse el alcance de las prestaciones, el ámbito territorial de la gestión, el plazo, el régimen tarifario, el sistema de sanciones, las inversiones a realizar y en general todo el régimen que delimite los derechos y obligaciones de las partes, tal como antes se expuso. Este tipo de cláusulas han de ser conocidas por todos los eventuales postulantes a la concesión permiso o licencia, por lo que tienen que formar parte de los pliegos de condiciones o bases de licitación. En algunos casos se han elaborado marcos regulatorios específicos para determinados servicios públicos bajo la forma de leyes o reglamentos; así suele ocurrir por ejemplo en la telefonía o en general en el sector de telecomunicaciones y a veces en el sector del transporte urbano. En general estos marcos regulatorios se refieren al régimen tarifario, características de los prestadores y de la prestación, derechos y obligaciones de las partes y características de los bienes sometidos a regulación. Cuando estas normas ya están incluidas en leyes o reglamentos específicos, no tienen que ser incluidas en las bases de licitación o pliegos por lo que éstos se remiten a la legislación general.

La relación entre el concesionario y el usuario depende de que su uso sea obligatorio o facultativo. En el primer caso la relación será reglamentaria por lo que se regirá por normas de derecho público; en el segundo caso la relación es contractual rigiéndose por el derecho privado fundamentalmente aunque también se le impondrán caracteres de derecho público tales como la imposibilidad de discriminación, la igualdad de acceso al servicio o el derecho de reclamación.

La regulación de la gestión de un servicio público debe ocuparse de asegurar la eficiencia a favor de los usuarios, buscar mejorar la calidad a través de la incorporación de nuevas tecnologías, el aumento de la infraestructura básica y asegurar la mayor cobertura ante el aumento de la demanda. Por consiguiente la administración debe imponer las sanciones que correspondan en el caso de que no se cumplan los planes de inversiones aprobados en las bases de licitación o a través del propio mecanismo regulatorio.

La tarifa es la retribución del concesionario o tenedor de la licencia o permiso. La tarifa debe permitir financiar la operación y las inversiones necesarias para el servicio así como rentabilizar el capital invertido. No obstante una vez fijada, la administración pública no puede hacerse responsable de eventuales desrentabilidades por causas no justificadas. La remuneración también puede contener una subvención por parte del Estado, fija o variable, periódica o no, establecida en las bases de licitación o en el contrato y tiene como finalidad asegurar al concesionario o prestador una rentabilidad mínima en condiciones y supuestos determinados antes de la licitación.

En la gestión de servicios públicos el rol de los órganos controladores o reguladores es fundamental, ya que tienen que controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los concesionarios y prestadores. Este tipo de órganos debiera ser de alta especialización técnica y autonomía (en Chile por ejemplo se utilizan las Superintendencias) y deben contar con funcionarios y empleados de alto nivel y de gran especialización.

Los bienes afectos a la prestación del servicio público pueden pertenecer al Estado o al concesionario. En algunos servicios existen a la vez bienes públicos y otros privados. Los pliegos o la reglamentación especial debe especificar claramente este tema y establecer las obligaciones y derechos sobre los mismos. Es necesario determinar entonces la suerte de los bienes al término de la concesión o extinción del permiso o licencia de operar el servicio. En general todos los bienes debieran revertir al Estado.

Por último, respecto del plazo, la gestión de un servicio público, debe ser generalmente temporal. Como regla general será otorgada por un periodo de tiempo razonable, que permita la

eficiente prestación del servicio, la amortización de las inversiones y posibilite una rentabilidad apropiada.

B. Licitación de contratos de obras

Probablemente un tipo de licitaciones de gran importancia entre las que realiza la administración son las de contratos de obra pública. Su importancia deriva del gran volumen de recursos involucrados en cada país para realizar obras públicas y del especial mercado que se genera en torno a los contratistas de obras públicas. Por esta razón las condiciones de estos contratos suelen estar reguladas en normativas de carácter general aunque las bases de licitación o pliegos establecen condiciones específicas.

En este tipo de contratos tiene gran importancia el sujeto que contrata con la administración que ha de tratarse una empresa con especial trayectoria en este ámbito de contratos. Es aconsejable establecer registros de contratistas, clasificados por categorías tanto relacionadas con tipos de obras como con el volumen de recursos involucrados en ellas, para evitar riesgos de cumplimiento tanto relacionados con la calidad técnica de la obra contratada como con el soporte financiero de la empresa.

Para evitar que los recursos presupuestados sean insuficientes para la obra que se contrata, problema bastante común en todo tipo de administraciones y en la mayoría de los países, es necesario que la propia administración tenga claridad sobre costos de las partidas así como sobre las cantidades de obra necesarias para su realización. Para ello es conveniente separar los contratos de ingeniería de los de construcción propiamente dichos y solamente licitar un proyecto cuando los volúmenes de obra sean conocidos. Ello evitará los aumentos no presupuestados y los consiguientes ajustes dentro del programa de licitaciones como consecuencia de que las obras hayan tenido un precio superior al presupuestado.

En general son materia de este contrato la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como caminos o carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral, monumentos, instalaciones varias o los trabajos que modifiquen los terrenos o subsuelos tales como dragados, sondeos, prospecciones, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas, etc.

La promoción de obras públicas debiera requerir siempre la existencia de planes debidamente aprobados, de modo que exista un calendario de licitaciones de obras anuales que las distintas empresas contratistas puedan estudiar. Entendemos por plan a estos efectos, un documento formal en el que se enumeran y clasifican las diversas obras públicas, con una estimación de costos que han de licitarse en un tiempo determinado

Normalmente previo a la contratación de la obra la administración tendrá que hacer una serie de estudios previos. Algunos son de carácter general que analice por ejemplo aspectos ambientales o territoriales (lo cual es común en los proyectos viales) y especiales relacionados con la prefactibilidad y factibilidad de la obra, análisis de terrenos, expropiaciones, etc.

Además en obras de especiales magnitudes o complejidades tendrá que realizarse un anteproyecto que sirva después para una posterior propuesta de gasto. Dicho anteproyecto suele constar de una memoria, en la que se exponen las necesidades a satisfacer, los planos de situación y de conjunto, el presupuesto, los proyectos parciales, etc. Posteriormente se realiza el proyecto consistente en un conjunto de escritos, cálculos, dibujos etc. y que contienen además las inversiones que se incluirán en el contrato. Los proyectos deberán referirse necesariamente a obras completas.

Las obras habrán de ejecutarse conforme a lo dispuesto a las cláusulas y al proyecto que sirve de base al contrato, siendo el contratista, durante el plazo de duración de las obras responsable del mismo, salvo pacto expreso en contrario.

C. Licitación de concesiones de obras públicas

Recientemente han adquirido una gran importancia las concesiones de obras públicas en las que la administración encarga a un privado la construcción, mantenimiento o explotación de una obra pública a cambio de tarifas que cobra a los usuarios y/o subsidios que puede entregar la administración durante un periodo de tiempo.

La importancia de este tipo de contratos deriva de que mediante ellos los Estados pueden hacerse cargo de importantes déficit de infraestructura sin que tengan que desembolsar directamente el valor de las obras sino que estas son financiadas directamente por los usuarios (autopistas de peaje por ejemplo, aeropuertos) o diferido su pago en el tiempo mediante cuotas establecidas contractualmente.

Normalmente el proceso comienza con un procedimiento pre-calificatorio que, trata fundamentalmente de asegurar la disponibilidad financiera y la capacidad técnica de los inversionistas ya que normalmente se trata de altas inversiones.

La licitación propiamente dicha está caracterizada por su rigor y sentido formalista al establecerse una serie de trámites, formalidades y procedimiento a cumplir por ambas partes para manifestar la voluntad contractual. La licitación se prepara en torno a un documento denominado “Bases de Licitación”, que contiene las normas de tipo administrativo, técnico, económico y financiero por las que se regirá el contrato de concesión. Son elaboradas por la agencia concedente, y entregadas a los licitantes para que éstos preparen su oferta. Entre los licitantes rige la regla de la libre competencia; no obstante cuando ha existido precalificación, el requisito para presentar ofertas será el de estar precalificado.

Los licitantes presentan las ofertas que son el conjunto de documentos en los que, teniendo en cuenta lo solicitado por las bases de licitación, se establecen ciertas condiciones técnicas y económicas con las que estarían dispuestos a adjudicarse la concesión. Las ofertas comprenden una serie de requisitos subjetivos, objetivos y formales. Los primeros se refieren a la capacidad de ser licitante y a la representación lo cual ha de ser demostrado en los documentos. Los objetivos se refieren al objeto mismo de la oferta que deberá contener los documentos establecidos en las bases y el factor o factores de evaluación que finalmente decidirán cual es la oferta ganadora. Por último los requisitos formales se refieren a formalidades establecidas en las bases de cumplimiento obligatorio; entre ellos se destacan la forma escrita, el idioma castellano, la firma del sobre o de alguno de los documentos, el número de ejemplares, el secreto y su presentación en el lugar tiempo y forma señalada. Las ofertas están compuestas de tres tipos de documentos: antecedentes generales, oferta técnica y oferta económica.

Las propuestas son evaluadas por una Comisión integrada en conformidad a la normativa, sea Ley, Reglamento o Bases de licitación. El procedimiento de evaluación debe también estar regulado en alguno de los mencionados cuerpos normativos. Cada miembro de la Comisión califica en forma independiente, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones o bases de licitación. El resultado de la evaluación se debe reflejar en una nota final.

La primera fase de la evaluación, consiste en la verificación del cumplimiento en la entrega de los antecedentes exigidos. A modo de ejemplo podemos mencionar los documentos que acrediten la existencia de la sociedad oferente, los poderes que autoricen a determinada persona para representar, la garantía de seriedad de la oferta, el formulario u oferta técnica, el sobre cerrado

con la oferta económica, etc. Sólo las propuestas que cumplan correctamente con la entrega de todos los antecedentes exigidos pasa a la etapa de evaluación técnica.

La segunda fase es la evaluación de las ofertas técnicas, teniendo cada uno de los factores asignada una nota. La Comisión debe rechazar, y por lo tanto no seguir evaluando, aquellas ofertas que:

- Uno o más de los aspectos presentados no cumplieren con lo dispuesto en el Reglamento o en las Bases de Licitación. Por ejemplo, si la garantía de seriedad de la oferta no es por el monto exigido o tiene un plazo de vigencia inferior al señalado en las Bases. También será causal de rechazo la no entrega o entrega defectuosa de los antecedentes exigidos, sean estos legales, financieros o técnicos.
- Uno o más de los aspectos evaluados obtenga una nota final inferior a la nota mínima establecida en las Bases de Licitación. Por ejemplo en una escala del 1 al 6, el obtener una nota 3 implica causal de rechazo.
- La nota final promedio de la oferta técnica sea inferior a 4.

Las ofertas técnicas que son evaluadas como satisfactorias, pasan a la etapa de evaluación económica. El no rechazo de una oferta en la etapa de calificación técnica implica en principio la admisión de la misma y el derecho del licitante a que se abra su oferta económica.

En principio los licitantes no pueden modificar sus ofertas una vez que estas han sido abiertas, pero en determinados ordenamientos jurídicos, como el chileno, se permite efectuar ciertas rectificaciones no sustanciales siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos, a saber:

- Visto bueno de la autoridad competente
- Aplicación del principio de igualdad, es decir no es posible que ante determinadas imprecisiones, errores o necesidades de complemento, se llame a rectificar o aclarar a unos licitantes y no a otros.
- Las aclaraciones o rectificaciones sólo pueden referirse a aspectos formales de la oferta y nunca a aspectos sustanciales o de fondo. Por ejemplo, no podrán subsanarse deficiencias que afecten la personalidad del oferente, como la capacidad para contratar, o al objeto de la misma, como objeto del contrato o condiciones económicas.

El contrato será adjudicado a aquella oferta que, calificada como técnicamente aceptable, presente la oferta económica más conveniente. En determinados casos puede ponderarse la nota obtenida en la calificación técnica y económica, resultando adjudicada la oferta que obtenga la mejor nota final.

Los factores de adjudicación son muy diversos y pueden referirse por ejemplo a:

Recuadro 11
FACTORES DE ADJUDICACIÓN

- Estructura tarifaria
- Plazo de concesión
- Subsidio del Estado al oferente
- Pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión
- Ingresos garantizados por el Estado
- Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o explotación de la obra, tales como el caso fortuito, fuerza mayor o imprevisión
- Fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión
- Puntaje obtenido en la calificación técnica
- Ingresos totales de la concesión
- Ofertas del proponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado
- Calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios
- Consideraciones de carácter ambiental y ecológico

Durante la vigencia del contrato la administración tendrá la facultad y la obligación de control, lo cual implica a lo menos:

- 1º la facultad de prescribir al concesionario todas las medidas que permitan a los agentes de la Administración conocer y verificar, de manera precisa, todo lo referente al concesionario (obligación del concesionario de suministrar todos los documentos, de responder a todas las preguntas que se le formulen, de dejar que los agentes de la Administración tomen conocimiento de todos los actos y documentos relativos al servicio concedido); y
- 2º la facultad de dirigir órdenes ejecutorias y prohibiciones al concesionario, para obligarle a construir la obra, a explotar o a administrar financieramente el servicio, en la forma que la Administración juzgue conveniente para el bien general.

El contrato de concesión está caracterizado por ser un contrato de larga duración en el que normalmente pueden distinguirse claramente dos etapas separadas por la puesta en servicio de la obra. La primera es la que se denomina fase de construcción que a su vez puede subdividirse en dos sub-fases: la del diseño de la obra y construcción efectiva de la misma. La segunda etapa es la de explotación. Esta división en etapas no tiene las mismas características en todos los contratos de concesión. En efecto, una obra puede entregarse en concesión permitiendo que el concesionario la explote mientras que construye; por otra parte la ley de concesiones permite que se entregue una obra en concesión para su conservación o mantenimiento, sin que sea necesario incluir en el contrato obra nueva.

