

# LA DETERMINACIÓN DE LA OFERTA MÁS CONVENIENTE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS\*

## *DETERMINING THE OFFER MORE CONVENIENT IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS*

*Domingo Sesín \*\**

**Resumen:** El presente trabajo se ocupa las posiciones doctrinarias sobre si la expresión “oferta más conveniente” u “oferta más ventajosa” constituye un concepto jurídico indeterminado donde sólo es posible arribar a una solución justa, o bien, autoriza el ejercicio de una facultad discrecional.

**Palabras-clave:** Contratos administrativos - “Oferta más conveniente”

**Abstract:** This paper studies doctrinal positions on whether "better offer" or "most advantageous offer" is a vague legal concept in which is only possible to arrive at a just solution, or authorizes the exercise of discretion.

**Keywords:** Administrative contracts - “Offer more convenient”

SUMARIO: I. La oferta más conveniente y los conceptos jurídicos indeterminados.- II. La remisión normativa a valoraciones técnicas simples y complejas.- III. Opinabilidad intrínseca y discrecionalidad.- IV. La potestad de la administración de dejar sin efecto. la licitación antes de la adjudicación.- V. El valor relativo del menor precio.- VI. Los criterios de valoración y el orden de preferencia claramente establecidos.- VII. Diversos mecanismos de selección del contratista y la discrecionalidad.

---

\* El trabajo ha sido recibido el 3 de julio de 2014 para su publicación y aprobado el 14 de agosto del mismo año. También se publica en *Cuestiones de contratos administrativos*, Ed. RAP, Bs. As., 2007, pp. 125/142.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Roma, Italia. Académico de Número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia Judicial Internacional con sede en Estados Unidos. Catedrático de Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

## I. La oferta más conveniente y los conceptos jurídicos indeterminados

En doctrina se discute si la expresión “oferta más conveniente” u “oferta más ventajosa” comporta un concepto jurídico indeterminado donde sólo es posible arribar a una solución justa, o bien, autoriza el ejercicio de una facultad discrecional.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares (1), ratificando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostiene que la locución “más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad. No sólo anula la decisión administrativa sino que reconoce el derecho de la actora a que se le adjudique el concurso.

Sánchez Morón (2) advierte que esta sustitución de la actuación administrativa eligiendo la oferta más conveniente implica una eventual extralimitación en el ejercicio de la función de juzgar y propone como posible remedio la casación, esgrimiendo el exceso y el abuso de jurisdicción.

En nuestro país, un sector de la doctrina también considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado donde sólo es posible una solución justa (3).

Cassagne explica que la adjudicación constituye el acto administrativo que selecciona la oferta más conveniente para la Administración desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económico financiera (4) y, en ese sentido, destaca las dificultades existentes para adoptar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección ante la ausencia de pautas indicadoras en el pliego. De allí que postula que la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos y antecedentes similares) (5).

Otro sector de la doctrina estima que la expresión oferta más conveniente autoriza, en cambio, el ejercicio de una facultad discrecional dentro de los límites de la juridicidad (6).

---

(1) Tribunal Superior Baleares, Sala Cont. Adm., 27-11-1991.

(2) SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 160.

(3) CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 1999, p. 58; DROMI, José R., *Licitación pública*, Buenos Aires, 1995, p. 428; BARRA, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, T. II, Buenos Aires, 1986, p. 437; GAMBIER, Beltrán, “El concepto de oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio”, Buenos Aires, *La Ley*, 1998-D-744.

(4) Con cita de MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 243.

(5) Con cita de BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 654.

(6) COMADIRA, Julio R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 127 a 131; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, 1979, p. 121; ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T. I, Buenos Aires, 1977, p. 353.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados constituye, según la doctrina contemporánea, una de las técnicas o modos más útiles para reducir la discrecionalidad y frenar la arbitrariedad de quienes mandan.

Su caracterización fundamental es someter a interpretación la aplicación de los conceptos jurídicos imprecisos siguiendo un razonamiento estrictamente jurídico para llegar a una solución justa. El problema a resolver se convierte en una cuestión de aplicación del derecho, porque no admite la posibilidad de elegir una alternativa entre varias igualmente válidas.

En mi criterio (7) la aplicación literal de esa teoría puede ser correcta cuando la realización de ciertos conceptos no admite más que una solución justa, pero no cuando su concreción presenta varias probables soluciones y es tan razonable una como otra. La realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco, admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría consagrar una libertad desenfrenada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad, cuya supervivencia es imprescindible en los Estados modernos.

Los casos límite hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza negativa y positiva.

