

EL SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Análisis Doctrinario, Jurisprudencial
y Normativo

Por Federico H. Carballo y Alejandro Rabinovich



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL

CONTRATACIÓN DIRECTA

1. INTRODUCCIÓN

La contratación directa es una clase de procedimiento de selección de cocontratantes. Oportunamente, definimos al procedimiento de selección como aquel a través del cual la administración, en ejercicio de la función administrativa, invita a un número determinado o indeterminado de proveedores a que presenten ofertas de acuerdo a las previsiones establecidas previamente, entre las cuales seleccionará aquella que resulte más conveniente para satisfacer el interés público comprometido.

Se trata de un procedimiento de excepción. Por regla general, las contrataciones deben realizarse a través del procedimiento de licitación pública y solo excepcionalmente podrá darse curso a estas por un procedimiento diferente.

La interpretación sobre la procedencia o no de esta clase de procedimientos será siempre restrictiva; ante la duda con respecto a la posibilidad de convocar a una contratación directa, la respuesta será negativa.

Los extremos que habilitan la contratación directa se fundan según el caso, en factores de hecho, de derecho o por la imposibilidad o inconveniencia de recurrir a otra clase de procedimiento.

Recurrir a esta clase de procedimiento para eludir la licitación pública, implicará vulnerar el principio de debido procedimiento y aun también el de buena fe, y tendrá como consecuencia la inexistencia del acto contractual.

Tal como lo explica la profesora Miriam Ivanega, debemos incluir “también la relación entre la buena fe y la observancia de los procedimientos precontractuales; por ejemplo la licitación pública”. En estos casos “la forma se convierte en un requisito esencial, que trasciende su mero carácter instrumental, para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos”.⁵⁶

56. Ivanega, Miriam M. “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, en RAP, N° 360, 2008.

En otro trabajo la profesora Ivanega explica que la exigencia de que el vínculo contractual cumpla con determinadas formalidades, “no solo hace al valor probatorio sino a posibilitar que el acuerdo no se mantenga en la esfera reservada de quienes lo celebran”.⁵⁷

La Ley de Compras establece de manera taxativa los supuestos que habilitan la procedencia de esta clase de contratación. Fuera de estos, la administración deberá optar por otro procedimiento.

La contratación directa será procedente en los siguientes casos: cuando asistan razones de urgencia que impidan la realización de otro procedimiento; en aquellos procedimientos en los que se persiga la contratación de bienes o servicios vinculados a prestaciones de salud o programas sociales y que por la celeridad con que se necesitara su contratación no fuera posible recurrir a los restantes procedimientos; en los casos en los que una licitación o un concurso hubieran resultado desiertos o fracasados; cuando el objeto de la contratación solo pudiera ser realizado por personas o artistas especializados o de reconocida capacidad y experiencia; cuando los bienes o servicios cuya contratación se impulsa fueran comercializados de manera exclusiva por un único proveedor y no fuera posible encontrar sustitutos; cuando el bien o servicio a contratar deba ser compatible con otros adquiridos previamente; las compras o locaciones que sea menester realizar en otro país; por cuestiones de seguridad pública o de emergencia sanitaria, cuando existan circunstancias extraordinarias o imprevisibles derivadas de riesgo o desastre; cuando haya notoria escasez o desabastecimiento en el mercado local de los bienes que se pretenda adquirir; cuando se pretenda reparar máquinas, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo resulte imprescindible para determinar la reparación que necesitan; las contrataciones interadministrativas y con universidades con sede en la Ciudad; las locaciones o adquisiciones de bienes inmuebles. A ellos debemos agregarles los casos en los que la contratación directa procede en función de que su monto no excede el establecido para las contrataciones menores, configurando estas una especie de las contrataciones directas.

57. Ivanega, Miriam M., “Reflexiones acerca de los contratos administrativos en el siglo XXI”, en *El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al prof. Jaime Vidal Perdomo*, tomo 2, Bogotá, Editorial Temis, 2010.

El análisis sobre la procedencia de los factores que habilitan la contratación directa deberá ser riguroso, verificándose en cada caso la presencia de todos los requisitos establecidos en las normas.

Teniendo en cuenta el carácter excepcional de esta clase de procedimientos, se genera para la administración un especial nivel de diligencia que exige la obligación de motivar exhaustivamente cada uno de los extremos que deba acreditar.

La motivación de la elección del procedimiento no podrá ser genérica, sino que deberá fundarse en las circunstancias fácticas y jurídicas que informan la contratación. No podrá alegarse genéricamente que concurren cuestiones de urgencia sino que deberá acreditarse de qué manera los hechos invocados inciden para provocar una urgencia tal que resulte imposible para la administración satisfacer el interés público comprometido a través de otro procedimiento.

La Cámara ha entendido que “no pueden faltar la explicitación de las razones que llevan a restringir la competencia y la autorización de autoridad competente para proceder a la excepción”.⁵⁸

En algunos casos resultará necesaria la realización de informes técnicos o dictámenes que den sustento a la decisión arribada.

La contratación directa es un procedimiento optativo; esto quiere decir que aun cuando se configuren los motivos que habilitan la procedencia de este, no resulta obligatorio para la administración enderezar la contratación a través de él.

La administración, en los casos en los que se reunieran los requisitos fácticos o jurídicos que permiten la convocatoria de una contratación directa, podrá de todas formas realizar la contratación mediante un procedimiento que habilite una más amplia convocatoria y un mayor control.

La elección de la contratación directa no implica la ausencia total de procedimiento, ni la posibilidad de eludir los principios que rigen las contrataciones, sino simplemente la morigeración del régimen con respecto a otra clase de procedimiento de selección. De esta forma lo ha entendido la Cámara Contencioso Administrativo, al sostener que “no resulta posible soslayar que la contratación directa, como procedimien-

58. CCAyT, Sala II, “Maderera Furman Hermanos SRL c/GCBA”, Expte. N° 5401-o, sentencia N° 85, de fecha 04/08/09.

to de selección del contratista, si bien resulta menos rigurosa que la licitación, de todas formas se encuentra sujeta a determinadas reglas”.

En el mismo sentido reafirma la vigencia plena de los principios específicos de este tipo de procedimientos. “Así, surge del régimen legal de aplicación, la obligatoriedad de cumplir ciertos recaudos, a efectos de preservar los principios de publicidad, igualdad y concurrencia”.⁵⁹ La administración deberá velar celosamente por el respeto de los principios de concurrencia, publicidad e igualdad.

El régimen normativo de la contratación directa se encuentra establecido en la Ley de Compras, en su reglamentación y en el resto del marco normativo que describiéramos oportunamente.

Establece cuáles son los factores que deben acudir para habilitar la procedencia de este procedimiento y las distintas instancias que deben cumplirse hasta resolver la contratación, preservando en todos los casos la plena vigencia de los principios del procedimiento de selección, si bien según el tipo de contratación directa de que se trate aparecerán con un alcance particular.

El procedimiento establecido prevé el cumplimiento de diversas etapas según el tipo de contratación directa de que se trate, tal como veremos detalladamente más adelante. En términos generales, las actuaciones administrativas deben incluir el requerimiento que contiene la descripción del bien o servicio objeto de la contratación y el encuadre legal; la convocatoria que podrá incluir el llamado y los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares; la selección de la oferta; entre otras.

La administración deberá en cada caso preservar el cumplimiento de los principios, sobre todo los propios del procedimiento de selección, la publicidad, la concurrencia y la igualdad, pudiendo incluso apartarse de las normas establecidas siempre que se pretenda protegerlos de manera más rigurosa. Así, por ejemplo, en aquellas contrataciones directas en las que se exigiera invitar a un número determinado de proveedores, el organismo contratante podrá efectuar una convocatoria más amplia que la establecida normativamente, con el objeto de satisfacer de manera amplia el principio de concurrencia.

59. CCAyT, Sala I, “Galería Güemes S.A.I. c/GCBA”, Expte. N° 1029, sentencia N° 6, de fecha 13/02/04.

La Cámara lo ha traducido sosteniendo que “La contratación directa resulta ser uno de los tantos procedimientos de selección -que en determinadas circunstancias procede-, y respecto del cual deben cumplirse una serie de pasos como ser la formulación del pedido por escrito, la fundamentación de las razones que llevan a restringir la competencia, la existencia de la orden de compra, la autorización de la autoridad competente, etc.”.⁶⁰

En otra causa, la Cámara, al reprochar el procedimiento seguido en el marco de una contratación directa, ha entendido que “no se advierte en los antecedentes administrativos la existencia del acto administrativo previo que hubiese contribuido a acreditar la excepcional procedencia de la contratación directa en cuestión. En este escenario no se observa que la prestación del objeto del contrato por parte del profesional haya estado precedida de un acto administrativo que declare la emergencia y autorice la contratación directa, ni de las invitaciones a cotizar a diversas empresas del ramo, ni del análisis de precios del área involucrada. Tampoco se advierte la existencia de afectación presupuestaria previa ni de orden de compra alguna, todos ellos requisitos formales como lo señaló el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires *in re* “Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario, de fecha 05/11/2003”.⁶¹

Teniendo en cuenta el alcance de la convocatoria, podemos agrupar los distintos tipos de contrataciones directas en dos grupos: las contrataciones directas por compulsa abreviada y las contrataciones directas por adjudicación simple.