La construcción de la obra deberá realizarse en los plazos indicados en el contrato de concesión corriendo el concesionario con los riesgos que puedan ocurrir en esta etapa.

La explotación de la obra solamente puede comenzar una vez que la administración ha otorgado la autorización de puesta en servicio de la misma la cual, si así lo estipulan las bases,

puede ser parcial. La recepción provisional está sujeta a un procedimiento formal y solemne y a partir de ese momento las obras se entregan al uso público. Las bases regulan una recepción definitiva de la obra.

D. Licitación de contratos de suministros

El contrato de suministros regula la compra de bienes requeridos por el Estado pero que no están, a diferencia de la gestión de servicios públicos, afectados a un interés público (por ejemplo la provisión de materiales de escritorio u oficina para una dependencia pública). En este caso, el Estado contrata con una determinada persona o entidad la entrega de ciertos bienes a cambio de un precio según las condiciones establecidas en la licitación que se realiza para la provisión de dichos bienes. En general se trata de compras de efectos necesarios.

En general se entiende por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos muebles. En general el suministro puede ser de cosas muebles fungibles o no y consumibles o no y no es necesario que estén en poder del contratista. La entrega puede ser sucesiva o entrega única.

Puesto que se trata finalmente de una compraventa por lo que en ausencia de normas públicas rige el derecho privado. No obstante el derecho público suele regular la entrega y recepción, señalando que el contratista está obligado a hacer la entrega en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de acuerdo a las prescripciones fijadas en el pliego o bases y que no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de la entrega a la administración, Por otra parte tendrá derecho al pago del precio de los suministros formalmente entregados y recibidos por la administración.

E. Contratos de consultoría y asistencia de los servicios

Los contratos de consultoría son muy variados e incluye por ejemplo contratos que celebra la administración para estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos y proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones e implantación de sistemas organizativos; se incluyen también aquellos que persiguen llevar a cabo, en colaboración con la administración investigaciones y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico, asesoramiento para la gestión de bienes públicos o estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, etc. Por otra parte los contratos de servicios son aquellos que tienen carácter técnico, económico, industrial, comercial u otros análogos, los complementarios para el funcionamiento de la administración, los de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes o instalaciones o gestión de sistemas de información.

Normalmente se trata de contratos de corta duración (no superior a dos años) a no ser que sean complementarios a otros contratos principales como por ejemplo ocurre con los de obras y los contratos de inspección de obras que debieran durar lo mismo que el contrato principal.

En general el contrato habrá de ejecutarse conforme a las cláusulas del mismo y el contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle así como de la calidad profesional de los involucrados según las exigencias establecidas por la administración. Respecto de su cumplimiento, será el órgano que contrate el que determinará si la prestación realizada se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y exigirá las subsanaciones que sean necesarias. Puesto que normalmente se trata de estudios, la determinación de si están correctamente ejecutadas puede ser discrecional o incluso arbitraria por lo que han de establecerse los mecanismos que tendrá el contratista para conocer y ser oído sobre las observaciones que se le formulen con relación al cumplimiento de la prestación contratada.

Anexos

F. Otros procedimientos de selección

La selección del contratista por parte de la administración se realiza por alguna de las formas, sistemas o procedimientos contemplados en el ordenamiento jurídico correspondiente. Estas formas de selección tienden a resguardar el interés fiscal, a controlar la moralidad de los funcionarios administrativos, a asegurar la igualdad de los concurrentes y a obtener la oferta más conveniente.

En todas las modalidades los principios que informan el procedimiento administrativo son la legalidad, la defensa del interés público, la participación, la colaboración, la oficialidad y la eficacia, aunque no con la misma intensidad, puesto que en algunas prima la selección automática, en otras la racional y en las restantes la discrecional. En los procedimientos de licitación pública y concurso público se verifican además la concurrencia, de los principios de igualdad, publicidad y transparencia.

En derecho comparado encontramos diversas formas o procedimientos a los cuales recurre la Administración para adquirir bienes o contratar servicios, siendo la licitación pública el procedimiento por excelencia, el cual debiera seguirse en la mayoría de los casos. No pretendemos abordar en este trabajo todas las formas de selección de contratistas, sino sólo las modalidades más utilizadas.

Dentro de los procedimientos tradicionales encontramos la licitación pública, la licitación privada, la contratación directa, el remate público, el concurso público y el concurso de precios. Además de estos sistemas de contratación, las nuevas necesidades de la Administración, han llevado a buscar otras formas como el procedimiento negociado, la venta de acciones en bolsas y mercados, el concurso de proyectos integrales, la oferta oral en acto público y el suministro de precios.

1. Licitación privada

a) Concepto

La licitación privada es el procedimiento de contratación en que intervienen como oferentes sólo las personas o entidades expresamente invitadas o seleccionados por el Administrador, que son los únicos a quienes se les solicita oferta. Es un pedido de ofertas dirigido a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso. Recibe también el nombre de licitación cerrada, licitación restringida, licitación selectiva o licitación no formal.

Si bien en cada legislación la licitación privada tiene algunos matices o elementos particulares, para hablar de licitación privada es necesario que se cumplan ciertos requisitos:

- i. Participación de más de un oferente, los cuales son llamados por el Administrador interesado personalmente o por invitación.
- ii. El Administrador debe establecer las condiciones de la contratación en un pliego de bases de licitación, incluyendo entre otros elementos: los precios básicos, los plazos para la ejecución de las distintas etapas de la encomienda, los pagos, las garantías que se exigen, la referencia clara de la obra o servicio que se desea llevar a cabo, etc.
- iii. Se debe establecer el lugar, la fecha y la hora de la apertura de las propuestas, es decir, del acto de licitación y el plazo en el que el licitador hará la adjudicación.

b) Diferencias con la licitación pública

La diferencia esencial entre ambas formas de selección del contratista es el número de entidades invitadas o autorizadas para participar en el proceso. En la licitación pública la concurrencia de oferentes es libre; en la licitación privada es limitada.

Por otra parte, en la licitación pública la presentación de ofertas obedece a un llamado efectuado en forma pública y objetiva por la Administración. En la licitación privada dicha presentación responde a una invitación que se notifica en forma personal y directa. En suma, en la licitación pública pueden ser oferentes todas las personas que se ajusten a las condiciones reglamentarias; en tanto que en la licitación privada los participantes son llamados por una "carta-convite".

Parte de la doctrina sostiene que todos los interesados que hayan tomado conocimiento del procedimiento de licitación privada y que entiendan estar en condiciones de presentar ofertas, puedan hacerlo, aun sin haber sido invitados. Sin embargo, la posibilidad real de participar en una licitación privada sin previa invitación, dependerá de la regulación que tenga el país en cuestión.

2. Contratación directa

a) Concepto

La contratación directa es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes. En otras palabras, la autoridad adjudicadora contrata a un proveedor, sin previo concurso, no habiendo un procedimiento real de

selección. La denominación de este procedimiento varía, la doctrina habla también de trato privado, concierto directo, compra directa, entre otros nombres.

Esta modalidad de aprovisionamiento se encuentra autorizado por las distintas legislaciones en casos determinados, siendo siempre un procedimiento al menos teórico de excepción. Decimos teórico pues con frecuencia la utilización de esta figura, a pesar de estar restringida y ser de carácter excepcional, en la práctica es la regla general desde el punto de vista del número o volumen de operaciones, no así en términos de valor. En el capítulo siguiente se analizan los motivos que autorizan la utilización de esta modalidad de contratación.

Las notas características de esta forma de contratación, podemos sintetizarlas de la siguiente manera:

- i. Falta de competencia, sólo participa un oferente.
- ii. Facultad del Administrador para dirigirse libremente a quién juzgue conveniente y solicitarle una oferta.
- iii. Carácter facultativo. Por regla general, en los supuestos que el ordenamiento jurídico habilita al Administrador para contratar en forma directa, este puede recurrir a otra modalidad, como la licitación privada o la pública. Por otra parte el Administrador esta facultado para no admitir la oferta, y rechazarla fundadamente.

b) Diferencias con la licitación privada

La contratación directa es un procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista, sin concurrencia u oposición; la licitación privada, en cambio, más próxima a la licitación pública, parte del principio de la concurrencia competitiva de varios oferentes especialmente invitados por el Estado. Su diferencia, entonces, no radica en los supuestos que habilitan su procedencia, que dependen del casuismo legislativo.

Es importante tener presente que ambos son procedimientos de excepción y que generalmente si bien no se establece el empleo indistinto de la licitación privada y de la contratación directa, nada obsta a que en los supuestos que permiten la contratación directa, se proceda por licitación privada. Lo anterior siempre y cuando dicho procedimiento sea factible y compatible con la naturaleza de la contratación. Por el contrario, no es posible contratar directamente en los casos que están reservados para la licitación privada como único procedimiento de excepción.

En síntesis, cuando la ley autoriza la contratación directa, puede utilizarse la licitación privada, pero cuando la ley autoriza la licitación privada, no puede ser ella sustituida por la contratación directa.

3. Remate público

Consiste en la compra y venta de bienes en público, previa publicidad del llamado, sin limitación de concurrencia y al mejor postor. Puede hacerse con base o sin ella, y la adjudicación se hace en el mismo acto en favor del precio más elevado que se ofrezca. En algunos supuestos se emplea el término remate como sinónimo de subasta. Otras veces no se los identifica y se habla del remate como puja dentro del procedimiento de la subasta, diferenciándose el todo subasta de una de sus partes remate.

Este procedimiento más que para selección del contratista, se utiliza para la venta de bienes de la administración, sin perjuicio de su utilización para la compra de bienes. En ambos casos los postores que concurren a los remates no necesitan estar inscriptos en ningún tipo de registro de contratistas del Estado.

Cuando la Administración vende en remate público, el procedimiento debe efectuarse por medio de los órganos y entes estatales competentes. Además, la venta debe ser autorizada por el órgano competente. A veces se requiere la autorización legislativa; otras veces basta la de los órganos superiores de la Administración.

En algunas legislaciones se establece la obligatoriedad del remate público para la venta de ciertos bienes en función del propietario. Por ejemplo, en Argentina la venta de bienes municipales debe hacerse, en la mayoría de las provincias, por este sistema. Es muy frecuente que la Administración pública venda por este procedimiento cierta clase de bienes de los cuales desea desprenderse.

Si la Administración compra en remate público, el funcionario que formule la oferta no puede ofrecer un precio que exceda al que se le haya autorizado.

4. Concurso

a) Concepto

Es el procedimiento de selección del contratista por el que se pretende elegir de entre los intervinientes en el proceso, al que reúna la mayor capacidad técnica, científica, económico-financiera, cultural o artística. Por esta vía se busca seleccionar a la persona natural o jurídica más idónea para ejecutar una prestación pública, razón por la cual se tienen especialmente en cuenta las condiciones particulares de capacidad del oferente, siendo un contrato *intuitu personae*. En general, deben ser celebrados previo concurso público aquellos contratos en los que el criterio de selección recaiga primordialmente en factores no económicos. Se aplica, por ejemplo, para proveer un cargo de profesor universitario, realizar la maqueta de un monumento, ejecutar un proyecto o anteproyecto de arquitectura, etc.

Esta modalidad es, en líneas generales, la que reúne los elementos más aconsejables para aquellos contratos que envuelvan una cierta complejidad ejecutiva, cuya solución exige una particular dotación de la empresa o individuo que la ejecuta.

El concurso puede dirimirse, dependiendo del ordenamiento jurídico particular, en base a los antecedentes presentados o por una prueba de oposición entre los concursantes.

5. Concurso y licitación pública

El concurso público se asienta sobre las mismas bases que las de la licitación, las reglas son las mismas, los principios de búsqueda del mejor oferente a través de la competencia, se aplican en ambos procedimientos. La gran diferencia radica en el carácter de *intuitu personae* que tiene el concurso pues en este se tienen en vista las condiciones especiales del contratista, las cuales pueden ser, dependiendo del tipo de contratación, de orden técnico, científico, económico-financiero, cultural o artístico. La selección del contratista no se efectúa por la oferta económica, es decir el elemento precio no es el único a tomar en consideración, ni el más importante. Tienen especial relevancia otras variantes, como la aptitud o experiencia de las personas naturales o jurídicas, sus conocimientos técnicos y financieros, y todos aquellos que permitan asegurar una mayor capacidad.

Por analogía e interpretación, podemos afirmar que en términos generales, se aplican al procedimiento concursal, en todo en cuanto no fuere incompatible con su naturaleza, los caracteres y principios reguladores de la licitación pública, pudiéndose incluso declarar desierto el concurso cuando los oferentes no cumplan los requerimientos que tiene en vista la administración.

6. Concurso de precios

Es el sistema de selección del contratista, mediante el cual la Administración invita a un número determinado de personas naturales o jurídicas para que propongan precios para la ejecución del contrato al que se convoca. La normativa particular determina el número mínimo de personas que se debe convocar.

No debe confundirse esta modalidad de contratación con los denominados concurso público o licitación pública o privada, pues a pesar de su denominación, este procedimiento no tiene las características del concurso público. Tiene, sin embargo, semejanzas con la licitación privada ya que ambos procedimientos se inician con una invitación restringida a proponer ofertas.

El concurso público se diferencia con la licitación, pública y privada, en que en las licitaciones se selecciona la propuesta más conveniente en forma integral, mientras que en el concurso de precios sólo el precio o cotización es el elemento variable y determinante de la elección.

7. Concurso de proyectos integrales

a) Concepto

El concurso de proyectos integrales es el procedimiento de selección que se origina en una iniciativa privada, presentada por un particular, para solicitar la concesión de una obra determinada que es declarada por autoridad competente de interés público. En este procedimiento no existen bases efectuadas por la Administración, no existe pliego de condiciones, todo lo cual importa un significativo ahorro, tanto de tiempo como de inversión de los fondos públicos. En el concurso de proyectos integrados no es la Administración la que define las reglas y cuál será la obra o el servicio a contratar, sino que serán los eventuales oferentes quienes elaboren el modelo de concesión que pretenden encargar.

