

Título: Criterios rectores en materia de retractación de oferta en una licitación pública. Una sentencia ejemplificadora

Autor: Palacios, Mariano

Publicado en: RDA 2012-80, 01/03/2012, 423

Cita: TR LALEY AR/DOC/6292/2013

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Es objeto de la presente realizar algunas consideraciones en relación a la sentencia de fecha 25/10/2011 de la sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (C. Nac. Cont. Adm. Fed.) mediante la cual se resolvió rechazar —con costas— el recurso de apelación interpuesto por la firma Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL y confirmar así la sentencia de primera instancia, que a su turno decidió rechazar la demanda de nulidad contra las res. 1223/1999 y 135/2000 de la Administración General del Poder Judicial y del Plenario del Consejo de la Magistratura, respectivamente.

La res. 1223 del 23/12/1999 había dispuesto autorizar a la Dirección de Administración Financiera a: i) ejecutar la póliza de seguro de caución, según el procedimiento del dec. 411/1969, que la actora había constituido oportunamente para afianzar su oferta en una Licitación Pública convocada por la Administración del Poder Judicial; y ii) oficiar al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas para su suspensión en dicho Registro según las disposiciones del art. 20 de la ley 13.064 de Obras Públicas (LOP). La res. 135 del 14/6/2000 rechazó el recurso jerárquico planteado por la empresa en los términos del art. 19 de la ley 24.937.

La sentencia tiene las virtudes de ser breve y encontrarse bien fundamentada; y resulta una buena oportunidad para reseñar conceptos básicos en materia de ofertas en una licitación pública —y su correspondiente garantía de mantenimiento— y confirmar los criterios rectores en materia de retractación de oferta en el marco de los procesos licitatorios desde el punto de vista normativo y jurisprudencial.

II. LOS HECHOS DEL CASO

Previo a analizar los diversos aspectos involucrados en la retractación de la oferta, en esta instancia del presente apunte conviene efectuar un repaso de los hechos del caso.

La licitación pública 20/1998 fue convocada por la Administración General del Poder Judicial para la contratación de los trabajos de aislación hidrófuga y reparación de las cubiertas del edificio sede de los Tribunales Federales de la ciudad de Córdoba.

Mediante la res. 579 del 24/6/1999 se adjudicó dicha licitación a la empresa Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL y, consecuentemente, se remitió a dicha firma la notificación de la adjudicación dispuesta, y de los recaudos que debía observar para la celebración del contrato dentro del plazo fijado en el Pliego de Bases y Condiciones, las cuales fueron recibidas por la empresa con fechas 16 y 19/7/1999.

Con fecha 21/7/1999, la Administración General recibió una carta documento de parte de la firma Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL, en la cual manifestó que le resultaba imposible prorrogar el mantenimiento de los precios de la licitación pública 20/1998, pues en el lapso transcurrido había comprometido su capacidad de ejecución como consecuencia de obras que les fueron adjudicadas oportunamente.

Ante dicha comunicación, producidos los informes correspondientes por parte de la Dirección de Infraestructura, la Comisión de Preadjudicación aconsejó: i) dejar sin efecto la adjudicación dispuesta a la actora, con penalidades y pérdida de la garantía; ii) adjudicar por menor precio válido a la oferta siguiente por cumplir con todos los requisitos solicitados en el Pliego de Bases y Condiciones.

Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL impugnó la posibilidad de las penalidades y la pérdida de garantía, pues —según su criterio— no existía causa justificante de sanción alguna o incumplimiento por parte de la empresa dado que la adjudicación fue tardía, es decir, cuando había fenecido largamente el plazo de mantenimiento de oferta.

Ante ello, y producida la intervención del Comité de Inversiones en Infraestructura y Alquileres, la res. 1223 del 23/12/1999: i) dejó sin efecto la adjudicación dispuesta por la res. 579/1999 a favor de la actora, y resolvió adjudicar la mencionada licitación a la oferta que siguió en orden de precios por resultar conveniente condicionado a la presentación del certificado de adjudicación del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas y del Certificado Fiscal para Contratar; y ii) dispuso la autorización para que la Dirección de Administración Financiera ejecute la póliza de seguro de caución acompañada en su momento por la actora para afianzar el mantenimiento de la oferta, según el procedimiento prescripto por el dec. 411/1969, sin perjuicio de oficiar al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas a los fines de la sanción prevista en el art. 20 de la ley 13.064.

