

VICIOS DE LA ADJUDICACION EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

ADILSON ABREU DALLARI

Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de
Sao Paulo (Brasil)

Para poder discurrir con propiedad sobre los vicios que pueden existir en la fase de adjudicación es esencial definir, en primer lugar, nuestra opinión en cuanto a las fases de la licitación y al papel que desempeña la adjudicación en el procedimiento licitatorio.

Quedando ya sobreentendido que la licitación tiene la naturaleza jurídica de procedimiento administrativo, cabe anotar nuestra opinión en el sentido que tal procedimiento presenta una parte esencial y una parte meramente integrativa.

En la parte esencial está la licitación propiamente dicha, aquella secuencia de actos destinados a la elección de un contratante, ya que éste es el objeto propio y específico de la licitación.

En la parte integrativa están los actos de control, indispensables para dar eficacia a la selección del contratante efectuada en la parte anterior.

Al examinar la cuestión de las fases de la licitación y ante la divergencia existente entre los autores en cuanto a su número y denominación, adoptamos el siguiente criterio: considerar "fase" el momento en que se produce cada acto administrativo componente del procedimiento y atribuir a cada una de esas fases una designación indicativa del objeto del acto administrativo en ella practicado. Por lo tanto, para nosotros, la licitación se desarrolla en cinco fases a las cuales damos las siguientes denominaciones: Apertura de la licitación; habilitación de licitantes; clasificación de las propuestas; adjudicación y aprobación del procedimiento.

Las cuatro primeras se incluyen en la parte esencial del procedimiento, mientras que la fase final es la parte integrativa.

La apertura de la licitación es un simple llamado a eventuales interesados para que hagan y presenten propuestas de contratos a la administración. La habilitación de licitantes tiene por finalidad tan sólo verificar la idoneidad jurídica, técnica y financiera de los interesados.

En la fase de clasificación de las propuestas se examina, inicialmente, la viabilidad de las mismas, para, después, ordenar las vías según las ventajas que proporcionen a la administración.

Es esencial señalar que tanto la habilitación como, y especialmente, la clasificación, se llevan a cabo con estricta observancia de los criterios preestablecidos en el instrumento de apertura. En estas dos fases no se contemplan ni podrían contemplarse cuestiones relativas a la conveniencia y oportunidad. Aceptar discrecionalidad en estas fases sería aniquilar el carácter de selección objetiva que es fundamental en la licitación.

Así es que, al final de la fase de clasificación, se tiene ya seleccionada la mejor propuesta hecha a la administración por un licitante idóneo. Nótese que se trata sólo de la mejor propuesta entre las que fueron examinadas, o sea, la clasificada en primer lugar (la mejor en términos relativos) puede no ser buena en términos absolutos. Aunque clasificada en primer lugar, una propuesta puede ser inconveniente, extremadamente onerosa y, por supuesto, inaceptable.

De lo dicho resulta la importancia, la complejidad y la función estratégica de la fase de adjudicación en el curso del procedimiento, porque se constituye en un verdadero divisor de aguas entre la parte esencial y la parte integrativa.

La fase de adjudicación se inicia automáticamente después de terminada la clasificación de las propuestas, y funciona, prácticamente, como una complementación de la misma, de forma tal que muchas legislaciones reúnen clasificación y adjudicación en una misma etapa. Esto ocurre, por ejemplo, en la legislación argentina, donde la clasificación recibe el nombre de pre-adjudicación. Nosotros preferimos separarlas en virtud de la diferencia de relación jurídica que existe en cada una y de los distintos objetivos a que se subordinan. En efecto, en la fase de clasificación se establece una relación jurídica entre la administración y todos los licitantes habilitados, en tanto que en la adjudicación la vinculación jurídica de la administración se restringe al primer clasificado, aquél cuya propuesta fue considerada la más ventajosa.

