

Verónica MORELLI FERREIRA

Investigadora independiente (Uruguay)

morelliveronica@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9520-5709>

Recibido: 24/08/2023 - Aceptado: 06/09/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Morelli Ferreira, V. (2023). Vicios en adjudicaciones de compras estatales y su anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estudio de casos prácticos. *Revista de Derecho*, 22(44), 207-236. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.9>

Vicios en adjudicaciones de compras estatales y su anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estudio de casos prácticos*

207

Resumen: La adjudicación es el acto administrativo por el que la Administración selecciona discrecionalmente la oferta más conveniente, poniendo fin a un procedimiento de compras. Como todo acto administrativo, está sujeta a control jurisdiccional.

Este trabajo busca determinar, a través de un análisis teórico y empírico, cuáles son los vicios que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo considera trascendentes para justificar la anulación de una adjudicación de compra pública. Para ello, luego de caracterizar el acto de adjudicación, se estudiarán las cuatro hipótesis más frecuentes de anulación. La primera, es aquella en que la Administración no elige el tipo de procedimiento indicado por Ley. La segunda, el apartamiento de las disposiciones esenciales del pliego particular de condiciones que rige el llamado. La tercera, la violación al principio de igualdad entre oferentes, y la cuarta, la ausencia o vicios en los motivos y/o motivación.

Considerándose la anulación una grave medida, no todo vicio invalidará una adjudicación. Por ello entendemos que un análisis de la casuística por la cual el Tribunal ha anulado actos de adjudicación, nos permitirá comparar entre el marco teórico de la validez de la adjudicación y lo que luego el Tribunal considera un vicio suficiente como para anularla.

Palabras clave: Licitación; adjudicación; anulación; Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

* Trabajo final de carrera para acceder al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

Defects in government procurement awards and their annulment by the High Court of Administrative Matters - Case studies

Abstract: The award is the administrative act by which the Administration selects the most convenient offer at its discretion, putting an end to a procurement procedure. As any administrative act, it is subject to jurisdictional control.

This paper seeks to determine, through a theoretical and empirical analysis, which are the defects that the High Court of Administrative Matters considers transcendent to justify the annulment of a public procurement award. For this purpose, after characterizing the awarding act, the four most frequent annulment hypotheses will be studied: Firstly, when the Administration uses a procurement procedure other than the one indicated by law; secondly, the deviation from the essential provisions regarding the particular bidding specifications governing the call for bids; thirdly, the violation of the principle of equality among bidders; and finally, the absence of or defects in motives and/or description of reasons for the award.

Considering that annulment is a severe measure, not every defect invalidates an award. Therefore, the study of cases whereby the Court has annulled the awarding decisions, will allow us to compare the theoretical frame of the validity of the awarding with what the Court deems to be a sufficient defect in order to proceed with such annulment.

Keywords: Call for bids; award; annulment; High Court of Administrative Matters.

208

Vícios em adjudicações de compras estatais e sua anulação pelo Tribunal do Contencioso Administrativo. Estudo de casos práticos

Resumo: A adjudicação é o ato administrativo pelo qual a Administração seleciona discricionariamente a oferta mais conveniente, encerrando um procedimento de compras. Como todo ato administrativo, está sujeito a controle jurisdicional.

Este trabalho busca determinar, por meio de uma análise teórica e empírica, quais são os vícios que o Tribunal do Contencioso Administrativo considera relevantes para justificar a anulação de uma adjudicação de compra pública. Para isso, após caracterizar o ato de adjudicação, serão estudadas as quatro hipóteses mais frequentes de anulação. A primeira é aquela em que a Administração não escolhe o tipo de procedimento indicado por lei. A segunda é o desvio das disposições essenciais do edital específico que rege o chamado. A terceira é a violação ao princípio de igualdade entre os ofertantes, e a quarta é a ausência ou vícios nos fundamentos e/ou fundamentação.

Considerando a anulação uma medida grave, nem todo vício invalidará uma adjudicação. Portanto, entendemos que uma análise da casuística pela qual o Tribunal anulou atos de adjudicação nos permitirá comparar o quadro teórico da validade da adjudicação com o que o Tribunal considera posteriormente como um vício suficiente para anulá-la.

Palavras-chave: Licitação; adjudicação; anulação; Tribunal do Contencioso Administrativo.

1. Introducción

La adjudicación es el acto administrativo que materializa la voluntad de contratar de la Administración. Es la etapa final del procedimiento competitivo utilizado por la Administración para seleccionar a su cocontratante. Para ello, ésta cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, por cuanto está facultada para elegir “la oferta más conveniente”¹, la que no necesariamente será la oferta más económica². Existen otros factores que pueden fundamentar la elección de una oferta más costosa en términos económicos, como ventajas en plazos de entrega, calidad, antecedentes, entre otros. No existe un criterio uniforme y preciso que permita determinar la oferta más ventajosa en forma única, aplicable a todos los casos. Los criterios de conveniencia variarán de Administración en Administración, así como de acuerdo al momento específico, o dependiendo del producto o servicio que se esté contratando. Por eso se dice que “la oferta más conveniente” entra en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados³.

La carencia de criterios uniformes no significa que la Administración tenga las manos absolutamente libres para contratar como le parezca. Para empezar, deberá seguir los mecanismos de compras establecidos en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), cuyo artículo 33 establece en su acápite: “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente”, para luego establecer un número de excepciones de carácter cualitativo y cuantitativo. Esto significa que, de principio, las contrataciones estatales se deben hacer de forma competitiva, salvo que se configure alguna de las excepciones establecidas a texto expreso en el artículo 33, literales A a D.

Más adelante, en la etapa de valoración de las ofertas, la Administración estará sujeta a los criterios de evaluación y factores de ponderación prefijados en el pliego de condiciones particulares que rige el llamado⁴. Estos criterios podrán ser modificados hasta el momento de presentación de las ofertas, siempre y cuando se dé publicidad a estas modificaciones. Una vez realizada la apertura, las reglas de juego quedarán fijas, tanto para la Administración como para el cocontratante; pliego y oferta formarán así parte de la relación contractual.

Posteriormente, al adjudicar, la Administración deberá fundamentar su elección por una oferta determinada, realizando una motivación suficiente, congruente y exacta. Si la Administración se apartara del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones, la ley⁵ exige que se deje “expresa constancia de los fundamentos” de tal apartamiento.

1 Artículo 68 del TOCAF, inciso 2: “El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones”.

2 Artículo 68 del TOCAF, inciso final, permite que se adjudique exclusivamente en base al factor precio, cuando los pliegos fijen el cumplimiento de “requisitos mínimos exigibles referidos, entre otros, a aspectos técnicos, económicos, financieros o comerciales y los oferentes cumplan con los mismos”.

3 Los conceptos jurídicos indeterminados evolucionan con el tiempo y las costumbres. Su indeterminación no permite cualquier interpretación, sino que obliga a buscar una solución justa, en la que se aprecien las diferentes alternativas posibles.

4 Artículo 48 del TOCAF, al enumerar los elementos esenciales del pliego de condiciones particulares, en el literal C establece: “los criterios objetivos de evaluación, en un balance acorde al interés de la Administración de elegir la oferta más conveniente y la garantía en el tratamiento igualitario de los oferentes...”

5 Artículo 68 TOCAF, inciso 2 in fine.

La motivación servirá como elemento fundamental a la hora de realizar el control de legitimidad a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA). Este control jurisdiccional es propio del Estado de Derecho; lo caracteriza. Sin control de la actividad estatal, no se puede decir que exista Estado de Derecho.

La adjudicación podrá ser objeto de la acción de nulidad prevista en el artículo 309 de la Constitución, por tratarse de un acto administrativo definitivo que podría ser contrario a una regla de derecho o dictado con desviación de poder. Esta acción deberá ser ejercida por el titular de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo.

El Tribunal ha insistido en que el oferente no tiene un derecho a la adjudicación sino apenas un interés legítimo, el que resulta protegido al exigirse el cumplimiento de las reglas establecidas. Cuando la Administración considera que una oferta es la más conveniente, los demás oferentes no pueden invocar la vulneración de un derecho subjetivo.

Como ha reiterado el Tribunal en sostenida jurisprudencia, la adjudicación es un acto esencialmente discrecional del jerarca, que consiste en seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que a su juicio mejor contemple los intereses confiados a su custodia. El Tribunal no puede sustituir a la Administración en esta valoración de factores ponderables; se limitará a controlar el respeto a las formas requeridos, que los motivos de la decisión se ajusten a los hechos y que sus móviles no sean espurios.

El Tribunal ha sido constante en afirmar que la nulidad del acto de adjudicación es siempre una grave medida que no debe tener lugar sino cuando se comprueba una seria y trascendente trasgresión a los principios propios del procedimiento licitatorio.

2. Acto de adjudicación.

Conviene comenzar compartiendo algunas valiosas definiciones doctrinarias:

Enrique Sayagués Laso (1940): “acto de voluntad de la Administración determinando cuál de las propuestas presentadas es la más ventajosa, aceptándola a la vez, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado” (p. 139).

Alberto Ramón Real (1977): “acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa. Con esto se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y en su caso la documentación del contrato por escrito” (p. 1236).

Carlos Delpiazzo (2019): “acto típico administrativo, precontractual y separable cuyo contenido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración” (p. 254).

Roberto Dromi (2001, como se citó en Echeverría Petit, 2002): “acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual” (p. 112).

Miguel Marienhoff (1983, como se citó en Mantero, 2003): “acto de la Administración Pública en el que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular” (p. 136).

En definitiva, el acto de adjudicación constituye la expresión de voluntad de la Administración, por la que ésta, en ejercicio de función administrativa y a través de su órgano competente, selecciona a quien será su cocontratante para la adquisición de bienes o servicios. Se trata de un acto administrativo, esencialmente discrecional, que pone fin a la etapa esencial del procedimiento competitivo de compras.

2.1 Acto de adjudicación como acto administrativo

El Artículo 120 del Decreto 500/1991 define al acto administrativo como toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Estos efectos jurídicos consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

En lo que hace a la adjudicación, los efectos jurídicos consisten principalmente en generar un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, con el correlativo deber jurídico para la Administración de contratar con éste y no con otro.