Para así decidir, la Administración General del Poder Judicial tuvo en cuenta que la retractación manifestada por la firma Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL fue extemporánea, es decir, posterior a la notificación fehaciente del acto administrativo que dispuso la adjudicación.

Ello, sin perjuicio de las medidas que para mejor proveer pudiera tomar la Administración para el mantenimiento de la oferta, que en modo alguno puede enervar las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación, con remisión expresa a las disposiciones del inc. 51 del dec. 5720/1972, reglamentario del art. 61 de la Ley de Contabilidad, y al art. 13 del Pliego.

Posteriormente, la res. 135 del 14/6/2000 del Plenario del Consejo rechazó el recurso jerárquico interpuesto por la actora en los términos del art. 19 de la ley 24.937 (t.o. dec. 816/1999), con remisión al informe emitido por la Comisión de Administración y Financiera, haciéndolo parte de la resolución.

III. ANÁLISIS

1. La oferta en una licitación pública. El vínculo jurídico entre el oferente y la Administración Pública

Al momento de presentar su oferta en el tiempo y forma fijados en las bases de la licitación pública, el hasta entonces mero interesado, o adquirente del Pliego en algunos casos, se coloca en una nueva posición jurídica ante el organismo licitante.

Ello, por cuanto la oferta: i) lo sitúa en la posición de poder adquirir el estado jurídico de oferente, y ii) le impone el compromiso formal (de resultar elegido adjudicatario) de celebrar y ejecutar el contrato respectivo, en las condiciones fijadas por los pliegos del caso, con las particularidades que resulten admisibles sin violar los principios fundamentales del procedimiento de selección (1).

En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha reiterado en numerosas oportunidades que el mero hecho de la presentación de la oferta para intervenir en una licitación engendra un vínculo del oferente con el licitante y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación y formalización del contrato (2).

En otros términos, la oferta admisible es el acto jurídico por el cual el oferente ajusta su consentimiento a las exigencias impuestas en los documentos del llamado a licitación y manifiesta su voluntad firme e incondicional de contratar con la Administración, fijando su posición frente al licitante (3).

En tanto formal propuesta de contrato a la Administración, a la oferta en un proceso licitatorio le resultan aplicables las prescripciones del Código Civil, siempre dentro de las condiciones establecidas por el derecho de selección del contratista (4).

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el oferente debe obrar con pleno conocimiento de las cosas (art. 902, CCiv.), de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato (art. 512, CCiv.) (5), adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar, que evite incurrir en error en la interpretación de las cláusulas contractuales, que provocaría una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929, CCiv.) (6).

Sin embargo, a diferencia del régimen del derecho civil en función del cual el oferente puede retirar su oferta en cualquier momento mientras no haya sido aceptada, salvo convención en contrario, en el régimen de derecho administrativo es de principio que la oferta debe ser mantenida durante el lapso que establezca el sistema legal que rija la licitación (7).

El mantenimiento de la oferta por todo el plazo previsto en el régimen legal de la contratación es el criterio normativo establecido por los arts. 53 y 70 del dec. 436/2000 (Reglamento de Contrataciones del Estado), y por el art. 20 de la LOP.

La diferencia de principios se justifica en la condición particular del licitante y su ineludible fin de gestor del bien común, lo cual es expresado de diversos modos: por la magnitud de los intereses en juego (8), en la misma regularidad del procedimiento (9), en la significación política y social del interés público afectado y en la confianza y responsabilidad del licitante, que excluyen el arbitrio o la inestabilidad en la promesa formulada por el particular oferente (10), o en permitir a la Administración el análisis de las proposiciones, su comparación y elección de la oferta más conveniente (11).

Por último, es interesante la distinción apuntada por Gordillo, en tanto que una cosa es el plazo de mantenimiento de la oferta y otra es el plazo de validez. Mientras que el plazo de validez hace expirar automáticamente la oferta al vencimiento del término, el de mantenimiento exige el retiro expreso de la propuesta y caso contrario ella sigue en pie (12).

2. La garantía de mantenimiento de oferta

La oferta presentada en el marco de una licitación pública, que necesariamente posee los caracteres

señalados en el punto precedente, debe ser garantizada por parte del oferente.