El proponente tiene la libertad para elaborar la oferta, la cual debe ser integral y debe contener los lineamientos que permitan su comprensión e identificación, así como la aptitud suficiente para demostrarla viabilidad jurídica, técnica y económica para desarrollar el proyecto.

Una vez calificada la iniciativa como de interés público, la Administración puede optar por el llamado a licitación pública o a concurso de proyectos integrales. En este caso competirán quien tuvo la iniciativa y quienes se presenten como consecuencia del llamado a concurso.

Este tipo de selección incentiva a los privados a la realización de proyectos en los que tengan interés, movilizandolos con finalidad productiva en base a su decisión.

Para estimular la generación de iniciativas privadas, puede otorgarse un derecho preferente en caso de igualdad, o bien, para participar en una puja, en el caso de que hubiera otra oferta mejor a la de quién presentó la iniciativa.

8. Procedimiento negociado

El procedimiento se inicia con la convocatoria efectuada por la Administración sobre las bases del pliego previamente elaborado por ella, en el cual deben figurar expresamente las condiciones de la evaluación técnica, sobre las que se considerarán las ofertas. Presentadas las propuestas éstas son abiertas en secreto, garantizando así la transparencia del procedimiento. De este modo, los oferentes no conocen ni el precio ni las demás condiciones propuestas por los otros participantes.

La Administración primero evalúa la capacidad técnica de cada oferente, los méritos técnicos de sus propuestas y todos los otros factores de significativa relevancia para elegir a quienes pasarán a la etapa de negociación. Se eliminan los oferentes que no respondan a los requerimientos del pliego. Esto implica que la Administración solicite a los que han resultado preseleccionados la mejora de sus propuestas, comenzando las negociaciones que se manifiestan en discusiones orales y escritas. Esta fase se denomina de rango competitivo. Están expresamente prohibidas la técnica de la subasta y la "transfusión técnica", evitando de este modo, que un oferente baje su precio haciéndole saber a la Administración el precio ofrecido por otro; y además se impide la transferencia de ideas, conceptos o soluciones de un competidor a otro.

Superada esta etapa, la Administración requiere la presentación de nuevas propuestas. Estas incluirán mejoras en cualquiera de los ítem que la integran, y así sucesivamente se continúa con el procedimiento hasta que la Administración selecciona al que considera el mejor.

Aun cuando este procedimiento puede resultar engorroso, cansador y costoso por el tiempo que implica y por el personal de la Administración que requiere para las evaluaciones y consecuentes negociaciones, permite analizar las propuestas en su integridad y mejorarlas cuando resulte necesario.

El procedimiento de negociación tiene en miras aumentar la competencia entre las empresas, y se basa en la confianza a los entes gubernamentales y en la discrecionalidad Administrativa.

9. Venta de acciones en bolsas y mercados

Si un ente administrativo es accionista de una sociedad comercial, puede recurrir a este procedimiento de selección, regularmente utilizado en las contrataciones privadas, para elegir a su contratista en la venta de acciones o cuota parte de capital.

Para llevar a cabo este procedimiento, el Estado debe designar a una entidad que actúe por su cuenta y orden, a fin de implementar y ejecutar los actos y operaciones que sean necesarios.

10. Oferta oral en acto público

Las mercaderías o bienes deben ser detallados por la Administración con absoluta precisión y claridad, fijándose un precio base obtenido del valor medio de la oferta en el mercado local. El ente requirente debe contar con la previa afectación de fondos y dar al acto adecuada publicidad. Los oferentes se inscriben con un tiempo, dependiendo de la legislación aplicable, de anticipación al acto, y hasta su inicio, y presentan el depósito de garantías de mantenimiento de oferta establecido.

Las ofertas presentadas en sobre cerrado se abren en el mismo acto. Abierto el acto, y previa identificación del oferente y constatación de su inscripción, se hacen las ofertas de viva voz, pudiéndose plantear las mejoras en un tiempo prudencial. Las adjudicaciones se efectúan en el mismo acto, al no producirse mejoras en la puja.

11. Relevamiento de precios

Con el objeto de racionalizar el procedimiento de compras, procurando los mejores precios de plaza, la Administración efectúa llamados periódicos por los medios de difusión general, invitando a la presentación de precios en acto público. Las firmas interesadas reciben un disquete que deben entregar en el acto con los precios ofrecidos en cada uno de los ítem estipulados.

El fin es lograr un relevamiento de precios destinado a la formación de una base de datos. Esta es utilizada para formalizar la compra de artículos de los distintos rubros involucrados, sobre la base de los mejores precios obtenidos.

G. Fundamentos a la excepción

Resulta fundamental tener claro que la licitación pública es el procedimiento regla para la selección del contratista estatal, es la modalidad que debiera idealmente utilizarse siempre, pues responde a los principios básicos de optimización de los recursos públicos y da mayores garantías en la elección del contratista. Sin embargo, la práctica ha obligado a reconocer otras modalidades de contratación, algunas de las cuales fueron definidas en el capítulo anterior. Entremos ahora a analizar los motivos o justificaciones que legitiman emplear otras modalidades de selección.

En términos generales, las excepciones a la licitación están basadas en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, o de hecho, en motivos de conveniencia administrativa, o en otros supuestos como razones de Estado y seguridad pública. Existe imposibilidad legal, cuando la norma excluye expresamente el procedimiento licitatorio en determinados supuestos, previendo otro mecanismo de selección o contratación. Esto sucede, por ejemplo, en determinadas legislaciones a propósito de las consultorías, las cuales se adjudican previo concurso público o cuando por el monto de la contratación se establecen otros procedimientos. La imposibilidad por naturaleza deriva del tipo contractual, como una donación a favor de un hospital público, o del objeto de la contrata, por ejemplo en los casos que se requiere capacidad especial. La imposibilidad de hecho se presenta ante circunstancias que tornen impracticable el procedimiento licitatorio público. Tal situación se daría por ejemplo, ante una catástrofe nacional u otra situación de emergencia. También surgen como causales de excepción a la licitación pública las razones de Estado y la seguridad pública.

1. Características de las excepciones

a) Expresa

El ordenamiento jurídico debe contemplar expresamente cuáles serán los tipos o formas de contratación distintos a la licitación pública y además, en que casos y circunstancias proceden. Resulta importante que la normativa jurídica declare la obligatoriedad de la licitación pública así, sólo puede prescindirse de ella en los casos enumerados taxativamente por la ley.

b) Interpretación estricta y restrictiva

En derecho público los contratos están sujetos a principios esenciales, siempre de interés público, como la moralidad y la conveniencia administrativas. En tal sentido, la licitación es una institución típica de garantía de ese interés público. La interpretación de las normas que contemplan otras formas de contratación debe limitarse a aplicar los procedimientos de selección de excepción contemplados, en los casos allí determinados. Las excepciones al principio general, deben ser interpretadas en forma estricta, atendiendo al fundamento con que han sido acordadas. Por otra parte, es fundamental no aplicar por analogía un procedimiento de selección distinto al de la licitación pública.

c) Carácter facultativo

Cuando la ley permite el empleo de otro procedimiento de selección este debe ser facultativo para la Administración, de manera que cuando la naturaleza y el objeto del contrato lo permitan, se pueda acudir a la licitación pública.

d) Decisión motivada

La autoridad competente que decida contratar por alguno de los procedimientos de excepción, debe ponderar objetiva y fundadamente las razones que justifican el procedimiento

elegido y el cumplimiento de los requisitos para que sea procedente. Se debe exigir una fundamentación fáctica y jurídica que sostenga la legitimidad y oportunidad de la decisión de contratar por un procedimiento de excepción y el criterio para evaluar la concurrencia de los supuestos de excepción no puede apoyarse en otras consideraciones que no sean las que contempla la norma.

2. Casos en que procede la excepción a la licitación pública

a) Monto menor

Uno de los fundamentos más comunes para utilizar un procedimiento distinto al de la licitación pública, es la escasa magnitud económica de la contratación tenida en miras por la Administración. En efecto, cuando el suministro no llega al monto fijado para ser realizada por el procedimiento licitatorio, la regulación muchas veces indica que estará exceptuada del mismo en razón del monto menor.

Con relación a este tema, surge la pregunta de si el monto que permite la excepción, es el que resulta de la licitación y por el que definitivamente se contrata, o es el monto provisionalmente presupuestado en el llamado. La respuesta debiera estar en cada ordenamiento jurídico y puede variar en función del tipo de contrato.

En relación con lo anterior, es importante que cada legislación o bien exprese la suma máxima que permite la contratación de excepción o establezca un principio jurídico general, dejando a la Administración la facultad de completar, interpretar e integrar ese principio, precisándolo circunstancialmente. Así el reglamento u otro acto administrativo, pasaría a completar e integrar el ordenamiento jurídico positivo, en virtud de una autorización legislativa expresa.

b) Urgencia

La procedencia de esta causal como fundante de la aplicación de un procedimiento de excepción, exige algunos presupuestos esenciales o requisitos, pues no toda urgencia habilita la excepción al procedimiento licitatorio. En tal sentido, la urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada, objetiva y de una naturaleza tal que la necesidad que origine no pueda ser satisfecha en tiempo oportuno más que por el procedimiento de excepción autorizado.

Concreta

La urgencia debe ser especial y presentarse en un caso particular en un momento determinado. Que la urgencia sea concreta dice relación con la realidad de la misma, con la necesidad de concreción. No puede ser teórica, abstracta, general o común, ni una posibilidad o supuesto. Si no se exigiera el que fuera concreta, se correría el riesgo de considerar como cierta una situación de urgencia irreal, generalizándose los supuestos de excepción, que como tal deben ser de interpretación restrictiva y limitada.

Inmediata

La necesidad pública invocada debe ser actual, presente impostergable e improrrogable, por ello se excluyen las urgencias de futuro, aquellas que se exigen de modo mediato en vista del bienestar general.

Debe tratarse de una situación apremiante, en que las necesidades del Estado tienen que satisfacerse con toda premura, a riesgo de malograr un propósito de absoluta necesidad o de lograr gran utilidad, si se procede con demora.

Imprevista

La urgencia o emergencia debe ser imprevisible, no haberse podido prever. Sin embargo en algunas legislaciones a propósito de las contrataciones de obras públicas se admiten tanto las urgencias previstas como las imprevistas, habilitando ambas la excepción del procedimiento licitatorio.

Probada

La urgencia es una cuestión de hecho, concreta, que debe ser debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos y verificada por la autoridad competente. La declaración de urgencia no puede quedar librada a la facultad discrecional del funcionario competente para contratar. Debe ser también meditada por los órganos asesores y de control.

Objetiva

La emergencia que justifica la excepción tiene que deberse a una necesidad pública, a una exigencia estatal. La determinación de la urgencia, no puede quedar entregada al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal puede desvirtuar el sentido de la norma.

La urgencia después de una licitación pública fracasada

Una licitación pública fracasada por ofertas inconvenientes no da lugar, en principio, a la contratación directa o a otro procedimiento de excepción. Sin embargo, puede ocurrir que durante el transcurso del tiempo requerido para realizar una nueva licitación pública, surja una situación de emergencia o urgencia concreta e inmediata lo cual habilita su invocación para contratar directamente.

La urgencia de las obras accesorias

Si la emergencia invocada y probada para las obras o servicios principales autoriza la contratación directa, la licitación privada u otro procedimiento de excepción, en principio no hay razón jurídica para negarla respecto de las obras o servicios accesorios. Decimos en principio pues en definitiva dependerá de una ponderación particular ante el caso concreto.

En consecuencia, creemos viable los procedimientos de excepción de las obras o servicios accesorios, siempre que existan los siguientes presupuestos:

- que persista la urgencia justificativa de la excepción a la licitación pública, para el contrato principal;
- que las obras o servicios accesorios sean, en virtud del recaudo anterior, también de urgencia;
- que el contenido del contrato accesorio sea realmente complementario o adicional, es decir, que constituyan y representen un conjunto orgánico e inseparable de las obras o servicios originalmente contratados, y sean por tanto un complemento necesario con arreglo al proyecto concebido.

c) Adicionales

Los trabajos adicionales, complementarios y accesorios de un contrato en ejecución, pueden contratarse directamente, si se cumplen ciertos presupuestos fácticos y jurídicos.

- i. En primer lugar, debe tratarse efectivamente de trabajos adicionales al ya contratado, cualquiera que haya sido el procedimiento por el cual se contrató.

- ii. Los adicionales deben ser indispensables o necesarios para el correcto suministro al Administrador. Esto es una cuestión de hecho, que debe ser probada y motivada con informes técnicos idóneos.
- iii. Que el contrato celebrado se encuentre en ejecución, es decir, que se haya iniciado, no haya concluido y no esté paralizado. Si el contrato no comenzó a ejecutarse, se concluyó totalmente, o está paralizado, no puede recurrirse a la contratación directa u a otro procedimiento de excepción.
- iv. Que los adicionales no hubiesen sido previstos en el proyecto. En caso de haber sido previsibles en el proyecto, se debe exigir que no hayan podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho.
- v. Finalmente es indispensable que el importe de los trabajos adicionales no exceda del límite porcentual acumulativo fijado en la escala legal, respecto del costo original del contrato.

d) Reserva o secreto de Estado

Otro supuesto de excepción al procedimiento licitatorio público se da cuando la seguridad del Estado exige garantía especial o gran reserva o cuando las circunstancias requieren que una determinada operación del gobierno se mantenga secreta. Puede ser aplicada esta excepción a cualquier clase de contratos, de obra pública, de suministro e incluso de servicio público.

En términos generales las cuestiones que exigen secreto o gran reserva, se basan en la seguridad del Estado o en la defensa nacional, lo que la ciencia política denomina "razón de Estado". También se incluyen en esta categoría la ejecución de los contratos que deban acompañarse medidas de seguridad.