En lo que respecta a las finalidades de cada una de estas fases, se puede observar que la primera pretende ordenar las propuestas que cumplen los requisitos establecidos, de acuerdo con las ventajas proporcionadas a la administración; con la segunda se preten-

de verificar si la propuesta considerada como más ventajosa reúne condiciones para su aceptación por la administración. Mientras que en la clasificación se procede a comparar las propuestas entre ellas, en la adjudicación se compara los atributos de la propuesta más ventajosa con las necesidades que la administración pretendía satisfacer mediante la apertura del procedimiento licitatorio, para saber, finalmente, si la propuesta ganadora puede o no ser aceptada.

Vale la pena repetir que, dentro del procedimiento administrativo de la licitación, la adjudicación es la última etapa de la fase esencial. Por este motivo, después de su conclusión, necesariamente se pasará a la fase integrativa, donde se encuentran los actos de control. Por eso mismo, muchas veces la adjudicación es considerada, tanto en la legislación como en la doctrina, juntamente con la fase inmediatamente siguiente, lo que origina una generalizada confusión a propósito de los efectos jurídicos propios de la adjudicación.

Queremos, ahora, tratar exclusivamente de la adjudicación, estudiando en qué consiste esa figura, cuál es su régimen jurídico y cuáles sus efectos, en lo tocante a la vinculación entre licitantes y administración pública.

Ocurre que no existe uniformidad de criterios entre los autores acerca del contenido del término adjudicación. Unos lo utilizan para designar lo que sería una simple adjudicación provisoria, o una simple pre-adjudicación; o sea, un acto simple, incapaz de producir efectos si no es complementado por otro acto. Otros autores consideran como adjudicación sólo la adjudicación definitiva: la adjudicación homologada o aprobada, o sea, un acto capaz de producir efectos, pero de naturaleza compleja. Para nosotros, la adjudicación es un acto simple que produce efectos propios, que no se confunde, por lo tanto, con ninguna de las figuras antes descriptas.

Como punto de partida, enunciaremos el concepto de adjudicación como la atribución del objeto de la licitación a un licitante determinado, haciendo, en seguida dos preguntas: ¿Es o no obligatoria la adjudicación al licitante clasificado en primer lugar? ¿Se perfecciona o no, con la adjudicación, un vínculo contractual?

En cuanto a la primera cuestión, Seabra Fagundes¹ procede a un cuidadoso examen de la doctrina extranjera, verificando que en fa-

¹Seabra Fagundes, en Revista de direito administrativo Nº 34, 404 ss.

vor de la tesis de que el primer clasificado tiene el derecho a la adjudicación se encuentran las manifestaciones (que él transcribe) de Oviedo, Velasco Calvo, Zanobini, Bielsa, Duez y Debeyre, Bonnard, Jêze y Laubadere. Este último afirma el automatismo absoluto de la adjudicación, al decir que el proponente, cuya oferta fue considerada más ventajosa, debe ser obligatoriamente proclamado adjudicatario. Para Seabra Fagundes esa opinión no se ve anulada por la concordancia general de la doctrina francesa² en el sentido de que la administración puede desistir de entregar en adjudicación el objeto licitado.

Concluye el mismo autor que el hecho de que pueda la administración anular la licitación en un todo, como medida de carácter general, admisible sólo si hubiere justa causa, expuesta en decisión debidamente fundamentada, "longe de excluir, como regra, o deferimento necessário da adjudicação ao licitante de melhor proposta, vem corroborá-lo. Se somente razões de interesse público autorizam a anular a concorrência é que, na generalidade dos casos, o licitante classificado em primeiro lugar tem direito á adjudicação."

Oponiéndose a esta opinión, Fiorini³ recuerda que en la fase de adjudicación puede existir tres variaciones: atribución del objeto a un licitante; desistimiento de la licitación, sin atribuir su objeto a ninguno y, finalmente (en el sistema argentino), reapertura del procedimiento para una mejora de las propuestas presentadas. Está claro que para Fiorini no existe derecho a la adjudicación para el mejor oferente.