Podemos categorizar al acto de adjudicación como un acto administrativo en sentido estricto, productor de efectos particulares -en cuanto determina a los sujetos a los que alcanza- y concretos -por agotarse su aplicación a la situación de hecho sobre la que dispone-, por oposición al reglamento que crea normas generales y abstractas.

La adjudicación, en tanto expresión de voluntad de la Administración, implica una decisión sobre el fondo del asunto; se clasifica como un acto principal. Se distingue así de sus actos preparatorios, como los informes de las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones, los que, por su propia naturaleza, son preliminares y no producen efectos jurídicos; no tienen carácter vinculante y no generan derechos en favor del oferente recomendado.

Constituye un presupuesto del acto administrativo el haber sido dictado por órgano competente, como expresión del principio de especialidad que rige el Derecho Administrativo; las personas públicas pueden -y deben- actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación, aptitud de obrar que debe provenir de una norma de derecho positivo.

El sujeto emisor de todo acto administrativo es la Administración, es decir, una autoridad estatal actuando en ejercicio de función administrativa. Las adjudicaciones, en tanto actos administrativos por los que se contraen compromisos, deben ser resueltas por el ordenador de gasto⁶ competente.

2.2 Acto de adjudicación como instancia final del procedimiento de compra

Con la adjudicación se culmina la etapa esencial del procedimiento de contratación, que había comenzado con la publicación del llamado. Abiertas las ofertas y realizados los estudios de admisibilidad (correspondencia de la oferta con las exigencias del pliego) y de conveniencia (evaluación de las diferentes ofertas en términos comparativos), el órgano decisor procederá a adjudicar el llamado a la que considere ser la oferta más

6 El artículo 26 del TOCAF define a los ordenadores de gasto primarios como los jefes máximos de cada Administración, quienes podrán disponer de gastos hasta el límite de la asignación presupuestal. Por su parte, el artículo 28 define a los ordenadores secundarios como aquellos a quienes una norma objetiva de Derecho asigna competencia para disponer gastos. Estos ordenadores secundarios son, entonces, órganos subordinados y desconcentrados.

conveniente. Delpiazzo (2019) recalca la importancia del deber de la buena administración y la moralidad en la gestión pública, para lograr que “la adjudicación sea no sólo acertada sino moralmente inobjetable” (p.181).

La notificación de la adjudicación al oferente seleccionado, previa intervención del gasto por el Tribunal de Cuentas, configura el perfeccionamiento del contrato, salvo que en el pliego o en la adjudicación se imponga la forma escrita o algún otro requisito solemne⁷. Antes de la sanción de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, esta solución era una posición doctrinaria, no unánime, construida en base a la disposición del Código Civil que regula la formación progresiva del consentimiento de los contratos, aplicable a los contratos administrativos por ser estos no más que una especie dentro de la categoría general “contrato”.

Dispone el Artículo 1265 del Código Civil:

El contrato ajustado por mensajero o correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente.

Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a no ser que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada la oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado.

El que acepta el negocio, tendrá la misma libertad que el proponente, conforme al inciso anterior.

212

Tanto la oferta que presenta el particular en el procedimiento licitatorio, como la aceptación de la administración (a través de la resolución de adjudicación) son declaraciones unilaterales de voluntad. Estas declaraciones tienen calidad de recepticias, ya que mientras la propuesta no llega a conocimiento del destinatario, y la aceptación de este no llega al proponente, no existe el contrato y las partes pueden retractarse. Enseña Gamarra (1993) que por recepción debe entenderse: “el momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer, vale decir, cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste” (pp. 137-138).

El artículo 37 de la Ley N° 18.834 incorporó al TOCAF el actual artículo 69 que recoge el sistema de la recepción, en consonancia con el Código Civil, dando por zanjada la discusión doctrinaria, de la que pueden resaltarse las posiciones de Sayagués Laso, Carbajal Victorica, y Delpiazzo.

En su Tratado de Derecho Administrativo, Sayagués Laso (2015) expone su posición en cuanto a que la adjudicación tiene dos contenidos: por un lado, determina cuál es la oferta más ventajosa para la Administración, y por otro acepta esa propuesta. Continúa diciendo que: “luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado” (p. 563).

7 Art. 69 TOCAF.

Para Carbajal Victorica (1958, como se citó en Mantero, 2003), el acto de adjudicación designa el candidato mejor a contratante y en ningún caso puede entenderse como consentimiento de contrato. La licitación es un procedimiento previo y distinto al contrato, y por tanto ambos son conceptos separables. Niega que la adjudicación pueda ser considerada como una aceptación de propuesta, puesto que, al ser un acto unilateral, no puede dársele a la vez un carácter bilateral. Según su posición, a partir de la adjudicación, el adjudicatario tiene derecho a exigir la contratación, dado que la adjudicación es promesa formal de contratación y la Administración está obligada a contratar con el adjudicatario.

Por su parte, Delpiazzo (2019) caracteriza a la adjudicación como precontractual, ya que ocurre en la fase esencial del procedimiento licitatorio, cerrándola. El contrato se perfeccionará en la etapa siguiente, la fase integrativa. Es un acto separable, en cuanto puede ser disociado o desvinculado del contrato en sí. La formalización del contrato ocurre posteriormente, en la fase integrativa del procedimiento licitatorio, en la forma que disponga el ordenamiento jurídico. Destaca la separación conceptual de la adjudicación y del contrato realizada por Carbajal Victorica, por ser la primera un acto administrativo unilateral de la Administración por el que ésta forma su voluntad, mientras que el contrato es un acto bilateral en el que se conjuntan dos voluntades, la de la Administración y la del proponente elegido. Adjudicación y contrato son, además, separables en cuanto al tiempo, aunque pueden ser inmediatamente sucesivos, ya que la resolución de adjudicación luego de emitida debe ser notificada al adjudicatario (pp. 275 y siguientes).

2.3 Acto de adjudicación como acto discrecional

La actividad de la Administración puede ser tipificada como mayormente reglada o mayormente discrecional. En la actividad reglada, dada una determinada situación de hecho, la norma establece una única posibilidad de acción, limitándose el intérprete a constatar el presupuesto de hecho y aplicar la solución que indica la norma. En cambio, en la actividad discrecional, dada una situación de hecho, el administrador tiene un margen de acción; existe más de una solución justa posible de entre las que se puede elegir.

Claro está, que es la propia norma la que permite la discrecionalidad. Existe libertad de actuación, porque hay una norma jurídica que así lo habilita.

Para el argentino Boulin Victoria (2014), las diferentes opciones de actuación pueden diferir entre sí en cuanto al grado de eficiencia para conseguir el fin, la rapidez para lograr el objetivo, la medida en que se afectan los derechos de terceros y el grado de seguridad con que se alcanzará la finalidad buscada. La elección de una de estas medidas tiene un impacto en el mundo jurídico, por no ser todas igual de convenientes. Por eso, si bien existen múltiples alternativas que a primera vista podrían aparentar ser razonables, el órgano decisor deberá estudiarlas para elegir de entre ellas aquella solución que resulte más justa y más conveniente a los intereses de la Administración (pp. 52 y siguientes).

Enseña Cajarville Peluffo (2007) que la elección de la alternativa más adecuada a los motivos y más idónea al fin debido se realiza en base a criterios técnicos, éticos, políticos, además de jurídicos (p. 52). Según Cassagne (2008), la elección de la solución más conveniente, por más que repose en elementos extrajurídicos -técnicos o políticos,

por ejemplo-, no deja de ser una elección jurídica, en cuanto no se puede ser irrazonable o arbitrario en la elección (p.19).

De acuerdo a Ernst Forsthoff (1958, como se citó en Sentencia TCA N° 70/2019), el derecho a ejercitar la potestad discrecional no libera a la Administración de un comportamiento adecuado ni de la observancia del derecho: “también el ejercicio de la potestad discrecional se mueve dentro del marco del orden jurídico”.

Por su parte, el jurista español Meilán Gil (2011) caracteriza a la discrecionalidad como “un silencio consciente para que la Administración elija, en una decisión, lo que es lo justo y apropiado en un caso al interés general que debe servir”, y considera que la discrecionalidad es diferente para un particular y para la Administración, en cuanto supone para el particular la libertad de elegir la actuación que estime conveniente, sin más limitación que lo que esté prohibido, mientras que para la administración “su límite no es lo no prohibido, sino lo permitido, más aún lo ordenado, -vinculación de la potestad a su fin- aunque esto no esté expresamente determinado en la norma” (p. 327).

Numerosas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo reiteran que “la adjudicación es un acto esencialmente discrecional de la Administración que consiste en seleccionar la propuesta que mejor contemple el interés público, siempre procurando obtener las mejores condiciones posibles de contratación. No obstante, dicha discrecionalidad encuentra sus límites en la regularidad del procedimiento, respeto de la igualdad de los oferentes y la motivación adecuada y suficiente del acto de adjudicación”⁸.

Delpiazzo (2019) señala que

el obrar discrecional de la Administración... no lo habilita a proceder arbitrariamente, ya que la elección de la oferta más conveniente requiere razonablemente y de buena fe que: se hayan comparado las ofertas; se haya justificado la opción desde el punto de vista económico; se haya demostrado su ventaja; se hayan respetado los límites establecidos en los pliegos; y, haya habido ajuste a los dictámenes previamente emitidos o, en caso de verificarse apartamiento de los mismos, la motivación suficiente para justificar ese apartamiento (pp. 155-156)⁹.

Marienfoff (1993) distingue discrecionalidad de arbitrariedad en los siguientes términos

La primera está rodeada de juridicidad, la segunda de antijuridicidad... El acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, o sea, en definitiva, los intereses públicos. El acto arbitrario, aun aparentando a veces legitimidad, se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder... la diferencia entre acto discrecional y acto arbitrario es evidentemente teleológica (pp. 430 y 431).

Para Boulin Victoria (2014), la discrecionalidad no es en sí misma algo negativo, sino que tiene valoración neutra: “puede dar lugar a abusos, pero también puede permitir un desenvolvimiento eficiente de la Administración” (pp. 47 y 48).

8 Sentencia 128/2018, entre muchísimas otras.

9 Texto que citan frecuentemente las sentencias al resolver solicitudes de nulidad de adjudicaciones.

Las autoridades administrativas deben ejercer sus potestades, siempre, con el fin de perseguir el interés del servicio. En este sentido, el interés general cumple una función teleológica, de definir el objetivo o fin de la actividad estatal. En el caso de las compras públicas, el interés superior público consiste en procurar condiciones óptimas, o por lo menos, las que mejor posibiliten el negocio de que se trate.

El interés general establece los límites del poder. Perseguir el interés general se traduce en una obligación negativa para la Administración, de no perseguir un fin distinto a aquel para los que se le asignaron poderes. Cuando el interés de la Administración, al dictar un acto administrativo, difiere del interés general, se estará ante una hipótesis de ilegitimidad por desviación de poder.

Enseña Durán Martínez (1999b) que la desviación de poder se configura cuando no se persigue el bien común (fin genérico de la Administración) y también cuando el fin buscado difiere del fin específico establecido por ley a cada órgano del Estado (p. 252).

El Tribunal exige prueba seria y contundente de la desviación de poder, repitiendo en varias sentencias que “la desviación de poder no se presume, debe ser demostrada y la carga probatoria recae sobre la pretensora. No satisfacer adecuada y razonablemente esa exigencia redundaría en el fracaso de la pretensión anulatoria”¹⁰.

Se entiende correcta esta interpretación, por las dificultades que plantea este vicio, por el hecho de que su control “exige adentrarse en la mente del agente que dictó el acto”, a decir de Durán Martínez (2009b), quien agrega que el TCA sólo considerará esta causal de nulidad cuando no existe ninguna otra (p. 252).

3. Control jurisdiccional del acto de adjudicación

Los actos administrativos pueden ser revisados en vía administrativa¹¹ y jurisdiccional. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el órgano competente, en forma exclusiva, para entender sobre las acciones de nulidad de los actos administrativos previstas en el Artículo 309 de la Constitución. A otros efectos, mantiene competencia el Poder Judicial, quien siempre podrá analizar la regularidad jurídica de los actos administrativos, por ejemplo, al decidir sobre la responsabilidad civil del Estado (Veloso Giribaldi, 2018).

Para solicitar la anulación será necesario, como condición de admisibilidad, que previamente se haya agotado la vía administrativa, es decir, que el acto tenga carácter de definitivo, por la denegatoria ficta o expresa por parte de la Administración de todos los recursos que correspondan, interpuestos en tiempo y forma. La demanda deberá ser interpuesta dentro del plazo de caducidad de sesenta días corridos siguientes a la notificación del acto expreso que puso fin a la vía administrativa, o de la configuración de la última denegatoria ficta, por quien tuviera legitimación activa.

Los actos que pueden ser objeto de la acción de nulidad están enumerados en el artículo 23 del Decreto-Ley 15.524, que en su literal a) incluye a los “actos administrativos

10 Por ejemplo, Sentencia N° 12/2020 que, a su vez, remite a Sentencia N° 63/2017.

11 Los actos administrativos anulables por razones de legitimidad en vía administrativa son aquellos dictados por los Directorios de Servicios Descentralizados, en cuyo caso el Poder Ejecutivo resolverá sobre su anulación en forma subsidiaria, una vez rechazados expresa o tácitamente los recursos de revocación (y jerárquico si correspondiere).

unilaterales, convencionales o de cualquier otra naturaleza, dictados con desviación, abuso o exceso de poder o con violación de una regla de derecho”, para a continuación definir positivamente regla de derecho como “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. Por su parte, de acuerdo al literal b) del artículo 23, también procederá la acción de nulidad contra los actos que sean separables de los contratos administrativos, categoría en la que cabe la adjudicación.

Que la adjudicación sea un acto separable del contrato significa que puede ser impugnada por terceros participantes en el procedimiento. Se plantea entonces la cuestión (Delpiazzo, 2019) de si la anulación de la adjudicación acarrea la anulación del contrato, como acto subsiguiente de la adjudicación. Hay quienes afirman que al ser el acto anulado la base del contrato, no puede subsistir éste al invalidarse el primero. Manuel María Diez expone la posición contraria, al opinar que, si el acto era separable, no tiene sentido decir que luego se incorpora al contrato, por lo que concluye que la anulación del acto separable no anula forzosamente el acto celebrado. Delpiazzo destaca el perfil práctico de la opinión de Dromi, según la cual, si el contrato ya se ejecutó o está en vías de ejecución, la solución inevitable consiste en la indemnización de daños y perjuicios causados al oferente que logró la anulación, por haber quedado el contrato en una “zona inalcanzable” (pp. 343 y 344).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo actúa como juez de Derecho, y el control de regularidad que realiza refiere a cuestiones de legitimidad y no de mérito. Cajarville Peluffo (1995) caracteriza el mérito como un concepto residual y negativo que comprende aspectos de la actividad sobre los que no existe una norma de derecho aplicable y por tanto no pueden valorarse jurídicamente (p. 100). Para ejemplificar con un caso real, podemos citar la sentencia del TCAN° 525/2015 de 21 de julio de 2015, que al confirmar el acto de adjudicación, expresa: “La resolución de adjudicación resistida se basó en los diversos informes técnicos que entendieron que la oferta de Romis S.A., empresa que resultó adjudicataria, era la más conveniente, no correspondiendo que el Cuerpo ingrese al análisis de las razones de dicha conveniencia, por tratarse de cuestiones de mérito, cuyo examen no corresponde efectuar a la Corporación”. Más adelante, para distinguir el mérito del acto del fondo de la cuestión, cita a Cassinelli Muñoz (2010), en los siguientes términos: “La legitimidad del acto es el ajuste a las reglas de Derecho, mientras que el mérito es el ajuste a las reglas de la buena administración o a las máximas de orientación política no cristalizadas en reglas de Derecho. La diferencia entre los aspectos de legitimidad y los de mérito no deriva de la materia de que se trate, sino de la circunstancia -variable en el tiempo y de una parcela a la otra del ordenamiento administrativo- de que tal o cual aspecto se encuentre regulado por normas jurídicas o librado a la discrecionalidad del administrador”.

En la misma línea, en Sentencia N° 539/2016 de 6 de octubre de 2016, el Tribunal cita a Giorgi (1974), al desestimar una demanda de nulidad, de esta forma: “El mérito del acto atañe a su oportunidad o conveniencia, esto es, a sus elementos extra-jurídicos. La validez, al conjunto de reglas jurídicas: de competencia, de forma y de fondo, que condicionan su emisión. En principio, toda violación por el acto, de una prescripción legal, produce el efecto de su invalidez, sin requerirse que la nulidad se prevea en cada caso, expresamente. El mérito o demérito califican el buen o mal uso del poder discrecional. Es, por tanto, un juzgamiento en base a criterios subjetivos, determinar si existe o no

vicio en el mérito del acto. En síntesis, es una forma de fiscalización propia del orden administrativo, pues excluye la emisión de un juicio en el sentido técnico-jurídico de la expresión”, para finalizar recordando que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo actúa como juez de Derecho, “su poder de cognición se limita a la juridicidad del acto, excediendo su competencia el control sobre el mérito u oportunidad”.

La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede tener dos contenidos posibles: o bien rechaza la pretensión del actor, confirmando el acto impugnado, o lo anula. En ningún caso puede reformar el contenido de un acto. Procederá a anular cuando el acto es ilegítimo. El literal a) del Artículo 23 del Decreto Ley N° 15.524 explicita las causales por las que se podrá anular el acto administrativo: cuando son dictados con desviación, abuso o exceso de poder o con violación de una regla de derecho.

El Tribunal recurre a la anulación de actos de adjudicación en forma muy excepcional, cuando el vicio tiene relevancia suficiente, en el entendido que la adjudicación es una manifestación de la discrecionalidad con que cuenta la Administración para su actuar. Por ejemplo, en Sentencia N° 202/2011 de 15 de marzo de 2011, el Tribunal expresa “la anulación de la adjudicación no procede sino excepcionalmente cuando se comprueban desviación de poder o móviles espurios, o apartamientos serios de las reglas de procedimiento que afecten el resultado de la licitación o la igualdad de oferentes...” (Considerando VII, párrafo 6).

3.1 Legitimación activa

La acción de nulidad no es una acción popular; la ley confiere legitimación activa al titular de un derecho subjetivo o un interés personal, directo y legítimo.

En Sentencia N° 47/2017 de 9 de febrero de 2017, la Administración planteó como defensa ante la acción de nulidad el hecho de que la actora -al igual que las empresas que resultaron adjudicatarias- no cumplía con los requisitos del pliego y, por tanto, carecía de un interés legítimo en la anulación. El Tribunal desestimó este argumento, recordando que, como enseñara Sayagués Laso, “el licitante no tiene un derecho a la adjudicación, sino tan sólo un interés legítimo, indirectamente protegido, en que se cumplan regularmente las formalidades establecidas en el procedimiento licitatorio. Naturalmente, con tal entendimiento una eventual anulación del acto procesado no significa (implícitamente) que la adjudicación hubiera debido hacerse a favor del actor triunfante, sino que deben cumplirse en forma debida con las normas protectoras del interés público, de las que podría llegar a verse beneficiado ulteriormente el accionante”.

En este mismo caso, la Administración esgrimió también la defensa de que, por no haber accionado contra la decisión que habilitó un proceso de negociación entre empresas precalificadas, y tampoco contra aquella que aprobó las negociaciones, la empresa accionante carecía de legitimación activa para solicitar luego la nulidad de la adjudicación. A este argumento, el Tribunal respondió que las decisiones referidas constituían actos preparatorios que, como tales, no lesionan el interés directo, personal y legítimo del actor. El acto de adjudicación es el que expresa la última voluntad de la Administración, y es el capaz de producir efectos jurídicos como crear, modificar o extinguir una situación jurídica, pudiendo lesionar un derecho o un interés directo, personal y legítimo.

En Sentencia N° 213/2013 de 11 de abril de 2013, se planteó la cuestión de legitimación activa de la actora, cuya oferta presentada en un procedimiento de licitación promovido por ANTEL, había sido descartada por no cumplir con las exigencias técnicas del pliego. El Tribunal estimó que se aceptaba la legitimación para reclamar, en virtud que la descalificación de la oferta y la adjudicación de la licitación a otra firma tuvieron lugar en el mismo acto. En caso contrario, si el rechazo de la oferta hubiera ocurrido en una instancia previa, resultaría clara la falta de legitimación para reclamar la nulidad de la adjudicación posterior.

Esa situación es precisamente la que se registró en Sentencia N° 596/2011 de 16 de agosto de 2011, ya que la oferta de la actora había sido descartada en forma previa al dictado de la adjudicación, resultando excluida de la licitación y perdiendo desde ese momento el vínculo que la unía con la causa.

4. Legitimidad del acto de adjudicación

En aplicación del principio de legalidad, base de todo Estado de Derecho, la Administración está obligada a actuar en todo momento en cumplimiento de las reglas jurídicas. Las reglas de Derecho a las que deben adecuarse los actos administrativos son los que explicita el Artículo 23 del Decreto-Ley 15.524: todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual. El actuar contrario a estas reglas de derecho configura un accionar ilegítimo de la Administración.

218

4.1 Cumplimiento del procedimiento de compra establecido por Ley

El sistema de compras estatales vigente en nuestro país se caracteriza por ser de restricción: la Administración no puede elegir directa y discrecionalmente a su cocontratante, sino que debe seguir procedimientos y reglas de selección establecidos en forma previa. Este sistema de restricción permite asegurar que los fondos públicos se utilicen atendiendo los principios de concurrencia, igualdad y objetividad.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al Artículo 33¹² del TOCAF, “las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente”. Acto seguido, el artículo referido establece algunas excepciones de carácter cuantitativo y cualitativo. Quiere decir que en nuestro país la regla general es el procedimiento competitivo y permitiéndose la compra directa en determinadas situaciones puntuales¹³.

12 Acápite vigente desde la adopción del tercer TOCAF, aprobado por Decreto N° 150/2012, que incorporó la modificación introducida por Ley N° 18.834.

13 En la versión del TOCAF actualmente vigente (actualizado a la Ley 20.075 de Rendición de Cuentas Ejercicio 2021) se permite la compra directa, el concurso de precios y la licitación abreviada por razones de cuantía, así como 37 excepciones de carácter cualitativo en las que la Administración puede contratar en forma directa. Si bien a partir de la vigencia de la LUC (Ley N° 19.889) se reorganizaron las causales habilitantes de la compra directa por excepción, suprimiendo algunos supuestos y reorganizando otros, continúan siendo tantas las excepciones, que diferentes autores plantean si, en la práctica, las compras directas por excepción no se han convertido prácticamente en la regla. Así lo expresan, por ejemplo, Echevarría Petit, en *Guía de mejores prácticas en la contratación de obras* (p.21) y Veloso Giribaldi en *Contratación Administrativa. Modificaciones introducidas por la LUC N° 19.889 de 9 de julio de 2020* (p.92).

De acuerdo al monto, podrá acudirse a la compra directa en adquisiciones de escasa cuantía. En caso de montos mayores, corresponderá recurrir a otros procedimientos competitivos, como el concurso de precios, la licitación abreviada o la licitación pública.

Cuando se configura alguna de las hipótesis previstas en las excepciones establecidas en los 37 numerales del literal D del Artículo 33 del TOCAF, y por razones de buena administración, se podrá contratar “directamente o por el procedimiento que el ordenador determine”. Estas excepciones, establecidas expresamente por la ley, deben interpretarse estrictamente, no admitiéndose excepciones por analogía.

En estos casos en que la ley habilita la contratación directa, sea por razón de cuantía o por aplicación de algunas de las excepciones cualitativas, la Administración podrá seleccionar libremente su cocontratante. Pero esto no significa que nuestro sistema de formación de contratos sea de libre elección; al decir de Delpiazzo (2020), esta contratación directa es también una manifestación del sistema de restricción, ya que esta discrecionalidad sólo se permite en las hipótesis previstas expresamente en la ley. En caso contrario, rige la regla general del procedimiento competitivo (p. 77).

En caso de contratar directamente, en contravención del Artículo 33 del TOCAF, se está privando a otros proveedores de la chance de competir y resultar adjudicatarios, lo que no sólo perjudica a estos, sino también a la Administración, quien pierde la oportunidad de obtener mejores precios y condiciones al prescindir de la concurrencia.

Durán Martínez (1999a) analiza la hipótesis de omisión de licitación -cuando la ley impone dicho procedimiento- no como un caso de ausencia de un presupuesto o elemento constitutivo del acto, sino como un vicio de procedimiento. El procedimiento existe, pero es erróneo. Por ende, el acto existe, pero es ilegítimo. El vicio de falta de procedimiento es causal de nulidad, la que podrá ser dispuesta en vía jurisdiccional por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (pp. 63-65).

4.2 Cumplimiento del pliego de condiciones

Delpiazzo (2019) caracteriza al pliego de condiciones como el “conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración con el triple fin de especificar el suministro, obra o servicio a licitar (objeto), establecer las condiciones del contrato a celebrarse (relación jurídica) y determinar aspectos del trámite a seguir (procedimiento)”. Continúa su desarrollo explicitando la doble función del pliego, antes y después del perfeccionamiento del contrato. En un primer momento, indica a los oferentes qué es lo que se solicita y cómo se deberá presentar la oferta, mientras que una vez adjudicada la compra y perfeccionado el contrato, “el pliego se convierte en la parte sustancial del contenido contractual, incorporándose al mismo y constituyéndose, al decir de la doctrina, en ley del contrato” (pp. 164-165).

El Pliego es la ley del contrato, en virtud de que “establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, obligatorias para todos, inclusive la propia Administración... Si el oferente debe cumplir las exigencias del pliego, lo propio debe hacer la Administración, absteniéndose de imponer requisitos que no estaban previstos en dicho documento” (Dromi, 1999, citado frecuentemente por el TCA en sus fallos).

Sundfeld (como se cita en Cajarville Peluffo, 2007) señala, como triple objetivo de la necesaria adecuación al pliego de condiciones, que, por un lado, vincula la Administración al Derecho, al sujetarla al respeto de sus propios actos; por otro, impide la elección después de iniciado el procedimiento de criterios que privilegien a determinados licitantes; y por último permite a los oferentes formular sus propuestas, con pleno conocimiento de las intenciones del licitador (p. 311).

El principio de cumplimiento del pliego no figura a texto expreso en la enumeración de principios generales de actuación y contralor del Artículo 149 del TOCAF, pero deriva necesariamente de la aplicación del principio de legalidad que rige no solo la contratación pública sino la actividad administrativa en general.

Cajarville Peluffo (1999) sostiene que el principio de respeto a los pliegos surge del texto del actual artículo 63 del TOCAF, que dispone que las ofertas deberán presentarse “en las condiciones que se establezcan en los pliegos respectivos... sin omitir ninguna de las exigencias esenciales requeridas...” (p. 15). Asimismo, el artículo 65 dispone que en el acto de apertura no se podrá rechazar la presentación de ninguna propuesta, pero que esta admisión inicial “no será obstáculo a su rechazo si se constataren luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego”. Para este autor, el hecho de que el apego a los pliegos refiera a las exigencias esenciales y a los requisitos sustanciales, no significa que se descarte el principio de cumplimiento estricto del pliego, sino que se delimita su alcance (p. 15).

Debe tenerse cuidado al utilizar la expresión “estricto cumplimiento de los pliegos”, ya que en la práctica su aplicación se matiza al armonizarse con otros principios, como el de materialidad frente al formalismo. En esta línea, el TCA ha dicho que la valoración del pliego “no puede ser ajena a los principios de flexibilidad y materialidad contenidos en el TOCAF (Art. 149 en la redacción dada por el art. 52 de la Ley 18.834) que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse”¹⁴.

Por su parte, Risso Ferrand (2011) prefiere hablar de respeto “razonable” del pliego, en lugar de “estricto” como se solía hacer, por haber sido afectado “irremediable y sabiamente” por los principios de informalismo, primacía de lo sustantivo sobre lo accesorio, etc. (p. 385).

Echeverría Petit (2021) recomienda como mejor práctica, para evitar conflictos en la contratación por parte del Estado, limitar la exclusión de ofertas al caso de incumplimiento de requisitos verdaderamente esenciales y no a aspectos puramente formales (pp. 25-26). Al respecto comenta Delpiazzo que “el adjudicatario debe ser el que presente la oferta admisible más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades de la Administración y no necesariamente el más prolijo (aunque la prolijidad es una virtud del buen oferente)” (Echeverría Petit, 2021, p. 100).

4.3 Igualdad entre oferentes

La necesaria igualdad entre oferentes, recogida como principio en el literal B del artículo 149 del TOCAF, resulta de la aplicación específica, en materia de contratación administrativa, del principio de igualdad plasmado en el Artículo 8 de la Constitución.

14 Sentencia TCA N° 70/2019 de 19/02/2019

La igualdad ante la Ley se traduce en la igualdad ante la Administración. Todos quienes quieran contratar con el Estado deben estar en un plano de igualdad, lo que no significa que deban ser iguales o ser tratados de igual forma. Esto último, a decir de Delpiazzo (2005), sería absurdo, antijurídico e inconveniente a los intereses de la Administración contratante, porque conduciría a dejar fuera al oferente con mejores antecedentes, convirtiéndose los méritos en deméritos (p. 1124). Como bien dice Cajarville Peluffo (2007), “los procedimientos competitivos son posibles porque todos los participantes no son iguales, y en cuanto no lo son, es legítimo que reciban tratamientos desiguales” (p. 305). Para definir cuáles serán los factores de desigualdad que se podrán tomar en cuenta legítimamente, se deberá apelar al principio de razonabilidad.

Decíamos que todos los oferentes deben estar en una misma situación durante todo el procedimiento de selección del contratista, tanto en la etapa preparatoria del llamado -principalmente en la redacción de los pliegos- como en la etapa de evaluación de ofertas y selección de la adjudicataria, de forma de asegurarse que todos tengan las mismas posibilidades.

Risso Ferrand (2011) enumera tres situaciones en las que él entiende se viola el principio de igualdad en la etapa posterior a la presentación de ofertas:

1. Cuando se otorgan beneficios a un oferente que son negados a otro;
2. Cuando se permite a un oferente modificar la oferta luego de la apertura, en lo referido al precio u otros aspectos esenciales;
3. Cuando se toman criterios diferentes para evaluar las distintas ofertas (p. 388).

221

Profundizando en el delicado problema de la ponderación entre la intangibilidad de las ofertas, la igualdad y la flexibilidad, Risso Ferrand (2011) señala:

Como en toda tarea de armonización, siempre compleja, el intérprete deberá procurar determinar el alcance de cada uno. Es evidente que ninguno podrá aniquilar a los otros o a uno de ellos. Sería absurdo pretender que en aras del principio de igualdad no se permita a un oferente presentar luego de la apertura un certificado que omitió en su presentación (con lo que la administración podría perder una oferta muy importante y quizás la más conveniente por una mera formalidad). Y de la misma forma sería absurdo que en aras de las mejores condiciones de contratación se permita a un oferente modificar su oferta en el precio o en un elemento esencial de la misma (salvo en el procedimiento formal de mejora de ofertas). Tampoco puede llevar el principio de concurrencia a tolerar insuficiencias manifiestas en una oferta o entender que todo es formal y todo subsanable (p. 385).

Luego, Risso Ferrand resalta la trascendencia del principio de concurrencia en cuanto beneficia a la Administración el contar con la mayor cantidad posible de ofertas (p. 384). Por esto, el principio resulta de aplicación no sólo a la hora de recibir las ofertas, sino durante todo el procedimiento competitivo, debiéndose ser cauto a la hora de rechazar ofertas para no terminar eliminando opciones de contratación que podrían ser las mejores. La descalificación de una oferta no beneficia a la Administración sino a los demás oferentes que tendrán menos competencia.

La idea de intangibilidad de las ofertas, en el plano temporal, implica que, una vez vencido el plazo para presentar la propuesta, ésta no podrá ser modificada ni alterada en forma alguna. Establece el artículo 65 del TOCAF que “abierto el acto no podrá introducirse modificación alguna en las propuestas”.

Esta imposibilidad de alterar las ofertas refiere a aquellas modificaciones que alteran su esencia, pero no las aclaraciones o aspectos meramente formales. La Administración podrá dar un plazo máximo de dos días hábiles para salvar “defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia”, salvo cuando a juicio de la Administración brindar ese plazo “altere materialmente la igualdad de los oferentes”.

Por su parte, el artículo 66 permite que las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones soliciten aclaraciones pertinentes a cualquier oferente, siempre y cuando no se modifique el contenido de la oferta.

Entonces, al conceder el plazo de dos días para corregir carencias o errores en la propuesta, o al recibir la Comisión Asesora aclaraciones de los oferentes, la Administración deberá evaluar si al hacerlo se comprometen aspectos esenciales de la oferta. Estos serían los requisitos sustanciales del pliego, aquellos que, de acuerdo al Artículo 63 del TOCAF, no pueden ser omitidos y, si así fuera, daría lugar al rechazo de la oferta.

Gordillo (2000, como cita Risso Ferrand, 2011) alerta sobre el riesgo de que un excesivo formalismo termine vulnerando el principio de concurrencia: “la administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado”. De esta forma, Gordillo justifica que se le deba brindar al oferente la posibilidad de sanear vicios de forma o presentar piezas complementarias con posterioridad a la presentación de la oferta, siempre que con ello no se altere el principio de igualdad:

Las exigencias de igualdad cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad de la propuesta y de la licitación, o sea debe considerarse que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, a la prestación propuesta (cantidad y calidad, precio, condiciones, etc.). No cabe pues referirlas, o no en la misma medida, a las condiciones meramente formales (garantías, poderes, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.), que debe cumplimentar el oferente con la presentación, las que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas (pp. 381 y 382).

4.4 Motivos y motivación

Los motivos son las circunstancias de hecho y de Derecho, anteriores al dictado del acto, que constituyen su razón de ser objetiva. Acaecida una situación de hecho determinada, la Administración la valora jurídicamente, y en caso de coincidir con el supuesto prevista en la norma, deberá proceder a dictar el acto correspondiente.

No existe discrecionalidad en la apreciación de los motivos; los hechos existen o no, debiendo la Administración actuar en consecuencia, en base a hechos debidamente acreditados.

En caso de que los hechos no existan o que no sean como la Administración expresa, habrá un vicio de nulidad por inexistencia o falta de motivo; en cambio si los hechos

existen, pero no caben en el supuesto previsto por la norma, el acto estará viciado de nulidad por motivos ilegítimos o erróneos. También existirá vicio en los motivos si la Administración aplica el Derecho en forma errónea.

La administración tiene el deber de motivar sus actos, es decir, explicitar las razones de su actuación. A través de la motivación es que se puede controlar la decisión de la Administración y revisar jurisdiccionalmente la legitimidad y razonabilidad de cualquier acto administrativo. El iusfilósofo español Igartúa Salaverría (1998, como cita Coviello, 2016) expresa: “Para mí, pues, la motivación (suficiente) -en cuanto justificatoria de una decisión- es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad. Nada menos” (p. 130).

Este deber de motivación, que integra las garantías del debido proceso, tiene su fundamento positivo en el Artículo 123 del Decreto 500/1991¹⁵, pero tiene además una raíz constitucional, ya que una motivación adecuada, que garantice al individuo la verdad material y la posibilidad de defensa, es considerada un derecho fundamental alcanzado por el artículo 72 de la Constitución, por ser inherente a la personalidad humana y derivado de la forma republicana de gobierno. Es a través de la motivación que se logra una garantía contra la arbitrariedad de la Administración. La ausencia de motivación deja en evidencia el actuar irrazonable de la Administración.

La ausencia de motivación traerá como consecuencia la nulidad del acto administrativo. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia constante, ha manifestado que la motivación debe ser más exhaustiva en los actos discrecionales que en los reglados. También se ha mostrado más exigente para juzgar la motivación cuando lo resuelto se aparta de los antecedentes, por ejemplo, cuando se realiza una adjudicación en apartamiento de lo aconsejado por la Comisión Asesora de Adjudicaciones¹⁶.

La motivación debe ser suficiente, congruente y exacta. La *suficiencia* refiere a que no sea una fundamentación escueta o genérica; la sola lectura debe permitir apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto. La *congruencia* implica que debe existir una coherencia entre la parte dispositiva y los motivos invocados y el fin perseguido. La *exactitud* implica que las circunstancias de hecho relacionadas sean verdaderas y que el derecho se aplique en forma correcta.

El Tribunal se ha mostrado flexible en cuanto a admitir que la motivación surja de los antecedentes a los que se invoque, es decir, que no se exige que los motivos estén expresados en el propio acto. Lo que sí resulta inadmisibles es que los fundamentos de la voluntad administrativa se expresen en un momento posterior a su dictado. No se puede corregir omisiones en la explicitación de motivos durante la etapa de impugnación del acto. Al tratarse de un presupuesto, nunca podrá ser posterior al acto. Al respecto Cajarville (1992) es claro: “Todo acto administrativo se dicta en virtud de ciertos presupuestos de hecho y de derecho, que son sus motivos y condicionan su

15 Decreto 500/991 Artículo 123: “Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”.

16 En este caso, al deber general de motivar los actos administrativos del Artículo 123 del Decreto 500/991, se suma lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 68 del TOCAF: “El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones. En caso de apartarse del mismo, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente”.

validez. Esos motivos deben explicitarse al dictar el acto, constituyendo su motivación o fundamentación” (p. 199).

Si bien motivos y motivación son institutos conceptualmente diferentes, es común que se planteen como vicios en forma conjunta, o que se identifiquen en forma equivocada los vicios en uno u otro, lo que, según explica Vázquez (2021), se explica porque “normalmente los vicios en el motivo del acto contaminan la expresión o exteriorización del mismo”.

5. Algunos casos prácticos de anulación de adjudicaciones

5.1 Anulación por vicios en el procedimiento de compra

Por Sentencia N° 427/2018 de 11 de octubre de 2018, el TCA anuló la Resolución N° 25414/2014 del Ministerio del Interior que autorizaba, a través de una compra directa por excepción, la suscripción de un convenio con la Intendencia de Tacuarembó y una cooperativa de trabajo, al amparo de la excepción establecida en el numeral 15¹⁷, literal C, artículo 33 del TOCAF. El Tribunal consideró que no fue correcto ampararse en dicha causal que habilitaba la compra directa de víveres frescos existentes en mercados, ferias o directamente a los productores, siendo que lo que se estaba adquiriendo no eran víveres frescos sino secos (harinas). De acuerdo al Tribunal, “la Administración incurre en un evidente error intencionado de encuadre jurídico, con el propósito de sortear la regla de principio de la contratación administrativa mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo, y así poder recurrir al más expeditivo procedimiento de excepción de la compra directa”, violentando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que rigen el procedimiento competitivo¹⁸. Tanto el Procurador del Estado como el Tribunal expresan que si bien consideran loable la intención de brindar apoyo estatal a cooperativas de trabajo formadas por ex trabajadores de empresas que cerraron, no se cumple con la situación prevista en la excepción, en contradicción con los principios de libre competencia y transparencia, y configurando una situación de abuso de derecho, por no adecuarse al fin debido.

También configura un caso de vicio en el procedimiento el resuelto por Sentencia N° 90/2012, que anuló la Resolución dictada en fecha 10/09/2009 por el Decano de la Facultad de Psicología que adjudicó obras de refacción del local de la Facultad. En el proceso de licitación abreviada se llamó a las empresas a mejorar ofertas, a pesar de que no se daba el supuesto de hecho para este instituto de ofertas similares (diferencia

17 A partir de la aprobación de la Ley N° 19.889 (LUC), la redacción de esta exoneración fue modificada y ahora se encuentra en el numeral 16, literal D del Artículo 33: “La adquisición de alimentos de producción nacional y de víveres frescos por parte del Poder Ejecutivo y los organismos comprendidos en el artículo 220 de la Constitución de la República y los Gobiernos Departamentales, existentes en mercados y ferias y ofrecidos directamente por los productores, considerados individualmente u organizados en cooperativas y con la finalidad de abastecer a sus dependencias.

Cuando la producción o el suministro esté a cargo de cooperativas de productores locales, la provisión se realizará mediante convenios en los que participen los Gobiernos Departamentales.

En cualquier caso, los precios a pagar no podrán superar los precios publicados por la Agencia Reguladora de Compras Estatales para ese producto”.

Esto significa que, con esta redacción, no se hubiera planteado el vicio de nulidad por el que se acabó anulando la adjudicación, ya que agrega a los víveres frescos los “alimentos de producción nacional”.

18 En la misma línea, las sentencias: 428/2018, 437/2018 y 666/2018 que refieren a otros convenios celebrados por el Ministerio del Interior, Intendencias Municipales y Cooperativas para la adquisición de alimentos que no eran frescos.

menor a 5% del precio de la menor). Concluye la sentencia que, no verificándose el criterio cuantitativo para considerar que las ofertas eran similares, y sí la existencia de precios manifiestamente inconvenientes, las herramientas con las que contaba la Administración consistían en rechazar todas las ofertas y luego contratar directamente, o utilizar el instituto de la negociación para alcanzar mejores condiciones con los oferentes precalificados, pero no la mejora de ofertas que es un instituto diferente, con supuestos de aplicación diferentes.

5.2 Anulación por apartamiento del pliego

Por Sentencia N° 78/2010 de 25 de febrero de 2010, el Tribunal anuló la Resolución N° 2950/2005 del Ministerio de Turismo y Deporte, que adjudicó una licitación abreviada para la adquisición de un servicio de mantenimiento y funcionamiento de las plazas de deportes de Canelones, por registrarse sustanciales apartamientos del pliego. En la especie, la empresa que resultó adjudicataria no cotizó en la forma que establecía el Pliego -distinguiendo rubros y cotizando cada plaza de deporte en forma individual-, sino que precisó un precio por uno de los ítems y un segundo precio que comprendía todos los demás ítems restantes. Según entendió el Tribunal, esto no permitió a la Administración la imprescindible evaluación del costo presupuestado ítem por ítem y plaza por plaza, lo que resultaba trascendente desde el momento en que el Pliego permitía adjudicar cada ítem por separado.

Por Sentencia N° 29/2020 de 3 de febrero de 2020, el Tribunal anuló la Resolución N° 47/2017 de 16 de junio de 2017 de la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas, que adjudicó un servicio de vigilancia de la Zona Franca de Nueva Palmira, por no observar estrictamente el pliego de condiciones particulares que regía el llamado, vulnerando así el principio de igualdad. La empresa que resultó adjudicataria no presentó el certificado de estado vigente de RENAEMSE, uno de los documentos obligatorios a presentar con la oferta, de acuerdo a las disposiciones del pliego de condiciones particulares. Ante la omisión de la empresa, tanto en el momento de la apertura como en las dos ocasiones posteriores en que se le reclamó al respecto, la Comisión resolvió sustituir la presentación del certificado por averiguaciones y consultas realizadas por la propia Comisión. Se expresa en la sentencia: “al no obtenerse respuesta de la empresa en cuestión a lo solicitado, la Administración varió de posición en forma ilegítima al extralimitarse en una interpretación excesivamente laxa y amplia de un requerimiento concreto y esencial previsto en el pliego licitatorio”.

Por Sentencia N° 648/2011 de 23 de agosto de 2011, el Tribunal por mayoría confirmó la resolución N° 499/2008 de la Gerencia de Suministros de OSE de 28 de noviembre de 2008, dictada en ejercicio de atribuciones delegadas, que adjudicó una licitación. La mayoría del Tribunal entendió que la actora había incumplido un requisito esencial en la presentación de su oferta, lo que inhabilitaba la consideración de la misma, resultando legítima entonces la adjudicación realizada por el ente. El Pliego exigía que las oferentes estuvieran inscriptas en el Registro de Proveedores propio de OSE, de reciente implantación, pero la actora, que había sido proveedora del organismo, estaba inscripta en el registro anterior. En su discordia, la Dra. Sasson consideró que se debió anular la adjudicación, en aplicación del principio de buena administración, en cuanto era más conveniente al interés de la Administración disponer de más oferentes en la

licitación para tener más opciones para realizar un mejor servicio. Entiende que OSE debió haberle dado mayor difusión al cambio de sistema, comunicando a las empresas registradas que debían realizar el nuevo registro. Esta falta de comunicación llevó a que la actora en su buena fe entendiera que continuaba estando registrada.

Por Sentencia N° 128/2018 de 8 de mayo de 2018, el Tribunal anuló, con respecto a uno de los adjudicatarios, la Resolución N° 659/2013 dictada por el Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Industria, Energía y Minería el 23 de octubre de 2013, por la que se adjudicó un servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre en el área metropolitana, por constatarse violación a los principios de respeto a los pliegos y de igualdad de trato a los oferentes. La anulación se basó en el incumplimiento por parte de una de las adjudicatarias del requisito consistente en presentar las fuentes de financiamiento en forma conjunta con la propuesta, debiendo incluir información y documentación al respecto. Si bien informes de la URSEC, una Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI) que se había integrado para estudiar las ofertas y DINATEL habían evaluado negativamente la capacidad económico financiera de la oferente, el informe jurídico del MIEM entendió que la información aportada por la empresa al evacuar la vista aclaraba las dudas que habían surgido, y la empresa fue incluida dentro del grupo de cinco empresas adjudicatarias. El Tribunal consideró que existieron serias omisiones en la propuesta en aspectos sumamente relevantes, como los referidos a la capacidad económica financiera de la propuesta y su viabilidad económica, y que pretender salvarlas en una instancia posterior, ya presentadas y abiertas las propuestas de todos los oferentes, resultó claramente contrario a las normas y principios que rigen los procedimientos licitatorios.

La Sentencia N° 12/2020 de 3 de febrero de 2020, confirmatoria de la Resolución N° 367/3828 de la Administración Nacional de Puertos de 6 de julio de 2016 que adjudicó un servicio integral de limpieza del área terrestre de los recintos portuarios, trata la cuestión de si la falta de alguna de las firmas necesarias invalida la oferta. El Tribunal, apoyándose en las expresiones de Delpiazzo en cuanto “no todo apartamiento de lo requerido por los documentos de la licitación aparejan la inadmisibilidad de las ofertas, sino solamente el apartamiento de aquellas exigencias consideradas sustanciales”, resolvió que la falta de firma ocurrida constituye una “omisión formal, fácilmente subsanable, que no constituye un apartamiento sustancial o esencial descalificante de la oferta presentada, al no alterar materialmente la igualdad de los oferentes de conformidad a lo estipulado en el artículo 65 del TOCAF...”, por lo que resolvió no anular y confirmar el acto impugnado.

En Sentencia N° 525/2015 de 21 de julio de 2015, el Tribunal confirmó la Resolución N° 365 de 28 de junio de 2012 por la que la Cámara de Representantes del Poder Legislativo adjudicó una compra de impresoras digitales, por considerar que el apartamiento de las disposiciones del pliego en que incurrió la adjudicataria, no comprometía requisitos esenciales del llamado. Si bien el pliego no calificaba a los requisitos como sustanciales o no sustanciales, el Tribunal valoró la exigencia omitida en el contexto de la descripción de lo buscado por la Administración. El pliego enumeraba una serie de exigencias técnicas -mínimos exigibles- que la adjudicataria cumplió y que fueron calificadas como sustanciales por el Tribunal. El mismo artículo también exigía “documentar el año de primera presentación del modelo en el mercado internacional, exigiéndose equipos cuyos

modelos hayan sido lanzados al mercado con posterioridad al 01/01/2009”, extremo no cumplido por la adjudicataria. El Tribunal cita a Cajarville (2008) al expresar que:

La consecución del objeto del llamado es el que proporciona el criterio para valorar la esencialidad o sustancialidad de los requisitos o exigencias del pliego y de los apartamientos del mismo, así como la razonabilidad del ajuste de las ofertas a la descripción del objeto por el pliego (Considerando XIII párrafo 6).

La omisión incurrida por la adjudicataria no fue considerada un apartamiento de entidad, capaz de viciar de nulidad el acto de adjudicación.

Este criterio de consecución del objeto del llamado, que sirva para distinguir cuándo un requisito es sustancial o esencial y cuándo se trata de una mera formalidad, fue invocado por el Tribunal en Sentencia N° 216/2018 de 26 de julio de 2018, al anular la Resolución N° 76/14/VIII/2014 de 14 de agosto de 2014 que adjudicó una licitación abreviada para la adquisición de pollos congelados para la Armada Nacional. La Administración había concedido un plazo de 48 horas para que la empresa que resultó adjudicataria subsanara una omisión en la presentación de un Certificado de Habilitación y Registro de Establecimiento, ante lo cual el Tribunal expresa:

La consecución del objeto del llamado tomado como criterio valorativo del requisito omitido, no hace otra cosa que abonar en la dirección señalada; esto es, se trataba de una licitación abreviada para adquirir pollos congelados, por tanto, va de suyo que la especificación de dónde se congelan las aves, no constituye una mera cuestión formal, de forma tal que, cabe concluir que si el ofertante no justificase este extremo requerido por el pliego, es palmario que no hubiera sido el adjudicatario. En el caso, se trata de un requisito cuyo cumplimiento o ausencia decide el llamado (Considerando II, párrafo 23).

El cumplimiento de los requisitos sustanciales debe verificarse al momento de producirse la apertura de las propuestas presentadas. Por esta razón el TCA anuló por Sentencia N° 7/2011 de 3 de febrero de 2011, la resolución del Centro Departamental de Salud Pública de Salto de 17 de octubre de 2006 que adjudicó una compra directa por excepción de un servicio de seguridad y vigilancia, al comprobar que la empresa adjudicataria no cumplía con un requisito de admisibilidad exigido en el pliego. La adjudicataria, a la fecha de apertura, carecía de habilitación vigente expedida por el Ministerio del Interior para prestar servicios de vigilancia.

5.3 Anulación por violación al principio de igualdad

Por Sentencia N° 47/2017 de 9 de febrero de 2017, el Tribunal anuló la Resolución N° 4366 de 30 de noviembre de 2012 del Directorio de ASSE, que adjudicaba un servicio de manejo de residuos sanitarios peligrosos a tres empresas, dejando fuera a la actora por no contar con las habilitaciones necesarias. Resultaba de los antecedentes administrativos, según recuenta la sentencia, que ninguna de las empresas, ni la actora ni las adjudicatarias, se ajustaban a las exigencias del pliego. Esto fue observado por la Comisión Asesora de Adjudicaciones, la que recomendó la anulación total de las actuaciones y dejar sin efecto el procedimiento, así como por el Tribunal de Cuentas, el que manifestó que “ninguna

de las firmas cumple con lo establecido en los puntos 7 y 8 del artículo 7 del Pliego de Condiciones Particulares, por lo cual se debió descalificar a la totalidad de las empresas”.

En definitiva, ante una situación sustancialmente igual, la Administración decidió de forma distinta. Consideró criterios disímiles para excluir a una sola de las empresas que no cumplía con el requisito esencial, actuando en forma arbitraria y discriminatoria, en clara violación al principio de igualdad.

En apoyo a esta solución, el Tribunal cita a Marienhoff (1996) cuando expresa que este principio de igualdad está ínsito en la propia esencia del proceso licitatorio y exige que:

desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Todo comportamiento o toda decisión de la Administración Pública efectuado o dispuesto en beneficio de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuado o realizado en beneficio de los otros licitadores u oferentes, quiebra la igualdad que debe regir en la licitación (Considerando IV, párrafo 2 y 3).

5.4 Anulación por vicios en motivos y/o motivación

Si bien por Sentencia N° 483/2015 de 16 de junio de 2015 el Tribunal confirmó por mayoría la Resolución N° 106/2010 dictada por la Unidad Centralizada de Adquisiciones del Ministerio de Economía y Finanzas el 26 de julio de 2010 que adjudicó una adquisición de medicamentos, en voto discordante el Ministro Echeveste consideró que correspondía anular, por existir motivo inexacto, falso o erróneo. Basó su voto en que la adjudicación fue resulta, de acuerdo a la resolución impugnada, en base a los criterios precio y decisión del INCA (Instituto Nacional del Cáncer), pero sin embargo del procedimiento no surge en absoluto que ese informe hubiera existido. Al contrario del resto de la Corporación, consideró que este error resultó trascendente para definir la adjudicación.

El Ministro discordante recuerda a Alberto Ramón Real, para quien:

la fundamentación del acto debe ser exacta, las razones de Derecho deben corresponder a los textos invocados y los hechos deben ser verdaderos. No basta que existan los hechos, sino que se les aprecie correctamente. La Administración debe ser veraz no solo en cuanto a la existencia de los motivos sino también en cuanto a la calificación jurídica y a la subsunción de las situaciones de hecho en el tipo de los conceptos jurídicos indeterminados (párrafo 37 de la discordia).

En la misma línea escribe Cajarville Peluffo (2008), también citado en la referida discordia:

En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como una consecuencia jurídica. Por lo tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad. Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto

administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos. Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos (párrafos 39 a 42 de la discordia).

Por último, el Ministro discordante cita a Durán Martínez (2013) con los siguientes términos: “La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido.”

Por Sentencia N° 249/2018 de 9 de agosto de 2018, el TCA anuló la Resolución del Director General de Secretaría del Ministerio del Interior de 22 de abril de 2015, que adjudicó la contratación de un servicio de control de funcionamiento y mantenimiento del sistema de pozos de bombeo, por considerar insuficiente la motivación del acto impugnado. Tanto el informe de la Comisión Asesora de Adjudicaciones como la propia resolución de adjudicación, descartaba la oferta de la actora de forma vaga y genérica, al expresar que ésta “no cumple en su totalidad con lo solicitado en los recaudos del llamado y de la visita de obra”. Es un claro caso de motivación insuficiente: de la lectura de la motivación no surgían las razones determinantes del acto, lo que vuelve imposible su control jurídico.

En ese caso, la Administración pretendió salvar a posteriori el vicio, solicitando informe de la Comisión Asesora de Adjudicaciones luego que la actora recurriera el acto. El Tribunal rechazó esta solución, expresando que es inidónea para sanear el vicio de nulidad:

En este sentido, la Corporación ha sentenciado reiteradamente que la fundamentación del acto puede y debe surgir del acto mismo o de sus antecedentes, no siendo admisible la motivación sucesiva o a posteriori, por cuanto la misma traslada el problema del saneamiento del acto administrativo una vez dictado el mismo; esto es, el vicio de falta de fundamentación del acto, no puede ser saneado posteriormente (Considerando VII, párrafo 11).

Más adelante, el Tribunal recuerda enseñanzas de Marienhoff (1993), en cuanto:

La motivación del acto administrativo consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto; es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. Tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión (Considerando VIII, párrafo 3).

En Sentencia N° 450/2016 de 26 de julio de 2016, el TCA anuló la Resolución N° 101/2013 dictada por el Director del Servicio de Abastecimiento de la Fuerza Aérea el 12 de agosto de 2013, que adjudicó la adquisición de lubricantes y grasas aeronáuticas para la Fuerza Aérea a una oferta notoriamente menos conveniente a los intereses de la

Administración. Al llamado a licitación abreviada se habían presentado dos empresas, una de las cuales, la que resultó a la postre adjudicataria, tenía antecedentes como proveedora de servicios ante el organismo licitante. Resultó de los antecedentes administrativos, que la oferta que tenía mejores precios y plazos de entrega no fue seriamente considerada, sin siquiera efectuarse un examen comparativo de las dos ofertas, por considerar la Administración que existirían problemas de seguridad y de costos al cambiar de marca de aceites. De acuerdo al Tribunal, “no existe ni someramente un cuestionamiento a la aptitud o calidad de los productos ofertados por la actora, además de que los factores precio y plazo de entrega no fueron siquiera ponderados (en ningún porcentaje)”. Se tomó como factor definitorio el de los antecedentes, que de acuerdo al pliego debía ponderarse en un 10%. En su voto el Ministro Gómez Tedeschi expresa:

La referencia al eventual problema, tanto de mantenimiento de las aeronaves o de abastecimiento de los nuevos productos, resulta -por escueta y vaga- insuficiente para definir la adjudicación. Además, no se sostiene en dato de la realidad o técnico, que pueda ser apreciable ni siquiera por prueba pericial; mientras que, la prueba testimonial rendida en autos, decididamente apunta a lo contrario... (Considerando XI, párrafo 2)

De estas palabras resulta claro que la motivación fue insuficiente, en vista de la vaguedad del informe técnico en que se fundó la adjudicación, pero que, además, existió error en los motivos, por no resultar probados los hechos en que se fundó la decisión. La administración tiene el deber de expresar los motivos, y, además, estos deben ser los reales. En definitiva, la Administración se apartó de la oferta más conveniente, y al hacerlo actuó de manera arbitraria, ya que no lo hizo en forma razonable y debidamente fundada, lo que configura una hipótesis de ilegitimidad.

230

6. Análisis de los datos relevados

En el periodo comprendido entre enero de 2010 y julio de 2023, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó 11.315 sentencias, suma en la que se incluyen sentencias que resuelven incidencias del proceso. De estas 11.315 sentencias, 148 resolvieron sobre solicitudes de acciones de nulidad de adjudicaciones de compras administrativas, 111 confirmando el acto y las restantes 37 anulándolo. Como podemos ver en la Figura 1, una alta mayoría de las demandas presentadas al Tribunal, un 75%, son desestimadas, mientras que sólo un 25% son amparadas. La Tabla 1 nos muestra la cantidad de confirmaciones y anulaciones por año, dentro del período considerado.

Figura 1. *Porcentaje de confirmaciones y anulaciones de adjudicaciones - período 2010 a 2023.*

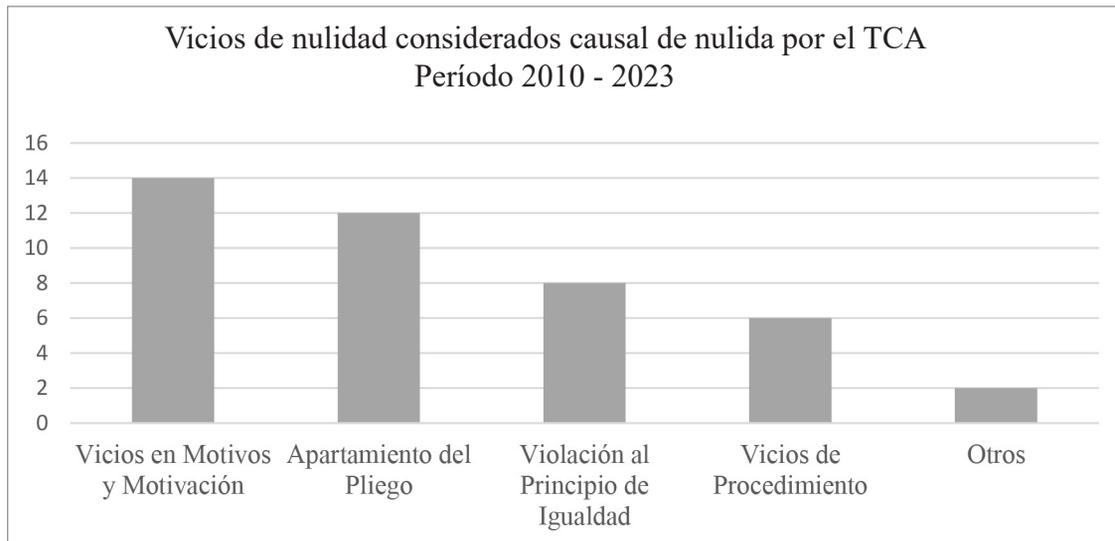


Tabla 1. *Cantidad de sentencias confirmatorias y anulatorias por año.*

Año	TCA confirma	TCA anula
2010	8	2
2011	8	1
2012	8	4
2013	13	1
2014	4	1
2015	9	2
2016	7	2
2017	14	5
2018	4	10
2019	9	4
2020	10	2
2021	2	2
2022	8	1
2023	7	0

Analizados los fundamentos que brinda el Tribunal al anular una adjudicación, se elaboró la Figura 2, que recoge los vicios más comunes. Estos son, en su orden: 1) Vicios en los motivos y/o motivación (14 casos); 2) Apartamiento del Pliego (12 casos); 3) Violación al principio de igualdad (8 casos); 4) Vicios de procedimiento (6 casos); 5) Otros (2 casos de violación al principio de informalismo en favor del administrado). El total de agravios aceptados por el Tribunal y reflejados en la Figura 2 (42) supera la cantidad de sentencias anulatorias del período (37), porque varias de ellas acogen más de un agravio.

Figura 2. *Discriminación de agravios aceptados por el TCA para la anulación de adjudicaciones.*



Algunas circunstancias fácticas que, según el criterio del Tribunal, ameritaron acoger la demanda, fueron:

1. *Vicios en motivos y motivación:*

- Error en la interpretación de la oferta.
- No especificar razones de los puntajes otorgados a la oferta.
- Utilizar fórmulas vagas para descartar ofertas.
- No motivar apartamiento del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones.

2. *Apartamiento del pliego:*

- Adjudicataria omitió requisitos esenciales como certificados habilitantes.
- Adjudicataria modificó condiciones esenciales como el plazo de contrato en la oferta.
- Administración exigió cumplimiento de requisitos no especificados en el Pliego.
- Adjudicataria cotizó de forma diferente a la requerida en el Pliego.
- Adjudicataria no obtuvo el puntaje mínimo requerido en el Pliego.
- Adjudicataria presentó antecedentes de otra empresa.

3. *Violación al principio de igualdad:*

- Aplicar diferentes criterios de valoración de ofertas.
- Permitir modificar la oferta técnica en etapa de mejora de ofertas económicas.
- Permitir agregar información sustancial luego de la apertura de ofertas.

4. *Vicios de procedimiento:*

- Realizar compra directa por excepción cuando correspondía procedimiento competitivo.
- Llamar a mejora de ofertas sin que se diera el supuesto de ofertas similares.

7. Conclusiones

La adjudicación es el acto que dicta la Administración, en la figura del ordenador de gasto competente y en ejercicio de función administrativa, por el cual selecciona la que considera ser la oferta más conveniente, poniendo fin al procedimiento competitivo de compras. Genera un derecho subjetivo a favor del adjudicatario y el correlativo deber jurídico de la Administración de contratar con éste y no con otro proveedor.

Es un acto típicamente discrecional, lo que no significa arbitrario, por cuanto la Administración debe actuar razonablemente y de buena fe, encontrando límites en la regularidad del procedimiento, respeto de igualdad de los oferentes y la motivación adecuada y suficiente del acto de adjudicación.

Agotada la vía administrativa, la adjudicación estará sujeta a la revisión jurisdiccional por el TCA, órgano competente según el Artículo 309 de la Constitución para resolver acciones de nulidad contra actos administrativos dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o violando una regla de derecho. El control de regularidad que realiza el Tribunal refiere a cuestiones de legitimidad -ajuste a las reglas de derecho- y no de mérito -oportunidad o conveniencia-. La acción de nulidad está reservada al titular de un derecho subjetivo o de un interés personal, directo y legítimo. El Tribunal confirma o anula el acto de adjudicación; nunca puede reformarlo. El licitante frustrado que logra una anulación en vía jurisdiccional no es puesto en el lugar del adjudicatario. La sentencia anulatoria no implica que la adjudicación debió hacerse a su favor, sino que se debieron cumplir las formalidades del procedimiento licitatorio en forma regular.

En nuestro sistema de compras estatales de restricción, la Administración debe seguir los procedimientos y reglas de selección de cocontratantes establecidos en el TOCAF, cuyo Artículo 33 indica que como regla general se deberá contratar mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, con algunas excepciones de carácter cualitativo y cuantitativo. Contratar directamente cuando la ley exige el cumplimiento de un procedimiento competitivo, priva a los otros proveedores de la posibilidad de competir y resultar adjudicatarios, mientras que la Administración pierde la oportunidad de obtener mejores precios y condiciones.

La anulación de adjudicaciones por parte del TCA se da en situaciones muy excepcionales, de vicios suficientemente relevantes, en el entendido que la adjudicación es una expresión de la discrecionalidad de acción de la Administración y que la anulación es una consecuencia severa. En los últimos años trece años, el Tribunal anuló apenas un 25% de las adjudicaciones impugnadas. Los agravios acogidos fueron principalmente, y en su orden, vicios en los motivos y/o motivación, apartamiento del pliego, violación al principio de igualdad y vicios de procedimiento.

Una clara y razonable redacción de pliegos resulta fundamental a la hora de determinar el éxito del procedimiento. Así se logra la presentación de un buen número de ofertas -principio de concurrencia-, de entre las cuales la Administración puede elegir la más conveniente, respetando el cumplimiento del pliego y la igualdad entre oferentes.

Se deberá cuidar especialmente: no otorgar plazo para subsanar requisitos considerados esenciales en el pliego; no exigir requisitos no previstos en el pliego; no dar beneficios a un oferente en detrimento de los demás; motivar suficientemente la adjudicación sin utilizar fórmulas vagas y explicando los puntajes otorgados.

Referencias bibliográficas

- Boulin Victoria, I.A. (2014). *Decisiones Razonables*. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1995). *Dos estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo: Editorial Universidad Ltda.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1992). *Procedimiento administrativo*. Montevideo: Ediciones Idea.
- Cajarville Peluffo, J.P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo. Tomo II*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1999). Sobre procedimientos de contratación de la Administración. En *Anuario de Derecho Administrativo Tomo VII*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassagne, J.C. (2008). *La discrecionalidad administrativa*. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf
- Coviello, P.J.J. (2016). *La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf>
- Delpiazzo, C.E. (2019). *Contratación administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E., Delpiazzo Antón G. y Veloso Giribaldi, N. (2020). *Contratación Administrativa. Modificaciones introducidas por la LUC N° 19.889 de 9 de julio de 2020*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. (2005). Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa. En *Anuario de Derecho Administrativo Tomo XIII* recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 1109 y sig.)
- Durán Martínez, A. (1999a). *Casos de Derecho Administrativo. Volumen I*. Montevideo: Editorial jurídica del Uruguay Eduardo Esteva.
- Durán Martínez, A. (1999b). Desviación, abuso y exceso de poder. En *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, recopilado en *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 251 y sig.)
- Echevarría Petit, J.L. (2002). Acerca de la adjudicación en la licitación pública. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo Año I N° 1* (pp 107 a 118).
- Echevarría Petit, J.L. (2021). *Guía de mejores prácticas en la contratación de obras*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Gamarra, J. (1993). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo XI*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Mantero, E. (2003). Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Mantero-Perfeccionamiento-del-contrato-y-responsabilidad-estatal-en-el-procedimiento-licitatorio.pdf>

- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Meilán Gil, J.L. (2011). *El acto administrativo como categoría jurídica en Vázquez Pedrouzo, M.C. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria
- Real, A.R. (1977). Licitación pública. Adjudicación y contrato. Vicios. En *La Justicia Uruguaya Tomo 76 y recopilado en: Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 1225 y sig.).
- Risso Ferrand, M. (2011). Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay. Con especial referencia al principio de igualdad y principio del respeto del pliego. En Vázquez Pedrouzo, M.C. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (1940). *La Licitación Pública*. Montevideo: Librería del Colegio.
- Sayagués Laso, E. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, 10ª Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vázquez, C. (2021). *Presupuestos y elementos del contrato administrativo*. Montevideo: La Ley Uruguay. Cita Online: UY/DOC/496/2021
- Veloso Giribaldi, N. (2018). Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente por contratar directamente cuando debió llamar a un procedimiento competitivo. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 34*. (pp. 111-134).

Bibliografía

- Brito, M. R. (2004). *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Cassagne, J.C. (2008). *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*. http://cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf
- Comadira, J.P. (2021). Los principios específicos de la licitación pública: igualdad, concurrencia y publicidad. en Vázquez, C. y Ruocco, G. (Coordinadoras) *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Emérito Dr. Carlos E. Delpiazzo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (pp. 815 y sig.)
- Delpiazzo, C.E. (2002). *Normas y principios de la Contratación Administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. (2013). *Renovación de la Contratación Administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. y Ruocco, G. (2013). *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración. Tomos I y II*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Durán Martínez, A. (2012). Control jurisdiccional de la actividad administrativa. En *Estudios de Derecho Administrativo N° 5*, recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp. 577 y sig.)

- Durán Martínez, A. (2014). El contrato administrativo en Uruguay, en *Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* N° 12 (pp 117 y sig.)
- Flores Dapkevicius, R. (2011). *Jurisprudencia seleccionada y comentada sobre Contratación Administrativa*. (3° ed.) Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.
- Flores Dapkevicius, R. (2022). *La acción de nulidad de los actos administrativos* (4ª ed.) Montevideo: Editorial Tradinco.
- Giorgi, H. (2009). El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya. Publicado en *La Justicia Uruguaya. Doctrinas Magistrales. Tomo I*, y recopilado en *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 229 y sig.)
- Lorenzo, S. y Payssé, M.S. (2000). Problemas actuales en las licitaciones públicas. En *Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (p. 119 y siguientes).
- Ruocco, G. (2012). Enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa. En *Estudios de Derecho Administrativo* N° 5, recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 597 y sig.).
- Sánchez Carnelli, L. (1988). Adjudicación, vicios, impugnación. En *Contratación Administrativa. Curso de Graduados 1988. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sapolinski, J.R. (2000). Vicios de la contratación administrativa. En *Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. (p. 81 y siguientes).
- Vázquez, C. (2018). *Fuentes del Derecho Administrativo. Mirada actual desde la teoría y la práctica*. Parte III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vignone, C. y Carbajal, N. (2015). *Procedimientos de contratación administrativa. TOCAF 2012*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.