La necesidad de reserva o secreto debe estar debidamente fundada en informes técnicos o en la forma que estipule el ordenamiento jurídico, y le son aplicables, en lo que fuere compatible, los principios referidos para la urgencia. El secreto debe ser establecido por ley o por partida de presupuesto que caracterice la erogación como reservada o secreta. La operatoria debe estar sujeta a los controles establecidos por la ley, los cuales debieran estar minuciosamente detallados.

3. Capacidad especial

Se exceptúa también de la licitación pública la contratación en la que es determinante la capacidad artística, técnica o científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del sujeto, en razón de que su ejecución sólo puede ser realizada por empresas, personas o artistas especializados.

La explicación de esta excepción resulta de la propia naturaleza del contrato en que la especial profesionalización del contratista torna inútil y aun imposible recurrir a la licitación pública. Resulta muy difícil, incluso imposible la comparación de obras científicas o de arte y en general de las en que la capacidad del contratista es esencial, para optar por la de precio más bajo.

En términos generales las exigencias son las siguientes:

- a) El contratista debe ser un ejecutor especializado en razón de su destreza, habilidad, experiencia particular o saber artístico, o técnico-científico.
- b) Debe fundamentarse la necesidad de la especialización para la prestación del servicio o la ejecución de la obra.
- c) Deben considerarse los antecedentes demostrativos de la capacidad especial que acrediten la capacidad especial del contratista, que lo habilita para la prestación concreta que se solicita.
- d) Debe establecerse la responsabilidad del contratista.

4. Marca o Privilegio

Se contempla en algunos ordenamientos jurídicos como excepción al procedimiento de licitación pública la ejecución de trabajos amparados por patente o privilegio, o la adquisición de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva.

La razón de esta excepción es evidente, pues ningún sentido tendría la realización de un procedimiento licitatorio si sólo una persona o grupo reducido de personas están autorizadas para otorgar una prestación, sea obra, trabajo, suministro, etc.

En términos generales las condiciones que deben concurrir para que proceda esta excepción, son:

- Que la prestación se encuentre amparada legalmente por una marca, privilegio o patente.
- Que la Administración no pueda satisfacer su necesidad con otra prestación no amparada por la marca, privilegio o patente.
- Que las circunstancias anteriores se acrediten, es decir que se pruebe que la necesidad administrativa no puede ser cubierta con sustitutos. Con relación a esta exigencia, es importante señalar que la sola circunstancia de existir una marca, privilegio o patente no es causal de aplicación de un procedimiento de excepción, es necesario que se acredite que técnicamente no hay sustitutos convenientes.

5. Monopolio

Otra causal de excepción establecida en algunas legislaciones es el monopolio, que se refiere al supuesto en el cual los bienes o servicios requeridos, sean de fabricación o venta exclusiva o que los conocimientos necesarios para realizar la prestación los tenga un sólo sujeto.

Los fundamentos de esta excepción son similares a los que señalamos a propósito de la marca o privilegio. La diferencia entre ambas excepciones radica en que en el caso de la marca o privilegio la exclusividad está conferida por el ordenamiento jurídico, y en el caso del monopolio la exclusividad es de hecho.

6. Escasez

Puede constituir una causal de excepción la circunstancia de notoria escasez en un mercado local, de los bienes que se requiere adquirir.

Para que proceda esta causal, debe al menos exigirse la concurrencia de determinados supuestos:

- a) Notoria escasez de los bienes, lo cual implica la falta o reducida disponibilidad de ciertos bienes en un momento determinado. Esta circunstancia de hecho debe ser conocida, evidente, pública y notoria.
- b) La falta de bienes debe producirse en un mercado local o determinado, donde se ubica el ente Administrativo que justifica la excepción.
- c) Las circunstancias anteriores deben acreditarse.

Resulta evidente la similitud entre la escasez y la urgencia, por lo que los principios de esta última deben aplicársele. Por otra existe una motivación de orden económico que fundamenta esta excepción, pues la escasez puede traer como consecuencia el aumento irreal de precios o valores.

7. Productos perecederos

Es un supuesto particular de la urgencia, consistente en la venta de productos perecederos y de elementos destinados al fomento de las actividades económicas del país o para satisfacer necesidades de orden sanitario.

8. Semovientes

Se contempla, en algunas legislaciones, como causal de excepción la adquisición de semovientes, en razón de la calidad específica del bien que se requiere.

9. Reparaciones

Es también un supuesto particular de la urgencia, que varía en función de la legislación particular. Así en algunos países se autoriza la contratación directa para cualquier reparación de vehículos o motores, en otros casos sólo cuando resulta indispensable el desarme, otros incluyen la mera conservación, etc.

10. Contratos en otros Estados

Las compras y en general los contratos que deban celebrarse en otros países pueden excepcionarse del procedimiento licitatorio por razones de imposibilidad de hecho. Son muchas las dificultades e inconvenientes prácticos que conlleva el realizar una licitación en un país extranjero, pues se requiere una infraestructura física, material y humana para poder realizarla.

11. Contratos inter-administrativos

En general, cuando el contratista de la Administración es otro órgano o ente estatal, la ley admite otros procedimientos de contratación. Esta excepción opera para los contratos que pueden celebrar los entes administrativos entre sí, y en algunos casos con las sociedades en cuya administración o capital tenga determinada participación el Estado.

12. Contratos de entes públicos no estatales

Algunas normativas establecen como excepción los contratos que se celebren por un ente público estatal con otro ente público no estatal. Si tales entidades gozan de prerrogativas públicas, colaboran supletoriamente en la realización de fines del Estado, tienen asignada determinadas competencias propias de la administración, existe un fundamento para hacer procedente la excepción como si se tratara de otro órgano administrativo.

13. Licitación pública declarada desierta

Cuando una licitación pública es declarada desierta por falta de oferentes, en la mayoría de las legislaciones se autoriza para utilizar otro procedimiento de selección. Debe aplicarse a la modalidad excepcional de contratación que se utilice las mismas bases, pliegos y cláusulas del llamado fracasado. En caso contrario se llegaría a una desnaturalización del fundamento de la excepción, pues al contratar bajo condiciones distintas desaparecería la posibilidad de concurrencia en igualdad de oportunidades, que es la finalidad del régimen de contratación administrativa.

14. Licitación pública fracasada

En concordancia con la causal antes referida, por regla general se prevé como causal de contratación directa o por otra modalidad excepcional, la licitación pública fracasada por

inadmisibilidad de las ofertas. Es decir, cuando ninguna propuesta se ajusta al pliego de condiciones o términos de referencia del llamado, la Administración puede recurrir a otro procedimiento de selección.

Puede ocurrir que un procedimiento licitatorio fracase por ofertas inconvenientes, lo cual puede o no habilitar para utilizar otra forma de contratación, en función de lo que establezca cada ordenamiento jurídico.

H. Procedimientos de compras del sector público utilizados en legislaciones latinoamericanas

En términos generales, en América Latina, el procedimiento por excelencia que utiliza la Administración para la selección del contratista es la licitación pública. Sin embargo, los distintos ordenamientos jurídicos reconocen y regulan otros procedimientos de compra.

A continuación analizaremos someramente la situación de los países de la región, poniendo énfasis en los casos y circunstancias en que cada legislación autoriza la contratación por una vía distinta a la licitación pública.

Argentina

Al analizar los procedimientos de selección del contratista y los casos en que cada uno de ellos se aplica, debemos atender al tipo de contratación de que se trata, pues el ordenamiento jurídico no contempla una norma legal única que regule esta materia.

La Ley de Contabilidad, regula la compra de bienes y contratación de servicios, estableciendo que el procedimiento general es la licitación pública. Las excepciones a este procedimiento de selección están taxativamente señaladas.

La licitación privada se autoriza en función del monto de la contratación, es decir cuando el valor de la operación no excede de determinado valor umbral. Para el empleo de este sistema en el contrato de suministro, la Administración debe invitar como mínimo a seis casas comerciales del rubro, inscritas en el registro correspondiente, Registro de Proveedores. Dichas invitaciones deben efectuarse de manera rotativa entre las firmas inscritas en dicho registro, incluyendo al adjudicatario anterior, siempre y cuando hubiera cumplido con el contrato. No vicia el procedimiento la circunstancia de que se invite a menos de seis oferentes, si median razones atendibles, motivadas y probadas.

La compra directa se encuentra autorizada en determinados casos señalados en la ley, como en el evento de monto reducido, o cuando se cumplen otros requisitos taxativamente señalados en la norma. Esto es en razón de urgencias, único proveedor, licitación desierta, obras científicas, técnicas o artísticas, necesidad de confidencialidad, etc. En el caso de compras directas justificadas en función del monto reducido, urgencia o licitación declarada desierta, se exige solicitar oferta a tres proveedores. Si no se puede efectuar tal solicitud, la legislación exige dejar constancia de las razones que impidieran proceder conforme al mandato legal.

Por otra parte, se establece como procedimiento regla para la venta de inmuebles del Estado el remate o subasta pública.

Las contrataciones de bienes y servicios de la Administración Nacional están sometidas al control de la Sindicatura General de la Nación a través del Sistema de Precios Testigo. Este es obligatorio en función de los montos, es decir, sobre un determinado monto, la licitación pública,

privada y contrataciones directas quedan sometidas a este control. Sin perjuicio de lo anterior, la SIGEN tiene la facultad de controlar cualquier contratación.

En el caso de Contratación de Obras Públicas, se privilegia también la licitación pública pero se acepta la licitación privada o la contratación directa cuando los valores de los contratos no excedan de un umbral determinado o cuando se trate de trabajos indispensables para una obra en curso que no hubieren sido previstos en el proyecto y que, a su vez, no excedan determinado umbral. Otras excepciones contempladas en la ley son: trabajos de urgencia, circunstancias imprevistas, seguridad del Estado, capacidad artística o técnica determinada, patentes o privilegios especiales, licitaciones desiertas o sin ofertas admisibles.

Tratándose de contrataciones de obras públicas, la legislación dispone que las licitaciones privadas se ajustarán al procedimiento que se establece para las licitaciones públicas, excepto en lo relativo a la publicación de los avisos.

En materia de Concesión de Obras Públicas, se establece como procedimiento general de selección la licitación pública. Se reconocen otras formas de otorgamiento de una concesión, la contratación directa y el concurso de proyectos integrales. La contratación directa se autoriza con entes públicos o sociedades de capital estatal. Tratándose de obras de interés público, la selección puede adquirir dos modalidades: la licitación pública o el concurso de proyectos integrales. En caso de utilizarse este último, debe efectuarse un llamado a presentación de iniciativas a las instituciones. De existir una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, ambos podrán mejorar sus respectivas propuestas en un plazo que no excederá de la mitad del plazo original de presentación. El acto de apertura, la continuación del procedimiento, la adjudicación y posterior continuación del contrato se regirán por los principios del Régimen de Obra Pública.

En principio, no existen límites para la presentación de ofertas para compra de bienes y servicios. Sin embargo, se fijan plazos mínimos de publicidad y anticipación con respecto a la fecha de apertura de ofertas. La anticipación fluctúa entre 12, 4 y 3 días de acuerdo al tipo de procedimiento y valor de la compra. En el caso de obras públicas, el plazo mínimo varía entre 5, 15 y 20 días, según una escala de valores del presupuesto de la obra. Para la modalidad de proyectos integrales " el plazo varía entre 30 y 90 días según la complejidad del proyecto.

Bahamas

La legislación reconoce las formas tradicionales de contratación administrativa, es decir licitación abierta, licitación restringida o selectiva y contratación directa. Los criterios utilizado para determinar cuando se aplica una u otra forma son el monto del contrato, el tipo de bien o servicio que se adquiere y si el proveedor es o no único en función de sus características particulares. Por otra parte, la normativa distingue entre proveedurías para el gobierno central, para corporaciones, para agencias de préstamo, etc.

Cuando se efectúa la licitación restringida o selectiva, se debe preparar una lista pequeña de los contratistas utilizados anteriormente y de quienes, verbalmente o por escrito, hayan expresado interés en participar en la licitación. Bajo la modalidad de contratación directa, el criterio está basado en la similitud del trabajo realizado, limitaciones de tiempo, valor del dólar inferior a trabajos anteriores, tarifas unitarias iguales a las de contratos anteriores, etc.

Los procedimientos de contratación antes señalados, no son los únicos utilizados pues cuando las compras se financian con fondos provistos por agencias internacionales, se aplican los procedimientos y políticas de esas instituciones, las cuales por regla general exigen la licitación pública internacional.

Finalmente, cabe hacer presente que en términos generales, el *plazo para presentar las ofertas* varía desde una semana a seis meses, dependiendo del tipo de compra o servicio a contratar y de la entidad de que se trate.

Belice

Sólo se reconocen tres formas de contratación, los procedimientos abiertos es decir la licitación pública, los procedimientos selectivos o restringidos, la licitación privada y la contratación directa. La licitación pública es el procedimiento normalmente utilizado y los otros procedimientos se utilizan generalmente cuando son pocos los proveedores. Una nota distintiva en esta legislación es que la forma de contratación no depende del valor de la operación. Cabe señalar que los *plazos de presentación de ofertas* varían entre uno y dos meses.

Bolivia

En Bolivia se reconocen las siguientes modalidades de contratación:

- a) Licitación pública nacional o internacional. Entendido como el proceso de contratación que tiene por objeto permitir la participación en la convocatoria de un número indeterminado de proponentes.
- b) Invitación directa. Modalidad en la cual se invita a los proponentes que se encuentren en condiciones de proporcionar los bienes y/o servicios, publicándose la convocatoria simultáneamente al envío de las invitaciones, de manera que se permita la presentación de propuestas de otras empresas interesadas.
- c) Contratación por excepción. Proceso aplicable cuando no corresponde la licitación pública ni la invitación directa.
- d) Compras menores. Se trata de procesos que se realizan en forma rutinaria, ágil y funcional, de acuerdo al procedimiento específico de cada entidad, destinadas a la adquisición de bienes y servicios necesarios para la operación corriente de la entidad.