Las contrataciones directas por compulsa abreviada son aquellas en las que, aun en forma limitada, se da una competencia entre distintos oferentes en el marco del procedimiento.

La administración debe convocar a un número mínimo de proveedores y comparar las ofertas presentadas garantizando los principios del procedimiento. Como ya hemos dicho, de entenderlo conveniente a fin de obtener un mejor resultado, podrá ampliar la convocatoria establecida.

60. CCAyT, Sala II, “Editorial La Página SA c/GCBA y otros”, Expte. N° 33793-0, sentencia N° 45, de fecha 29/05/14.

61. CCAyT, Sala II, “Shugurensky Alberto c/GCBA”, Expte. N° 8098-0, sentencia N° 30, de fecha 30/04/14.

En las contrataciones directas por adjudicación simple, la administración elige al proveedor sin necesidad de competencia alguna. Esa elección deberá basarse en motivos fácticos o jurídicos previamente establecidos y fundados.

En estos casos la concurrencia aparecería excluida totalmente; tal es el caso por ejemplo de las contrataciones por exclusividad, la administración selecciona al proveedor sin que se realice ningún tipo de compulsa en el marco del procedimiento.

En algunos casos y de resultar posible podría entenderse que la administración ha realizado una compulsa previa, así por ejemplo en las contrataciones de obras, bienes o servicios científicos, técnicos, tecnológicos, profesionales o artísticos cuya ejecución solo puede ser confiada a empresas, personas o artistas especializados. En estos supuestos la administración no se encuentra obligada a invitar a más de un proveedor, pero sin lugar a dudas que para seleccionarlo deberá haber elegido alguno en función de las características que hubiera entendido determinantes y expresar los motivos que llevaron a la elección de ese proveedor, todo lo cual deberá quedar debidamente acreditado en el trámite del expediente.

En las contrataciones directas por compulsa abreviada la administración deberá convocar al menos tres. Sin perjuicio del limitado número de invitaciones que la ley prevé, al elegir los proveedores que serán objeto de invitación, se entiende que la administración ha realizado algún tipo de selección, seguramente esta no habrá sido al azar, sino que deberá haber tenido en cuenta algún factor que haya determinado la decisión de invitar a un proveedor y no a otro.

El número de invitaciones a cursar siempre debe ser interpretado como el piso mínimo; nada impide a la administración a que en virtud del principio de concurrencia convoque a un número mayor de proveedores que el que establece la reglamentación.

En virtud de este principio, en aquellos casos en los que la reglamentación no establece el número de proveedores a ser invitados, la administración debería invitar al mayor número posible.

La Cámara ha reconocido que en las contrataciones directas “la concurrencia se restringe dejando un mayor margen de discreción a la autoridad administrativa”.⁶²

La reforma de la Ley N° 2095 efectuada en el año 2013 y la nueva reglamentación han introducido variantes importantes en el marco del procedimiento de contratación directa. Se han flexibilizado y ampliado los factores que habilitan la procedencia de esta clase de procedimiento.

Por tratarse de un procedimiento de excepción y ante las reformas introducidas que le otorgan un protagonismo mayor en la ejecución del gasto de la administración pública, la exigencia de garantizar amplias instancias de control se torna más evidente, tanto garantizando las publicaciones establecidas normativamente, como cumpliendo con la obligación de compartir la documentación correspondiente con los sistemas de información creados, o garantizando el acceso al expediente de las personas autorizadas y las posibilidades de impugnación establecidas.

2. MOTIVOS QUE HABILITAN LA CONTRATACIÓN DIRECTA

A continuación, desarrollaremos algunos de los extremos más relevantes que habilitan la elección de este procedimiento y que surgen de manera expresa de la Ley de Compras.

2.1. Contratación directa por razones de urgencia

La Ley de Compras prevé que podrá seleccionarse el procedimiento de contratación directa cuando existieran razones de urgencia que impidieran la realización de otro procedimiento. La necesidad de satisfacer el interés público comprometido en la contratación de manera inmediata exige el apartamiento de la regla general.

Conforme lo sostenido anteriormente, la administración deberá en este caso ponderar debidamente las circunstancias de hecho que acreditan los extremos requeridos para promover esta clase de contratación y fundar los motivos.

62. CCAyT, Sala II, “Orrico SRL c/GCBA”, Expte. N° 3662-O, sentencia N° 214, de fecha 18/04/07.

Son dos las circunstancias que deberán presentarse para que se pueda optar por este procedimiento. La primera de ellas es la urgencia debidamente acreditada, y la segunda es que esa urgencia sea de una magnitud tal que el tiempo que demandaría la realización de otra clase de procedimiento haga imposible para la administración satisfacer el interés público comprometido.

No bastará con la mención genérica de razones de urgencia, sino que se deberá acreditar de qué manera incide una situación fáctica dada para determinar la alegada urgencia. La urgencia deberá fundarse en razones objetivas.

Estas razones deberán haberse generado por causas no imputables a la propia administración; en caso contrario podría resultar la responsabilidad de los funcionarios involucrados.

Si por ejemplo durante el mes de diciembre la administración pretendiera recurrir a esta clase de procedimiento para impulsar la contratación del servicio de viandas para las colonias de vacaciones, resultará muy difícil acreditar que la urgencia no tuvo origen en su propia negligencia. En estos casos, podría presumirse que la propia administración generó la demora para eludir el procedimiento licitatorio y recurrir a este trámite. Más aún si tenemos en cuenta que para esta clase de procedimiento por urgencia no se establece un límite en cuanto al monto por el cual procede la contratación.

Paradójicamente, el accionar negligente del funcionario podría ser el factor objetivo que permita dar por acreditada la urgencia que habilitará acudir al procedimiento de contratación directa, lo cual de ninguna manera excluirá la responsabilidad del Estado y del propio funcionario.

Como surge del texto de la norma, no es cualquier clase de urgencia la que habilita la utilización de este procedimiento, sino que esta debe impedir la realización de la contratación por otro tipo de procedimiento.

El mayor tiempo que demandaría la realización del procedimiento por medio de una licitación deberá ocasionar que el interés público perseguido con la contratación no pueda ser satisfecho sin recurrir a la contratación directa.

Estos mayores tiempos están dados por los requisitos más exigentes que tiene la licitación con respecto a la contratación directa. Por ejemplo, aquellos vinculados a la más amplia publicidad. La realiza-

ción de las publicaciones, como el envío de las invitaciones a proveedores y a cámaras del sector que se pretende contratar, o el plazo que debe transcurrir entre las invitaciones y la publicación del llamado y la fecha límite para presentar ofertas, resultan más amplios, en las licitaciones que en las contrataciones directas.

Si los plazos legales establecidos para las distintas etapas del procedimiento, determinados por la realización de las publicaciones e invitaciones, el período entre el llamado y la apertura, el plazo otorgado para la elaboración de los dictámenes e informes previos necesarios para la preparación de la voluntad de la administración, la adjudicación y la aprobación del procedimiento junto con las publicaciones y notificaciones pertinentes incluyendo las impugnaciones, permitirán recurrir a un procedimiento licitatorio, este no podrá ser eludido con la invocación de razones de urgencia.

Ya sea que la urgencia no se encuentre debidamente fundada en motivos objetivamente demostrables, que la urgencia tuviera su origen en la negligencia de la propia administración, o que no se hubiera podido acreditar la imposibilidad de realizar la contratación a través del procedimiento de licitación pública, se generará en estos casos la responsabilidad de los funcionarios intervinientes, debiendo instruirse las actuaciones sumariales correspondientes.

Como sostuvimos anteriormente, la elección del régimen de contratación directa no implica la falta total de formas ni la exclusión definitiva de los principios que rigen el procedimiento.

La reglamentación de la Ley de Compras establece las pautas básicas de este procedimiento, quedando configurado de esta forma el alcance que tendrán los principios en esta clase de contratación.

La Ley de Compras establece que la contratación se iniciará con el requerimiento efectuado por la repartición solicitante, quien deberá además de describir acabadamente el objeto de la contratación, fundamentar su encuadre legal y explicar las causales y circunstancias que impiden realizar la contratación a través de otro procedimiento.

Este resulta el momento clave del procedimiento; es el que dará fundamento a la elección de este mecanismo. Como hemos visto, la configuración del encuadre legal no puede quedar librada a la subjetividad de los funcionarios intervinientes, sino que esta deberá fundarse en razones objetivas.

Si bien no surge de la propia norma, nada obsta a la elaboración de informes técnicos previos que permitan identificar estas razones. Naturalmente, y teniendo en cuenta la urgencia del caso, estos deberán realizarse con la mayor celeridad posible, pero dada la excepcionalidad del procedimiento y las consecuencias que acarrea la falta de debida motivación en su elección, resultará justificada la elaboración de estos informes.

Con posterioridad al requerimiento se deberá realizar la afectación preventiva del gasto para comprobar que la administración cuenta con el crédito presupuestario suficiente.