Caetano⁴ se pregunta sobre la cuestión debatida, y afirma que la administración tiene competencia discrecional para adjudicar o no, siéndole facultativo anular la licitación en caso de que ninguna de las propuestas sea conveniente. Fundamenta esa opinión: "na posição que a Administração se coloca: não é proponente, limitou-se a anunciar que receberia propostas, as quais aceitará ou não consoante lhe convenha." Al optar por la inexistencia de un derecho a la adjudicación advierte, sin embargo, que la expectativa creada por la licitación no debe ser frustrada sin justa causa y concluye:

"Dí a inserção nas leis de restrições ao direito de não adjudicar

²V. gr. Berthelemy, Hauriou, Waline, Jêze.

³Vid. *Manual de derecho administrativo*, I 443.

⁴M. Caetano, *Manual de direito administrativo*, I 544.

o qual só poderá ser exercido quando se verifica rem determinadas circunstâncias. Estas são nalguns casos inevitavelmente vagas (conveniência de adiar a realização da obra posta a concurso, não convir à Administração nenhuma das variantes apresentadas, necessidade de revisão do projeto, forte presunção de conclusão entre os concorrentes...)."

Nuestra opinión resulta de la conjugación de las opiniones señaladas. Entendemos que la adjudicación es un acto discrecional que la autoridad encargada de juzgamiento de la licitación puede o no practicar, según razones de conveniencia y oportunidad debidamente justificadas (discrecionalidad no se confunde con arbitrio y la motivación es en este caso, esencial para la validez del acto administrativo). No existe, por tanto, obligatoriedad de atribuir necesariamente el objeto de la licitación a un licitante.

Por otro lado, el licitante clasificado en primer lugar asume ante la administración una calidad que no puede ser olvidada y que efectivamente produce derechos que es necesario respetar. Si es verdad que el primer clasificado no tiene derecho al objeto de la licitación, también es cierto que asume una posición de supremacía respecto a los otros licitantes. En consecuencia, si la administración resuelve adjudicar el objeto licitado, deberá hacerlo necesariamente al primero clasificado. Sintetizando, la adjudicación es un acto discrecional en cuanto a su práctica, pero reglado en cuanto a su contenido. Puede, o no, haber adjudicación, pero si la hubiere, será obligatoriamente en favor del primer clasificado. Mejor dicho, la competencia de autoridad para practicar el acto de adjudicación es discrecional, pero el objeto de ese acto es reglado. Por supuesto, si no hubiera discrecionalidad en la adjudicación, ella perdería sentido, puesto que no añadiría nada a la clasificación; de igual forma si la elección del adjudicatario no fuera reglada, sería, a su vez, la clasificación que perdería todo y cualquier propósito.

Resta saber si esa atribución del objeto licitado a un determinado licitante, tiene, o no, carácter contractual; o sea, si resulta en un acuerdo de voluntades. Marienhoff y Enrique Sayagues Laso⁵, adoptan posiciones perfectamente paralelas. Para ambos, adjudicación es el acto por el cual la administración acepta una de las propues-

⁵M. S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, III-A 243 ss. E. Sayagués Laso, *La licitación pública*, 51 ss.

tas, con lo que se perfecciona un vínculo contractual. Los dos nos alertan sobre el hecho de que antes que la adjudicación sea definitiva (mediante la aprobación), la administración no está obligada a contratar con el adjudicatario provisorio. Si es así, evidentemente el vínculo contractual no resulta de la adjudicación en sí misma (que para ellos es simple preadjudicación o adjudicación provisorio), sino del acto de aprobación, que la torna definitiva, pues si no hubiera tal aprobación no se formaría ningún vínculo.

José Alfonso Da Silva⁶ afirma que “o ato de adjudicação não significa aceitação da proposta de contrato por parte de Administração. Portanto, não gera, para esta, obrigação de contratar, nem responsabilidade.” Para él, la adjudicación, en el sistema brasileño, es siempre provisorio y sólo se torna definitiva “após a aprovação do procedimento da licitação pela autoridade competente para firmar o contrato”. Dicho autor acepta el concepto propuesto por Caetano, para quién la adjudicación es el acto por el cual se coloca a uno de los licitantes en la situación de proponente único del contrato con la administración, y concluye afirmando que sólo después de la celebración del contrato queda la administración jurídicamente vinculada.

Mejor nos parece la posición de Lopes Meirelles⁷ para quien “adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato administrativo. E o ato constitutivo do direito do licitante a contratar com a Administração, quando esta se dispuser a firmar o ajuste.” Claro está que la adjudicación no es un contrato, pues solamente afirma para uno de los licitantes el derecho a contratar con la administración si ésta así lo desea. Aún más, aunque el autor afirme que la adjudicación es un acto constitutivo de derechos y obligaciones, restringe su eficacia, al decir que sólo produciría efectos después de homologada por autoridad competente. Nótese que el consagrado autor atribuye tales efectos a la adjudicación homologada, lo que causa una cierta confusión entre adjudicación y la fase siguiente, que él llama, homologación. Resulta así imposible distinguir lo que es efecto de la propia adjudicación, de los efectos de la posterior homologación.

⁶Vid. su reciente obra *O Prefeito e o Município*, 185.

⁷H. Lopes Meirelles, *Licitacao e contrato administrativo*, 167 s.

De Figueiredo Moreira Neto⁸, vuelve al camino abierto por Lopes Meirelles y, después de definir la adjudicación como "a decisão final que erige para o licitante victorioso, um direito subjetivo público à contratação que foi prevista no edital", añade, con mucha precisión que "o direito adquirido pelo adjudicatário não é ao contrato mas à preferência à contratação. A Administração poderá deixar de contratar mas, se o fizer, não poderá ser com outro que não o licitante vitorioso".

Identificamos aquí una perfecta correlación de situaciones que podemos formular así: el adjudicatario es para el contrato lo que el primer clasificado es para la adjudicación. Entendemos que no existe, positivamente, formación de vínculo contractual ninguno en la adjudicación. Esta última puede ser definida como la atribución del objeto de la licitación a un licitante, desde que se entienda que esto significa no más que una afirmación, por parte de la administración, en el sentido de que la propuesta clasificada en primer lugar se adecúa al objetivo pretendido por la administración al realizar el procedimiento licitatorio.

Aunque durante tal procedimiento queden establecidas, por lo menos, las disposiciones fundamentales del contenido de una futura y eventual relación contractual, no hay, ni puede haber, la formación de un vínculo; pues (salvo casos excepcionales e incorrectos, desde el punto de vista de la técnica de administración) la autoridad encargada del procedimiento licitatorio no es competente para firmar contratos en nombre del poder público. Siendo así, la adjudicación no puede significar la aceptación de una promesa de contrato, con la consecuente formación del vínculo obligatorio; pues eso implicaría atribuir obligaciones a terceros mediante actos practicados por agentes incompetentes. En síntesis, se puede decir que el resultado de la adjudicación consiste en declarar *acceptable* la propuesta por la administración y, así, obligar a esta última a practicar los actos de control necesarios para la integración del procedimiento. Entendemos que si no hubiera adjudicación, por ser la mejor propuesta inacceptable o inconveniente, nada habrá para integrar, ya que el procedimiento debe ser considerado desierto. La decisión favorable a la adjudicación obliga la administración a producir una otra manifestación, que será, entonces, definitiva. La decisión negativa

⁸D. de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 154.

(contraria a la adjudicación) ya es definitiva, salvo la posibilidad de reevaluación en grado de recurso.

Resumiendo lo dicho, concluimos que la administración puede adjudicar o no, pero si lo hiciere, será en favor del licitante cuya propuesta fue considerada la más favorable. Como la adjudicación tiene por resultado la clasificación de la propuesta ganadora como *acceptable*, restringe la vinculación de la administración sólo al licitante que la presentó, liberando a todos los demás. El adjudicatario no tiene derecho al contrato, sino sólo derecho a no ser postergado y, además, el derecho de exigir a la administración la integración del procedimiento licitatorio. Conviene repetir que el propósito de la licitación es seleccionar un ofertante para contratar con la administración. La adjudicación termina exactamente con la elección de un proponente considerado idóneo, cuya propuesta fue considerada la mejor y calificada de aceptable. Sólo resta, entonces, verificar la legitimidad del procedimiento y decidir sobre la conveniencia y oportunidad del contrato, lo que se hará mediante un acto externo.

Se aclara que el acto externo referido integra el procedimiento, pero no en su parte esencial, sino en la meramente integrativa, de control, destinada e indispensable para darle eficacia. En esto reside nuestra concordancia y al mismo tiempo nuestra divergencia con Dromi. El joven y consagrado autor argentino⁹ afirma que la adjudicación es un acto administrativo que declara la propuesta más conveniente y simultáneamente, la acepta. Esto podría dar idea de que, para él, aquí estaría ya formado un vínculo contractual, pero deja claro que la adjudicación es el último acto del procedimiento administrativo precontractual, pero no el primer acto del contrato. Cabe citarlo textualmente: "Con la *adjudicación* culmina la elección del proponente idóneo para la ejecución del contrato; su oferta es considerada conveniente y aceptable, y sólo falta un acto externo al *procedimiento* para la perfección del *contrato* aprobación, formalización o notificación."

Concordamos, los dos, en cuanto la falta y la necesidad de un acto final, de control, de carácter integrativo¹⁰ que ambos designamos con el nombre de *aprobación*. Diferimos porque colocamos, nosotros, ese

⁹J. R. Dromi, *La licitación pública*, 390.

¹⁰Dromi *cit.* 407.

acto como fase final y última del procedimiento licitatorio, mientras que Dromi lo entiende como acto inicial del procedimiento de contratación. Para concluir: según nuestro entender, el acto de adjudicación tiene un contenido extremadamente simple, no obstante su relevancia. Se limita al examen de la propuesta clasificada en primer lugar, para declararla, o no, aceptable, por la administración.

Habiendo sido perfectamente caracterizada la fase de adjudicación, identificados sus límites y objetivos, aclarada cualquier confusión con las fases de clasificación y aprobación, queda sólo verificar cuáles son los vicios que pueden ocurrir en la fase objeto específico de este trabajo.

La fase de adjudicación no es otra cosa que el momento de la práctica de un determinado acto administrativo discrecional que, adelantamos puede presentar vicios tanto legales como de mérito.

En el examen de los vicios que pueden existir en la fase de adjudicación creemos aceptada la opinión de Gordillo¹¹.

Para nosotros no existe acto absolutamente discrecional. La discrecionalidad puede existir en uno u otro de los llamados elementos del acto, pero nunca en cuanto a todos. Vale decir que en todo acto discrecional existe una parte sujeta a normas, o sea, vinculada. Concordamos en que oportunidad y conveniencia pueden ser investigadas por el Poder Judicial, pues discrecionalidad es solamente un margen de libertad que, algunas veces, tiene límites claramente determinados por la ley, mientras que otras, dichos límites son elásticos, vagos, imprecisos, tales como la razonabilidad, abuso de poder, y buena fe. Así, aplicando estas consideraciones al objeto de nuestro estudio podemos concluir que la adjudicación puede presentar tres especies de vicios. Dos de esas especies se relacionan con la legalidad; la primera, se relaciona con la parte vinculada y la segunda con la parte discrecional del acto. La tercera especie estaría relacionada con el mérito del acto, o sea, con los aspectos contenidos dentro de los límites de la discrecionalidad, de la libre apreciación por la autoridad encargada de practicar el acto y, por lo tanto, sin posibilidad de apreciación por el Poder Judicial.

En la primera especie, es decir, vicios de legalidad que afectan a la parte vinculada, se encuadrarían dos situaciones: omisión pura y

¹¹A. Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, cap. final.

simple, sea del acto de adjudicación, sea de su negación, y adjudicación a otro licitante que no sea el clasificado en primer lugar. En efecto, si bien la autoridad competente puede dejar de adjudicar, eso significa solo que puede dejar de atribuir a alguien el objeto de la licitación. Lo que ella no puede es omitir, pura y simplemente, sin adjudicar y sin afirmar expresamente que deja de hacerlo. Entendemos que el primer clasificado tiene derecho a una satisfacción. La administración puede desistir del procedimiento, si lo hace fundamentadamente. Lo que no es posible es el silencio, puro y simple, de la administración, pues ello pondría en grave riesgo los objetivos en función de los cuales se exige la licitación: la búsqueda de las condiciones más ventajosas para los contratos de la administración y la aplicación del principio de igualdad, a través de la oferta de iguales oportunidades para contratar a todos los interesados eventuales.

De la misma forma sería una flagrante ilegalidad la postergación del licitante clasificado en primer lugar. Puede no haber adjudicación; pero si la hubiere, será sólo en favor del primer clasificado, que tiene derecho a no ser postergado. Se admite la posible contratación del segundo clasificado solamente cuando el primero desista del contrato; vale decir, aún habiéndole sido hecha la adjudicación, el clasificado en primer lugar desiste de contratar.

En la segunda especie, vicios de legalidad que afectan la discrecionalidad del acto, se encuentran dos situaciones, ambas pasibles de ocurrir solamente en casos de negación de la adjudicación: ausencia de motivación, y acto practicado más allá de los límites elásticos de la discrecionalidad.

Entendemos que la motivación, o sea, la indicación de los hechos concretos en que se ha basado la decisión de no adjudicar, es esencial. La falta de declaración de los motivos haría arbitraria e ilegal la decisión y no simplemente discrecional, lícita. Sin la declaración de los motivos no es posible saber si la administración se ha mantenido dentro de los límites de la discrecionalidad. Declarados los motivos, cabe examinar, por su vez, si no existe un desbordamiento de los referidos límites elásticos; vale decir, si la decisión fue razonable, tomada con buena fe y si el acto no fue practicado con abuso de poder (tanto para la obtención de fines personales del agente, co-

mo para lograr fines de la administración ajenos a la finalidad del procedimiento licitatorio).

Por último, como vicio de mérito, tenemos el acto de adjudicación, practicado legalmente, pero que califica como aceptable una propuesta que, en realidad sería inconveniente o inoportuna para la administración. Puede suceder que hechos posteriores hagan inaceptable una propuesta por la autoridad competente para adjudicar, impliquen una alteración en el mérito de la propuesta clasificada en primer lugar. Puede ocurrir, finalmente, una apreciación simplemente errónea, un juicio incorrecto del mérito de la propuesta, un simple error de cálculo. En todas estas situaciones el acto de adjudicación que había calificado la propuesta como aceptable, no puede ser mantenido ni tener eficacia, no obstante ser enteramente lícito. Por eso vislumbramos aquí un vicio de mérito, o sea, una falla de la administración en la parte discrecional del acto adjudicatorio, insusceptible de apreciación por el Poder Judicial, que solamente puede ser corregida por la propia administración en la etapa final, integrativa, del procedimiento, que denominamos aprobación.

En esta etapa final, si el procedimiento es lícito, conveniente y oportuno, será aprobado, cobrando eficacia y configurando un vínculo obligacional, que no es todavía el futuro contrato de suministro, prestación de servicios o ejecución de obras, sino una simple promesa de contrato. Si el procedimiento presenta vicios de legalidad, deberá ser anulado. Si es lícito, pero inconveniente o inoportuno, podrá la administración optar por su revocación.