En este país cuando se utiliza la licitación pública o la invitación directa, que en el fondo es una licitación privada, se pueden aplicar dos tipos de procedimiento:

- el procedimiento de preselección de empresas (en dos etapas) y
- el procedimiento directo de calificación de propuestas (en una sola etapa).

Cual de estos se utiliza, varía en función de la complejidad de los bienes y/o servicios a contratar o de la decisión del organismo financiador, el cual puede solicitar una u otra forma.

En términos generales la forma de contratación tratándose de compras de bienes, servicios y obras, depende del monto de la operación. La licitación pública, se utiliza desde los US\$120.001. La invitación directa desde los US\$4.001 hasta los US\$120.000. Las compras menores, pueden celebrarse con cuando el contrato no excede de US\$4.000. Las compras por excepción, no contemplan limitación de monto. Por otra parte, las entidades que requieran cuantías mayores, pueden solicitar al Ministerio de Hacienda (órgano rector del Sistema de Administración de Bienes y Servicios) que les apruebe modificaciones en las cuantías a utilizar en su reglamento específico de contrataciones de las entidades solicitantes.

Cuando se contratan bienes, servicios u obras con financiamiento externo, la legislación permite la utilización de los procedimientos recomendados o propios del ente financiador. Si el convenio de financiamiento no especifica un procedimiento en particular, entonces se aplican las normas básicas del país.

Para la *presentación de propuestas los plazos* referenciales, pues pueden variar dependiendo de la complejidad de la compra, son los siguientes:

- 20 días para la invitación directa;
- 30 días para licitación pública;
- 50 días para invitación o licitación internacionales.

Estos plazos se cuentan a partir de la primera publicación del llamado a licitación.

Brasil

La legislación brasilera reconoce como principio general para la selección del contratista con la administración la licitación, teniendo los demás procedimientos un carácter excepcional. Las modalidades de selección que se encuentran contempladas y reguladas en el ordenamiento jurídico son las siguientes:

- a) *Concorrência* [concurso]: Modalidad de licitación pública o abierta entre cualquier interesado que, en la fase inicial de habilitación preliminar, compruebe poseer los requisitos mínimos de calificación exigidos en el llamado para la ejecución de su objeto.
- b) *Tomada de preços* [cotización de precios]: Modalidad de licitación limitada entre interesados debidamente registrados o que cumplieran todas las condiciones exigidas para el registro hasta el tercer día anterior a la fecha de recepción de las propuestas, observe los requisitos necesarios.
- c) *Convite* [invitación]: Tipo o forma de licitación privada o selectiva, entre interesados del ramo pertinente a su objeto, registrados o no, y son escogidos e invitados en un número mínimo de tres por la unidad administrativa, la cual fijará, en el lugar apropiado, copia del instrumento de convocatoria y extenderá a los demás registrados la correspondiente especialidad que manifestare su interés con anticipación de 24 horas a la presentación de las propuestas.
- d) *Concurso* [concurso]: es la modalidad de licitación pública o abierta entre cualquier interesado para trabajos técnicos, científicos u artísticos, mediante la institución de premios o remuneración de los vencedores, conforme a los criterios publicados en el llamado, en el Diario Oficial, con una anticipación mínima de 45 días. En términos generales equivale al concurso público.
- e) *Leilão* [remate]: Modalidad de contratación entre cualquier interesado para la venta de bienes muebles inservibles para la Administración o de bienes legalmente embargados o secuestrados, o para la venta de bienes inmuebles prevista en el Artículo 19, a quien ofrezca el mejor precio, que sea igual o superior al valor de valuación.

Los plazos para presentación de las ofertas, son variables.

- 1) Los plazos son de 45 días para el *concurso*, licitación pública o abierta, de obras técnicas, científicas o artísticas y para la *concorrência*, licitación pública o abierta, cuando se realiza mediante los métodos de mejor oferta técnica, técnica y precio o métodos de proyecto integral.
- 2) Los plazos son de 30 días para la *concorrência*, licitación pública o abierta, que no se especifican anteriormente y para la *tomada de preços*, licitación limitada entre proveedores registrados y/o invitados, cuando se usan los métodos de mejor oferta técnica o técnica y precio.

- 3) Los plazos son de 15 días para la *tomada de precios* en los casos no especificados anteriormente.
- 4) Los plazos son de 5 días laborables para el *convite*.

Canadá

La regla general en este país, es la adquisición de bienes y servicios a través de un proceso competitivo. Sin embargo, en circunstancias especiales, como compras de menor valor o cuando el bien puede solamente ser adquirido de un solo proveedor, la contratación directa o limitada está permitida. Para las compras de valores menor a C\$25.000 (US\$18.006), se permiten la licitación restringida y la adjudicación directa.

El principio rector de las contrataciones es adquirir bienes y servicios y llevar a cabo obras de una manera que, por una parte, se maximice el acceso, la competencia y la igualdad, y por otra, que resulte en el precio más bajo. Es inherente para procurar el mejor valor la consideración de todos los costos sobre la vida útil de la adquisición, no sólo el valor inicial o costo básico contractual.

Consistente con los acuerdos internacionales, las ofertas se anuncian de 7 a 40 días, dependiendo de la legislación o política correspondientes. El periodo de licitación podrá ser más largo dependiendo de la complejidad de la compra.

Chile

No existe un cuerpo legal que regule de una manera refundida, coordinada y sistematizada los procedimientos de contratación administrativa. Cada órgano de la administración tiene normas particulares que regulan y detallan las formas para adquirir bienes y servicios.

En términos generales procedimientos que utilizan los servicios públicos de Chile son los siguientes:

- a) Propuesta pública o licitación pública: Se llama a licitación mediante una publicación en la prensa escrita, invitando a presentar ofertas para la provisión de bienes o servicios. En el llamado se explican las características generales de la licitación, las especificaciones se entregan posteriormente a los interesados en un documento denominado "Bases Técnicas y Administrativas".
- b) Licitación privada: La administración realiza un llamado a licitación, enviando una invitación a un número reducido de proveedores. En ella se solicitan los bienes o servicios que requiere comprar, y a su vez estos le responden con una propuestas técnica (calidad) y otra económica (precio) sobre la base de las cuales, el servicio decide.
- c) Cotización directa: La unidad encargada de adquisiciones del servicio emite un documento simple de cotización con las especificaciones de los bienes o servicios que se requieren, a tres proveedores. Sobre la base de tres cotizaciones, se decide con cual proveedor contratar.
- d) Trato directo: Consiste en convocar a un proveedor y adjudicarle la adquisición del bien o servicio. Tiene carácter de extraordinario y se utiliza, fundamentalmente, en casos de emergencia o imprevistos.

El procedimiento de compras que se utiliza, depende de los montos involucrados en la transacción y del tipo de bienes. Los umbrales para definir qué tipo de procedimiento utilizar varía de un servicio público a otro, pero está preestablecido.

Los plazos para la presentación de ofertas para bienes y servicios se cuentan a partir de la publicación de la invitación. En el caso de las propuestas públicas y privadas el plazo va entre 7 y 30 días calendario. Para las compras directas el mínimo es de 3 días y el máximo de 10 días calendario. Cuando se llama a licitación internacional el plazo es de 60 días calendario. Tratándose de presentación de ofertas para obras públicas, se distingue por categorías: 1a. categoría 60 días calendario, 2a. categoría 45 días calendario, 3a. categoría 20 días calendario y obras menores 15 días calendario.

Colombia

La regla general es la adquisición de bienes y servicios a través del procedimiento de licitación, el cual por sus características equivale a licitación pública o abierta. La legislación reconoce y regula la licitación o concurso público, la contratación directa y el sistema de martillo o subasta. La ley establece en que casos y condiciones procede aplicar un procedimiento de excepción, señalando taxativamente cada uno de los casos, entre los cuales figuran la declaración de concurso o licitación desierta, la falta de oferentes, la urgencia, entre otras.

La legislación no prevé un procedimiento denominado exactamente licitación selectiva, privada o limitada, sin embargo en ciertos casos, entre montos límites específicos determinados, la ley prevé un procedimiento equivalente, que se lleva a cabo mediante solicitud de varias propuestas privadas.

Se utiliza por excepción la contratación directa, en los casos previstos por la ley, por razones de mínima cuantía, único proveedor, urgencia, obras científicas, técnicas o artísticas, licitación desierta u otras circunstancias especiales.

Los plazos para presentación de ofertas por los proponentes interesados depende de los términos establecidos para ese efecto en la licitación respectiva.

Costa Rica

En Costa Rica se regulan procedimientos ordinarios y extraordinarios para la selección del contratista. Los procedimientos de excepción se fundan en causales expresamente contempladas en la legislación. Debe indicarse que la Ley de Contratación Administrativa establece como principios generales de los procedimientos de contratación administrativa el principio de eficiencia; de igualdad y libre competencia; reciprocidad y el de publicidad.

Los procedimientos de contratación contemplados son los siguientes:

- a) Licitación pública: Este procedimiento ordinario de selección se aplica para la actividad contractual de la Administración que se ajuste a los montos establecidos en la normativa. En términos generales, se utiliza para la venta o enajenación de bienes, muebles o inmuebles o arrendamientos de bienes públicos, excepto si se utiliza el procedimiento de remate, y lo que respecta a la concesión de instalaciones públicas. En el caso de la concesión de obra pública siempre debe realizarse una licitación pública.
- b) Licitación por registro: Coincide con la definición de licitación selectiva, limitada o privada, salvo por la circunstancia de que los no invitados a ofertar, pueden participar en el proceso de selección. Lo que sucede es que la Administración, no está obligada a cursar invitación pública, general e indiscriminada, sino que su llamada la orienta hacia determinados y conocidos oferentes, pero ello no impide que cualquier particular presente su oferta, teniendo la Administración la obligación de recibirla y darla por admitida para evaluarla junto a las demás. Se aplica esta

modalidad en función del monto de la operación y se trata de un procedimiento ordinario de selección. La Administración debe enviar una invitación a participar a los proveedores acreditados en el registro que la ley obliga a llevar. En el supuesto que estos fueran más de diez, aquélla queda autorizada a hacer la invitación mediante la publicación en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional. En caso que fueran menos de cinco, la Administración debe proceder con las publicaciones antes indicadas. En lo que corresponda, se le aplican las reglas de la licitación pública.

- c) Licitación restringida: Esta modalidad también coincide con la definición de licitación selectiva, limitada o privada con la misma excepción antes señalada. Aunque se invita a un número determinado de oferentes, los no invitados pueden presentar ofertas si se enteran del concurso. excepto por el hecho de que aunque se invita a un número de oferentes, otros no invitados pueden también presentar oferta si se enteran del concurso. También se aplica este procedimiento ordinario según los montos que define la ley. En términos generales se trata de un procedimiento por el cual la Administración invita al menos a cinco proveedores inscritos en el registro. En caso que estos fueran menos de cinco, se debe dejar constancia de esa situación en el expediente, y proceder a invitar a los acreditados. Es deber de la Administración el proveer una copia para cualquier otro eventual proveedor. En lo que corresponda, deben aplicarse las regulaciones sobre la licitación pública.
- d) Contratación directa: Conceptualmente no se diferencia al procedimiento de los demás países, y se aplica solo en los casos de excepción previstos en la legislación y no tienen límite en cuanto al monto. A diferencia de los dos anteriores, este no es una vía ordinaria de contratación. La legislación establece que en el caso de las contrataciones que por su "limitado volumen y trascendencia económica", hagan que el principio de eficiencia se cumpla en mejores condiciones para interés general, prescindiendo de los procedimientos ordinarios (licitación pública, licitación por registro, licitación restringida y remate), la administración está facultada para utilizar la contratación directa, pero en estos casos sometidos a los umbrales contenidos en la regulación.
- e) El remate: Es un procedimiento ordinario de contratación, el cual no se aplica para la compra de bienes, sino para la venta o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles de la Administración cuando resulte más apropiado para los intereses fiscales. El procedimiento que debe atenderse exige que la base no sea inferior al monto del avalúo, salvo remate infructuoso, que la invitación se publique en el Diario Oficial y facultativamente en un diario de circulación nacional, y que en ella se incluya la lista de bienes por rematar, descripción, ubicación, precio base, lugar, hora y fecha de remate. A los interesados se les debe dar la oportunidad de examinar los bienes. Entre el día de la publicidad y el remate deben transcurrir 10 días.

En Costa Rica, la determinación del procedimiento de contratación que corresponde seguir depende del presupuesto ordinario anual que tenga cada entidad, el monto estimado de la contratación que se realice, de acuerdo con las reglas que se encuentran establecidas y en algunos casos, del objeto mismo de la contratación.

Por otra parte la Administración está facultada para incorporar entre los procedimientos ordinarios las modalidades de:

- 1) licitación con financiamiento.
- 2) licitación con precalificación.

3) adjudicación por subasta a la baja.

La legislación establece algunas disposiciones particulares de carácter procedimental según sea el objeto del contrato. Este es el caso de las contrataciones de obra pública, el suministro de bienes, la contratación de servicios, la enajenación y la adquisición de bienes inmuebles, la concesión de instalaciones públicas y el arrendamiento de inmuebles y equipo. Por otra parte se cuenta con un marco jurídico particular para el caso de la concesión de obra pública, y se contemplan normas particulares para la contratación que se realiza con las denominadas sociedades anónimas laborales.

Debe también señalarse que hay materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación, las que pueden ser negociadas directamente por la Administración. Dentro de estas materias encontramos: acuerdos con sujetos de derecho público internacional, contratos entre entes de derecho público, actividades por naturaleza y circunstancia no sujetas a concurso público, contrataciones realizadas por oficinas en el exterior, contrataciones hechas con caja chica, etc. También se excluyen aquellas materias relativas a relaciones de empleo, empréstitos públicos y toda otra actividad sometida por ley a un régimen especial de contratación. Sin perjuicio de lo anterior, se contemplan también procedimientos de urgencia.