Justamente el art. 31 del dec. 1023/2001 prevé que para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones los oferentes deben constituir garantías, en las formas y por los montos que establezca la reglamentación o los pliegos, con las excepciones que aquélla determine; a la vez que el art. 74, inc. c), del Reglamento de Contrataciones y el art. 14 de la LOP prevén la declaración de inadmisibilidad de la oferta, o su desestimación, en caso de que ella no cuente con su correspondiente garantía de mantenimiento.

Así, la constitución de una garantía de oferta —también denominada en doctrina garantía precontractual, caución provisoria, garantía de mantenimiento de propuesta o garantía de participación— es otro de los requisitos de admisibilidad a cumplir por los interesados en participar en una licitación que tenga por objeto la ejecución de una obra pública (13).

En tanto obligación accesoria de la oferta presentada en la licitación pública, la misma sigue la suerte de la obligación principal, por lo que mientras subsista la obligación principal, ella permanece vigente, pero, una vez cumplida, la garantía caduca (14).

El fin de la constitución de la garantía de mantenimiento de oferta es: i) asegurar la calidad y seriedad de los oferentes; ii) desalentar interesados imprudentes, desleales o incumplidores; iii) asegurar la real intención de ejecutar el contrato; iv) asegurar la efectividad de las responsabilidades en que el adjudicatario del contrato pueda incurrir en caso de no llegar a constituir la garantía definitiva y formalizar el contrato (15).

En cuanto al modo de constituir la garantía de mantenimiento de oferta, el Reglamento de Contrataciones establece que debe ser equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la oferta, y en el caso de cotizar alternativas, la garantía se calcula sobre el mayor valor propuesto (16).

Dicho cuerpo normativo prevé las siguientes formas, o combinación de ellas (17): a) En efectivo, mediante depósito bancario en la cuenta de la jurisdicción o entidad contratante, o giro postal o bancario.

b) Con cheque certificado contra una entidad bancaria, con preferencia del lugar donde se realice la contratación o del domicilio del organismo contratante.

c) Con títulos públicos emitidos por el Estado nacional, depositados en una entidad bancaria a la orden del organismo contratante, identificándose el procedimiento de selección de que se trate (18).

d) Con aval bancario u otra fianza a satisfacción del organismo contratante, constituyéndose el fiador en deudor solidario, liso y llano y principal pagador con renuncia a los beneficios de división y excusión en los términos del art. 2013 del Código Civil, así como al beneficio de interpelación judicial previa.

e) Con seguro de caución, mediante pólizas aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, extendidas a favor del organismo contratante y cuyas cláusulas se conformen con el modelo y reglamentación que a tal efecto dicte la Secretaría de Hacienda (19).

f) Afectación de créditos que el proponente o adjudicatario tenga liquidados y al cobro en entidades estatales de la Administración Pública nacional, mediante la certificación pertinente.

g) Con pagarés a la vista suscriptos por quienes tengan el uso de la firma social o actúen con poderes suficientes, cuando el monto de la garantía no supere la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000).

Si bien la elección de la forma de garantía, en principio, queda a opción del oferente o adjudicatario, por razones debidamente fundadas en el expediente, el organismo contratante puede elegir la forma de la garantía en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares (20).

En materia de obra pública, el art. 14 de la LOP determina que en concepto de garantía de mantenimiento de oferta se deberá depositar, en efectivo o en títulos o en bonos nacionales, en el Banco de la Nación Argentina, a la orden de la autoridad competente respectiva, una suma equivalente al 1% del valor del presupuesto oficial de la obra que se licita. Para las licitaciones o contrataciones directas que no excedan de \$ 69.000 no será necesario constituir previamente el depósito de garantía, pero el solo hecho de cotizar determina la obligación de hacerlo efectivo a simple requerimiento del organismo licitante (21).

Considerando el fin de la garantía de mantenimiento de oferta, lógicamente ésta es devuelta a los oferentes que no resulten adjudicatarios, dentro de los diez días de presentada la garantía de cumplimiento de contrato por el adjudicatario o, en su caso, de ejecutado el contrato por el adjudicatario (22). En el caso de la obra pública, el depósito es devuelto después de celebrado el contrato (23).

En relación con esto último, como habitualmente sucede, nos ilustra Marienhoff afirmando que los textos legales "...son expresión de los principios aplicables al caso, pues va de suyo que el licitador a quien se le adjudique el contrato, una vez celebrado éste ha cumplido con su obligación de mantener su oferta,

correspondiendo entonces la devolución de una garantía que ya no tiene razón de ser, y cuyo mantenimiento en tal supuesto carecería de causa jurídica, por cuanto la obligación a que respondía está cumplida" (24).