Establecer cuál es la oferta más conveniente, cuando por ejemplo, existen seis ofertas que técnica y económicamente resulten equivalentes, es tan complicado como su revisión judicial ulterior. Es dable advertir que, para la concepción tradicional de la teoría analizada, los casos difíciles se superan concediendo a la Administración un cierto margen de apreciación, no susceptible de revisión jurisdiccional.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo opinable por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la Administración (concursos, pronósticos, belleza panorámica, peligrosidad, etc.). Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende sólo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar en teoría que la integración se efectúa por intermedio

---

(7) SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, Nuevos mecanismos de control judicial, Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2004, actualizada y ampliada, 2ª ed., p. 180 y ss.

de un juicio de naturaleza cognoscitiva. Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen más que conformar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible.

Esto último unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del Derecho confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión. Poco importa quien tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

Para justificar el rechazo de un momento discrecional en el margen de apreciación, se sostiene que al no efectuarse valoraciones de oportunidad, la discrecionalidad es inexistente. Sin embargo, en mi criterio, lo discrecional no puede limitarse sólo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente.

Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del margen de apreciación una particular modalidad discrecional. En consecuencia, sostengo que los conceptos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectual interpretativo puro o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula. En definitiva, no coincido con quienes afirman que lo aludido por el término oferta más conveniente o más ventajosa es un concepto jurídico indeterminado que sólo admite una solución justa. Lo mismo puede decirse de la urgencia en una contratación. Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación del referido concepto para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

## **II. La remisión normativa a valoraciones técnicas simples y complejas**

Como es sabido, determinar cuál es la oferta más conveniente se vincula con cuestiones técnicas, científicas o de experiencia. La remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste.

Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Córdoba (“Miranda, Margarita c/ Provincia de Córdoba”, Cont. Adm. Sent. 32/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi -LLC, 1997-946-) donde, sobre la base de que la discrecionalidad puede estar en menor

o en mayor medida en cualquier elemento del acto administrativo, el juzgador realiza el control del ejercicio de la discrecionalidad al momento de resolver el fondo de la cuestión.

En el caso citado se trataba sobre la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un hospital psiquiátrico. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa. En esta hipótesis no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o pauta universal, objetiva, y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado. En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del porcentaje que deberá establecer el Poder Ejecutivo, ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el 50% del sueldo. Ha menester reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el Derecho.

Consecuentemente, se declaró inválido el acto que rechaza el adicional por riesgo y se condenó a la Administración a establecer el porcentaje pertinente, ya que no es dable la sustitución cuando nos encontramos dentro de la discrecionalidad.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración, ultrajando la división de poderes. En consecuencia, si para determinar cuál es la oferta más ventajosa sólo es posible la aplicación de una regla técnica, científica o de experiencia de universal consenso, y sólo exista una de ellas que reúna tales requisitos, no existe potestad discrecional, y todo se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

Cuando, en cambio, excepcionalmente existan varias ofertas que de igual modo se subordinen a la regla técnica de universal consenso, o bien existan varias técnicas aceptables, y en todos los casos sean económicamente equivalentes, la selección de una de ellas incumbe a la Administración mediante la discrecionalidad.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional. En consecuencia, el control de juridicidad es perfectible, pues el juez, al entrar al fondo de la cuestión, verifica si en el sub examine se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia o el comportamiento social al momento en que se concrete el acto administrativo respectivo. Excepcionalmente puede haber pequeños porcentajes de discrecionalidad.

El acertado fallo del Tribunal Superior de Neuquén (8) considera “[...] que el control de los actos administrativos que deciden la adjudicación de una licitación pública sobre la base de pliegos de bases y condiciones predeterminados como en el caso es una actividad netamente reglada y, no cabe duda, sujeta al control judicial. Y el decir reglada, guarda íntima conexión con la naturaleza jurídica de los pliegos [...]. La evaluación de las ofertas no fue efectuada teniendo en cuenta la situación de hecho reglada en la norma antes citada; circunstancia ésta que vicia los decretos [...] dando lugar a su nulidad [...]. La norma establece claramente que el máximo puntaje debía asignarse a quien ofreciera ocupar mayor cantidad de personas radicadas en el ejido municipal de esta ciudad [...]. Mas, las constancias de la causa indican que ello no ocurrió [...]. En efecto, el poder concedente se ha apartado de las reglas establecidas [...] efectuando la adjudicación en infracción al sistema de calificación y puntaje, motivo que hace que su accionar sea ilegítimo y no discrecional, como pretendió establecerlo el municipio demandado”.

Conforme las características de la causa, el pliego de condiciones establecía nítidamente los requisitos jurídicos y técnicos respecto de cuál debe ser la mejor oferta, razón por la cual, el tribunal correctamente considera, entrando al fondo de la cuestión y analizando detenidamente las probanzas de autos, que, debiendo controlar facultades regladas, la revisión judicial es insoslayable.

Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, “tolerable”, cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. No se trata de un mero control de legalidad formal externa; el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aun la apreciación de los mismos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva.

### **III. Opinabilidad intrínseca y discrecionalidad**

Cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica con el fin de resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público.

---

(8) Trib. Sup. Neuquén, 15-02-2000, “Consur SRL, Cooperativa de Trabajo Esfuerzo Unido Valentina Sur. Limitado UTE vs. Municipalidad de Neuquén”.

La discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita, sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite de manera tácita a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder distinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo) y, cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución como otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración.

No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el tribunal examina el fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

Si, en cambio, el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasuntara una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el procedimiento desviado, los poderes del juez acrecerían en su normal dimensión. Los medios de prueba, aun periciales, pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración.

El concepto jurídico indeterminado que impide el uso de la discrecionalidad es sólo aquel que puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro, donde lo único posible es llegar a una solución justa.

Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma o según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto oferta más ventajosa se efectiviza, entonces, en este caso, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, excepcionalmente, el concepto referido no siempre permite llegar a una solución justa; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: en el supuesto de que se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir una u otra, en el caso de que la norma nada establezca al respecto (por ejemplo, una mejora de ofertas entre ellas), bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Aceptar, entonces, que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso (oferta más conveniente) sea sólo intelectual, negando la posibilidad de que éste, según el caso, pueda ser también volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total.

Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que, al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable, sin distinguir con precisión cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

Por todo ello, concluyo en que la tradicional teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sólo sirve parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de utilizar parámetros objetivos o no en su realización concreta.

#### **IV. La potestad de la administración de dejar sin efecto la licitación antes de la adjudicación**

En relación con la potestad discrecional de la Administración de dejar sin efecto la licitación hasta antes de la adjudicación no existe discusión en la doctrina. No obstante, algunos prestigiosos autores argumentan que, excepcionalmente, ello puede dar lugar a una indemnización en el marco de la responsabilidad del Estado (9).

Adhiero a quienes sostienen que no cabe reparación alguna (10) ya que los oferentes sólo tienen una situación de interés legítimo, lo que a lo sumo puede impetrar la juridicidad del procedimiento cumplido. Y si dentro del marco normativo resultaba clara la posibilidad de la Administración de disponer el cese de la licitación, nada puede reprochársele, en virtud incluso de la teoría de los actos propios y el consentimiento a priori de los oferentes, al aceptar las bases de la licitación.

Es que “[...] Mientras la autoridad competente para efectuar la adjudicación definitiva no se haya expedido, la Administración no está obligada a contratar con ninguno de los adjudicatarios provisionales, y, correlativamente, éstos no pueden intimarla a materializar el contrato. Ello así, por cuanto la Administración Pública actúa dentro del campo de su actividad discrecional, y en tal oportunidad controla a los restantes oferentes en orden a la obtención de ‘la oferta más conveniente’ (Fallos: CSJN, R. 423 XXIII “Raffo y Mazieres S.A.”, del 7 de julio de 1992) [...]” (cfr. “Fundación Hermandad Internacional de Escorpiones c/ Estado Nacional - Min. de Trabajo - y otra s/ varios” - CNACAF, Sala II - Doctores Damarco, Herrera (según su voto) y Garzón de Conte Grand - 18-10-94).

---

(9) COMADIRA, Julio, *op. cit.*, p. 134.

(10) GUSMÁN, Alfredo, “La licitación pública y sus distintas fase en el nuevo régimen de contrataciones administrativas”, *RDA*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, p. 127; Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., 31-12-1996, “Ecron S.A. vs. Ministerio de Economía y otro”, *La Ley*, Suplemento Derecho Administrativo, 25-08-1997; CSJN, Fallos: 323:1323; 315:1738; Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 174:78; 169:199.



Ha señalado el Tribunal Supremo Español: “[...] La opción, atribuida a la Administración por el Artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado para adjudicar el concurso a la proposición más favorable o para declararlo desierto, no crea ninguna expectativa específica de contratación al concursante que con idoneidad para ello haya ajustado su oferta a las bases del concurso, creadora de un derecho subjetivo a tal adjudicación, pues aun con la existencia de tales condicionamientos y requisitos, puede la Administración ejercitar su facultad de declararlo desierto, si existiesen motivos o causas fácticas o jurídicas, lógicas, razonables y expresas, en referencia a la finalidad contractual perseguida en defensa del interés público prevalente, siempre encarnado en la actividad administrativa, sin que en ningún caso pueda servir de soporte a tal discrecionalidad el capricho o la arbitrariedad de la Administración -proscrita por el Artículo 9.3 de la Constitución-. Precisamente, en aras de lo expuesto, es procedente la confirmación de la sentencia apelada, porque si bien la prueba pericial practicada ha estimado que la oferta del recurrente se ajustaba al pliego de condiciones, siendo su precio razonable en relación con las características de tal oferta, no obstante ello, la Administración expresó en el acto impugnado que tal precio superaba con exceso las previsiones económicas estimadas para tal proyecto -aun cuando en las bases del concurso no figurara concreta alusión al precio y tal causa de la decisión administrativa ha de estimarse razonable y conforme a la misma esencia de la naturaleza de todo acto administrativo, satisfacción del interés general, que exige una prudente administración de los fondos públicos para el mejor y más dilatado empleo posible de los mismos. Y lo razonable y lógico de tal actitud vino confirmada por el hecho de la posterior adjudicación a distinta entidad en otro concurso, por la suma de 12.716.473 ptas. frente a los 53.995.119 ptas. ofertados por la parte aquí apelante [...]” (Tribunal Supremo Español, Sentencia del 20-02-1996).

Nos recuerda, acertadamente, el citado Tribunal, en cuanto a las características generales en materia de selección de contratistas: “No está de más resaltar que en materia de concursos la Administración no queda obligada a concluir indefectiblemente el contrato desde el momento que la elección de otro cocontratante es, en principio, el resultado del ejercicio de una potestad discrecional, aunque dentro del cauce establecido; esto es, la Administración se reserva la facultad de emitir o no su aceptación, ya que lejos de verse obligada a aceptar la propuesta más favorable se atribuye una potestad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar en último término si es o no conveniente para el ente público la celebración del contrato. En definitiva, el concurso como sistema de selección supone una invitación de la Administración a que se le presenten ofertas de contrato, pudiendo aceptarlas o rechazarlas, a no venir, anticipadamente, vinculadas, ya que aunque algunos licitadores cumplieren el pliego, la Administración sigue teniendo facultad discrecional en cuanto a la adjudicación, admitiéndose incluso la facultad de declarar desiertos los concursos, aun cuando hayan acudido licitadores” (11).

Así también ha precisado: “[...] Cualquier empresa tiene derecho a tomar parte en un concurso convocado por el Estado si cumple con las bases del mismo, pero ello no

---

(11) Sent. del Tribunal Supremo español del 05-02-1979, Rep. 587, Rev. Adm. Públ. Esp., T. XC (sept.-dic. 1979, p. 233).

quiere decir que, aun en el caso de que hubiera sido admitida a la licitación, lo tenga a que la adjudicación se haga a su favor, en cuanto aquél es libre de aceptar la oferta que discrecionalmente considere más ventajosa, y mucho menos que ostente una expectativa, como la ponderada por el Tribunal a quo, que deba ser amparada por el ordenamiento jurídico, toda vez que la posibilidad de que la Administración -como cuando se trata de convenios entre particulares- no acepte la oferta de los productos a cuyo suministro o venta se dedica el empresario, no supone una lesión reparable por quien no tiene obligación alguna de aceptarla, no pudiendo, consiguientemente, fundamentarse la pretensión resarcitoria en el simple hecho de no haber conseguido el resultado de inversión, productividad o comercialidad pretendido [...]” (Tribunal Supremo Español, auto de fecha 29-01-1988).

## V. El valor relativo del menor precio

Sobre el valor relativo del menor precio ha sostenido claramente la jurisprudencia argentina: “[...] No cabe duda de que el menor precio constituye un dato inestimable en miras a valorar esa conveniencia, pero no siendo el único, la Administración, en determinadas ocasiones, puede prescindir de ese parámetro como elemento decisivo de selección. Sin embargo, es necesario que el comitente exprese, siempre y fundadamente, cuáles han sido las circunstancias que lo llevaron a apartarse del precio más bajo. Ello así, desde que los contratos se celebran para cumplirse y el Estado debe formalizarlos con quien o quienes demuestren el máximo de garantía de cumplimiento (cfr. Mó, Fernando, Régimen legal de las obras públicas, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 168). En igual sentido, este cuerpo ha considerado anteriormente que en todo acto licitatorio realizado bajo las previsiones de la Ley N° 13.067, la adjudicación recaerá siempre sobre la propuesta más conveniente, siendo conforme con las condiciones de la licitación. En la determinación de la conveniencia pueden incidir diversos factores relativos a precios, plazos y circunstancias, algunas de ponderación subjetiva, cuya razonable evaluación por parte de la autoridad competente para su juzgamiento y decisión hace posible, bajo su exclusiva responsabilidad, resolver en cuanto a las ofertas más ventajosas para el Estado (comunicación 237, DA, 2213). No siendo entonces del resorte de este tribunal la merituación sustantiva de los factores técnicos o extrajurídicos que puedan determinar la conveniencia de una propuesta o inclinar la voluntad adjudicataria, sólo cabe enfatizar que el apartamiento de la ventaja económica que sin duda aporta la oferta de precio inferior, exige como fundamento objetivo la presencia balanceadora de elementos ponderables de idéntico peso. En materia de obra pública, la curva o plan de inversiones de cada empresa asume una relevancia incuestionable en la valoración de la conveniencia de sus ofertas, dada la directa influencia que ejerce en la cuantificación de los mayores costos abonables en el curso de la obra. Son éstos, por su parte, los que marcan la diferencia real entre las propuestas, toda vez que las características inflacionarias de nuestra economía llevan a que, de ordinario, esos importes superen con creces los montos nominales. De lo dicho se sigue que en el régimen que nos ocupa es el ‘costo final de la obra’ el valor que merecerá rescatarse como criterio de selección del cocontratante, por ser éste el que mejor se concilia con el instituto fin del proceso licitatorio” (12).

(12) Providencia DGFCE. Régimen de la Adm. Públ., Ciencias de la Administración, N° 73 de 1985, p. 94.

Quizás el derecho italiano es el que analiza con mayor profundidad esta temática: ello justifica la atención preferente que concedo a su jurisprudencia y régimen normativo.

El Consejo de Estado (13) considera que el factor económico asume una relevancia determinante sólo en el caso de que entre varias ofertas haya igualdad, o bien una diversidad funcional no muy marcada, mientras que en los otros casos es decisivo el elemento técnico, siendo ante todo indispensable que las obras para las cuales se recurre a la licitación sean las más idóneas para el fin establecido.

El Artículo 24 de la Ley N° 584, modificada por la N° 687 del 8 de octubre de 1984, dispone que los contratos de obra pública cuyo importe supere el billón de liras serán adjudicados a la oferta económicamente más ventajosa, previa consideración de los siguientes elementos: término de ejecución, costo de realización, rendimiento (avance) y valor técnico de la obra que los oferentes se obligan a ejecutar. En los pliegos respectivos hay que mencionar los elementos de valoración a ser aplicados separada o conjuntamente en orden decreciente según la importancia atribuida a cada uno.

Los más recientes pronunciamientos jurisdiccionales parecen inclinarse por otorgar mayor discrecionalidad, tanto en la identificación de las personas o empresas que la Administración considere con mayores garantías para realizar las obras como en la valoración de las ofertas individuales bajo el perfil técnico y económico (14).

No obstante, esta jurisprudencia presupone que los criterios de valoración de los proyectos sean determinados de antemano y que los juicios que en su consecuencia se realicen aseguren la mayor objetividad, imparcialidad y transparencia posibles.

En 1986, el Consejo de Estado italiano (15) ha declarado ilegítimo el procedimiento licitatorio y la adjudicación efectuada por no haberse respetado el procedimiento que impone la observancia de una misma metodología de evaluación respecto de la totalidad de los oferentes. Se entendió vulnerado el principio de igualdad e incorrectamente ejercida la discrecionalidad.

En nuestro país, conforme diversas normativas vigentes en estos últimos años (16), la propuesta más conveniente resulta de la ponderación conjunta del precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta que acrediten el mayor beneficio para el interés de la sociedad.

Así, se ha señalado: “[...] El mejor precio no es condición determinante para la adjudicación de una obra pública, pues el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración para adjudicarla a la oferta más conveniente importa considerar no sólo el

(13) Cons. Stato. 1971, 1062, I, Sez. V., N° 473, del 08-06-1971.

(14) TAR ABRUZZO, L'Aquila, N° 58, del 14-02-1979, en Trib. Adm. Reg., 1979, p. 1299 y ss.

(15) Cons. Stato, 397 de 1986.

(16) Artículo 18, Ley de Reforma del Estado N° 23.696, Artículo 23, reglamento aprobado por Decreto N° 436/2000, Artículo 15 y cdtes., Reglamento delegado 1023/8/2001 (dictado en el marco de la Ley N° 25.414, entre otras).

precio, sino otros conceptos, como por ejemplo antecedentes en la ejecución de obras similares [...]” (17).

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha explicitado: “[...] la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas sean comparables entre sí y, en este sentido, las bases de la selección juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados [...]” (18).

Como bien expresa Gusmán (19), la determinación de la oferta más conveniente debe requerir:

- a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas;
- b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados con la bondad, utilidad o eficacia de la prestación;
- c) la demostración de que la ventaja que representa la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir;
- d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos;
- e) otras variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos.

El Tribunal Supremo Español ha declarado: “[...] la Ley de Contratos del Estado reconoce a la Administración una facultad discrecional al hacer la selección del adjudicatario, ya que no está obligada a elegir al mejor postor económicamente considerada la oferta, sino al que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajoso a los intereses generales de la Administración, sin atender exclusivamente la oferta económica, y el ejercicio de esta facultad discrecional está orientada al bien público y a los intereses generales que tutela la Administración, siendo en este sentido como debe entenderse la expresión ‘oferta más ventajosa’, lo que significa que en la licitación se ha de atender a las circunstancias y a los elementos subjetivos y objetivos del contrato, lo que ha sucedido en la cuestión examinada, pues la Asamblea Legislativa de Murcia, tras el pertinente informe técnico, elige la oferta más adecuada dentro de sus potestades, y no puede reprochársele uso arbitrario de tales potestades al haberse decidido por la que consideró más ventajosa para los intereses públicos [...]”. (Sentencia del 28-11-2000.)

En mi criterio, a los fines de garantizar la mayor objetividad y transparencia del procedimiento de selección del contratista, el menor precio debe seguir siendo prioritario

---

(17) “Racconto Femenia S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa” - Fallos: 94199213 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 - Sala II - Mendoza - 06-09-1994.

(18) Trib. Sup. Neuquén, Acuerdo N° 617/2000, “Consur vs. Municipalidad de Neuquén s/ APA”; BARRESE, María y BACCI, María, “Contratos Administrativos. Reseña de jurisprudencia del Trib. Sup. Neuquén”, *RDA*, N° 33/35, enero-diciembre 2000. Depalma (hoy LexisNexis), p. 515.

(19) GUSMÁN, Alfredo, *op. cit.*, p. 123.

dentro de la pirámide jerarquizada de los diferentes aspectos a valorar. En caso de apartamiento de este principio general, su justificación y motivación deben ser contundentes en orden a establecer en el caso concreto otro orden de prioridades.

La oferta más conveniente es únicamente la de menor precio, cuando el Estado compra o contrata servicios estandarizados o de uso común. En estos casos, el producto o servicio presenta características técnicas similares en torno de la calidad y demás aspectos garantísticos. Así lo ha establecido el Decreto Nacional N° 1.023/01 en su Artículo 15 cuando dispone: “CRITERIO DE SELECCIÓN. La adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.

Cuando se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá, en principio, como oferta más conveniente, la de menor precio.

En materia de preferencias se estará a lo que disponga la normativa vigente en cada caso”. Idéntico contenido adoptó el Artículo 23 del Decreto N° 436/2000 de Contrataciones del Estado.

En la Provincia de Córdoba, el Artículo 19 de la Ley N° 8.837 de Incorporación de Capital Privado al Sector Público, faculta al Poder Ejecutivo para emplear alguno de los procedimientos que se señalan a continuación, o combinaciones entre ellos, y establece que la determinación del procedimiento de selección será justificado, en cada caso, mediante acto administrativo motivado:

- a) Licitación pública, con base o sin ella;
- b) Concurso público, con base o sin ella;
- c) Concurso de proyectos integrales;
- d) Remate público, con base o sin ella;
- e) Venta de acciones en Bolsas y Mercados de Valores de Córdoba, nacionales o del exterior.

Y añade: “En todos los casos, la oferta más conveniente será evaluada teniendo en cuenta la totalidad de las variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos y la sociedad”.

En el Derecho comparado, el Artículo 29 de la entonces Directiva 71/305/CEE, señalaba a título enunciativo los criterios en los que debía fundarse la Administración para adjudicar el contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico. Así se adoptaba el modelo francés, donde el Artículo 97 CMP señala: “la Administración elimina las ofertas que no sean conformes con el objeto del contrato; ella elige libremente la oferta que considere más interesante teniendo en cuenta el precio de las prestaciones, su coste de utilización, su valor técnico, las garan-

tías profesionales y financieras aportadas por cada uno de los candidatos y el plazo de ejecución”.

En análogo sentido, la Directiva francesa del 19 de octubre de 1976 establece que el criterio del precio de las prestaciones constituye un elemento muy importante de apreciación, aunque no tenga una prioridad absoluta sobre los otros criterios (20).

La jurisprudencia española destaca: “[...] la valoración que el órgano de contratación realiza de cada uno de los informes pertenece al proceso de formación de voluntad determinante del acto administrativo de adjudicación, tratándose del ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración de manera libre y justificada de la oferta más ventajosa.

A este respecto, la apreciación efectuada por la sentencia impugnada es correcta por los siguientes razonamientos.

a) La interpretación del Artículo 12, apartado h, del Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio y del Artículo 26 de la Directiva 93-36 (Legislación de la Comunidad Europea - LCEur 19932559) Comunidad Económica Europea, así como el Artículo 36 de la Directiva 92-50-Comunidad Económica Europea (LCEur 19922431), permite constatar que con aplicación de esa normativa internacional y comunitaria de incidencia directa en la contratación pública, y en la que necesariamente se inspira la contratación española, los criterios de adjudicación del concurso han de ser por regla general varios, y si, excepcionalmente se utiliza un solo criterio, el órgano de contratación habrá de justificar la razón de su empleo.

b) La cuestión suscitada en el caso que estamos examinando ha de conciliar los principios de publicidad y transparencia propia de la contratación administrativa con la utilización de un necesario grado de discrecionalidad, que en sentido técnico jurídico ostenta el órgano de contratación, pero que no excluye el necesario control jurisdiccional, lo que permite llegar a la consideración, desde este punto de vista, del reconocimiento de la superioridad objetiva de la adjudicataria, de conformidad con los dictámenes técnicos obrantes en las actuaciones del expediente administrativo y de acuerdo con la argumentación jurídica que se acepta íntegramente en atención a las razones que la sentencia recurrida expone en su fundamentación [...]” (Tribunal Supremo Español, Sentencia del 17-07-2001).

Estas dificultades para determinar la oferta más conveniente son analizadas por la doctrina. Así, Cassagne propone que es imprescindible establecer en el pliego de bases y condiciones generales el sistema y el procedimiento que regirán para la adjudicación de la oferta, tanto en garantía del principio de concurrencia como del de igualdad. (21) Para ello, el sistema de “doble sobre” facilita la selección de la oferta más conveniente, independizando las condiciones subjetivas de los proponentes o las cuestiones técnicas

---

(20) SÁNCHEZ, Rafael J., *El contrato de obra pública*, Madrid, Raíz T. G., SL, 1997, p. 178 y ss.

(21) CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., p. 58.

de la oferta contenida en el primer sobre de la relacionada exclusivamente con el precio explicitado en el segundo sobre.

Este criterio es receptado positivamente por el Decreto N° 1023/01 donde el Artículo 87 referido a “Parámetros de Evaluación de las Ofertas” establece en orden a las licitaciones o concursos con doble sobre: “Cuando el procedimiento sea con doble sobre deberán establecerse en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares los factores que serán tenidos en cuenta para la evaluación de cada uno de los sobres y, en su caso, los coeficientes de ponderación relativa que se aplicarán a cada uno de ellos. A los efectos de la determinación de la oferta más conveniente podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o por el que establezcan los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares:

- a) adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica de entre los que hubieran resultado preseleccionados;
- b) adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado el mayor puntaje final, sobre la base de la ponderación de los obtenidos en cada uno de los sobres”.

Aun cuando la determinación de la oferta más conveniente traduzca un concepto jurídico indeterminado que los pliegos de bases y condiciones procuran definir, limitando la discrecionalidad administrativa con la predeterminación normativa de los criterios objetivos de selección, el acto de la adjudicación es susceptible, como dice Cassagne, de la más amplia revisión judicial en punto a la legalidad y razonabilidad.

No obstante que en la elección de la oferta más conveniente existe discrecionalidad, ya que la Administración muchas veces tiene una doble libertad:

- a) para fijar los criterios que va a aplicar en la selección y
- b) para ponderarlos objetivamente, sin embargo, esta discrecionalidad no está exenta de control judicial, pues cualquiera sea la decisión que la Administración adopte, siempre debe motivar acabadamente esa decisión.

Ni aun en el caso de actos discrecionales -ha dicho el Tribunal Supremo Español- las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar presididas por la idea del buen servicio al interés general. Así, pese a que la Administración goza de amplia potestad discrecional para valorar cuál es la oferta que presenta mejores condiciones objetivas y subjetivas, e incluso declarar desierto el procedimiento, siempre está salvaguardada la posibilidad de la revisión judicial mediante el control de razonabilidad y proporcionalidad aplicado por la Administración para llevar a cabo esa determinación.

## **VI. Los criterios de valoración y el orden de preferencia claramente establecidos**

Parece evidente, de esta evolución normativa y jurisprudencial, que el momento más importante en cuanto a la cuantificación de la discrecionalidad necesaria para elegir el mejor oferente se halla más en la fase de preparación de los pliegos y normas secundarias (que prescriben los criterios de valoración con un orden de preferencias claramente establecidos), que en la etapa de apreciación de las ofertas, previa a la adjudicación.

Estoy convencido de que los dispositivos legales y reglamentarios en materia de contrataciones del Estado deben precisar con mayor claridad las características de la “mejor oferta”. No basta con decir que es “la más ventajosa”, por la amplitud de tal concepto, que alude tanto al precio más bajo como a la mejor provista de otros elementos cualitativos y garantísticos, aspectos que muchas veces no concilian en la práctica. Quizá debería determinarse, en virtud del tipo de contratación a realizar, en qué casos la mejor propuesta es la de menor precio y en cuáles se imponen los otros factores. Si lo adecuado es una combinación de ambos, es conveniente expresar las prioridades y mecanismos necesarios para asegurar la armonía de estos componentes.

Es obvio que la discrecionalidad no interviene cuando la economicidad del precio es el factor gravitante; en cambio, puede estar presente al apreciar los elementos cualificantes, planes de avance, patrimonio de las empresas antecedentes y experiencias en la especialidad, programas de inversión, cantidad de personal, etc.

A tal fin, considero útil el diseño propuesto en los puntos anteriores, para distinguir el límite entre lo vinculado y lo discrecional, pero siempre buscando una adecuada convivencia entre ambos aspectos, porque es tan importante el juicio objetivable, como el subjetivo que trasunta una ponderación razonable.

## **VII. Diversos mecanismos de selección del contratista y la discrecionalidad**

En relación con los mecanismos de selección del contratista, los diferentes regímenes jurídicos en general mencionan diversas alternativas: licitación o concurso, contratación directa, subasta o remate públicos, entre otras.

La selección de uno de los mecanismos mencionados supra está sujeto a determinadas circunstancias descritas por la reglamentación, para cuya determinación pueden existir porciones más o menos grandes de discrecionalidad (según las características de los bienes o servicios a contratar, monto estimado del contrato, condiciones de comercialización y configuración del mercado, razones de urgencia o emergencia, economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos, entre otros aspectos).

La jurisprudencia comparada ha destacado:

“[...] a) Como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de abril de 1987, el concurso representa una forma de contratación administrativa que implica una flexibilidad para la selección del contratista, y el Artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado ofrece un abanico de soluciones alternativas en función de la conveniencia e idoneidad de las ofertas respecto del objeto, que en este caso se traducían en la concesión de la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques del Puerto de Sagunto.

b) No se advierte que la utilización del uso de facultades discrecionales limitadas, objeto de consideración con un fundamento razonable en el acto administrativo recurrido, permitan concretar que la Autoridad portuaria de Valencia haya actuado en ejercicio de potestades arbitrarias o desviación de poder, circunstancia que no aprecia la Sala de instancia y tampoco determina la apreciación de este Tribunal.



c) Como reconoce la sentencia de 9 de marzo de 1990 de este Tribunal, en la cuestión examinada se han cumplido los requisitos esenciales de la contratación administrativa, sin que se aprecie en el acto denegatorio de la adjudicación, vulneración del Pliego de Cláusulas administrativas, habida cuenta de la flexibilidad con que estos conceptos son reconocidos en la forma del concurso, en el que no sólo cuenta el factor económico, sino también otros elementos reconocidos por la Administración en uso de facultades discrecionales, propiciando la oferta más ventajosa, en razón del interés público concurrente.

[...] La consideración final que se obtiene en la cuestión examinada, según se infiere del análisis de la referida jurisprudencia es que, en todo caso, la potestad discrecional de la Administración portuaria de Valencia, al resolver el concurso convocado para la adjudicación, limitada por el mandato del último inciso del Artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, exigía que la adjudicación se efectuara a favor de la proposición más ventajosa sin atender necesariamente al valor económico de la misma, pudiendo la Administración, alternativamente, realizar tal adjudicación o declarar desierto el concurso.

La Administración portuaria expresó razonadamente cuáles han sido los motivos por los que la proposición escogida no ha resultado determinante de la adjudicación, permitiendo a esta Sala ejercitar un control jurisdiccional de legalidad de la actuación administrativa y de sometimiento de ésta a los fines que la justifican, en uso de las potestades reconocidas en los Artículos 9.3 y 106.1 de la Constitución, evitando la utilización de la arbitrariedad y permitiendo llegar a la conclusión de que, en la cuestión examinada, el acto denegatorio supuso la utilización de un concepto ‘proposición más ventajosa’, que es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación por la Administración fue controlado indebidamente por la Sala de instancia, que apreció una ausencia de razonabilidad, sin exponer cuáles eran los razonamientos determinantes de la estimación de la pretensión deducida de la documentación aportada en los autos [...]”. (Tribunal Supremo Español, Sentencia del 27-03-2001.)

En cualquiera de las formas de selección previstas por las diversas normativas se deben garantizar, con mayor o menor intensidad, según el caso, los principios fundamentales de todo procedimiento de selección que devienen del sistema republicano y de la unicidad del orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del derecho: transparencia, publicidad, concurrencia e igualdad.

Como bien sabemos, ni siquiera la contratación directa implica una libre elección, ya que está sujeta a una serie de requisitos reglados. Debe seguir implicando una causal excepcional debidamente justificada y motivada.

Cuanto mayor sea la discrecionalidad utilizada por el funcionario competente y menos intensa sea la aplicación de los principios de selección enunciados, mayor debe ser la justificación y motivación del porqué de la opción elegida en el amplio marco de la juridicidad. No basta una aplicación automática de la norma sin armonizarla con el resto del orden jurídico vigente. De lo contrario, el vicio resultaría evidente, siendo obligación de los jueces sancionar sin hesitación toda violación a la juridicidad en el sentido amplio expresado (22).

---

(22) Ver reconfortantes fundamentos de COMADIRA, J., op. cit., p. 91 y ss.