Los plazos para presentación de las ofertas son variables. En licitaciones públicas, los plazos son de 30 días hábiles mínimo en licitaciones para construcción de obras y para suministros importados o que haya que importar. Para toda otra clase de suministros o servicios, los plazos mínimos están establecidos en 15 días hábiles. En licitaciones públicas para concesión de obras, el plazo mínimo para presentar ofertas es de 60 días calendario. En licitaciones por registro, el plazo mínimo para presentar ofertas, cualquiera que sea el objeto, es de 10 días hábiles. En licitaciones restringidas, el plazo mínimo para presentar ofertas, cualquiera que sea el objeto del negocio, es de 3 días hábiles.

Ecuador

Los procedimientos que se utilizan para la compra de bienes, varían en función del monto del contrato. La Ley de Contratación Pública y su Reglamento, establecen cuando se utiliza cada modalidad.

- a) Licitación: Se aplica cuando la cuantía del contrato supera un determinado monto (10.000 salarios mínimos vitales). Existe un Comité de Contrataciones el cual establece los plazos de presentación de las ofertas, pudiendo determinarse entre 18 y 48 días contados desde la fecha de la última publicación. Los plazos pueden ser mayores previo informe de la Contraloría General del Estado, en consideración a la magnitud y complejidad del proyecto. Estos procesos están abiertos a la presentación de ofertas de todo interesado, sean nacionales o extranjeros.
- b) Concurso público de ofertas: Este procedimiento se aplica cuando la cuantía supera un determinado monto (4.000 salarios mínimos vitales) y no excede la suma mínima establecida para licitación. En este caso el plazo de presentación de las ofertas, también determinado por el Comité, debe establecerse en múltiplos de seis días, entre los 12 y los 24 días. Estos procesos también están abiertos a la presentación de ofertas de todo interesado.
- c) Concurso público de precios: Se aplica cuando la cuantía no sobrepasa los 4.000 pero excede de los 2.000 salarios mínimos vitales. Los plazos para la presentación de ofertas son múltiplos de 6, entre los 12 y 18 días, contados desde la última publicación. Estos procesos están abiertos a la presentación de ofertas de todas las partes interesadas.

- d) Concurso privado de precios: Se aplica cuando la cuantía supera los 1.000, pero no rebasa los 2.000 salarios mínimos vitales. Los plazos de presentación de ofertas es determinado por el Comité de Concurso Privado de Precios, y no son inferiores a 10 ni mayores a 18 días, contados desde la fecha de la invitación. La convocatoria puede realizarse por la prensa o por invitación escrita, en cuyo caso, obligatoriamente debe ser dirigida también a las Cámaras y Colegios de Profesionales afines con el objeto del contrato. Igualmente, estos procesos están abiertos a la presentación de ofertas de todas las partes interesadas.
- e) Compra directa: Las compras del sector público por valores menores a los 1.000 salarios mínimos vitales pueden ser realizadas directamente, de acuerdo con las regulaciones internas de cada institución y el Reglamento de Bienes del Sector Público.

La misma ley establece procedimientos especiales para las contrataciones relativas a adquisición de inmuebles, las de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, las de arrendamiento mercantil con opción de compra, y las que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro; en estos últimos se observa lo acordado en los respectivos convenios y lo no previsto en ellos por las disposiciones de la Ley de Contratación Pública u otras aplicables sobre la materia.

Se exceptúan también de los procedimientos señalados los contratos que son necesarios para superar emergencias graves; los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con gobiernos extranjeros; los de seguridad interna y externa que estén a cargo de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o artística; los de transporte de correo internacional; los de adquisición de repuestos o accesorios para mantenimiento de equipos; los de adquisición de bienes respecto de los cuales se comprobaren que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativas de solución; los que celebre el Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí.

Los procedimientos aplicados para la contratación de consultorías, se encuentran establecidos en la Ley de Consultoría y Reglamento.

- a) Cuando el monto del contrato sea inferior o igual a un cien milésimos del Presupuesto Inicial del Estado (aproximadamente US\$44.900), la entidad o dependencia puede determinar la contratación directa o el concurso de consultoría.
- b) Cuando el monto del contrato sea superior al antes indicado y menor a cuatro cien milésimos del Presupuesto Inicial del Estado (aproximadamente US\$180.000), el contrato se podrá realizar mediante concurso privado, que se circunscriba a las compañías consultoras o consultores individuales inscritos en el Registro de Consultoría. En dicho Registro pueden inscribirse tanto personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Estos concursos se realizan mediante invitación escrita y simultánea, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores.
- c) Cuando el monto del contrato sea superior a cuatro cien milésimos del Presupuesto Inicial del Estado (aproximadamente US\$180.000), el contrato se adjudicará mediante concurso público.

En el proceso de contratación de consultoría se establece la precalificación cuando se estime necesario, la calificación de ofertas, la selección, la negociación y la celebración del contrato

Al igual que lo que se establece en la Ley de Contratación Pública, en los contratos de consultoría financiados con recursos de organismos públicos internacionales, se siguen los procedimientos de dichos organismos y lo no previsto en ellos se rige por la ley nacional. Cuando

los contratos de consultoría son financiados con recursos nacionales, se establecen áreas reservadas únicamente a la consultoría nacional.

Los plazos para presentación de ofertas varían en función del procedimiento de contratación. En el caso de bienes, servicios (excluyendo servicios de consultoría) y obras públicas se establecen los siguientes plazos:

- 1) Licitación, pública o abierta para oferentes nacionales y extranjeros: entre 18 y 48 días de la fecha de publicación. La fecha es determinada por el Comité de Adquisiciones. Sin embargo, estos plazos pueden extenderse de acuerdo con la complejidad del proyecto.
- 2) Concurso Público de Ofertas, es decir licitación pública o abierta para todas las partes interesadas: entre 12 y 14 días.
- 3) Concurso Público de Precios, licitación pública o abierta para todas las partes interesadas: entre 12 y 18 días.
- 4) Concurso Privado de Precios, licitación pública o abierta para todas las partes interesadas o por invitación: entre 10 y 18 días.

El Salvador

Todas las instituciones de gobierno central, descentralizadas y autónomas, únicamente pueden llevar a cabo tres tipos de procedimientos de compra, dependiendo de los montos que se liciten. Las formas autorizadas son la licitación pública, la licitación privada y la libre gestión. Excepcionalmente, en los casos especialmente previstos, se puede utilizar la compra urgente, por ejemplo cuando hay un desastre natural o cuando una licitación es declarada desierta, por dos veces. En estos casos se adjudica el suministro a un proveedor determinado por la calificación de urgencia de tal compra.

No existen límites en cuanto al plazo para la presentación de ofertas para la compra de bienes y servicios, cuando se trata de instituciones de gobierno centralizadas y descentralizadas. En las bases de licitación se establece el día, lugar y hora en que debe ser presentada la oferta, sin embargo, algunas instituciones autónomas, dentro de sus instructivos o reglamentos disponen que, para el caso de licitaciones públicas las ofertas se deben presentar en un plazo que no exceda a 45 días hábiles y no sea inferior a 15 días hábiles; tratándose de licitaciones privadas, el término para la presentación de ofertas se reduce, y va de 8 a 15 días hábiles.

Estados Unidos

La regla general en este país es la competencia abierta y total. Sin embargo, en determinadas circunstancias se permite aplicar procedimientos selectivos o contratación directa en circunstancias específicas.

En adquisiciones complejas, los funcionarios pueden redactar un borrador de pedido de propuestas [request for proposal (RFP)] y enviarlo a los proveedores interesados para que efectúen comentarios. Este procedimiento es accesible a todos los proveedores. Dependiendo de los comentarios recibidos, el RFP puede ser alterado. Si se hace un cambio luego de que el pliego es emitido, el cambio es generalmente comunicado a través de un cambio al pliego.

Se utilizan dos procedimientos principales para adquisiciones, basado en el nivel de complejidad de los bienes y servicios requeridos.

Para compras menores a US\$100.000, se emplea el procedimiento de "adquisición simplificada". Para compras superiores a US\$100.000, se llevan a cabo licitaciones cerradas. Indistintamente del procedimiento, el objetivo es asegurar transparencia en el proceso. Los

procedimientos son predecibles. La Ley de Concurso para Contratación [*Competition in Contracting Act*] (CICA) requiere que se establezca en la invitación los criterios utilizados para la adjudicación del contrato. Si la entidad cambia los criterios de adjudicación sin notificar a los oferentes, el proceso podrá objetarse. Los plazos de la licitación son los mismos para todos los oferentes.

En los casos en que la licitación se efectúe a base de precios u otros factores, los participantes podrán solicitar por escrito los detalles al oficial de contrataciones. Si el precio constituye el único factor de adjudicación, los oferentes a quienes no se les adjudique el contrato serán notificados por escrito del número de participantes, el número de propuestas y el precio total del contrato de los ítem en la adjudicación.

Por ley, las especificaciones técnicas están generalmente libres de cualquier requerimiento restringible, de tal manera que se facilite la máxima competencia entre los oferentes. El orden de preferencia de las especificaciones es:

- estándares voluntarios
- descripciones en la adquisición de artículos comerciales
- descripciones de productos del gobierno en términos de las funciones que desempeñarán o que se necesita que desempeñen.
- descripciones de productos del gobierno en términos de materiales acabados, tolerancia, características del manejo, componentes y otros requerimientos de diseño.

El anuncio generalmente contiene las especificaciones en detalle (a pesar de que últimamente la tendencia ha sido la adquisición de artículos comerciales); asimismo contiene la información de los contactos que pueden proporcionar información adicional. La Commerce Business Daily (CBD), en la que se publican la mayoría de invitaciones a licitaciones federales, incluye la intención de adquirir ciertos bienes y servicios. La invitación contendrá los requerimientos e información específica. La CBD contendrá una breve descripción, junto con información de si una adquisición en particular está utilizando especificaciones de desempeño o diseño.

Compras con tarjeta de crédito se efectúan para montos inferiores a US\$2.500; procedimientos simplificados para montos entre US\$2.500 y US\$100.000, licitación por sobre cerrado y negociación para montos superiores a US\$100.000.

Generalmente de 15 días antes de la publicación del anuncio y éste debe permitir por lo menos 30 días de plazo para la respuesta. Sin embargo, de acuerdo con la complejidad de la licitación, se puede extender el plazo para respuesta. Adicionalmente, el plazo requerido ha sido reducido para licitaciones comerciales, off-the-shelf (COTS) [compras de mercancías en existencia] y se reducirán en el futuro para licitaciones que se realicen por medios electrónicos.

Guatemala

La legislación regula la licitación pública o abierta y la compra directa, autorizando esta última cuando el monto no excede de cierta suma o en caso de ausencia de ofertas, caso en el cual no atiende al monto anteriormente señalado. Se contemplan también la cotización y el contrato abierto, no importando en este último caso el monto de la compra, ya que sólo es una herramienta del Gobierno de Guatemala para pactar precios iguales de suministros a todas las entidades del sector público.

La licitación se utiliza cuando el monto de la operación supera una determinada suma establecida, la cual es diferente tratándose de Municipalidades, del Estado o de otras entidades. La compra directa se utiliza hasta cierta cifra y en caso de ausencia de ofertas, se puede emplear esta modalidad no importando el monto señalado. El régimen de cotización se utiliza para montos menores. Como ya se señaló en el caso del contrato abierto no importa el valor de la operación, y se

utiliza siempre que la compra sea por volumen que incida en mejores precios y la normalización de especificaciones haga más económica y práctica la adquisición bienes, su uso o mantenimiento.

Para el régimen de licitación, el plazo para la presentación de ofertas es por lo menos de ocho días contados desde la última publicación. Para el Régimen de cotización el plazo lo establece la entidad pública que cotiza en cada caso. Para el contrato abierto el plazo lo fija la Dirección de Adquisiciones del Ministerio de Finanzas Públicas. Para la compra y contratación de proveedor único el plazo es de 5 días hábiles a partir de la última publicación.

Jamaica

El Gobierno de Jamaica aplica la licitación pública, la licitación limitada y la licitación negociada, en función del monto de la operación.

Los umbrales para la adquisición de bienes y servicios son determinantes. Hasta US\$5.000 cualquier proveedor con buena reputación de la lista de proveedores aprobados. Por encima de los US\$5.000 hasta los US\$10.000, se invita a presentar ofertas de por lo menos tres proveedores de la Lista de Proveedores Aprobados. En caso de sumas superiores a los US\$10.000, se invita a presentar ofertas a no menos de cinco proveedores de la lista de proveedores aprobados. Cuando el valor es igual o mayor a US\$28.082, para la adquisición de bienes, suministros y servicios, se pueden aplicar la licitación limitada y la negociada.

Umbrales para la contratación de obras civiles son diferentes. Hasta US\$28.082 se requiere aprobación del Ministerio o Agencia correspondiente y no se exige la aprobación del Comité de Adquisiciones. Desde US\$28.082 hasta US\$140.410, se exige la aprobación del Ministro previa vista al Comité de Adquisiciones. Por encima US\$140.410, la contratación debe ser aprobada por Gabinete con recomendación del Comité de Adquisiciones. Los umbrales son revisados y ajustados periódicamente.

Los plazos de presentación de ofertas en el caso de las licitaciones públicas o limitadas va desde 30 días hábiles como mínimo para las licitaciones nacionales y 45 días para las licitaciones internacionales. Para licitaciones directas se permite un plazo mínimo de 14 días calendario para las nacionales y 45 días para las internacionales. Para licitaciones nacionales, es decir cuando solo participan oferentes nacionales, tratándose de adquisiciones, arrendamientos y servicios el plazo es de al menos 15 días contados desde la fecha de publicación de la convocatoria. Existe la posibilidad de reducción de los plazos, sólo en caso de urgencia justificada presentada por el área adquirente.