3. Retracción o desistimiento de la oferta

En el precedente punto 1. se señaló que en el régimen de derecho administrativo el principio es el mantenimiento de la oferta por todo el plazo previsto en el régimen legal de la contratación o, en otros términos, la obligatoriedad de la oferta, a diferencia del régimen privado, en el cual la regla es la revocabilidad o no obligatoriedad de la oferta (25).

En la misma línea, la sala 2ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. ha dicho que "(e)l régimen de la oferta en derecho administrativo se diferencia del de derecho civil, donde la oferta puede ser retirada en cualquier momento, sin perjuicio de las responsabilidades que quepan de índole precontractual (Del voto de la Dra. Herrera, consid. 5º)" (26).

La cuestión esencial, entonces, radica en clarificar cuándo puede —si efectivamente pudiere— el oferente dar marcha atrás o desistir de su propuesta de contrato a la Administración Pública, y las consecuencias de tal decisión.

"Retracción", del latín retractatio, significa: "acción de retractarse (de lo que se había dicho)"; y "retractarse", del latín retractare, es: "revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello" (27).

Ciertamente la relación jurídica nacida al amparo del Pliego de Bases y Condiciones y la presentación de la oferta no es absoluta, pues en última instancia nadie puede forzar al oferente a aceptar la adjudicación en contra de su voluntad (28).

Así, la retractación o desistimiento es la renuncia del oferente al derecho de revestir la calidad de co-contratante de la Administración Pública en caso de resultar elegido adjudicatario del proceso de selección.

Sin embargo, la retractación de la oferta dentro del plazo de mantenimiento de ésta, y previo a resolverse la adjudicación, tiene un doble efecto en el oferente: uno con consecuencias económicas inmediatas, la pérdida de la garantía en beneficio de la Administración Pública; el otro, con consecuencias económicas futuras y —sobre todo— de reputación, la suspensión en el Registro de Constructores de Obras Públicas.

En ese sentido, la sala 2ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. ha dicho: "La retractación o desistimiento de la oferta, se produce cuando el oferente, una vez conocida su propuesta, decide retirarla, quebrando el vínculo creado con la Administración, lo que le acarrea las consecuencias previstas en la normativa aplicable al procedimiento de que se trate; la más común es, precisamente, la pérdida de la 'garantía de oferta', así llamada en la doctrina nacional, o 'garantía provisional' en legislaciones extranjeras (conf. García Trevijano Garnica, El régimen de las garantías en la contratación administrativa, Civitas, Madrid, 1997). Ésta, común en la normativa que regla los procesos de selección de contratistas estatales (vid. incs. 33 a 43, 45 b], 64, 80 y 81 del dec. 5720/1972, Reglamento de Contrataciones del Estado; y arts. 14 y 20 de la ley 13.064), tiende a asegurar el mantenimiento de la oferta desde la apertura de sobres hasta la adjudicación, cuando estos dos momentos se encuentran diferidos, o desde la apertura y adjudicación hasta el perfeccionamiento del contrato (Del voto de la Dra. Herrera, consid. 5º)" (29).

El art. 20 de la LOP establece la pérdida de la garantía en caso de que la oferta fuera retirada por el oferente antes de resolverse la adjudicación y dentro del plazo de mantenimiento de la oferta.

Calificada por la doctrina como una cláusula penal, por encontrarse cuantificado el daño en forma objetiva y apriorística (30), o como la típica obligación de indemnizar daños y perjuicios en virtud de la culpa in contrahendo (31), dicha sanción excluye (32), o en principio, sustituye otros reclamos indemnizatorios (33).

Por otra parte, el art. 20, LOP, establece la suspensión por tiempo determinado del Registro de Constructores de Obras Públicas, esto último con el objeto doble de proteger a la Administración de estos posibles concursantes incumplidores, como también de prevenir a quien quiera desistir fuera de tiempo de su propuesta de su futuro desenvolvimiento empresario (34).

Si bien hasta aquí las reglas son claras, ellas luego son confrontadas con los diversos matices que se verifican en todo proceso licitatorio, siendo justamente el Poder Judicial o la PTN, cada uno en su esfera de actuación, los encargados de brindarnos los criterios para alumbrar las decisiones a adoptar en cada caso particular.

Tempranamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: "...aunque según los pliegos de condiciones que sirven de antecedente a licitaciones de esta naturaleza, los proponentes deben mantener sus ofertas durante un tiempo determinado, lo que impide en general que éstas puedan retractarse antes del vencimiento de ese plazo (art. 1150, CCiv.), es lo cierto que el art. 6º del pliego a que ellas deben ajustarse sólo

castiga al licitante con la pérdida de su depósito de garantía en caso de negativa injustificada a formalizar el contrato, lo que implícitamente permite afirmar que ningún daño debe producirles la retractación fundada en justa causa" (35).

Más tarde, y ante la cuestión temporal de la retractación, la Corte afirmó: "...es válido el desistimiento de la oferta hecho por el adjudicatario con posterioridad al decreto que aprobó la adjudicación, pero antes de que hubiera hecho la comunicación pertinente (incs. 80 y 8º, dec. 6900/1963 y arts. 1150, 1154 y 1155, CCiv.)" (36).

Tal criterio pareciera estar atenuado, según la opinión de la PTN, ya que cuando la adjudicación de la licitación se efectúa dentro del plazo de mantenimiento de la oferta y se notifica al oferente dentro de ese plazo o dentro de los siete días de acordada la adjudicación, el acto queda perfeccionado (37).

Adicionalmente, la temporalidad de la retractación o desistimiento de la oferta también deberá atender la naturaleza del objeto del proceso de selección.

Así, en el marco de un proceso de licitación pública de venta de un terreno con la obligación para el adquirente de construir un hotel de categoría mínima tres estrellas, habrá que considerar que el desistimiento del adjudicatario formulado antes de que se hubiera suscripto el contrato de compraventa, necesario en el caso para el perfeccionamiento del vínculo, será entendido, no como una "rescisión" del contrato, sino como un desistimiento del adjudicatario con pérdida de la fianza que acompañó a su oferta. Ello pues, el perfeccionamiento del contrato no se operaba solamente con la notificación en término de la adjudicación (38).

Otro aspecto a considerar al momento de analizarse la validez de la retractación de oferta se relaciona con el hecho de si debe ser manifestada en forma expresa, o si puede ser interpretada tácitamente a partir de otros actos del oferente.

En Fallos 329:3537 (2006), la Corte Sup. tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso complejo sobre la obligatoriedad de que la retractación de las ofertas fuera expresa para así proceder a la ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta.

En dicha causa ("Astarsa SA y otros v. Estado nacional") el Alto Tribunal señaló que la negativa de un oferente a suscribir un acta acuerdo que plasmaba una serie de observaciones, aclaraciones o modificaciones a la oferta inicial, luego de la intimación correspondiente, no podía implicar el retiro de la oferta que justifique la ejecución de la garantía de mantenimiento de ésta, dado que no se había acreditado que en esa acta no se exigían condiciones nuevas y diversas de las que inicialmente se habían garantizado.

Ello máxime teniendo en cuenta que la propia Administración había convocado a una nueva licitación pública, entendiéndose entonces que se había considerado fracasada la licitación primera debido a la falta de acuerdo entre las partes sobre la admisibilidad o conveniencia de la oferta inicialmente presentada y sobre las modificaciones propuestas por la Administración.

Cabe destacar que en dicho precedente la Corte:

— Se refirió expresamente a las bases de la licitación, y a la ausencia de la denominada "acta acuerdo" al señalar la prelación de los documentos integrantes del contrato de concesión correspondiente a la explotación integral del Ferrocarril Urquiza con exclusión del tramo electrificado que se estaba licitando.

— Señaló que la intimación a la firma de un acta acuerdo (cuya coincidencia o discordancia con la oferta inicial no se acreditó) en el término perentorio de veinticuatro horas bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta resulta contraria al principio de buena fe al amparo del cual deben celebrarse los contratos administrativos con cita de Fallos 311:971; 314:491, y 315:158.

Entre los argumentos para defender la ejecución de la garantía de oferta demandada judicialmente contra el consorcio oferente, se destaca que el Estado nacional argumentó que uno de los integrantes del consorcio debería haber reconvenido la nulidad de la intimación al momento del traslado de la demanda judicial de la ejecución de la garantía, y debería haber impugnado la resolución administrativa que dispuso la pérdida de la garantía, pero al haberla consentido le resultaba aplicable la doctrina de los actos propios.

Teniendo en cuenta que la pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta se aplica para el caso de que el oferente fuera invitado a firmar el contrato y no sea presentada en tiempo y forma, de acuerdo con las expresas previsiones del art. 20, LOP, es oportuno señalar que en Fallos 329:3537 (2006) la Corte Suprema declaró desierto el recurso ordinario de apelación si no se demostró que en el acta no se exigía al consorcio el cumplimiento de condiciones nuevas y distintas de las que los oferentes habían garantizado, pues la intimación a firmarla bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta es contraria al deber de buena fe al amparo del cual deben celebrarse los contratos administrativos (39).

En teoría, el proceso de selección del co-contratante de la Administración Pública está estructurado sobre la

base de entender que el cronograma previsto para la sucesiva ocurrencia de los diversos actos involucrados en el Pliego de Bases y Condiciones se cumplirá inexorablemente.

No obstante, ello no siempre ocurre y —en algunos casos— el análisis de las propuestas, su comparación y la elección de la oferta más conveniente se extienden más allá del plazo de validez de las ofertas.

En esta instancia, entonces, es altamente probable que ocurra que ya vencido el plazo de validez de las ofertas, el oferente no hubiera manifestado expresamente su intención de prorrogar su oferta y la garantía asociada, ni la Administración hubiera comunicado a los oferentes su voluntad de extender los plazos del proceso de selección (40).

Contrariamente al criterio de caducidad automática previsto en el inc. 115 del art. 61 de la Ley de Contabilidad, el art. 70 del Reglamento de Contrataciones establece la figura de la prórroga automática bajo la siguiente fórmula: "si [el oferente] no manifestara en forma fehaciente su voluntad de no renovar la oferta con una antelación mínima de diez (10) días al vencimiento del plazo, aquélla se considerará prorrogada automáticamente por un lapso igual al inicial, salvo que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares disponga otro distinto, y así sucesivamente.

Cabe señalar que nada dice la LOP al respecto, por lo que salvo que así estuviera previsto en el Pliego, no hay prórroga automática del plazo de mantenimiento de la oferta, por lo que vencido dicho plazo o las prórrogas acordadas sin que la Administración se hubiere expedido sobre la adjudicación, el oferente se encuentra facultado, sin aviso previo, a retirar su oferta y, consecuentemente, solicitar la devolución del depósito de garantía (41).

En los casos en que sea precisa la manifestación expresa de la prórroga, ésta deberá ser solicitada también en forma expresa por la Administración a todos los oferentes, en cumplimiento de uno de los principios esenciales del procedimiento, cual es el correcto tratamiento, comprensivo del principio de la igualdad entre todos los participantes (42).

Y justamente de la situación de la adjudicación tardía y la retractación de oferta trata el supuesto bajo examen, pues en dicho caso se había notificado fehacientemente el acto administrativo de adjudicación, ya vencidos los plazos de la garantía, y la retractación manifestada por la firma Ing. Arnaldo Kohn Construcciones SRL fue extemporánea al haberse realizado con posterioridad a dicha notificación.

Así, bajo el régimen legal vigente para esa contratación, y tal como fuera acreditado en el expediente, los argumentos jurídicos de la sentencia de Cámara para confirmar la de primera instancia son contundentes:

— El principio de legalidad es aplicable a toda actuación administrativa de cualquiera de los poderes del Estado.

— La liberación de la garantía de mantenimiento de la oferta sólo puede efectuarse por escrito después del vencimiento del plazo, pues el Pliego de Bases y Condiciones establece de manera expresa que el plazo de mantenimiento de las propuestas queda prorrogado de pleno derecho hasta el momento de la adjudicación.

— La voluntad a la que se refiere el art. 1197 (CCiv.) en materia de contratos administrativos se manifiesta conforme o de acuerdo con las debidamente explicitadas tanto en los pliegos generales como en los particulares.

Nótese que la PTN también ha sostenido que bajo el régimen del art. 70 del Reglamento de Contrataciones, el oferente renuncia a retractar su propuesta durante el período de mantenimiento de la oferta y, para el supuesto de querer desistir, debe notificarlo con la antelación mínima que exige la normativa (conf. Dictámenes 61:170; 67:66; 146:309) (43). En dicho caso la firma seleccionada había manifestado al momento de cotizar que no prorrogaba automáticamente el plazo de mantenimiento de su oferta, pero en una presentación posterior manifestó su voluntad de mantenerla por el término de cuarenta y cinco días hábiles más a partir del vencimiento del plazo de mantenimiento originariamente ofrecido, por lo que la última presentación efectuada prorrogó automáticamente el mantenimiento de su oferta, pues la renuncia de derechos no se presume.

Habiéndose verificado en los hechos del caso que no se adjudicó la licitación pública, ni se emitió la correspondiente orden de compra y, en consecuencia, ésta no le fue notificada a la firma ahora recurrente, por lo que no se produjo el perfeccionamiento del contrato, no puede sostenerse que constituye un agravio (reconocimiento de gastos) la obligación de mantener la cotización por el término de cinco meses, ante la indefinición de la Administración, y ante el no ejercicio de su derecho de retracción.

Ello máxime cuando las bases de la licitación preveían que el plazo de mantenimiento era de treinta días renovables por períodos de treinta días, salvo retractación de la oferta presentada con cuarenta y ocho horas de anticipación al inicio de cada nuevo período (44).

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia de la sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal es contundente y no deja lugar a dudas en cuanto a que por aplicación del principio de legalidad, la ley para las partes involucradas en un proceso de selección del co-contratante de la Administración Pública surge del Pliego de Bases y Condiciones, criterio, por otra parte, ya reseñado por la Corte Suprema en el año 1940 en Fallos 186:108, citado en el punto III.3.

Así, de los antecedentes reseñados a lo largo del presente apunte, y sin perjuicio de las sanciones que pudieren ser aplicadas al oferente, a modo de síntesis es posible reseñar los siguientes criterios rectores en materia de retractación o desistimiento de una oferta en el ámbito de una licitación pública:

— Debe ser efectuada conforme las disposiciones de los Pliegos de Bases y Condiciones para cada proceso en particular.

— Debe atender la naturaleza del contrato objeto del proceso de selección del contratista estatal.

— Debe ser notificada a la Administración con la antelación mínima que exige la normativa o, al menos, anterior a la notificación fehaciente del acto de adjudicación.

— Debe ser expresa y por escrito.

— No puede inferirse de actos de los oferentes, por ejemplo, de la negativa a firmar documentos fuera de los previstos en el pliego o que no conciden con la oferta inicial.

Por último, si hubiera algo objetable en la sentencia bajo análisis, y destacando una vez más el haber dado primacía al principio de legalidad a la luz de los hechos del caso, habría sido deseable alguna valoración sobre la "solicitud de prórroga de mantenimiento de precios" efectuada por la Administración del Poder Judicial como medida para mejor proveer, tal como reseña el acto administrativo impugnado en sus considerandos.

Ello, por cuanto de las expresas previsiones del Pliego no surge que aquélla hubiese sido necesaria en modo alguno, y en tal caso se hubiese plasmado —de modo integral— la buena fe en la celebración del contrato respectivo (45), y la ya clásica alocución de la Corte, en el sentido de que "la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario" (46).

(1) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, t. 2, Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 529.

(2) Dictámenes 90:156; 213:147.

(3) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 129.

(4) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 530.

(5) Fallos 324:4199 (2001). Tal estándar de previsión —según las propias palabras de la Corte Sup.— implica que el oferente debe excluir cualquier cambio de conducta que lo ponga en contradicción con sus actos anteriores, en especial, el que tiende a modificar los términos de la licitación después de haberla ganado, inclusive si hubiera resultado el único proponente.

(6) Fallos 316: 382 (1993).

(7) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 235.

(8) Ver los Fallos citados en las notas 5 y 6.

(9) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 635. Para dicho autor, en el procedimiento licitatorio se da así una suerte de desigualdad entre la situación de la Administración licitante y la que corresponde a los oferentes, justificada por la distinta calidad de los intereses en juego.

(10) Dromi, Roberto, La licitación pública, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 385.

(11) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 158.

(12) Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. 2, "La defensa del usuario y del administrado", 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. XII-36.

Dicho autor aclara que el régimen de suministros es distinto conforme el art. 61, inc. 61 (Reglamento 5720/1972).

(13) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 123, con la siguiente cita: "La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que la '...garantía de la oferta de ningún modo expresa el ejercicio del poder de policía de Estado, sino, más bien, las potestades que éste de imponer cláusulas

exorbitantes del derecho común en sus relaciones contractuales...' y su cobro no significa la aplicación de una multa, C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, "Hospital Nacional José T. Borda v. Casa La Ideal", LL 1977-D-404 (consid. 3º)".

(14) Chojk ier, Raquel - Dubinski, Alejandro - Casella, José Víctor, Contrataciones del Estado.

Decreto 436/2000. Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional. Resolución 834/2000. Pliego único de bases y condiciones generales, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 138.

(15) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 124, con citas de F. F. Mo, y G. C. Carol. y F. J. Sansoni.

(16) Cfr. art. 52 del Reglamento de Contrataciones.

(17) Cfr. art. 53 del Reglamento de Contrataciones.

(18) El monto se calcula tomando en cuenta la cotización de los títulos al cierre del penúltimo día hábil anterior a la constitución de la garantía en la Bolsa o Mercado correspondiente, lo que deberá ser certificado por las autoridades bancarias al recibir dicho depósito. En caso de liquidación de los valores a que se refiere este inciso, se formulará cargo por los gastos que ello ocasione. El eventual excedente quedará sujeto a las disposiciones que rigen la devolución de garantías.

(19) Los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares deberán establecer los requisitos que deberán reunir las compañías aseguradoras, con el fin de preservar el eventual cobro del seguro de caución.

(20) Cfr. art. 53, Reglamento de Contrataciones.

(21) Según texto ley 16.798, y art. 1º de la res. MEyOySP 814/1996 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, BO del 3/7/1996. En este punto, Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 125, señalan la existencia de otras normas que prevén la constitución de otro tipo de garantías: dec. 7928/1949 (fianza bancaria); ley 14.000 (títulos y bonos provinciales o municipales) y ley 17.804 (seguro de caución).

(22) Art. 56, Reglamento de Contrataciones.

(23) Art. 14, LOP.

(24) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. III-A, p. 238.

(25) Dromi, Roberto, La licitación pública, cit., p. 385.

(26) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 26/10/1999, "Universal Services SA v. BCRA s/proceso de conocimiento".

(27) Cfr. Real Academia Española, Diccionario de La lengua Española, 22ª ed., buscon.rae.es/draeI/.

(28) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 636.

(29) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 26/10/1999, "Universal Services SA v. BCRA s/proceso de conocimiento".

(30) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 160.

(31) Dromi, Roberto, La licitación pública, cit., p. 387.

(32) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 639. En la misma línea, Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 160.

(33) Dromi, Roberto, La licitación pública, cit., p. 387.

(34) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 638.

(35) Fallos 186:108 (1940), "Francisco Ramos v. Nación Argentina".

(36) Corte Sup., 9/12/1968, ED 25-587.

(37) Dictámenes 126:87.

(38) Dictámenes 158:226 del 7/9/1981, con cita de "Astilleros de Trabajadores Argentinos Metalúrgicos v. YPF", ED 21:98.

(39) Resulta muy interesante el comentario al caso por parte de Farrando, Ismael, "La buena fe como principio de la contratación administrativa", JA 2007-I-85. Al respecto, destaca Farrando lo medular del fallo, en cuanto a que un emplazamiento a firmar el "acta acuerdo" en un plazo perentorio de veinticuatro horas, y bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta, es contrario al deber de buena fe al amparo del cual deben

celebrarse los contratos administrativos, por lo que hay una buena —y equilibrada— dosis de moralidad que se advierte en la Corte, al fundamentar el fallo en un "principio general del derecho" como lo es la buena fe contractual.

(40) En opinión de Barra, en tal caso y a falta de norma expresa, el oferente podría rechazar la adjudicación tardía. A falta de tal rechazo, la adjudicación será válida, pues el oferente adjudicado puede prestar su conformidad expresa o tácita a dicha adjudicación tardía. Ello, sustentando en la regla del informalismo a favor del administrado y las razones de interés público que justifican el procedimiento de selección del contratista estatal (Cfr. Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., p. 637).

(41) Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 160.

(42) Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, cit., ps. 636/637.

(43) PTN, Dictámenes 247:572 del 30/12/2003.

(44) Dictámenes 244:820 del 18/3/2003, con cita de la clásica alocución que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional (Dictámenes 202:151; 233:94, 400 y 408).

(45) Fallos 329:3537 (2006) ya citado, con referencia de la Corte Suprema a sus precedentes de Fallos 311:971; 314:491, y 315:158.

(46) Fallos 308:618 (1986), "Hotel Internacional Iguazú SA v. Nación Argentina".