Una vez comprobada la existencia del crédito presupuestario, el órgano competente deberá aprobar el llamado a convocatoria para la selección de contratantes y el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

La reglamentación establece que fundadamente; se podrá prescindir de la instancia prevista en el artículo 92 y de aprobar los pliegos particulares.

En la contratación directa por urgencia, la administración debe invitar al menos a tres proveedores y se debe difundir la contratación en la página web del Gobierno de la Ciudad. Nada obsta a que, a fin de garantizar la mayor concurrencia, la administración decida invitar a un número mayor de proveedores, o publicar el llamado en medios que garanticen una mayor difusión o por un plazo mayor al previsto normativamente.

Sin embargo, puede ocurrir que la invitación a un gran número de proveedores y por lo tanto la mayor cantidad de ofertas produjeran una demora superior al momento de compararlas, y que esto fuera en contra del objetivo de satisfacer el interés público de manera inmediata.

En las invitaciones se acompañan las bases de la contratación y se establece la fecha límite para presentar ofertas.

En atención al apremio en la contratación, la administración podrá prescindir de realizar la formalidad de la apertura de ofertas, y la Unidad Operativa de Adquisiciones podrá analizar directamente las ofertas sin necesidad de que se emita el dictamen de evaluación de ofertas.

En estos casos, corresponde a la UOA efectuar directamente la comparación de las ofertas, analizar el cumplimiento de los requisitos solicitados, declarar la admisibilidad o no de las ofertas y elaborar un informe

recomendando la resolución a adoptar. De resultar necesario, invitará a los oferentes a subsanar errores u omisiones en su presentación.

El órgano competente emitirá el acto que concluye el procedimiento, y posteriormente se realizarán las notificaciones, publicaciones e impugnaciones correspondientes, hasta llegar a la etapa de ejecución.

En cuanto al alcance de los principios del procedimiento de selección, si bien en forma morigerada, se encuentran presentes en este procedimiento.

La publicidad se garantiza con las invitaciones y las publicaciones previstas.

La invitación a por lo menos tres proveedores garantiza, aunque limitada debido a la urgencia, la satisfacción del principio de concurrencia.

La igualdad deberá ser velada con el otorgamiento a todos los participantes de las mismas posibilidades a lo largo del expediente. Las invitaciones deberán efectuarse en el mismo momento para no dar ventaja a uno sobre otro; se debe otorgar las mismas oportunidades para subsanar defectos, tanto con respecto a los requisitos que resultan subsanables como al plazo para corregir; las ofertas deberán analizarse bajo los mismos parámetros.

En el ámbito nacional se describe a las razones de urgencia como “las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales del organismo contratante”.⁶³ Así, se agrega como requisito que el objeto de la contratación sea indispensable para el cumplimiento de las actividades esenciales. Por eso no podrá recurrirse a este procedimiento para la contratación de cualquier bien o servicio.

2.2. Contrataciones vinculadas a prestaciones de salud o programas sociales

El inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Compras autoriza a la administración a tramitar mediante el procedimiento de contratación directa aquellas contrataciones que tengan por objeto la adquisición de bienes o servicios vinculados a prestaciones de salud o a programas sociales, siempre que la celeridad con que deban llevarse a cabo estas

63. Decreto N° 893/2012, artículo 24.

adquisiciones impida la realización de la contratación mediante los restantes procedimientos.

Son tres los requisitos establecidos en las normas para habilitar esta clase de procedimiento. El primero es el relativo a las características del objeto de la contratación. No podrá recurrirse a este procedimiento para la adquisición del cualquier bien o servicio, sino únicamente para aquellos vinculados a prestaciones de salud o programas sociales.

A diferencia de lo ocurrido en las contrataciones directas por urgencia, en donde no resultaban determinantes las características del bien o servicio contratado, en estos casos únicamente resultará procedente la contratación directa si se trata de bienes o servicios que cuenten con las características descriptas en la norma.

Resulta dable pensar que esta clase de bienes o servicios no podrán ser contratados por cualquier área del gobierno, sino solo por aquellas cuyas funciones estén vinculadas a cuestiones sociales o de salud. A modo de ejemplo, resultaría difícil imaginar que el área de sistemas recurriera a esta clase de procedimientos para adquirir insumos de salud para ser utilizados en los botiquines de sus dependencias.

No es simplemente la naturaleza del objeto contratado, en este caso los medicamentos para el botiquín, lo que satisface el requisito establecido, sino el uso que la administración vaya a darle a este.

En principio, podríamos presumir que esta clase de procedimiento solo podrá ser invocada por aquellas áreas que tengan como misión la prestación del servicio de salud o el desarrollo de programas sociales, o algún área que por decisión de la administración centralice este tipo de contrataciones.

El segundo extremo que debe concurrir consiste en que la contratación que se pretende concretar deba realizarse con celeridad, la cual debe ser de tal magnitud que la realización de la contratación por cualquier otro procedimiento resultara inútil para satisfacer el interés público comprometido, quedando expresado así el tercer requisito que establece la norma.

Cabe recordar que la celeridad es uno de los principios generales del procedimiento administrativo, con lo cual, en toda contratación sin importar la clase de procedimiento que se elija para llevarla a cabo debe estar presente por parte de la administración la celeridad en el trámite de las actuaciones.

En este caso, la situación objetiva que habilita esta clase de procedimiento requiere una celeridad calificada, mayor a la que debe orientar al resto de las contrataciones.

Esta celeridad no llega al grado de urgencia o de emergencia elegido para otros supuestos de contratación directa, pero de todas formas debe revestir una magnitud lo suficientemente importante como para impedir que la contratación se encamine por otros procedimientos.

La reglamentación establece para esta contratación un procedimiento de compulsua abreviada.

Las actuaciones se inician con el requerimiento del bien o servicio por la repartición solicitante. El área requirente debe describir las características y las cantidades de los bienes o servicios y motivar la elección de esta clase de procedimiento.

Ya hemos dicho que no puede tratarse de cualquier bien o servicio y que, en principio, parecería razonable que tampoco pueda ser cualquier dependencia quien impulse la contratación.

El objeto debe estar vinculado estrechamente con la prestación del servicio de salud o de programas sociales. No parece aceptable que un área del Ministerio de Salud acuda a este procedimiento para la adquisición de resmas de papel.

Este pedido será remitido a la UOA, quien con posterioridad a la afectación preventiva, podrá aprobar el llamado y aprobar los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, o confeccionar las bases de la contratación.

En uno u otro caso, la administración deberá aprobar un acto administrativo en el que deberá motivarse el encuadre legal elegido, incluyéndose los argumentos vertidos por el área requirente y aquellos informes o dictámenes que se hubieran generado.

Si bien no se encuentra previsto expresamente en la ley o en la reglamentación, la administración podrá requerir tanto la emisión de los dictámenes de los órganos permanentes de asesoramiento jurídico como la elaboración de informes por parte de las áreas especializadas con el fin de acreditar la procedencia del procedimiento.

Se deberá invitar al menos a tres proveedores y las invitaciones deberán ser cursadas con un mínimo de dos días de anticipación a la fecha límite prevista para la presentación de propuestas. La contratación deberá ser difundida en el sitio web del Gobierno.

En caso de entender necesaria una convocatoria más amplia o una mayor publicidad o difusión, la administración podrá invitar una cantidad de proveedores superior a la prevista, difundir en la página del Gobierno por un tiempo más prolongado y/o publicar la contratación en otros medios, como el Boletín Oficial o periódicos de circulación masiva.

La administración podrá prescindir del acto de apertura y de la intervención de la Comisión de Evaluación de Ofertas, en cuyo caso la UOA verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos y solicitará a los oferentes la subsanación de defectos de resultar necesario.

La UOA recomienda al órgano competente para adjudicar la solución que estima más conveniente, y aquella emite el acto administrativo correspondiente.

Para arribar a una mejor solución, podrá solicitar los informes técnicos que estime conveniente.

El procedimiento aplicable con posterioridad a la adjudicación es el procedimiento básico previsto para todas las contrataciones.

2.3. Contratación directa por fracaso o declaración de desierta de una licitación o concurso

Por regla general las contrataciones deben efectuarse a través de los procedimientos de licitación o concurso público. Estos son los que garantizan de forma más amplia el cumplimiento de los principios específicos del procedimiento, principalmente los de concurrencia y publicidad.

Los plazos de publicación, los medios a través de los cuales debe convocarse la contratación, el período entre la publicación del llamado y el acto de apertura y la cantidad de oferentes que se debe invitar son más amplios en las licitaciones o concursos que en los procedimientos de excepción.

Estas situaciones provocan que el tiempo de duración del procedimiento de licitación pública sea mucho más extenso que el de contratación directa.

En este supuesto se prevé que ante el fracaso o la declaración de desierto de un procedimiento de licitación o concurso, la administración pueda encausar la contratación a través del procedimiento de contratación directa, acortando sensiblemente los plazos de la contratación.

En estos casos no se genera ninguna situación excepcional que autorice la contratación directa, sino que el fundamento de esta es evitar la prolongación del procedimiento en el tiempo con el perjuicio que ello puede ocasionar al interés público, y, tal como vimos, los principios del procedimiento aparecen ampliamente resguardados, tanto en la licitación originaria como en este nuevo procedimiento.

Dos son los supuestos que habilitan este procedimiento: el primero es que la licitación o el concurso haya sido declarado desierto, el segundo es que haya resultado fracasado.

La licitación o el concurso serán declarados desiertos cuando no se haya presentado ninguna oferta. En estos casos, al vencimiento del plazo para presentar ofertas, ningún proveedor debe haber presentado alguna propuesta.

Las propuestas efectuadas fuera del plazo de presentación de ofertas no serán consideradas como tales y, por lo tanto, de no contar con alguna oferta presentada, la contratación deberá ser declarada desierta.

El otro supuesto que habilita la procedencia de la contratación directa es que la licitación o el concurso haya sido declarado fracasado. Dos son los motivos que pueden ocasionar el fracaso de una contratación: la declaración de inadmisibilidad de las ofertas presentadas o la inconveniencia de ellas.

Las ofertas serán declaradas inadmisibles cuando no cumplan con alguno de los requisitos establecidos en los pliegos, tanto aquellos vinculados al objeto de la contratación, como los que se refieren a las cualidades o capacidad del oferente.

Si la propuesta presentada no cumple con las especificaciones técnicas descritas para definir el bien o servicio objeto de la contratación, la oferta debe ser considerada inadmisibile. La administración no podrá en ningún caso declarar admisible y por lo tanto comparar o menos aun adjudicar la contratación a una oferta que no cumpliera con todos los requisitos establecidos en los pliegos correspondientes. En caso contrario, se vulneraría gravemente el principio de igualdad.

Lo mismo ocurre cuando el oferente no reúne las condiciones fijadas para la contratación en la que se presenta, tanto las vinculadas a las cualidades mínimas establecidas como a la capacidad para contratar con el Estado, las establecidas respecto a experiencia, antigüedad,

capacidad económica y financiera, o bien si se encuentra incurso en alguna causal de inhabilidad, etc.

En todos estos casos, el órgano competente para resolver deberá declarar la inadmisibilidad de las ofertas y dictar el fracaso de la contratación.

Además de estos supuestos, las contrataciones pueden fracasar por inconveniencia de las ofertas presentadas. Esto sucede cuando las ofertas resultan admisibles, tanto el bien o servicio ofertado como las cualidades y las condiciones establecidas para ser oferentes se ajustan a las especificaciones fijadas en los pliegos, pero el monto de la oferta excede de manera irrazonable las pautas presupuestarias establecidas para la contratación.

Lo mismo ocurre cuando el precio ofertado sea considerado vil; en estos casos la administración presume que al oferente le resultará imposible cumplir con el objeto de la contratación al precio ofrecido.

Al inicio de todo procedimiento la administración debe estimar el costo de la contratación y efectuar las registraciones presupuestarias preventivas que correspondan. Dejando de lado el caso de los precios de referencia que prevé un régimen especial, no se encuentra previsto un mecanismo para la estimación del costo de la contratación; solo se establece que esta debe ser hecha de acuerdo a las cotizaciones de plaza.

Si la oferta presentada excediera de manera irrazonable⁶⁴ el presupuesto establecido, la administración podrá declarar la inconveniencia de la contratación.

La correcta estimación del presupuesto resulta determinante para el éxito de la contratación, sobre todo en épocas de variación de precios en el mercado.

Una vez declarada desierta o fracasada una contratación, la dependencia requirente podrá solicitar a las UOA que convoquen una nueva contratación, y estas podrán resolver encauzarla a través del procedimiento de contratación directa. Cabe recordar que la utilización de este procedimiento no resulta obligatoria; en todos los casos la administración podrá optar por recurrir a la licitación o el concurso.

64. En la Resolución N° 1/2014, que aprueba la reglamentación de la Ley de Compras para el Poder Judicial, se estableció que las ofertas serán declaradas inconvenientes en aquellos casos en que se supere el presupuesto oficial en más de un 20%.

Algunos regímenes establecen que una vez fracasada o declarada desierta una contratación, la administración debe modificar los pliegos, en caso de considerarlo conveniente, y convocar a una nueva licitación antes de poder iniciar la contratación directa.

El régimen de compras de la ciudad determina que ante el fracaso o declaración desierta de la licitación o el concurso, el procedimiento puede enderezarse a través de una contratación directa.

En estos casos deberá utilizarse el mismo pliego que hubiera regido la contratación anterior, no pudiendo incorporarse ningún tipo de modificación, ni vinculadas al objeto de la contratación ni a las cualidades de los oferentes. Si se pudieran introducir modificaciones estaríamos en realidad recurriendo a una nueva y diferente contratación.

La administración debe invitar al menos a tres proveedores, y las invitaciones deberán realizarse con un mínimo de tres días de anticipación al tiempo límite para presentar las ofertas.

Además de los casos vistos hasta aquí, las normas establecen otra forma de finalización del procedimiento sin que se produzca la adjudicación a algún oferente: la administración puede resolver dejar sin efecto el procedimiento por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos anteriores, en estos casos si la administración resolviera iniciar una nueva contratación, esta debería seguir el cauce de la licitación o el concurso público.

De aceptarse la revocación del procedimiento como causal habilitante de la contratación directa, bastaría con que la administración recurriera a ella para burlar la regla general establecida.

2.4. Contratación directa por especialidad

En el inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Compras se establece la posibilidad de recurrir al procedimiento de contratación directa cuando el objeto de la contratación sea la realización de obras, o bienes o servicios, de carácter científico, técnico, tecnológico, profesional o artístico que solo pudieran ser realizados por empresas, personas o artistas especializados o de reconocida capacidad y experiencia.

Teniendo en cuenta lo amplio de la redacción del presente inciso, resulta oportuno ir analizándolo de manera tal que nos permita acotar

las razones que habilitan su procedencia y diferenciarlo de otros supuestos autorizados en las normas.

En primer lugar corresponde delimitar el objeto de la contratación y definir para qué tipo de contratación resulta pertinente este procedimiento. La ley hace referencia a las obras, bienes o servicios, excluyendo el resto de los contratos a los que resulta aplicable el presente régimen y que fueran establecidos en el artículo 3° de la Ley de Compras.

Quedan afuera las permutas, las locaciones, alquileres con opción a compra y las concesiones de uso de los bienes del Estado. El presente inciso alcanza entonces a los bienes, servicios y obras. En este caso, no se trata de la realización de obras públicas sino que hace referencia a las obras de arte o de similar característica que la administración pudiera adquirir.

No se trata de la adquisición de cualquier bien, servicio u obra sino de aquellos que revistan una especialidad determinada, ya sea por su carácter científico, técnico, tecnológico, profesional o artístico.

El proveedor de estos podrá ser una empresa, una persona o un artista que deberá reunir alguna especialidad y acreditar una determinada capacidad y experiencia.

El trámite de la contratación se inicia con el requerimiento efectuado por la repartición solicitante, quien deberá fundamentar la procedencia del encuadre legal y acompañar los antecedentes que acrediten la especialidad requerida.

Teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento especial, la administración deberá acreditar acabadamente cada uno de los requisitos que habilitan la realización de esta clase de procedimiento.

En primer lugar, deberá fundarse la necesidad de proceder a la contratación del bien, servicio u obra y acreditar en qué consiste la especialidad requerida. La administración deberá determinar cuáles son los motivos que exigen contratar el objeto requerido y por qué no puede contratarse otro objeto que resulte igualmente útil para satisfacer el interés público comprometido.

Deberá existir una necesidad que sea objetivamente demostrable para proceder a dicha contratación a través de la verificación de las condiciones especiales del objeto cuya adquisición se persigue.

En el mismo acto el área requirente deberá acompañar los antecedentes que permitan acreditar la notoria capacidad científica, técnica,

tecnológica, profesional o artística de las empresas, personas o artistas a quienes se propone contratar. Deberá demostrar de qué manera la especial capacidad resulta indispensable para satisfacer el objeto requerido.

A diferencia de lo establecido en el régimen nacional, no se exige en el ámbito de la Ciudad que haya un único proveedor en condiciones de satisfacer el objeto de la contratación.

En el decreto que establece el régimen de contrataciones en el ámbito nacional, se establece que las empresas, artistas o especialistas deben ser los únicos que pueden llevar a cabo la obra contratada, y se establece que la contratación directa será realizada por adjudicación simple, previsto para aquellos casos en los que por causas vinculadas al objeto o al sujeto de la contratación, la Administración solo puede contratar con una única persona.

En el reglamento de la Ley de Compras de la Ciudad se determina que la UOA realizará la o las invitaciones con un mínimo de tres días de anticipación a la fecha fijada para la recepción de ofertas y difundirá la contratación en el sitio web del Gobierno.

No se establece un número mínimo de invitaciones, con lo cual debe entenderse que de resultar posible, la administración deberá invitar a más de un proveedor a fin de garantizar el principio de concurrencia.

Si esto no fuera posible porque solo existe un proveedor que esté en condiciones de desarrollar el objeto cuya contratación se persigue, nada obsta a que la administración invite a ese único proveedor a través de este procedimiento. De todas formas no debe confundirse este procedimiento con el de contratación directa por exclusividad, dado que los extremos a acreditar serán distintos.

La administración deberá acreditar debidamente tanto la necesidad de proceder a la contratación de ese objeto con características especiales, como la notoria capacidad de los proveedores. Para fundar estas situaciones deberá sustentarse en los informes y dictámenes tanto técnicos como jurídicos que fueran necesarios, para dar cumplimiento con el debido procedimiento previo.

En el trámite de la contratación podrá prescindirse del acto de apertura y de la actuación de la Comisión de Evaluación de Ofertas. Corresponde en este caso a la UOA realizar los informes pertinen-

tes a fin de que la autoridad competente apruebe posteriormente el procedimiento.

Por último, cabe agregar que en el ámbito nacional se especifica que deberá establecerse la responsabilidad propia y excluyente de quien contrata, impidiéndose la posibilidad de transferir la contratación a una persona distinta.

2.5. Contratación directa por exclusividad

Para las contrataciones que tuvieran como objeto la adquisición de bienes o servicios que fueran prestados, fabricados o distribuidos de manera exclusiva por una única persona o empresa, y siempre que no hubiera en el mercado productos o servicios que pudieran sustituirlos, la Ley de Compras prevé las contrataciones por exclusividad.

Este procedimiento se limita a la adquisición de bienes o servicios, y estos deben reunir la característica de ser comercializados por una única persona física o jurídica.

En el caso de los servicios, deberán ser prestados por un único proveedor, y los bienes deberán ser fabricados o distribuidos por una sola persona.

En el caso de los servicios la exclusividad podrá darse porque no existe ninguna otra persona que pueda brindar ese mismo servicio, y en el caso de los bienes podrá darse porque el fabricante sea el único distribuidor o porque el producto solo sea comercializado por una única empresa. Estos supuestos podrán producirse en el caso de patentes o licencias, por ejemplo aquellas vinculadas a un *software*, o importadores y distribuidores exclusivos de un bien determinado.

Las personas deberán tener alguna clase de privilegio sobre el bien o servicio contratado.

Para que este procedimiento resulte procedente, los bienes o servicios objeto de la contratación no pueden ser sustituidos por ningún otro. El interés público involucrado solo puede ser satisfecho correctamente con ese único bien o servicio.

Para acreditar estas situaciones deberá fundarse en informes técnicos y dictámenes jurídicos, pero principalmente en la documentación que el propio proveedor pudiera aportar.

En primer lugar deberá acreditar de qué manera resulta indispensable para la administración contratar ese bien o servicio y cuáles son

los motivos que impiden que este sea sustituido por algún otro que no restrinja la convocatoria.

Recordemos una vez más que estamos en presencia de un procedimiento de excepción y por ello los recaudos para acreditar el encuadre legal elegido deberán ser mayores. Más aún en este caso en el que se excluye de manera total el principio de concurrencia,⁶⁵ pues se selecciona de manera directa al contratista del Estado sin efectuar ningún tipo de comparación entre bienes o servicios diferentes.

Posteriormente, se deberá demostrar la existencia de un único proveedor en condiciones de ofrecer el bien o servicio que se pretenda contratar.

Recordemos también que la concurrencia es uno de los objetivos y de los principios fundamentales del procedimiento de selección de contratantes y que incluso las normas sancionan con la nulidad del procedimiento aquellos casos en los que se pretende limitarla a través de la incorporación de cláusulas irrazonables que limiten la participación de los oferentes, ya sea por la inclusión de marcas o la descripción de folletos o por incorporar exigencias innecesarias a los proveedores.

En el caso de las contrataciones por exclusividad, podrá tratarse de la adquisición de un bien con determinada marca, pero en tales casos deberá justificarse la necesidad excluyente de la elección y que ella solamente es comercializada por un único proveedor. En caso contrario, deberá procederse a una convocatoria amplia.

Estos son los casos en que se otorga a un proveedor local la comercialización de una licencia determinada de manera exclusiva.

2.6. Contratación directa por accesoriedad

La ley prevé la posibilidad de recurrir al procedimiento de contratación directa cuando el objeto de la contratación sea la reposición o complementación de bienes o servicios accesorios que deban ser compatibles con otros adquiridos previamente.

Este procedimiento está previsto para la adquisición tanto de bienes como de servicios. La contratación deberá tener por finalidad la

65. En rigor de verdad, no podemos decir que se excluya la concurrencia sino que la comparación que implica la concurrencia es realizada por la administración al inicio del procedimiento.

reposición de bienes y/o servicios que hubieran sufrido algún desperfecto o se hubieran agotado o consumido.

El propósito de la contratación podrá ser la complementación de algún bien o servicio previamente adquirido; en este caso el objetivo no será el reemplazo de algún bien o servicio que se haya deteriorado sino que lo que se pretende es mejorar de alguna manera la prestación original.

Ya sea que se trate de reposición o complementación, los bienes o servicios deberán ser accesorios a los que se hubieran contratado oportunamente. Esto quiere decir que es un bien o servicio auxiliar del principal, que depende de él, que permite mejorar o potenciar al bien o servicio principal. El objeto de este tipo de contratación debe en todos los casos guardar una relación con el adquirido previamente.

En el caso de tratarse de algún bien, deberá ser necesariamente compatible con el modelo, sistema o infraestructura que se hubiera contratado previamente.

Esto ocurre fundamentalmente con la adquisición de tecnología, como por ejemplo adquisición de *hardware* o centrales telefónicas.

El área requirente deberá fundamentar técnicamente la procedencia del encuadre legal y la autoridad que resulte competente aprobará los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

Al igual que en los casos anteriores, deberán realizarse los informes técnicos y dictámenes jurídicos necesarios para motivar debidamente la elección del procedimiento.

En estos supuestos, deberá acreditarse que el bien o servicio que se pretende contratar tiene por objeto reponer o completar otro adquirido anteriormente, que se trata de un bien o servicio accesorio a uno principal y, por último, la compatibilidad entre ellos, ya sea en función del modelo, sistema o infraestructura contratada.

La UOA realizará las invitaciones y las publicaciones que correspondan. No se establece en la reglamentación la cantidad de proveedores que deberá invitarse, lo cual resulta correcto, dado que la cantidad de oferentes a invitar dependerá del objeto de la contratación. Si la contratación original hubiera sido realizada por exclusividad, es muy probable que para reponer o complementar algún bien o servicio accesorio a la original, deba recurrirse nuevamente al mismo proveedor, en cuyo caso solo se podrá invitar a un interesado.

Naturalmente, y dado el carácter excepcional de estos procedimientos, y a fin de garantizar la concurrencia, en los casos en los que resultara viable se deberá invitar a la mayor cantidad posible de proveedores.

El plazo entre la fecha de apertura y las invitaciones deberá ser al menos de tres días.

2.7. Razones de emergencia

El inciso 8° del artículo 28 de la Ley de Compras establece que se podrá recurrir al procedimiento de contratación directa en los casos en los que se vean comprometidas razones de seguridad pública, de emergencia sanitaria, cuando medien circunstancias extraordinarias o imprevisibles resultantes de riesgo o desastre.

En el presente inciso se incorporan distintos supuestos que habilitan este procedimiento, que si bien tienen aspectos en común describen situaciones claramente diferentes.

En primer lugar, se determina la posibilidad de realizar una contratación directa cuando cuestiones de seguridad pública lo habiliten. En ninguna norma se describen los casos en los cuales la seguridad pública podría verse afectada, ni cuáles son los bienes o servicios que se podría contratar para hacer frente a estas situaciones.

La seguridad pública remite a la obligación exclusiva e indelegable que tiene el Estado de asegurar la convivencia pacífica, la libertad y los bienes de las personas.

Se trata de una actividad exclusiva y excluyente del Estado que no puede ser delegada en ninguna persona ni institución particular. Se vincula con el monopolio del ejercicio de la fuerza legítima para hacer frente a situaciones que pudieran alterar el orden o convivencia pacífica.

Es una de las funciones primordiales del Estado, dado que resultaría muy difícil el desarrollo de la vida en aquellas sociedades en las que la seguridad pública se viera amenazada. Cuando el Estado no puede cumplir con esta función los ciudadanos empiezan a realizar acciones para garantizarse por ellos mismos su seguridad personal, lo que afecta seriamente la convivencia pacífica en sociedad.

No existe consenso con respecto al alcance del concepto y al deber de protección por parte del Estado. La discusión se centra en si se limita a las amenazas a la libertad, estabilidad y a los bienes de las personas

o si se amplía a amenazas de tipo económico o social, tales como fraudes, delitos ecológicos, corrupción, etc.

En el ámbito nacional se incluye a la seguridad nacional como uno de los supuestos habilitantes de las contrataciones directas de carácter secreto.

La segunda situación que habilita la realización de este procedimiento es la emergencia sanitaria.

La emergencia hace referencia a situaciones de extrema gravedad, de crisis, excepcionales y que no admiten ninguna demora en afrontarlas. Constituyen desastres que están fuera de control. Son sucesos que afectan el normal desenvolvimiento de la vida social. Son hechos eventuales e inesperados.

Son casos más excepcionales y riesgosos que los causados por motivos de urgencia. El caso de la emergencia no admite demora alguna, lo que produce que el procedimiento establecido para el caso de emergencia es más simple y garantiza mayor celeridad en comparación con el que se fija para la contratación directa por urgencia.

El supuesto que habilita este procedimiento no es cualquier clase de emergencia, sino únicamente la emergencia sanitaria. De esta forma se limita el procedimiento a las situaciones de crisis sanitaria y se excluye cualquier otro tipo de emergencia.

En el ámbito nacional, los supuestos que determinan la emergencia se encuentran descriptos normativamente y abarcan a los accidentes, a los fenómenos meteorológicos, o cualquier otro suceso que genere una situación de peligro o desastre y que exija una acción inmediata del Estado siempre que comprometan la vida, la integridad física, la salud o la seguridad pública.

El régimen de la Ciudad resulta más restringido en este supuesto, y dado el carácter excepcional de este procedimiento no podría extenderse válidamente la emergencia a otro tipo de sucesos que los previstos taxativamente.

El último supuesto que habilita este procedimiento es la presencia de circunstancias extraordinarias o imprevisibles derivadas de riesgo o desastre. En este caso la situación que dé origen a la contratación debería ser inusual, no aquellas que habitualmente la administración deba realizar para atender las necesidades cotidianas.

Las situaciones extraordinarias reúnen las características de no poder ser previstas, por lo tanto las situaciones extraordinarias resultan imprevisibles. Pero a la inversa, podría suceder que un hecho habitual se transformara en imprevisible por haberse efectuado con anterioridad al momento en que se preveía y de esa forma sí, la imprevisión resulta diferente a lo extraordinario, agregándose un nuevo supuesto.

Estos hechos extraordinarios o imprevisibles deberán ser producto de una situación de riesgo o de desastre, asimilándose así a las descriptas en el ámbito nacional.

Asumiendo la gravedad de la situación y la necesidad de dar rápida respuesta a la contratación, el trámite del procedimiento resulta aún más sencillo que el establecido para otro tipo de contrataciones directas.

El trámite se inicia con la definición del encuadre legal, el que al igual que en los casos anteriores deberá fundarse en motivos objetivos y debidamente demostrados, basados en los informes técnicos y dictámenes necesarios, no siendo suficiente la simple alegación de la existencia de razones de seguridad pública o cualquier otro de los extremos desarrollados.

Para el caso de la emergencia sanitaria, esta deberá haber sido declarada por la autoridad nacional o del Gobierno de la Ciudad con competencia para ello y de acuerdo a los procedimientos establecidos. Una vez más, no podrá alegarse que se trata de hechos de público conocimiento o frases similares que suelen utilizarse, pero que en definitiva no establecen la relación de causalidad exigida para estos casos.

La reglamentación no establece la cantidad de proveedores que deberá invitarse, motivo por el cual entendemos que en aquellos casos en que resulte posible, ya sea porque la premura lo permite y por existir más de un proveedor en condiciones de presentar ofertas, la administración deberá garantizar la concurrencia.

Las ofertas podrán ser solicitadas y presentadas por cualquier medio escrito, la administración puede solicitar el bien o servicio a través de medios electrónicos, por correo electrónico o fax y los administrados pueden acompañar su propuesta por las mismas vías.

Aquí se pone en evidencia y se toma real magnitud del apremio que la administración puede tener para efectuar la contratación. Esto hace más fácil proteger el principio de concurrencia, ya que no existiría ma-

yor demora en invitar a más de un proveedor, lo cual podría ser hecho incluso en el mismo mail.

La administración deberá atender a la protección del principio de igualdad al momento de recibir las ofertas y de analizarlas más allá del apuro comprometido. Más aún, si tenemos en cuenta que se exceptúa de manera genérica la inscripción en el RIUPP de los proveedores, motivo por el cual la administración puede contratar con cualquier empresa aunque no resulte proveedora habitual del Estado.

Los oferentes y los adjudicatarios están exceptuados de presentar las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de la oferta respectivamente. A nuestro entender, no habría mayores motivos para esta excepción más allá de la celeridad en el procedimiento, pero de todas formas creemos que la tramitación de las correspondientes garantías no generaría mayores demoras e incluso podría diferirse su presentación para etapas posteriores. Exceptuar de la presentación puede traer consecuencias gravosas para la administración y dificultar la aplicación de sanciones o penalidades a los proveedores que incumplieran alguno de sus compromisos.

2.8. Escasez o desabastecimiento

La Ley de Compras establece que se podrá convocar a una contratación directa en los casos en que existiera notoria escasez o desabastecimiento en el mercado local. Naturalmente, este artículo refiere a la escasez o desabastecimiento de bienes.

La escasez hace referencia a la insuficiencia de recursos para satisfacer la demanda. En economía se suele circunscribir esta insuficiencia a los recursos básicos de la sociedad, tales como el agua o los alimentos, entre otros. Aquellos que resultan indispensables para el desarrollo de las personas.

La escasez puede producirse por distintos factores, fundamentalmente por el incremento de la demanda o por la disminución de la oferta. El origen de la escasez no resulta en principio relevante para la determinación del procedimiento.

Para que la administración pueda invocarla como uno de los factores habilitantes de la contratación directa, esta debe ser notoria. Si bien este resulta un término amplio, será la administración en el marco del procedimiento quien deba acreditar fundadamente la no-

toriedad de la escasez, sin poder basarse únicamente en alegaciones o recortes periodísticos.

Podrá motivarse en la dificultad de obtener ese bien en el mercado, o en la elaboración de informes que describan tal situación.

El desabastecimiento da cuenta de una situación aun más angustiante y excepcional que la escasez. En este caso, la norma se refiere a la falta de un determinado bien en el mercado, lo que genera la imposibilidad de obtenerlo recurriendo a los procedimientos regulares.

En estos casos está en juego la falta total del producto requerido.

En ambos supuestos, la Ley de Compras hace referencia a la notoria escasez y desabastecimiento en el mercado local.

El trámite de las actuaciones se inicia con el requerimiento del bien efectuado a la UOA, con invocación por parte del área requirente de los motivos que justifiquen la elección de este procedimiento y las razones que impiden la realización de otro.

Los motivos que impidan la realización de otro procedimiento no podrán ser los mismos que justifiquen la invocación de otra clase de contratación directa tales como la urgencia, emergencia o similar, sino que la administración deberá explicar por qué algún otro procedimiento, ya sea licitación pública o privada, no resultarían eficaces para adquirir el producto requerido.

La UOA invitará al menos a tres proveedores del rubro objeto de la contratación con al menos tres días de anticipación a la fecha límite prevista para la presentación de ofertas. En principio, los proveedores invitados deberán encontrarse inscriptos en el RIUPP. Si por algún motivo no existieran tres proveedores inscriptos en condiciones de ser invitados, podrá invitarse a personas del rubro que no estuvieran inscriptas. Asimismo, deberá difundirse la contratación en el sitio de Internet del GCBA.

En el caso de escasez y también en menor medida en el supuesto de desabastecimiento, resultará difícil lograr que un gran número de proveedores participe en la compra; por ello entendemos que resultaría conveniente ampliar la convocatoria lo más posible e incluso convocar a través de la publicación de la contratación en medios masivos de comunicación. Esto sin dejar de advertir que se trata de un procedimiento especial que presume la necesidad de concluir la contratación en el menor tiempo posible.

2.9. Contratación directa por reparaciones

La administración podrá recurrir a este procedimiento cuando se trate de una contratación que tenga por objeto la reparación de maquinaria, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado, o examen previo sea necesario para determinar su alcance.

En este supuesto, se incorporan situaciones distintas que habilitan la procedencia del encuadre legal. Si bien en todos los casos el objeto de la contratación consistirá en la reparación de algún vehículo, maquinaria, equipo o motores, son tres las situaciones que permitirán subsumir la contratación en este inciso: la necesidad de desarmar el objeto para proceder a su reparación, la necesidad de trasladar el objeto y la necesidad ineludible de examinar previamente el objeto para determinar el alcance de la reparación.

En la reglamentación de la Ley de Compras se incorpora como requisito excluyente que la realización de la contratación mediante otro procedimiento resultara más onerosa para el organismo contratante.

En el ámbito nacional se establece que no se podrá recurrir a este procedimiento para las reparaciones comunes de mantenimiento. Esta solución parece razonable teniendo en cuenta que se trata de un régimen excepcional, y que uno de los objetivos principales del procedimiento de contratación es promover la concurrencia.

Al no haber sido incorporada la limitación establecida en el ámbito nacional en el régimen de la Ciudad de Buenos Aires, esta no resultaría exigible. Asumimos que la intención del legislador fue hacer hincapié en evitar a la administración la mayor onerosidad en la contratación.

El trámite del expediente se inicia con el requerimiento por parte de la repartición solicitante dirigido a la UOA. En este, deberá fundamentar técnicamente la procedencia de la contratación y el encuadre legal, acreditar la necesidad de reparar la maquinaria, el vehículo, el equipo o el motor, y que para ello resulta imprescindible desarmarlo, trasladarlo o en su caso examinarlo con anterioridad a proceder a la contratación.

Esta situación no debe ser confundida con el requisito establecido en varias oportunidades y que refiere a la obligación de acompañar el certificado de visita de alguna dependencia en donde se va a realizar una contratación.

En el mismo acto deberá proponer al proveedor o los proveedores con los que resultaría conveniente efectuar la reparación y acompañar las bases de la contratación.

El organismo requirente deberá acreditar que la adopción de otro procedimiento resultaría más onerosa para la administración. Los motivos podrán fundarse en los altos costos que ocasionarían el examen y determinación del alcance de la reparación.

Podría ocurrir que para determinar el alcance de la reparación fuera necesario desarmar el bien y que esto tuviera un costo elevado para la administración, o que el examen previo pudiera ocasionar una erogación más importante para los administrados.

En la medida de las posibilidades, la administración deberá determinar el monto de la contratación y efectuar la afectación preventiva. Esto resultará complejo sobre todo en aquellos casos en los que se optara por este procedimiento para evitar la realización del examen previo del alcance de la reparación, ya que en estos casos este no podrá ser definido acabadamente con anterioridad a la adjudicación.

De resultar posible, y a fin de proteger el principio de concurrencia, la administración deberá convocar al mayor número posible de oferentes, siempre y cuando la mayor convocatoria no genere mayores costos para la administración.

Las invitaciones deberán efectuarse con al menos tres días de anticipación y difundirse en la página web del Gobierno de la Ciudad.

2.10. Contrataciones interadministrativas

La Ley de Compras establece la posibilidad de recurrir al procedimiento de contratación directa para la adquisición de bienes o servicios entre órganos de la administración.

Determina que podrán efectuarse a través de este procedimiento los contratos que se celebren para la adquisición de bienes o la prestación de servicios entre las propias jurisdicciones y entidades del Gobierno de la Ciudad, o entre estas y otros organismos del Estado nacional, provincial o municipal.

También se incluyen dentro de las contrataciones interadministrativas las que se realicen con cualquier universidad nacional del país e incluso con universidades privadas con sede en la Ciudad.

El fomento de la vinculación con universidades nacionales o con otras Universidades con sede en la Ciudad es uno de los objetivos expresados en la Constitución local, que establece que la Universidad de Buenos Aires y las demás universidades nacionales son consultoras preferenciales de la Ciudad de Buenos Aires.

Ya sea que se trate de un organismo público del Estado local, nacional o provincial o de una universidad, el objeto de la contratación deberá tener relación directa con la función que el organismo desarrolle.

En el régimen nacional se incluye la posibilidad de contratar directamente con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria, siempre que su objeto sea la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud.

Esta posibilidad no se encuentra prevista en nuestro régimen y, siendo que la descripción de los supuestos que habilitan este procedimiento es taxativa y excepcional, no podría extenderse a casos no previstos de manera expresa.

En igual manera corresponde considerar como no incluidos dentro de las previsiones de este inciso a los entes públicos no estatales, como por ejemplo los colegios profesionales.

El trámite de las actuaciones presenta varias particularidades con respecto a las otras contrataciones directas. Las actuaciones se inician con el requerimiento de la repartición solicitante, en donde debe acreditarse que se reúnen los requisitos establecidos para habilitar el encuadre legal.

El área requirente deberá seleccionar la dependencia con la que desea llevar adelante la contratación y acreditar que el sujeto es un organismo público de los previstos en la ley, ya sean otras jurisdicciones de la Ciudad u organismos del Gobierno de la Ciudad, o del Estado nacional, provincial o municipal, o en su defecto universidades nacionales o privadas con asiento en la Ciudad.

Asimismo, deberá documentar que los fines que el organismo desarrolla guardan relación directa con el objeto de la contratación.

Para acreditar estos extremos será suficiente acompañar el acto de creación y las misiones y funciones del organismo del que se trate.

Una vez determinado el presupuesto, el organismo contratante podrá elaborar directamente el proyecto de contrato y someterlo a consideración de la otra parte.

No resultará obligatorio para el organismo contratante aprobar el procedimiento ni emitir el dictamen de evaluación de ofertas.

El contrato se perfecciona con la suscripción del instrumento por parte de las autoridades competentes o con la ratificación en caso en que haya sido suscripto por otra autoridad. Una vez perfeccionado el contrato se enviará a la Escribanía General para su registro.

Se trata de un procedimiento más simple que otras contrataciones directas, pues se exime a la administración del dictado de los actos administrativos de aprobación del procedimiento y de los pliegos, se selecciona de manera directa al organismo público, y no debe efectuar invitaciones ni publicaciones. Sin embargo, la administración, de entenderlo conveniente, podrá realizar cualquiera de estos actos.

2.11. Locación o adquisición de inmuebles

En aquellos casos en que algún organismo público pretendiera adquirir o alquilar algún inmueble, el procedimiento podrá efectuarse bajo el régimen de contratación directa.

Este procedimiento podrá ser impulsado por la Vicejefatura de Gobierno, por los Ministros o Secretarios, o por organismos fuera de nivel dependientes de la Jefatura de Gabinete y solo en aquellos casos en los que se acreditara en el expediente la inexistencia de un inmueble del dominio público del Gobierno con las condiciones requeridas.

Las actuaciones se inician con el requerimiento del inmueble por parte de alguno de los funcionarios detallados anteriormente, acompañando la descripción de las características que debe reunir, tanto de superficie y características necesarias, como la ubicación en que debe situarse, el destino, la cantidad de personal, el plazo de duración en el que será utilizado y cualquier otra característica que permita identificar el inmueble adecuado a las necesidades del órgano requirente.

Acreditada la falta de disponibilidad por parte del área de Administración de Bienes del GCBA, o fundada la no conveniencia de los inmuebles disponibles, la repartición solicitante deberá localizar en el mercado el bien que reúna las características necesarias.

Si bien no se especifica en la reglamentación el procedimiento para identificar el inmueble necesario, correspondería iniciar un proceso de búsqueda que podrá consistir en la publicación de anuncios en medios masivos de circulación invitando a la presentación de ofertas

conforme las necesidades requeridas. De esta forma, se garantizaría el principio de concurrencia, ya que nada obsta a que se efectúe una comparación entre distintos inmuebles.

En este procedimiento no se exige la determinación del presupuesto preventivo, sino que corresponde al Banco Ciudad de Buenos Aires efectuar una tasación del inmueble seleccionado. El órgano requirente tiene libertad de negociar el precio con el titular del inmueble con la limitación que el precio pactado no podrá exceder el veinte por ciento de la tasación referida.

En caso de necesidad debidamente fundada y de manera excepcional basada en la impostergable necesidad de servicio o las especiales características del bien, la administración podrá apartarse de ese límite.

Con anterioridad a la suscripción del contrato se establece la elaboración del dictamen de la Procuración General de la Ciudad, que deberá expedirse acerca del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el procedimiento. También deberá dictaminar sobre el proyecto de contrato a suscribirse y sobre los actos administrativos que correspondieren, tales como la aprobación del procedimiento y la adjudicación.

La reglamentación establece la posibilidad de incluir una cláusula que permita a la administración prorrogar el contrato por hasta un plazo de tres años. También debe preverse la posibilidad de rescisión unilateral por parte de la administración sin derecho a indemnización.

Podrá pagarse una comisión de hasta el cuatro por ciento del valor total del contrato. El canon deberá ser establecido en moneda de curso legal y no debe convenirse depósito en garantía alguno.

2.12. Contrataciones menores

La contratación menor es una especie de contratación directa. Las contrataciones menores son aquellas en las que el monto total de la contratación no supera el monto equivalente a cien mil unidades de compra (100.000 UC).

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las contrataciones directas por urgencia, no se prevé dentro de los requisitos que habilitan la procedencia de las contrataciones menores la imposibilidad de realizarla a través de otro procedimiento. Siempre que no se supere el monto establecido, la administración podrá optar por esta vía.

Sin olvidar que las contrataciones directas constituyen una clase de procedimiento excepcional, se establece para la procedencia de las contrataciones menores un criterio amplio, el único requisito exigido es que no se supere el monto fijado.

Toda contratación, sin importar las características del bien o servicio a contratar o las condiciones de comercialización y configuración del mercado, podrá realizarse por este procedimiento con la única condición de que no supere las cien mil unidades de compra.

La Cámara Contencioso ha sido clara al sostener que “Es nulo el contrato de suministro celebrado por contratación directa si el importe total...supera *ab initio* el tope máximo que la normativa autoriza para recurrir a este modo de contratación...”, y continúa explicando que el procedimiento seleccionado elude “el mayor rigorismo formal que exigía una licitación pública o privada...”.⁶⁶

Naturalmente que siendo la licitación pública el procedimiento que por regla general debe utilizarse, si la administración lo entiende conveniente, ya sea por resultar necesario brindar una mayor publicidad o favorecer una mayor comparación de este en atención a las características del objeto de la contratación, se podrá optar por aquella clase de procedimiento aunque el monto de la contratación no superara el previsto.

El fundamento de este régimen es evitar a la administración los mayores costos y los plazos extendidos que exigen la realización de un procedimiento más amplio, como la licitación, teniendo en cuenta que se trata de un monto menor.

Si bien en principio pareciera que se sacrifica el celo sobre los principios que rigen el procedimiento por criterios puramente económicos, el propio artículo reafirma que la administración no se podrá apartar de los principios establecidos en la ley.

Tal como vimos hasta aquí, aun en el marco del procedimiento de contratación directa, la administración no puede apartarse de la vigencia de los principios generales y específicos del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que su alcance no revista las mismas características que las vigentes en la licitación pública.

66. CCAyT, Sala I, “Linser SACIS c/GCBA”, Expte. N° 2398, sentencia N° 29 de fecha 06/09/02.

Teniendo en cuenta que la ley establece que las contrataciones menores se llevan a cabo cuando el monto total de la contratación no supere el equivalente a las cien mil unidades de compra, corresponde determinar a qué se refiere con el término monto total, ya que en ningún otro artículo se utiliza este concepto.

La ley nos habla en distintas instancias del presupuesto preventivo y del presupuesto definitivo. Tanto el trámite de las licitaciones como el de las contrataciones directas, prevén la obligación de estimar el costo de la contratación de acuerdo a las cotizaciones de plaza y la incorporación de la afectación preventiva del gasto.

El presupuesto preventivo o el costo estimado de la contratación es aquel que la administración determina antes de la aprobación del llamado, siguiendo diversos criterios orientativos.

Para aquellos casos en los que el objeto de la contratación haya sido incorporado en el plan de compras, el monto allí establecido será el primer factor a tener en cuenta. Naturalmente que el plan de compras puede haber sido elaborado con mucho tiempo de anticipación al momento en que se fijan el presupuesto o la registración preventiva. En épocas de gran variación de precios, seguramente el presupuesto incorporado en el plan de compras no será el mismo que el preventivado.

Otros factores a tener en cuenta serán, entre otros, los precios de mercado o contrataciones de similar naturaleza realizadas por otras dependencias o jurisdicciones.

El presupuesto preventivo o presupuesto oficial de la contratación constituye una orientación del gasto que le permite a la administración ordenar y prever el avance de la ejecución presupuestaria. Este presupuesto no debe ser confundido con los precios de referencia que pueden ser requeridos en algunas contrataciones.

La registración definitiva coincide con el monto de la adjudicación y es el precio que se deberá pagar al contratista. En la mayoría de los casos, la registración preventiva no coincide con la registración definitiva.

El único límite para esa diferencia que establecen las normas es para aquellos casos en que la oferta admisible superara de manera irrazonable el presupuesto oficial. Allí se otorga a la administración la facultad de declarar la inconveniencia de aquella y descartarla.

Dicho esto corresponde determinar si el límite fijado para la procedencia de las contrataciones menores, 100.000 UC, hace referencia al presupuesto preventivo o al monto que efectivamente se abone.

Haciendo hincapié en el criterio excepcional de esta clase de procedimiento, y en la necesidad de evitar que la administración esquivе de manera deliberada las contrataciones mediante licitación pública, podría entenderse que solo se podrá recurrir a las contrataciones menores cuando el monto de la adjudicación no supere las 100.000 UC.

Podría sostenerse que se corre el riesgo de que la administración recurra a las contrataciones menores para evitar la convocatoria más amplia y el mayor control que otros procedimientos garantizan, y que en todo caso se podrían realizar procedimientos sucesivos en caso de requerirse una mayor cantidad de bienes.

Debemos recordar que la realización de una contratación directa, aunque se trate de una contratación menor, no implica la falta de procedimiento, sino la presencia de un trámite más simple. La administración debe someterse al conjunto de las normas jurídicas y principios que rigen el procedimiento.

En este punto podemos recordar que el ordenamiento jurídico prevé sanciones para quienes con el fin de evadir procedimientos licitatorios más amplios incurran en desdoblamientos, y determina para estos casos la nulidad del procedimiento.

Un supuesto de desdoblamiento se presenta, por ejemplo, cuando se procede a la contratación de un mismo bien mediante distintos procedimientos impulsados con una diferencia de tiempo relativamente corta.

Por otro lado, de entender que el límite fijado corresponde a aquel por el que en definitiva se adjudica, se presentaría un problema práctico si el monto definitivo fuera superior al que se hubiera fijado preventivamente. ¿En estos casos la administración debe anular el procedimiento y convocar a uno nuevo?

En principio, tal solución no parece razonable. Por ello entendemos que el monto total al que hace referencia el artículo 38 de la Ley de Compras debe entenderse como aquel que hubiera sido establecido de manera preventiva.

En todo caso, si existieran motivos que hicieran sospechar que la administración optó por este procedimiento para eludir los mayores

controles o publicidad requeridos en las licitaciones o concursos, o para elegir de manera dirigida a un proveedor, el propio ordenamiento prevé las herramientas necesarias para encauzar estas situaciones, tanto mediante la imposición de sanciones a los funcionarios intervinientes como a través de la declaración de nulidad de aquellos actos aprobados en contradicción con los principios establecidos o declarando la inconveniencia de la oferta en el caso de haberla excedido.

El trámite de las contrataciones directas se inicia con el requerimiento efectuado a la UOA y posterior incorporación de la afectación preventiva referida. Luego de la aprobación del acto de autorización de la contratación y la aprobación del pliego correspondiente, deberá invitar a un mínimo de dos proveedores y difundir la contratación en la página web del Gobierno.

Las ofertas podrán ser presentadas por cualquier medio escrito. Es posible prescindir del acto de apertura formal, en cuyo caso se elaborará un cuadro comparativo de ofertas y se procederá a la adjudicación.

Como hemos visto, el único extremo que deberá acreditarse es que el monto propuesto de la contratación no supere el límite de 100.000 UC.

2.13. Corolario del procedimiento de contratación directa

Como hemos visto hasta aquí, la contratación directa constituye una clase excepcional de procedimiento de selección; por tal motivo, la administración solo puede encausar las contrataciones a través de este procedimiento, en los casos expresamente previstos en la ley y siempre que concurren todos los extremos que habilitan su procedencia.⁶⁷

Ha quedado claro que contratación directa no es sinónimo de falta de procedimiento ni libertad de formas; por el contrario, al tratarse de un procedimiento de excepción, los funcionarios deberán apearse con mayor celo a las pautas establecidas y velar por el cumplimiento estricto de los principios administrativos.

Su procedencia se vinculará según el caso con las características del bien o servicio a contratar, con el monto estimado de la contratación y con las condiciones de comercialización y configuración del mercado. El fundamento último tiene que ver con que la administración pueda cumplir de manera más eficiente con los fines que se plantee. De nada

67. Aun en estos casos la administración podrá optar por un procedimiento que permite una más amplia convocatoria.

serviría al interés público comprometido, adquirir las dosis necesarias para vacunar a la sociedad ante un brote inesperado de una epidemia, una vez que este se ha propagado de manera peligrosa. Desde otro punto de vista, resultaría un dispendio injustificable, comprometer una gran cantidad de recursos humanos y económicos necesarios para convocar a una licitación pública cuando el monto comprometido en la contratación resultara exiguo.

En este sentido, dentro de los límites propios de un procedimiento de excepción, la contratación directa debe ser entendida como un instrumento válido para la correcta ejecución del gasto público, permitiendo cumplir de manera eficaz con las pautas planteadas en los planes de compra o haciendo frente de manera eficiente a las situaciones imprevistas que pudieran surgir.

No debe vincularse inevitablemente a la contratación directa con situaciones de exceso de poder, de arbitrariedad o lisa y llanamente con hechos de corrupción. Las conductas desviadas de los funcionarios en el seno de la administración pública pueden darse, tanto dentro de procedimientos excepcionales como el que estamos estudiando, como dentro de procedimientos más amplios como la licitación pública, tal como lo reconoce el profesor Mairal en su libro sobre “Las Raíces legales de la corrupción...”.⁶⁸

No son las normas que establecen los procedimientos las que permiten la corrupción, sino los valores y principios de los funcionarios que las ejecutan y las distintas instancias de control que las toleran.

Para prevenir este tipo de conductas, el propio régimen de compras y muchas otras normas, incluso tratados internacionales, prevén remedios eficaces. En la Ley de Compras se sanciona de manera expresa a las contrataciones dirigidas, se prohíbe el desdoblamiento para evitar procedimientos más amplios, se prevé la aplicación de sanciones a los funcionarios por defectos en el trámite de los procedimientos, entre muchas otras situaciones.

68. Mairal, Hector A., “Las raíces legales de la corrupción, o de cómo el derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, Buenos Aires, *RAP*, 2007, p. 76 y ss. Allí explica diversos supuestos en los que se verifican prácticas que van en contra de la transparencia en los procedimientos de licitación pública, tales como la inclusión de exigencias que solo puede reunir un oferente determinado, la fijación de un plazo exiguo para la presentación de ofertas, la superabundancia de recaudos formales, entre muchas otras.

En definitiva, debemos entender a la contratación directa como una herramienta excepcional con que cuenta la administración pública para gestionar los recursos de una manera eficiente, que le permita cumplir con el interés público comprometido en cada caso, debiendo garantizar la plena vigencia de las normas y principios que alumbran el procedimiento y asegurando el más amplio control por parte de las distintas instancias previstas.