México

El ordenamiento jurídico establece dos tipos de procedimientos de compras: licitación pública e invitación restringida:

- a) Licitación pública: En esta modalidad todos los proveedores interesados pueden participar. Los procedimientos de licitación pública constituyen el método aplicado generalmente para las compras gubernamentales y las excepciones requieren de norma expresa.
- b) Invitación restringida: Bajo este procedimiento, una entidad puede contratar proveedores individualmente. Esta modalidad incluye dos opciones, la invitación de a lo menos tres proveedores o la adjudicación directa del contrato. La ley especifica los casos en que procede la contratación por esta modalidad. Estos son, entre otros, los que se refieren a la protección de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos; aquellos en los que los bienes o servicios pueden ser adquiridos

únicamente de una determinada persona; servicios de consultoría que involucren información de naturaleza confidencial; en ausencia de propuestas solventes después de dos convocatorias consecutivas; las compras hechas con miras a la reventa comercial en tiendas gubernamentales. Asimismo, las entidades bajo su responsabilidad, pueden llevar a cabo un procedimiento de invitación restringida cuando el valor estimado del contrato en cuestión no exceda los montos que se establecen anualmente en el Presupuesto de Egresos de la Federación. Dichos montos se definen en función del presupuesto asignado a cada entidad.

Una particularidad de la legislación mexicana, es la distinción que efectúa entre licitación nacional e internacional.

- 1) Licitaciones nacionales: En este tipo de procedimiento de selección, únicamente pueden participar personas de nacionalidad mexicana y los bienes a adquirir cuentan por lo menos con un 50% de contenido nacional.
- 2) Licitaciones internacionales: En este caso se permite la participación tanto de personas de nacionalidad mexicana como extranjera y los bienes a adquirir son de origen nacional o extranjero. La legislación autoriza a la Administración a negar la participación de proveedores o contratistas extranjeros en las licitaciones internacionales cuando con el país del cual sean nacionales no se tenga celebrado un tratado internacional, o ese país no conceda un trato recíproco a los proveedores o contratistas o a los bienes y servicios mexicanos. Por otra parte, el ordenamiento jurídico dispone que las licitaciones internacionales sólo se llevan a cabo cuando las entidades justifiquen dicha necesidad, previa investigación de mercado; los recursos provengan de créditos externos; o el contrato esté cubierto por tratados internacionales.

En las licitaciones internacionales para adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública y para licitaciones de obra pública, el plazo establecido es no menor de 40 días a partir de la fecha de publicación de la convocatoria.

Nicaragua

La regla general es la licitación pública, contemplándose también la licitación selectiva o limitada, en función de la eficiencia del sistema de compras y del monto establecido por la ley. En forma excepcional se aplican compras directas, por razones de urgencia en que por circunstancias imprevistas no puede esperarse la licitación. Las compras directas requieren previa autorización de la Contraloría General de la República.

En caso de que convenios suscritos con organismos internacionales establezcan otro tipo de procedimientos, se puede utilizar el procedimiento de licitación internacional. Por otra parte, cuando los fondos para las compras provengan de préstamos, donaciones o acuerdos internacionales, los procedimientos serán determinados por los mismos.

El plazo para presentar las ofertas en la licitación pública y privada es de por lo menos 20 días antes de la última fecha de publicación del anuncio.

Panamá

La legislación mantiene una competencia libre y abierta a todos los proponentes, y no se hace una clasificación entre licitaciones abiertas, selectivas y restringidas. Las modalidades de contratación se aplican y clasifican en función del monto. Así, se distingue entre:

- a) Contratos menores: Consiste en un procedimiento sumario y expedito que se utiliza para la adquisición de bienes y servicios, arrendamientos y obras cuyo monto no exceda de US\$10,000.
- b) Solicitud de precios: Modalidad de selección del contratista que se aplica cuando el precio oficial de la operación es mayor de US\$10,000 y no excede de US\$250,000.
- c) Licitación pública: Acto de selección de contratista que se utiliza cuando el precio oficial excede de US\$250,000.
- d) Concursos: Procedimiento de selección de contratista que efectúa el Estado, previa convocatoria, para la contratación de consultorías, prestación de servicios técnicos y servicios personales de especialistas, con independencia del precio oficial.

En Panamá no se evidencia de manera directa la convocatoria a un acto de selección del contratista, selectivo o limitado a un determinado número de proponentes. Sin embargo, existe una etapa dentro del acto de selección del contratista, que puede asimilarse a esta figura, consistente en la Precalificación de Proponentes, donde se seleccionan los proveedores que participarán en el acto público. Esta etapa queda a criterio de la entidad adjudicante, por lo que la precalificación no es obligatoria para todas las compras.

Es la propia ley la que establece las causales para contratar directamente con un proveedor. En estos casos se exceptiona a la entidad administrativa de celebrar el acto público. La justificación es en general la cuantía y el precio oficial, el cual constituye un marco de referencia que le sirve a la entidad para determinar su potestad discrecional en la adjudicación o no del acto público. Cuando el monto de la operación no excede de US\$20,000, la excepción la autoriza el Ministerio de Hacienda y Tesoro y cuando excede de esta suma, la autorización corresponde al Consejo de Gabinete.

Los plazos para la presentación de ofertas dependen de los términos establecidos para tal efecto en la licitación respectiva.

Paraguay

Se reconocen tres modalidades de contratación:

- a) Licitación pública. Este procedimiento se aplica cuando el monto de la operación supere un determinado monto. En el fondo se utiliza para operación de gran valor. (110,000 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República).
- b) Concurso de precios: Procedimiento de selección que se aplica cuando el monto de la operación no exceda de los valores previstos para la licitación pública y sea superior al monto establecido para la contratación directa. Se aplica también esta modalidad cuando repetida dos veces la licitación a propuesta cerrada, no hubiese postor, o las propuestas hechas fueran inaceptables y, como tales, declaradas expresadamente por decreto del Poder Ejecutivo.
- c) Contratación directa por vía administrativa: Se utiliza cuando la operación no exceda de un monto menor expresamente establecido. (2,000 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República. Ref.: 1 jornal mínimo es igual a US\$8.) Por otra parte, la adquisición directa sólo puede celebrarse cuando con el mismo objeto, no exista en los meses anteriores otro contrato que agregado al anterior, exceda de los límites de valor establecidos. También tiene

aplicación cuando en un concurso, en la segunda convocatoria no se produce adjudicación. En este evento la adquisición puede hacerse mediante compra directa.

El tipo de procedimiento que se debe utilizar, depende del valor y de la naturaleza de los bienes y/o servicios que se van a adquirir. Por otra parte, cuando el procedimiento correspondiente no puede materializarse, se autoriza la utilización de otro. Por ejemplo, la licitación puede tener hasta dos convocatorias, es decir, si se declara desierta en la primera oportunidad, el Administrador puede proceder inmediatamente a una segunda convocatoria. Si después de la segunda convocatoria el comprador no puede adjudicar la compra, puede adoptar la modalidad de concurso de precio. El concurso también tiene dos oportunidades para la adjudicación de un contrato, pero si después de la segunda convocatoria la compra aún no fue adjudicada, la adquisición puede hacerse mediante compra directa.

La legislación no establece para la presentación de ofertas; sin embargo, los plazos para el llamado o convocatoria a licitación y concurso de precios se define claramente.

Perú

Para las compras de bienes y servicios se aplican la licitación pública, el concurso público de precios y la licitación selectiva o adjudicación directa.

- a) Licitación pública: Se utiliza para las operaciones de mayor valor, el cual esta previamente establecido. (costo unitario o valor total excede de S/.700 000).
- b) Concurso público de precios: Se aplica para las operaciones de monto intermedio, inferior al establecido para la licitación pública y superior al que autoriza la adjudicación directa. (costo unitario o valor total comprendido entre S/.700.000 y S/.220 000). Ambas formas de selección del contratista se caracterizan por la libre concurrencia de postores, y por la adquisición de bienes o servicios no personales a partir de cierto valor monetario de referencia fijado por la Ley Anual de Presupuesto.
- c) Licitación selectiva: En Perú se hace sinónimo de adjudicación directa, y es una modalidad excepcional en la cual se invita a ciertos proveedores y otros compatibles con el interés del organismo público. Cuando el monto de la operación es menor. (costo unitario o valor total es menor de S/.220 000).

Para la contratación de obras públicas se contemplan como procedimientos de selección del contratista la licitación selectiva, el concurso público de precios y la licitación pública, esta última con varias modalidades. Cual de las formas se debe utilizar depende del monto a contratar.

- a) Licitación selectiva o adjudicación directa: Se utiliza para operaciones de monto menor. (si el costo total es menor de S/.600.000).
- b) Concurso público. Se aplica para operaciones de monto intermedio. (costo total está comprendido entre S/.1.800.000 y S/.600.000).
- c) Licitación pública: Se utiliza para las contrataciones de gran envergadura (costo total sobre S/.1.800.000) y puede adoptar las siguientes modalidades:
 - 1) Precios unitarios: Sistema en el que el postor formula su propuesta proponiendo precios unitarios de partidas preestablecidas por la entidad licitante, las que se valorizan de acuerdo a los métodos realmente ejecutados.
 - 2) A suma alzada: Modalidad de acuerdo a la cual el postor presenta su propuesta para ejecutar por una suma fija y a determinada fecha, una obra definida por sus planes y especificaciones, objeto del contrato principal. Los métodos del presupuesto base son sólo referenciales.

- 3) Con financiación del contratista: En este caso la financiación total o parcial de una obra, corresponde al Contratista.
- 4) Llave en mano: Sistema por el cual el postor oferta en conjunto, la construcción, el equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de una determinada obra, pudiendo incluir, además, los estudios de arquitectura e ingeniería del proyecto, así como su financiamiento.
- 5) Por administración controlada: En este caso la propuesta del postor se ciñe tan sólo a la dirección técnica y administrativa contable de una obra.
- 6) Por concurso oferta: Modalidad por la cual el postor concursa ofertando: expediente técnico, ejecución de la obra, plazos y, de ser el caso, terreno.

Es importante tener presente que cuando el monto del presupuesto base, en la ejecución de una obra pública, sea igual o mayor a S/4.050.000 el organismo ejecutor no podrá ejercer la supervisión y control de obras, debiendo ser contratada obligatoriamente mediante concurso público de méritos.

Cabe destacar que para la ejecución de la obra, el postor puede ofertar sistemas constructivos convencionales o no convencionales, siempre que éstos últimos permitan futuras ampliaciones de obras por el sistema convencional.

La contratación de servicios no personales para la realización de estudios, asesorías, consultorías, peritajes, inspecciones y supervisiones, se realizan, en función del monto, por concurso público de méritos o adjudicación directa. Tratándose de auditorías externas el procedimiento se debe sujetar a las normas que rigen el sistema nacional de control.

No existen otros procedimientos adicionales a los antes mencionados, sin embargo, la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, establece determinadas exoneraciones a la licitación pública, concurso público de precios o concurso público de méritos, cuando los procesos se declaran desierto, cuando se autorizan declaraciones de emergencia en cualquier área o circunscripción de la República, cuando se trata de gastos que tengan el carácter de secreto militar o cuando se trate de gastos en bienes muebles e inmuebles y servicios que efectúen las Misiones del Servicio Exterior de la Cancillería de la República.

Los plazos para la presentación de ofertas, ya sea que se trate de compras de bienes y servicios o de contratos de ejecución de obras, son los siguientes:

Cuadro 8
PLAZO PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Concepto	Bienes y servicios	Obras
Licitación pública	15 días	30 días (Cuando se requiera la importación de materiales y accesorios) 15 días (Cuando incluye materiales existentes en el mercado local)
Licitación internacional	30 días	45 días
Concurso público	10 días	15 días

Fuente: elaboración propia.

Uruguay

El ordenamiento jurídico establece los ordinarios de compras y las excepciones a los mismos, mencionándose especialmente el procedimiento de licitación pública como el procedimiento de compra por excelencia, al cual le caben las excepciones expresamente establecidas.

El Poder Ejecutivo, previo dictamen favorable del Tribunal de Cuentas, puede autorizar regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios de publicidad e igualdad de los oferentes, cuando las características del mercado o de los bienes o servicios lo hagan conveniente para los intereses de la Administración. Las autorizaciones respectivas deben ser comunicadas a la Asamblea General y publicadas en el Diario Oficial y en otro de circulación nacional.

El plazo de *presentación de ofertas* es variable. Como principio general para las licitaciones públicas se establece como plazo, no menos de 15 días antes de la fecha de apertura y no menos de 30 días cuando se considere necesario o conveniente la presentación de oferentes extranjeros. Este plazo puede ser reducido por la entidad competente, cuando se requiera por motivos de emergencia o interés, pero en ningún caso el plazo puede ser inferior a 5 o 10 días, respectivamente. Para procedimientos abreviados, cuando solamente son invitadas determinadas compañías, el plazo es de 3 días antes de la apertura. Esto puede reducirse a 48 horas en caso de emergencia o interés. Una nota particular de la regulación, es que todas las ofertas presentadas por compañías, aún cuando no hallan sido invitadas, deben ser aceptadas.

Venezuela

En Venezuela sólo se admiten tres formas de contratación, las cuales se encuentran establecidas y reguladas en la Ley de Licitaciones y su Reglamento:

- a) Licitación general: En este procedimiento pueden participar las personas naturales o jurídicas inscritas en el Sistema Nacional de Registros de Contratistas que cumplan las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación.
- b) Licitación selectiva: Pueden participar en este tipo de licitaciones las personas naturales o jurídicas que, cumpliendo las condiciones particulares inherentes al proceso de licitación, sean escogidas por el ente promotor del Registro Auxiliar de Contratistas.
- c) Adjudicación directa: Es un procedimiento de excepción, el cual puede utilizarse cuando la máxima autoridad administrativa del ente contratante, mediante un acto interno y motivado, justifique adecuadamente la existencia de alguno de los supuestos previstos en la ley.

El criterio para determinar en que caso se aplica una u otra modalidad de licitación es el monto de la operación:

- Se utiliza la licitación general: En el caso de adquisiciones de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgados es por un precio estimado superior a Bs. 70.000. En el caso de la construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a Bs. 200.000.000.
- Se utiliza la licitación selectiva: En el caso de la adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de Bs. 7.000.000 y hasta Bs. 70.000.000. En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a Bs. 70.000.000 y hasta

Bs. 200.000.000. La legislación establece que cuando conforme a la certificación expedida por el Registro Nacional de Contratistas no existieren más de diez empresas registradas debidamente calificadas para la respectiva contratación, atendiendo a exigencias de trabajos técnicos, suministros especializados, disponibilidad de equipos, capacidad económico-financiera y cualquier otro requerimiento que fundamentalmente restrinjan el número de empresas que puedan ser llamadas al respectivo proceso independientemente del monto de la contratación.

- Se puede proceder por licitación general, licitación selectiva o adjudicación directa: En el caso de adquisiciones de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta Bs. 7.000.000. En el caso de la construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta siete millones de bolívares (Bs. 70.000.000). También se puede utilizar alternativamente cualquiera de los procedimientos, cuando la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público.
- Se utiliza la adjudicación directa: Cuando el monto de la licitación es inferior a Bs. 700.000.

Para el caso de licitación general los participantes preseleccionados son invitados a presentar sus ofertas, mediante comunicación en la cual se indica: El sitio, día y hora en que la comisión recibirá y abrirá las ofertas, que no puede ser menor en ningún caso de cinco (5) días laborables contados del último día de entrega de la documentación de presentación de la oferta. El plazo para la recepción y apertura de las ofertas se fija en cada caso teniendo especialmente en cuenta la complejidad de la contratación.

I. Selección de proyectos sujetos a concesión¹

1. Tipo de Concesiones

Los esquemas de concesiones como mecanismo de participación privada en la producción de bienes y servicios públicos, están diseñados según el tipo de bien producido y las características de los sectores.

En el esquema de concesión la entidad contratante (el gobierno) cede el derecho de la prestación, operación o explotación de un servicio público a la entidad concesionaria, en general un consorcio privado, la cual se compromete a producir el servicio con requerimientos de calidad y cobertura mínimos. La producción del bien o servicio se realiza bajo la supervisión del Estado pero bajo cuenta y riesgo del concesionario.

Algunas formas de concesiones son:

- a) Esquema BOT (construcción, operación y transferencia): En el esquema BOT los inversionistas interesados llevan a cabo un contrato con el Gobierno, en el cual se hacen responsables de la construcción del proyecto y su ejecución por un período de tiempo determinado. Por su parte el Gobierno permite que parte o la totalidad de recaudos por tarifas, ventas, etc., sean apropiados por los particulares como repago a la inversión realizada. En el esquema BOT, luego de un período de tiempo fijo

¹ Esta sección esta tomada del documento "Licitación de proyectos de infraestructura: pautas metodológicas" (Luis Carlos Corral), documento de la Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones del ILPES/CEPAL, LC/IP/L.144, 1998.

(veinte a treinta años), el proyecto es transferido al Estado y se considera finalizado el contrato².

- b) Esquema BOO: en éste el concesionario mantiene la propiedad sobre el proyecto.
- c) Concesiones para la prestación de un servicio: La entidad contratante otorga el derecho a prestación del servicio con base en una infraestructura ya construida a través de licencias emitidas o mediante un contrato.

Cada modalidad se ajusta en mayor o menor medida a los sectores y proyectos específicos. A continuación se presentan algunas pautas generales que deben ser tenidas en cuenta en el proceso de selección de proyectos y entidades como opciones para esquemas de concesión.

El método del Mínimo Valor Presente de los Ingresos (MVPI)

Las concesiones, sobre todo para la construcción, reparación y mantenimiento de vías, se otorgan en general sobre la base de fijar el plazo durante el cual se va a entregar la obra en cuestión al concesionario, por ejemplo, veinte años. El beneficiario es aquél que propone la tarifa (peaje) más baja.

Un método alternativo para el otorgamiento de concesiones es el del Mínimo Valor Presente de los Ingresos (MVPI)³. En este sistema, el gobierno no fija el plazo sino la tarifa, de tal manera que ésta no sea inferior a un nivel determinado por la siguiente fórmula:

$$T \geq (r \cdot C)/Q_L,$$

donde

T= tarifa

r= tasa de descuento común a todos los oferentes

C= costo total de la obra

Q_L = nivel mínimo esperado de la demanda (flujo vehicular mínimo esperado)

La concesión se otorga al oferente que pida el mínimo valor presente de los ingresos por concepto de cobro de la tarifa (peajes). La concesión revierte al Estado una vez el concesionario obtenga como recaudo una suma equivalente al MVPI. Si la demanda es alta, el plazo es menor, si es baja, el plazo es mayor.

Los proponentes de esta opción afirman que tiene varias ventajas sobre el método de plazo fijo, a saber:

El riesgo de que la demanda sea baja es nulo, puesto que en este caso el plazo de la concesión se amplía automáticamente.

El concesionario no recibe rentas extraordinarias. Si la demanda es alta, el plazo se reduce. De este modo no hay transferencias arbitrarias del usuario al concesionario.

El concesionario no puede presionar una renegociación del contrato que la mayoría de las veces resulta onerosa para el Estado, pues cualquier problema de demanda es resuelto mediante una ampliación del plazo.

Hay una mayor flexibilidad para ampliar una vía ya que, a contrario de lo que sucede en una concesión de plazo fijo, existe un parámetro inequívoco para determinar el precio que debe recibir

² Augenblick, et. al., The BOT approach to infrastructure projects in developing countries, World Bank working paper, 1990

³ Engel, et. al., Highway franchising: Pitfalls and opportunities, American Economic Review, vol 87, No. 2, 1997

el concesionario como contraprestación por hacer revertir la concesión al gobierno después de algún tiempo de operación pero antes de que se alcance el recaudo total del MVPI. Esta suma es simplemente la diferencia entre el MVPI y el valor descontado de los ingresos por tarifas ya recibidos.

El gobierno no se ve en la obligación de otorgar garantías de tráfico mínimo, ya que cualquier caída en el nivel de la demanda es neutralizada mediante una ampliación del plazo.

Este método del MVPI es de especial relevancia en el caso de las vías urbanas, donde las variaciones del tráfico hacen muy incierto cualquier pronóstico sobre el nivel futuro. Para otros casos en los que se tiene mayor confianza en el estimativo de la demanda, como en el caso de las rutas interurbanas, el sector privado ha preferido el método de plazo fijo⁴.

⁴ Vega, Concesiones viales: un sinuoso camino, El Mercurio, 20 de septiembre de 1997

Bibliografía

- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo II, Editorial Abeleo- Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Cassagne, Juan Carlos, Las Técnicas de Reversión del Estatismo en el Proceso de Reforma del Estado, en Dromi, Roberto, Reforma del Estado y Privatizaciones, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991.
- CD Infoproject II, 46 metodologías, manuales y guías sobre preparación y evaluación de proyectos, ILPES, Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones.
- Dallari, Adilson Abreu, Aspectos Jurídicos da Licitacao, 2ª Edición, Editorial Saeaiva, Sao Paulo, 1980.
- Dormí, Roberto, Derecho Administrativo, 4ª Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- Dormí, Roberto, Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- Dormí, Roberto, Renegociación y Reconvención de contratos Públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Escola, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Fanelli, Guillermo, La Concesión de Obra Pública, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989.
- Figueiredo, Lucia Valle- Ferraz, Sergio, Dispensa de Licitacao, Revista Dos Tribunais, Sao Paulo 1980.
- Fiorini, Bartolomé- Mata, Ismael, Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal, Editorial Abeleo Perrot, Buenos Aires, 1972.
- Garrido Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, 9ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- Gordillo, Agustín, Derecho Administrativo de la Economía, Editorial Machi, Buenos Aires, 1967.

- Guibal, M, La transposition de la Reglementation Communautaire en France, en Revue du Marché Commun el de L Union Européenne, 1993.
- Marienhoff, Miguel, Administración Pública, Actividad Interorgánica, Relaciones Interadministrativas, JA, 1962-III- 766.
- Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1970.
- Martinand, C, Le Partenariat Public-Privé, en Financement Privé del Equipements Publics, Económica, Paris, 1993
- Mertehikian, Eduardo, La Iniciativa Privada en la Concesión de Obra y de Servicios Públicos, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1992.
- Monedero, José Ignacio, Nuevo Régimen de Contratación Administrativa, 2ª Edición, Editorial La Ley, España, 2000.
- Monedero, José Ignacio, Doctrina del Contrato del Estado, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
- Página Web, Licitación Pública Internacional.
- Página Web, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, República de Colombia, www.dian.gov.co, 2000-2001.
- Pautas Metodológicas para la Concesión de Proyectos de Infraestructura, ILPES, Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones
- Quancard, Michel, L Adjudication des Marchés Publics de Travaux et de Fourniture, Paris, Editorial Sirey,1945.
- Romero, Jorge Enrique, La Licitación Pública en Costa Rica, Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio", San José, 1975.
- Rufián Dolores, Manual de Concesiones de Obras Públicas, Fondo de Cultura Económica,Chile, 1999.
- Sayagués, Enrique, La Licitación Pública, Editorial Acali, Montevideo,1978.
- Sundfeld, Carlos Ari, Licitacao e Contrato Administrativo, Editorial Malheiros, Sao Paulo, 1994.
- Transparency International, Borrador Preliminar, Santiago de Chile, Diciembre 2001.
- Zaragoza , A, Concesiones de Carreteras en España Financiadas por Iniciativas Privadas, Editorial Mimeo, 1996.



NACIONES UNIDAS




Serie manuales

Números publicados

- 1 América Latina: Aspectos conceptuales de los censos del 2000 (LC/L.1204-P), N° de venta: S.99.II.G.9 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 2 Manual de identificación, formulación y evaluación de proyectos de desarrollo rural (LC/L.1267-P; LC/IP/L.163), N° de venta: S.99.II.G.56 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 3 Control de gestión y evaluación de resultados en la gerencia pública (LC/L.1242-P; LC/IP/L.164), N° de venta: S.99.II.G.25 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 4 Metodología de evaluación de proyectos de viviendas sociales (LC/L.1266-P; LC/IP/L.166), N° de venta: S.99.II.G.42 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 5 Política fiscal y entorno macroeconómico (LC/L.1269-P; LC/IP/L.168), en prensa. N° de venta: S.99.II.G.25 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 6 Manual para la preparación del cuestionario sobre medidas que afectan al comercio de servicios en el hemisferio (LC/L.1296-P), N° de venta: S.99.II.G.57 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 7 Material docente sobre gestión y control de proyectos (LC/L.1321-P; LC/IP/L.174), N° de venta: S.99.II.G.87 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 8 Curso a distancia sobre formulación de proyectos de información (LC/L.1310-P), N° de venta: S.99.II.G.44 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 9 Manual de cuentas trimestrales, Oficina de Estadísticas de la Unión Europea (EUROSESTAT) (LC/L.1379-P, N° de venta: S.99.II.G.52 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 10 Procedimientos de gestión para el desarrollo sustentable (LC/L.1413-P), N° de venta: S.00.II.G.84 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 11 Manual de cuentas nacionales bajo condiciones de alta inflación (LC/L.1489-P), N° de venta: S.01.II.G.29 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 12 Marco conceptual y operativo del banco de proyectos exitosos (LC/L.1461-P; LC/IP/L.184), N° de venta: S.00.II.G.142 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
- 13 Glosario de títulos y términos utilizados en documentos recientes de la CEPAL (LC/L.1508-P), N° de venta: S.01.II.G.43 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 14 El papel de la legislación y la regulación en las políticas de uso eficiente de la energía en la Unión Europea y sus Estados Miembros, Wolfgang F. Lutz (LC/L.1531-P), N° de venta: S.01.II.G.75 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 15 El uso de indicadores socioeconómicos en la formulación y evaluación de proyectos sociales, (LC/L.1617-P; LC/IP/L.194), N° de venta: S.01.II.G.157 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
- 16 Indicadores de sostenibilidad ambiental y de desarrollo sostenible: estado del arte y perspectivas (LC/L.1607-P), N° de venta: S.01.II.G.149 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 17 La voz de los actores. Prevención del consumo y control del tráfico de drogas en Chile (Informe final CEPAL/CONACE) (LC/L.1651-P.), N° de venta: S.01.II.G.190 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 18 Desafíos y propuestas para la implementación más efectiva de instrumentos económicos en la gestión ambiental de América Latina y el Caribe (LC/L.1690-P.), N° de venta: S.02.II.G.4, (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 19 International Trade and Transport Profiles of Latin American Countries, year 2000 (LC/L.1711-P.), N° de venta: E.02.II.G.19, (US\$ 10.00), 2002. [www](#)
- 20 Diseño de un sistema de medición para evaluar la gestión municipal: una propuesta metodológica, Ricardo Arriagada (LC/L.1753-P; LC/IP/L.206), N° de venta: S.02.II.G.64, (US\$ 10.00), 2002. [www](#)
- 21 Manual de licitaciones públicas, Isabel Correa (LC/L.1818-P; LC/IP/L.212) N° de venta: S.02.II.G.130, (US\$ 10.00), 2002. [www](#)

- El lector interesado en números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile. No todos los títulos están disponibles.
- Los títulos a la venta deben ser solicitados a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, publications@eclac.cl.

 Disponible también en Internet: <http://www.eclac.cl>

Nombre:
Actividad:
Dirección:
Código postal, ciudad, país:.....
Tel.: Fax: E.mail: