

Artículos

El régimen de selección de contratistas en la Administración Pública y la Ley de Licitaciones

Allan R. Brewer-Carías

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES DEL REGIMEN
- II. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE LICITACIONES
 1. *Ambito sustantivo de aplicación.* 2. *Ambito subjetivo de aplicación.* A. La República. B. Los institutos autónomos nacionales. C. Las empresas del Estado y las asociaciones civiles del Estado. D. Las Fundaciones del Estado. E. Los Estados y Municipios.
- III. FORMAS DE SELECCION DE CONTRATISTAS
 1. *La adjudicación directa.* 2. *La licitación.* A. La licitación general. B. La licitación selectiva. 3. *El fraccionamiento de la contratación y la licitación.* 4. *Efectos de la licitación respecto del control del contrato.*
- IV. LOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS ESTABLECIDOS PARA ASEGURAR EL PROCEDIMIENTO DE SELECCION DE CONTRATISTAS
 1. *El Sistema Nacional de Registro de Contratistas.* A. Constitución del sistema. B. Obligaciones de los contratistas. C. Obligaciones de los entes públicos. D. Organización del sistema. E. El procedimiento de inscripción. 2. *Las Comisiones de Licitación.*
- V. EL PROCEDIMIENTO DE LICITACION
 1. *Régimen común del procedimiento en la licitación general y en la licitación selectiva.* 2. *Condiciones previas para la iniciación del procedimiento licitatorio.* 3. *Iniciación del procedimiento.* A. Iniciación del procedimiento en la licitación general o pública. a. La publicación inicial. b. La preselección en la licitación general. B. Iniciación del procedimiento en la licitación selectiva o privada. 4. *La invitación a los oferentes.* 5. *La presentación de las ofertas.* 6. *La apertura de las ofertas.* 7. *El rechazo de ofertas.* 8. *La selección de ofertas.* 9. *La adjudicación de la buena pro.* 10. *La declaratoria de la licitación como desierta.*
- VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PROCESO DE SELECCION
- VII. EL SISTEMA SANCIONARIO
- VIII. LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA LEY

La Administración no siempre es libre de escoger su cocontratante, por lo que en materia de contratación administrativa, ha sido tradicional el establecimiento de limitaciones a la libertad de selección del contratista, de manera que el proceso de selección se encuentra sometido a reglas más o menos precisas.

I. ANTECEDENTES DEL REGIMEN

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional tradicionalmente ha establecido, dentro de sus normas, una tímida recomendación para que “en cuanto sea

posible", los contratos para la construcción de obras y los de suministros y servicios, sean objeto de licitación¹.

Esta disposición legal había sido desarrollada en cuanto a los contratos de obras públicas por la Resolución Nº 8 del Ministerio de Obras Públicas de 8 de marzo de 1947²; y era ciertamente en las dependencias de este Despacho ministerial y de los Institutos Autónomos a él adscritos que se llevaba a cabo regularmente el procedimiento de licitación. Así, todos los contratos de obras públicas celebrados directamente por el antiguo Ministerio de Obras Públicas, por el antiguo Banco Obrero o por el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, seguían normalmente el procedimiento de licitación.

Respecto a los contratos de suministros, se podía identificar la existencia de un Reglamento de Compras del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, quizás el único Despacho Ejecutivo que había reglamentado el procedimiento respectivo y establecido la obligatoriedad de la licitación³.

Por tanto, fuera de los contratos de obra pública y de suministros, los otros contratos de la Administración no tenían previsto por la Ley la necesidad ineludible de su contratación por licitación pública.

Ahora bien, el Presidente de la República dictó a comienzos de 1976 un *Instructivo Presidencial*, el Nº 24, sobre "Normas de Licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes muebles"⁴, en el cual por primera vez se establecieron normas para la selección de contratistas, en los contratos de obras públicas y suministros, destinadas a ser aplicadas "a los organismos de la Administración Pública Nacional"⁵. Dicho Instructivo se dictó de conformidad con el mencionado artículo 427 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

El Instructivo Nº 24 fue posteriormente modificado con fecha 26-1-77⁶ y luego derogado y sustituido por el *Reglamento sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones directas para la Contratación de Obras y Adquisición de bienes inmuebles por la Administración Central* dictado por Decreto Nº 1980 de 29-4-83⁷. Este Decreto fue modificado tres veces: primero por Decreto Nº 337 de 14-11-84; y luego por Decreto Nº 534 de 15-3-85, y por último por Decreto Nº 133 de 12-4-89⁸, texto, este último, que fue el cuerpo normativo que rigió hasta 1990, cuando se promulgó la Ley de Licitaciones de 10 de agosto de 1990⁹, texto que regula la materia y el cual derogó todas las disposiciones que colidieran con la Ley (art. 80).

El Decreto Nº 133 de 1989, como su nombre lo indicaba, contenía un *Reglamento* cuyo contenido era directamente aplicable a contrataciones realizadas por la Administración Central. Por tanto, el sujeto de derecho público contratante, al cual se aplicaba el Reglamento, era la República, cuando actuaba a través de algu-

1. Art. 427. De esta recomendación, en todo caso, la Ley Orgánica exceptúa directamente los contratos en que esté interesada la defensa nacional, los relativos a servicios técnicos y aquellos cuyo monto no exceda de Bs. 10.000,00. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-63*, Caracas 1963, tomo II, p. 103.
2. *Compilación Legislativa*, tomo III, p. 914. Además el Decreto Reglamentario de las Obras Públicas de 14 de abril de 1909, artículos 7 al 12, *Compilación Legislativa*, tomo II, p. 894.
3. Resolución Nº 1.400 del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de 8 de octubre de 1958, artículo 3, *Gaceta Oficial* Nº 25.780 de 8-5-58.
4. *G.O.* Nº 30.905 de 27-1-76.
5. También se destinó el Instructivo a ser aplicado a los Institutos Autónomos y en cuanto a las empresas del Estado, se prescribió que éstas debían adoptar normas, adaptadas al Instructivo, aun cuando con la posibilidad de que se previeran modalidades especiales (art. 1).
6. *G.O.* Nº 31.161 de 26-1-77.
7. *G.O.* Nº 32.317 de 3-5-83.
8. *G.O.* Nº 33.105 de 15-11-84, *G.O.* Nº 33.188 de 20-3-85 y *G.O.* Nº 34.200 de 17-4-89, respectivamente.
9. *G.O.* Nº 34.528 de 10-8-90.

nos de los órganos que conforman su Administración Central y que se encuentran regulados en la Ley Orgánica de la Administración Central (Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, Autoridades del Arca, por ejemplo).

Por tanto, a diferencia de lo que establecía el Instructivo N° 24, el contenido normativo de dicho Reglamento no tenía aplicación directa respecto de la denominada Administración Descentralizada, es decir, respecto de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, por lo que éstos no estaban regidos directamente por sus normas, aun cuando sí indirectamente, una vez que los Ministros adoptasen las medidas necesarias para dicha aplicación.

En efecto, esta inaplicabilidad directa del Reglamento mencionado a los Institutos Autónomos y empresas del Estado, se confirmaba en el artículo 39 del Decreto, el cual dispuso un mandato para los Ministros, que son los órganos por excelencia que conforman la Administración Central, para que *adoptasen* en un lapso de 30 días "las medidas necesarias para que los Institutos Autónomos adscritos a sus Ministerios y la empresas del Estado bajo su tutela se ajusten a sus disposiciones"¹⁰. Antes de la reforma de 1989, la norma respectiva exigía que la adopción de dichas medidas se hiciera "los las adaptaciones que fueran indispensables", lo que se eliminó en el Decreto N° 133.

Con anterioridad a éste, por tanto, existían, dos obligaciones: una para los Ministros respectivos de velar porque los Institutos Autónomos y las empresas del Estado, mediante sus propias normas, se ajustasen a las disposiciones del Reglamento, "con las adaptaciones que sean indispensables", y otra para que dichos entes se ajustaran mediante sus propias normas, a las disposiciones del Decreto, con dichas adaptaciones necesarias, las cuales debían notificar al Ministro respectivo a los efectos de su aprobación para que entraran en vigencia.

Con la reforma de 1989 por tanto, se buscó que una vez que los Ministros adoptasen las decisiones pertinentes, tanto la Administración Central como la Descentralizada quedaban sometidas al mismo régimen de selección de contratistas.

Por último, debe advertirse que si bien todas las contrataciones de obras y de suministros de la Administración Central y Descentralizada debían ajustarse al Reglamento en el artículo 40 del mismo se estableció la posibilidad expresa de que el Presidente de la República, a solicitud razonada del Ministro respectivo, podía decidir que las normas del mismo no se aplicasen a la selección de contratistas por parte de determinado ente u organismo, en atención a la naturaleza de sus actividades o fines. El artículo 40 del Reglamento prescribió además, en forma general, que el Presidente de la República podía aprobar también, a solicitud del Ministro correspondiente, normas especiales para la selección de contratistas por parte de determinados Institutos Autónomos o empresas del Estado o ratificar los regímenes o sistemas existentes sobre la materia.

Todo este régimen de rango reglamentario se cambió totalmente en agosto de 1990, al promulgarse la Ley de Licitaciones que tiene por objeto regular los procedimientos de selección de contratistas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios (art. 1) por parte de los sujetos de derecho que se enumeran en el artículo 2 de la Ley.

II. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE LICITACIONES

La Ley de Licitaciones ni se aplica a todos los contratos que celebra la Administración ni se aplica a todos los entes estatales. Tiene, por tanto, un ámbito de aplicación específico que se define en sus dos primeros artículos.

10. Por ejemplo, la Resolución N° 529 del MARNR en relación a los contratos a celebrarse por el INOS, G.O. N° 32.777 de 28-7-83.

1. *Ambito sustantivo de aplicación*

De acuerdo al artículo 1º de la Ley, los contratos a cuyo proceso de formalización se aplica la Ley son solamente los contratos para la ejecución de obras (donde se ubica, por supuesto, a los contratos de obra pública), los contratos para la adquisición de bienes (donde se ubica a los contratos de suministro de bienes muebles) y los contratos para la prestación de servicios (donde están los contratos de obra o de prestación de servicios personales).

La Ley no hace ninguna precisión en esta enumeración, por lo que por ejemplo, los contratos para la adquisición de bienes inmuebles o para la prestación de servicios públicos también estarían sometidos a sus normas, lo que en algunos casos no tiene sentido por el carácter *intuitu personae* de la contratación.

Debe señalarse, además, que la Ley establece una exclusión expresa respecto de su aplicabilidad en este ámbito sustantivo, al prescribir en su artículo 73 que:

“quedan excluidos de la aplicación de esta Ley aquellos contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o para la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial hayan de ser pagados con préstamos otorgados por organismos financieros internacionales, que tengan sus normas propias de licitación y que en los respectivos contratos de préstamos se hubiere previsto la obligación de regirse por ellas”.

2. *Ambito subjetivo de aplicación*

En cuanto a los entes estatales a los cuales se aplican los procedimientos de selección de contratistas que regula la Ley, el artículo 2 precisa los sujetos de derecho estatales a los cuales se aplican, y que son los siguientes:

A. *La República*

En primer lugar, *la República*. Se destaca que el ordinal 1º del artículo 2 de la Ley, impropriamente, habla de “los órganos del Poder Nacional”, para luego enumerar en los ordinales siguientes otras personas jurídicas, cuando evidentemente dichos “órganos del Poder Nacional” no son sujetos de derecho. Son en realidad, órganos de un solo sujeto de derecho, que no es otro que *la República*, a la que corresponde el ejercicio del Poder Nacional.

En consecuencia, todos los contratos que celebre la República para la ejecución de obras, para la adquisición de bienes y para la prestación de servicios, en cuanto a los procedimientos para la selección de contratistas se rigen por la Ley, lo que implica que están sometidos a las normas de la misma, los contratos mencionados que celebren los órganos que ejercen el Poder Legislativo (Senado y Cámara de Diputados), los órganos que ejercen el Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales), los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (que enumera la Ley Orgánica de la Administración Central: Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia, servicios autónomos sin personalidad jurídica) y todos los órganos que ejercen el Poder Nacional con autonomía funcional (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Consejo de la Judicatura, Consejo Supremo Electoral).

B. *Los institutos autónomos nacionales*

En segundo lugar, los Institutos Autónomos, es decir, las personas jurídicas de derecho público estatales que son creadas por Ley con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional. En consecuencia, las otras personas jurídicas estatales de derecho público pero que no son de carácter institucional, no están sometidas a las previsiones de la Ley, como sería el caso de los establecimientos públicos aso-

ciativos (el Banco Central de Venezuela, por ejemplo) y de los establecimientos públicos corporativos (las Universidades Nacionales, por ejemplo).

C. Las empresas del Estado y las asociaciones civiles del Estado

En tercer lugar, las Asociaciones Civiles de la República y las empresas del Estado de la República. Por tales, el ordinal 3º del artículo 2 se refiere a “las asociaciones civiles y las sociedades en las cuales la República y los institutos autónomos nacionales tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social del respectivo ente.

Debe señalarse que la Ley también se aplica a los contratos que celebren las sociedades y empresas filiales de las antes mencionadas, al indicar el ordinal 4º del artículo 2 que se rigen por sus normas los procedimientos de selección de contratistas que lleven a cabo las asociaciones civiles y sociedades en cuyo patrimonio o capital social tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las Asociaciones Civiles (de la República), los Institutos Autónomos (Nacionales) o las empresas del Estado (de la República o de Institutos Autónomos Nacionales) antes indicadas, es decir, en las cuales la República o los Institutos Autónomos Nacionales tengan participación igual o mayor al 50% del capital o del patrimonio social.

De acuerdo a estas normas, por tanto, todas las empresas del Estado en las cuales la República, los institutos autónomos nacionales u otras empresas del Estado tengan una participación igual o superior al 50% de su capital, están sujetas a la Ley. Las empresas petroleras nacionalizadas, por tanto, están sujetas a la Ley en todas sus contrataciones.

Sin embargo, la Ley de Licitaciones previó un régimen particular para PDVSA y sus empresas filiales al establecer que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, dentro de los noventa (90) días siguientes a la publicación de la Ley, debe dictar un Reglamento que regule, los procedimientos de selección del contratista que realicen Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales (art. 74).

El artículo 76 de la Ley agrega que:

“En dicho Reglamento sólo podrán excluirse, por vía de excepción de la aplicación de esta Ley, aquellas contrataciones que versen sobre obras, servicios o adquisiciones de significativa complejidad, inherentes a las actividades de exploración, extracción, refinación, procesamiento y comercialización de hidrocarburos y ubicadas en zonas críticas de operación.

Pueden quedar excluidas, también, adquisiciones de bienes, ejecución de obras civiles y prestación de servicios cuando deban ser licitadas en forma integral y conjunta con la obra principal, o tales obras sean accesorias de la principal.

La selección del contratista para las demás obras que contraten Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales y la adquisición de bienes o prestación de servicios, se realizará conforme a las normas establecidas en esta Ley.

Conforme al artículo 75 de la Ley, el Reglamento antes indicado debe establecer principios que aseguren:

- 1º La inscripción de los eventuales contratistas en el Registro Auxiliar de Contratistas de Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, siempre y cuando cumplan con los trámites y requisitos previstos en esta Ley y en el Reglamento;
- 2º El cumplimiento del principio de la igualdad como base de selección de los licitantes;

- 3º La recepción y apertura de las ofertas en acto público, salvo en aquellos casos que, por razón de interés público para la industria, sean exceptuados por el Presidente de la República;
- 4º El establecimiento, como norma de la selección de los contratistas en un régimen de concurrencia competitiva;
- 5º La preexistencia de disponibilidad presupuestaria antes del inicio de cada proceso de licitación;
- 6º La predeterminación y publicidad de las reglas y condiciones del procedimiento de licitación con anterioridad a cada proceso, y la permanencia de éstas hasta el otorgamiento de la Buena Pro;
- 7º La existencia de comités multidisciplinarios de evaluación de ofertas;
- 8º La documentación y registro de cada proceso;
- 9º El establecimiento de normas destinadas a impedir conflictos de intereses en todas las fases de los procedimientos de licitación;
- 10º La notificación a todos los interesados de los resultados del procedimiento de licitación;
- 11º La información acerca de la evaluación de sus ofertas a aquellos proponentes que así lo soliciten; y
- 12º El otorgamiento de la buena pro a la oferta que, en su consideración integral, sea la más conveniente.

D. *Las Fundaciones del Estado*

En cuarto lugar, las Fundaciones del Estado, que a los efectos de la Ley de Licitaciones (art. 2, ord. 5º) son, las fundaciones *constituidas* por la República, los institutos autónomos, las sociedades civiles (de la República o de los institutos autónomos) y las empresas del Estado (de la República o de los institutos autónomos), y por las sociedades civiles o empresas del Estado que sean filiales de las anteriores o aquellas Fundaciones en cuya administración estas entidades estatales tengan *poder decisorio*.

E. *Los Estados y Municipios*

Por último la Ley también prevé que sus normas se aplican a los contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios que celebren *los Estados y Municipios*:

“cuando los precios de los contratos a que se refiere esta Ley hayan de ser total o parcialmente pagados con aportes, distintos a los del Situado Constitucional, de alguno de los sujetos señalados en los ordinales 1º al 5º de este artículo”.

En consecuencia, los contratos que celebren los Estados y Municipios para ser pagados con sus ingresos propios (incluyendo los provenientes del Situado Constitucional) no quedan sometidos a las normas de la Ley de Licitaciones, teniendo las entidades territoriales mencionadas entera autonomía para regular la materia.

La Ley, si embargo establece el principio de que sus normas regirán los procesos de selección del contratista por parte de los Estados y Municipios “en cuanto sea aplicable” (art. 77).

En cambio si el precio de los contratos se debe pagar con ingresos extraordinarios provenientes de aportes que reciban de la República, de los institutos autónomos nacionales, de las empresas del Estado (nacionales) y de las sociedades civiles del Estado (nacionales), de las empresas del Estado y de las sociedades civi-

les del Estado filiales de las anteriores, y de las Fundaciones del Estado nacionales, el procedimiento para la selección de contratistas en la conclusión de los contratos queda sometido a las prescripciones de la Ley.

III. FORMAS DE SELECCION DE CONTRATISTAS

A pesar de que la Ley se denomina Ley de Licitaciones y de que expresamente el artículo 3 de la misma prescribe que "todos los procedimientos de selección del contratista, promovidos por los entes a los que se refiere el artículo precedente, se harán a través de licitaciones, las cuales podrán ser generales o selectivas"; en realidad, en la Ley se establecen dos procedimientos generales para la celebración, por los sujetos de derecho estatales antes indicados, de los contratos para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios: la adjudicación directa y la licitación.

Estas dos formas generales de selección de contratistas, responden a las formas clásicas de la contratación de los entes estatales: en la primera el ente estatal *escoge directamente el cocontratante*, sin concurrencia u oposición, u oposición de la misma forma que se realiza normalmente en los contratos entre particulares; en cambio, en la segunda, rige el principio de la *concurrencia* competitiva de varios oferentes.

1. La adjudicación directa

De acuerdo al artículo 33 de la Ley, y sin perjuicio de que se pueda recurrir al procedimiento licitatorio, se puede proceder a la contratación por adjudicación directa, en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00);
- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00); o
- 3º Si la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio se encomienda a un organismo del sector público.

Los montos en bolívares indicados en esta norma, pueden ser actualizados anualmente por el Presidente de la República mediante Decreto dictado en Consejo de Ministros y previa la opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela (art. 60).

Además, el artículo 34 de la Ley expresamente permite proceder por adjudicación directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad de órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:

- 1º Si se trata de suministros requeridos para el debido desarrollo de un determinado proceso productivo o de trabajos indispensables para el buen funcionamiento o la adecuada continuación o conclusión de una obra, imprevisibles en el momento de la celebración del contrato;
- 2º Si se trata de la adquisición de obras artísticas o científicas;
- 3º Si, según la información suministrada por el Registro Nacional de Contratistas, los bienes a adquirir los produce o vende un solo fabricante o

proceder o cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra excluyen toda posibilidad de competencia;

- 4º En caso de contratos que tengan por objeto la fabricación de equipos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios en el extranjero, en los que no fuere posible aplicar los procedimientos licitatorios, dadas las modalidades bajo las cuales los fabricantes y proveedores convienen en producir o suministrar esos bienes, equipos o servicios;
- 5º En caso de calamidades que afecten a la colectividad o de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente; o
- 6º Si se trata de obras o bienes regulados por contratos resueltos o rescindidos y del retardo por la apertura de un nuevo proceso licitatorio pudieren resultar perjuicios para el organismo promovente.

Debe señalarse que en la redacción de estas dos normas de la Ley (arts. 33 y 34), en realidad, se siguió casi textualmente el contenido de los artículos 2, ordinal 1º y 34 del Reglamento de 1989, por lo que en la materia no hubo innovación alguna, salvo la contradicción *in terminis* de regular en una Ley de Licitaciones donde se declara que "todos los procedimientos para la selección de contratistas deberán ser por licitación" (art. 3), el procedimiento de adjudicación directa.

2. La licitación

En todos los otros casos en los cuales no proceda la adjudicación directa, la Administración para la selección de su contratista en los contratos de obra o de suministro, debe seguir un procedimiento de licitación. Por tanto, y salvo la excepción mencionada del artículo 34, la licitación siempre es necesaria en los contratos para adquisición de bienes o contratación de servicios con un valor estimado superior de Bs. 1.000.000,00 y en los contratos de obras con valor estimado superior de Bs. 10.000.000,00.

La consecuencia de la falta de cumplimiento del procedimiento licitatorio, es obligatorio, conforme a la Ley es la nulidad el contrato. Así lo establece el artículo 63 de la Ley de Licitaciones al disponer que:

"Los contratos para cuya celebración esta Ley exija licitación general o licitación selectiva serán nulos cuando se celebren sin seguir dichos procedimientos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias".

La licitación que, como se indicó, siempre implica la existencia de competencia competitiva para seleccionar al contratista, puede ser de dos tipos, general o selectiva, y en la misma "Los actos de preselección, recepción de ofertas, apertura de las ofertas económicas y decisión final, tienen carácter público" (art. 6).

A. La licitación general

De acuerdo a la definición del artículo 4 de la Ley, la "licitación general es el procedimiento de selección del contratista en el que puede participar cualquier inscrito en los Registros previstos en esta Ley, previo el cumplimiento de las condiciones particulares inherentes a cada proceso de licitación".

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley, siempre se debe proceder a la selección del contratista por licitación general, en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00); y
- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a treinta millones de bolívares Bs. (30.000.000,00).

Debe señalarse que conforme al artículo 60 de la Ley, estos montos en bolívares pueden ser actualizados anualmente por Decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros y previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela.

B. *La licitación selectiva*

“La licitación selectiva es el procedimiento de selección del contratista en el que los participantes, inscritos en los registros previstos en esta Ley, son escogidos por el ente promovente” (art. 5).

Ahora bien, de acuerdo al artículo 30 de la Ley, puede procederse por licitación selectiva en los siguientes casos:

- 1º En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) y hasta diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00);
- 2º En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado superior a diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00) y hasta treinta millones de bolívares (30.000.000,00); o

En cuanto a los montos en bolívares indicados en estos dos primeros casos, conforme se establece en el artículo 60 de la Ley, los mismos pueden ser actualizados anualmente por el Presidente de la República mediante Decreto dictado en Consejo de Ministros y previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, en la misma proporción y de acuerdo a los índices anuales de variaciones de precios del Banco Central de Venezuela:

- 3º Cuando conforme a la certificación expedida por el Registro Nacional de Contratistas, no existieren más de diez (10) empresas registradas debidamente calificadas para la respectiva contratación, atendiendo a exigencias de trabajos técnicos, suministros especializados, disponibilidad de equipos, capacidad económico-financiera y cualesquiera otros requerimientos que fundamente, restrinjan el número de empresas que puedan ser llamadas al respectivo proceso, independientemente del monto de la contratación.

Debe señalarse que conforme a la Ley también puede procederse por licitación selectiva, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos que regula el artículo 31 de la Ley:

- 1º Si la ejecución de la obra, el suministro de los bienes o la prestación del servicio tengan necesariamente que contratarse, con empresas internacionales especializadas, que no operen en el país;
- 2º Si se trata de la adquisición de bienes destinados a la experimentación o investigación; o

- 3º Por razones de seguridad del Estado calificadas como tales conforme a lo previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

3. *El fraccionamiento de la contratación y la licitación*

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley de Licitaciones, sólo por causas debidamente justificadas, a juicio de la máxima autoridad administrativa o del órgano superior de administración del ente contratante, según el caso, se podrá dividir en varios contratos la contratación de una misma obra o la contratación para la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

En todo caso, cuando el monto total de la obra, suministro o servicio, determine que el procedimiento aplicable es el de licitación general o licitación selectiva, se procederá la selección conforme a esos procedimientos, aun cuando el monto de la contratación sea inferior a los exigidos en los artículos 30 y 33 de esta Ley para las licitaciones.

4. *Efectos de la licitación respecto del control del contrato*

De acuerdo al artículo 76 de la Ley, los contratos que celebren los organismos sujetos a esta Ley para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o para la prestación de servicios, en los cuales los contratistas se hubieren seleccionado mediante licitación general o licitación selectiva, estarán excluidos del control previo de precios por parte de la Contraloría General de la República, tal como se regula en la Ley Orgánica de dicho organismo.

IV. LOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS ESTABLECIDOS PARA ASEGURAR EL PROCEDIMIENTO DE SELECCION DE CONTRATISTAS

La Ley de Licitaciones regula dos sistemas administrativos vinculados al proceso de selección de contratistas. En primer lugar, establece como condición previa para participar en los procedimientos de selección de contratistas, el que éstos estén inscritos en el Registro de Contratistas, a cuyo efecto regula el Sistema Nacional de Registro de Contratistas.

En segundo lugar, la Ley regula las funciones de los órganos administrativos a cuyo cargo está el proceso de selección, que son las Comisiones de Licitación, y a las que corresponde el principal papel en el proceso.

1. *El Sistema Nacional de Registro de Contratistas*

De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley, salvo en los casos de las adjudicaciones directas cuyo monto sea inferior a cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) y en los procesos de licitación general, licitación selectiva o adjudicación directa promovidos por los organismos o entes sujetos a la Ley de Licitaciones, será necesario estar inscrito en el Sistema Nacional de Registros de Contratistas.

En cuanto al monto en bolívares indicado, el artículo 60 de la Ley autoriza al Presidente de la República a que mediante Decreto dictado en Consejo de Ministros y previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados, lo pueda actualizar anualmente de acuerdo a los índices anuales de variación de precios del Banco Central de Venezuela.

En todo caso, a los efectos de regular este registro de contratistas, la Ley regula un Sistema Nacional de Registros de Contratistas y el procedimiento para la inscripción en el mismo.

A. *Constitución del Sistema*

El Sistema Nacional de Registros de Contratistas está constituido por el Registro Nacional, que funciona en Caracas en la Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República, y por los Registros Auxiliares de las personas jurídicas estatales a las cuales se aplica la Ley, los cuales serán determinados conforme a lo que establece el Reglamento (art. 8).

El Sistema Nacional de Registros de Contratistas, actuando como Centro de Información, de acuerdo al artículo 9 de la Ley, tiene las siguientes atribuciones:

- 1º Efectuar de manera permanente, conforme a los datos suministrados por los contratistas que se inscriban en los Registros Auxiliares, la sistematización, organización y consolidación de los datos enviados por estos últimos, conforme a lo que determine el Reglamento, y expedir la certificación de la inscripción en el Sistema, actuando como centro de información;
- 2º Suministrar a los entes a los que se refiere el artículo 2 de esta Ley y a las autoridades de los organismos descentralizados de los Estados o Municipios, la información correspondiente a los contratistas. Para estos fines, deberán requerir los datos necesarios de los Registros Auxiliares;
- 3º Elaborar y publicar periódicamente un directorio contentivo de la calificación y especialidad de los contratistas;
- 4º Establecer los sistemas de procedimientos aplicables a los Registros Auxiliares y supervisar su cumplimiento; y
- 5º Coordinar los planes de desarrollo y normalización del Sistema.

B. *Obligaciones de los contratistas*

El artículo 10 de la Ley autoriza a los Registros Auxiliares, en cumplimiento de sus funciones, el poder requerir de los contratistas toda la documentación exigida por la Ley y sus Reglamentos y, aquéllos están obligados a proporcionarla y deben practicar las auditorías y evaluaciones requeridas para la calificación y la actualización del Registro.

Además, los contratistas deben informar al Registro Auxiliar correspondiente, de todas las reformas de sus actas constitutivas o disposiciones estatutarias; de cambio o sustitución en su Junta Directiva o de actos de nombramiento de apoderados; de la enajenación o gravamen que recaigan sobre las acciones o cuotas de su capital social; o cualesquiera otros datos e informes que revistan interés para su debida identificación y calificación técnica, económica y financiera (art. 11).

El artículo 66 de la Ley, en todo caso, establece la sanción de suspensión del Registro Nacional de Contratistas, respecto de los contratistas que hayan dejado de actualizar sus datos en el Registro por un lapso de un (1) año. Sin embargo, el contratista excluido por esta causa podrá participar en el proceso de selección si cumple nuevamente con los requisitos de inscripción.

C. *Obligaciones de los entes públicos*

Los entes a los que se refiere la Ley, conforme al artículo 15 de la misma, deben remitir información al Registro Nacional de Contratistas, dentro de los tres (3) meses siguientes a la finalización de los contratos de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuando se considere que ha existido incumplimiento por parte del contratista. En todo caso, dentro del mismo plazo, el contratista puede dirigirse al Registro Nacional de Contratistas a objeto de informar sobre la ejecución del contrato.

D. Organización del Sistema

La organización de Registro Nacional y de los Registros Auxiliares, así como los criterios conforme a los cuales se debe realizar la calificación de la especialidad, capacidad técnica, administrativa y financiera de los contratistas, debe establecerse en el Reglamento de la Ley (art. 14).

En todo caso, el Sistema Nacional de Registro de Contratistas contará con el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones (art. 12), debiendo el funcionario responsable del Sistema Nacional de Registros de Contratistas ser escogido mediante concursos de credenciales, el cual estará sujeto al procedimiento que se establezca en el Reglamento de esta Ley (art. 13).

E. El procedimiento de inscripción

Para inscribirse en el Sistema Nacional de Registro de Contratistas, se deberá presentar una solicitud a través de un Registro Auxiliar, acompañada de la documentación que al efecto se determine en el Reglamento de la Ley, que conforme al artículo 17 debe comprender, entre otros datos, los siguientes:

- 1º Copia certificada del acta constitutiva y estatutos sociales debidamente actualizados;
- 2º Identificación de los socios que la integran;
- 3º Los estados financieros debidamente auditados correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios económicos, salvo que tuviere menor tiempo de constituida;
- 4º Copia de la declaración de impuesto sobre la renta del último ejercicio económico; y
- 5º Información acerca de su especialización, capacidad técnica, administrativa, identificación de equipos y datos sobre su propiedad y, en general, cualquiera otra información que permita realizar una calificación técnica idónea del contratista.

Estos recaudos exigidos en el artículo 17, se deben requerir de las personas naturales, en cuanto sea procedente (Parágrafo Unico, art. 17).

El cumplimiento por parte del contratista, ante los Registros Auxiliares del Sistema, de las formalidades previstas en la Ley y su Reglamento debería dar lugar a la respectiva inscripción provisional (art. 18). Sin embargo, conforme al artículo 19 de la Ley, dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, el registro auxiliar en realidad, puede acordar o negar la inscripción. En el caso de que se trate de negativa, ésta debe ser motivada y debe ser notificada al interesado, con indicación de la causa que determinó la decisión. En todo caso, conforme al artículo 19 de la Ley, la posibilidad de negativa de la inscripción está reducida sólo en tres casos concretos, al establecerse que:

“Solo se podrá negar la inscripción por haber sido objeto de una sanción grave, de acuerdo a los términos de esta Ley, por haber suministrado información falsa o por haber sido declarado en quiebra”.

Ahora bien, cuando la inscripción sea negada, el contratista puede recurrir, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación, por ante la máxima autoridad del ente al que esté adscrito el Registro Auxiliar ante el cual se tramitó la inscripción, la cual debe resolver en un lapso no mayor de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de la presentación del recurso. Esta decisión agota la vía administrativa.

En todo caso, y a los efectos de la Ley, en particular en cuanto a la consideración como actos administrativos de los adoptados en el procedimiento de licitación, el artículo 19 establece expresamente que "los funcionarios de los entes de derecho privado, previstos en el artículo 2º, actúan en función administrativa".

Ahora bien, en caso de que no proceda la negativa del registro, en el lapso de los noventa (90) días a los que se refiere el artículo 19, los Registros Auxiliares deben realizar la calificación de los contratistas utilizando la información que señala el artículo 10 y el ordinal 5º del artículo 17 de esta Ley (art. 20).

Una vez acordada la inscripción, y dentro de los cinco (5) días siguientes, los Registros Auxiliares deben remitir al Registro Nacional la información que determine el Reglamento de esta Ley (art. 21).

2. *Las Comisiones de Licitación*

En todos los casos de licitación, sea de licitación pública o general sea de licitación privada o selectiva, la conducción del procedimiento está a cargo de Comisiones de Licitación que todos los organismos públicos sujetos a la Ley de Licitaciones deben constituir, las cuales tienen carácter permanente y deben asesorar al ente en el seguimiento de los contratos (art. 22).

Estas Comisiones de Licitación deben estar integradas por un número impar de miembros de calificadas competencia profesional y reconocida honestidad y serán designados por la máxima autoridad del ente, preferentemente entre sus funcionarios o empleados, debiendo estar representadas en las Comisiones las áreas jurídicas, técnica y económico-financiera (art. 23).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 24 de la Ley, la Contraloría General de la República podrá designar representantes para que actúen como observadores, sin derecho a voto, en los procesos licitatorios.

Dicha norma, además, remite al Reglamento la determinación de otros entes públicos que pueden enviar observadores a los procesos de licitación. En tal sentido, el Reglamento de 1989 establecía que tanto el Instituto de Comercio Exterior y la Superintendencia de Inversiones Extranjeras en los casos de licitaciones internacionales, como el Colegio de Ingenieros de Venezuela en los casos de construcciones de obras, podían enviar representantes a las Comisiones de Licitación.

De acuerdo al artículo 25 de la Ley, los miembros y los representantes que conformen las Comisiones de Licitación, deben inhibirse del conocimiento del asunto cuya competencia les atribuye esta Ley, en los siguientes casos:

- 1º Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento;
- 2º Cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento;
- 3º Cuando hubieren manifestado su opinión en éste, de modo que se pudiera prejuzgar ya la Resolución del asunto; y
- 4º Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

El procedimiento de inhibición en estos casos debe tramitarse y decidirse conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Las Comisiones de Licitación se constituyen válidamente con la presencia de la mayoría de sus miembros y sus decisiones se deben tomar con el voto favorable de la mayoría de sus miembros (art. 26). Los miembros pueden disentir de la de-

cisión en cuyo caso lo deben manifestar en el mismo acto, debiendo dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, consignar por escrito las razones de su disentimiento, que se anexará al expediente. En caso contrario se entenderá su conformidad con las decisiones adoptadas (art. 27).

La Ley establece, finalmente, que los miembros de las Comisiones y los observadores llamados a participar en sus deliberaciones, así como aquellas personas que por cualquier motivo intervengan en las actuaciones de las Comisiones, están en el deber de guardar reserva (art. 28).

V. EL PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION

1. Régimen común del procedimiento en la licitación general y en la licitación selectiva

Debe señalarse que a pesar de la distinción que hace la Ley, en cuanto al procedimiento licitatorio, tanto en la licitación general como en la licitación selectiva (que en la doctrina se denominan, licitación pública y licitación privada), el procedimiento es un procedimiento básicamente idéntico, que implica la concurrencia competitiva de varios oferentes, y cuya diferencia está, particularmente, en la extensión y alcance del llamado a licitación o invitación a participar o a formular ofertas: en la *licitación general o pública*, el llamado es abierto, pues se dirige indeterminadamente a todos los posibles oferentes; en cambio, en la *licitación selectiva o privada*, el llamado de invitación a participar se hace a determinadas personas. Como lo ha señalado Adilson A. Dallari: "mientras en la licitación pública la afluencia de proponentes es ilimitada, en la licitación privada dicha afluencia es limitada. Además, en la licitación pública la presentación de oferentes obedece a un "llamado público objetivo" efectuado por la Administración Pública, en tanto que en la licitación privada, dicha presentación o comparecencia responde a una invitación personal directa formulada por la Administración"¹¹.

En definitiva, en la licitación pública pueden ser oferentes todas las personas que se ajusten a las condiciones generales establecidas para los contratistas del ente estatal; en cambio, en la licitación privada, los participantes son previamente seleccionados e invitados a participar.

La diferencia entre ambos procedimientos está, por tanto, en la etapa de preselección de los oferentes. Por ello, el Parágrafo Único del artículo 32 de la Ley establece expresamente que "salvo en lo que respecta a la fase de preselección de los contratistas, en la licitación selectiva se aplicará el mismo procedimiento previsto para la licitación general".

2. Condiciones previas para la iniciación del procedimiento licitatorio

De acuerdo con lo establecido en el artículo 57 de la Ley no se podrá iniciar proceso licitatorio alguno, sea general o selectivo, para ejecución de obras, adquisición de bienes, ni contratación de servicios si no estuvieren previstos los recursos necesarios para atender los compromisos correspondientes. Tampoco se podrá iniciar el proceso licitatorio para ejecución de obras si no existiere el respectivo proyecto.

Ahora bien, sólo se puede licitar conjuntamente el proyecto y la construcción de una obra, cuando a ésta se incorporen como parte fundamental equipos especiales altamente tecnificados; o cuando equipos de esa índole deban ser utilizados para ejecutar la construcción, y el organismo promovente considere que puede lograr

11. A. A. Dallari, *Aspectos jurídicos de licitação*, Sao Paulo, 1963, p. 55.

ventajas confrontando el diseño y la tecnología ofertados por los distintos a proponentes (art. 58).

3. *Iniciación del procedimiento*

El procedimiento licitatorio, que implica en definitiva el requerimiento a determinados oferentes para que presenten ofertas de contratación a la Administración, por supuesto exige un procedimiento previo de iniciación que conduce a la preselección de los oferentes posibles, y que varía según se trate de licitación general o de licitación selectiva.

A. *Iniciación del procedimiento en la licitación general o pública*

a. *La publicación inicial*

La apertura de la licitación general se debe anunciar mediante la publicación en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere (art. 35). En todo caso, prevé la Ley que a los fines de las publicaciones en ella previstas, podrá crearse un órgano de publicación oficial de circulación nacional para uso exclusivo de los promoventes de procedimientos de licitación general y licitación selectiva (art. 36).

De acuerdo al artículo 37 de la Ley, en la publicación que inicia el proceso de licitación general debe indicarse lo siguiente:

- 1º El objeto de la licitación;
- 2º Sus condiciones generales;
- 3º La documentación preliminar requerida;
- 4º Las condiciones mínimas de carácter técnico, administrativo y financiero, si fuere el caso, requeridas para la participación en el proceso; y
- 5º El sitio, día y hora, transcurridos los cinco (5) días laborables siguientes al de la publicación, en que en acto público se recibirán las manifestaciones de voluntad de participar en la licitación, así como la documentación preliminar requerida a ese efecto.

El ente promovente de la licitación debe suministrar mayor información a la señalada en esta norma del artículo 38, cuando así sea solicitado por los contratistas interesados en participar en el proceso.

b. *La preselección en la licitación general*

Consignadas las manifestaciones de voluntad de participar en la licitación, la Comisión de Licitación, mediante comunicación dirigida a cada uno de los contratistas, debe notificar a quienes, conforme a la decisión del ente licitante, resulten preseleccionados, con el fin de que presenten sus ofertas. Asimismo debe notificar, con expresión de las causas que lo motiven, a quienes hubieren sido descalificados (art. 38).

De acuerdo al artículo 39 de la Ley esta preselección supone la demostración, a satisfacción del organismo o ente licitante, que el contratista preseleccionado ha cumplido los requisitos exigidos en las condiciones de la licitación.

En todo caso, este acto de preselección tiene carácter público (art. 6).

B. *Iniciación del procedimiento en la licitación selectiva o privada*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley:

“La licitación selectiva se iniciará mediante la selección e invitación a participar en la misma de al menos cinco (5) contratistas inscritos en el Registro Nacional de Contratistas y se anunciará mediante la publicación en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere. La invitación estará fundamentada en los requisitos de experiencia, especialización y capacidad técnica y financiera, que se han tomado en consideración para invitar a los contratistas seleccionados; éstos deberán constar por escrito en el acto interno que al efecto se dicte. El contratante podrá requerir la asistencia del Registro Nacional de Contratistas.

Para la validez del proceso será necesaria la presentación de por lo menos tres (3) ofertas”¹².

De lo anterior resulta, por tanto, que hay una similitud sustancial entre los procedimientos de licitación general o de licitación selectiva, lo que provoca que los principios y normas que rigen la licitación pública sean aplicables íntegramente a la licitación privada salvo, por supuesto, lo atinente a las reglas de publicidad del llamado a concursar, pues la publicación por aviso en la prensa, en esta última, se limita sólo al llamado a determinados oferentes (al menos cinco). Sin embargo, en todo el resto del procedimiento, así como en los criterios de adjudicación, rigen las reglas propias de la licitación pública. Este es el principio general en el derecho administrativo¹³, que parte del supuesto general de que en todo procedimiento de concurso o licitación, público o privado, debe respetarse el principio de igualdad entre los oferentes, a cuyos efectos, el procedimiento establece una serie de garantías esenciales.

4. *La invitación a los oferentes*

Una vez seleccionados los posibles oferentes, tanto en las licitaciones generales como selectivas, la Comisión de Licitación, mediante notificación dirigida a cada uno de los contratistas, debe solicitarles la presentación de sus ofertas. En dicha notificación debe indicarse el objeto de la licitación; el plazo y el sitio para la entrega de la documentación completa correspondiente que el ente licitante hará a los contratistas; y el lugar, día y hora del acto público de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas (art. 40)¹⁴.

5. *La presentación de las ofertas*

El plazo para la recepción y apertura de las ofertas se debe fijar, en cada caso, teniendo especialmente en cuenta la complejidad de la obra o del suministro, pero no podrá ser en ningún caso menor de cinco (5) días laborables contados a par-

12. No reguló la Ley el supuesto de que en el Registro de Contratista no haya sino sólo dos posibles oferentes como en cambio sí lo nombraba el Reglamento de 1989 declarando que el procedimiento en ese caso era válido cualquiera que fuere el número de las ofertas (art. 32).

13. Cfr. R.J. Dromi, *La Licitación Pública*, Buenos Aires, 1975, p. 99.

14. Debe señalarse que el Reglamento de 1989 exigía que esta invitación además de notificarse se publica en la prensa (art. 10), lo que se eliminó de la Ley. Se observa, sin embargo, que el artículo 427, ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional establece que “se avisarán por la prensa todas sus condiciones, especificándose la obra, suministro o servicio, a objeto de la licitación; el acto jurídico que deba celebrarse, las obligaciones que contraerá la Nación y aquéllas a que deben someterse el licitador o licitadores. El Ejecutivo fijará un plazo de acuerdo con la importancia de la obra, suministro o servicio en cuestión”.

tir del último día de entrega a los preseleccionados de la documentación completa (art. 41).

Estas ofertas, debidamente firmadas y en sobres sellados, serán entregadas a la Comisión de Licitación en acto público a celebrarse al efecto. En ningún caso se admitirán ofertas después de la hora fijada ni se iniciará la apertura de los sobres antes de esa hora (art. 42)¹⁵

La presentación de las ofertas, conforme al artículo 43 de la Ley tiene por efecto jurídico el que los contratistas quedan obligados a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro y presentar junto con ellas caución o garantía suficiente, por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar la celebración del contrato, en caso de otorgamiento de la buena pro (art. 43).

Este es el principio general establecido en el artículo 427, ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional según el cual "una vez introducida una propuesta, su autor está obligado a sostenerla hasta que se dé la buena pro".

Sin embargo, la invitación a los oferentes y la presentación de las ofertas no obliga en forma alguna a la Administración a contratar. Como lo dispone el artículo 7 de la ley:

En todos los procedimientos regulados por esta Ley, mientras no se haya firmado el contrato definitivo, el ente promovente podrá decidir suspender o dar por terminado el proceso, cuando a su juicio sea conveniente. En estos casos, se dará una información razonada de la decisión al beneficiario de la buena pro, y se le indemnizará con una suma equivalente al monto de los gastos en los que incurrió para participar en el proceso de selección, dentro del lapso de noventa (90) días contados a partir de la decisión.

El ente promovente podrá abrir de nuevo el proceso de licitación, cuando hayan cesado las causas que dieron origen a la suspensión y transcurrido el lapso no menor de seis (6) meses, contados a partir de aquélla.

6. *La apertura de las ofertas*

Ahora bien, consignadas las ofertas, la Comisión de Licitación debe abrir en el mismo acto público los sobres contentivos de las ofertas, debe dar lectura a lo esencial de ellas y debe dejar constancia en acta de cualquier exposición que quisiera hacer alguno de los contratistas (art. 44)¹⁶.

Dicha acta debe ser firmada por los miembros de la Comisión, por los contratistas asistentes al acto y por los observadores designados, si fuere el caso. Si alguno de los llamados a firmar el acta se negare a hacerlo o por otro motivo no la suscribiere, se dejará en el acta constancia de esa circunstancia y de las causas que la originaron (art. 45).

7. *El rechazo de ofertas*

La Comisión de Licitación, en el proceso posterior de evaluación de las ofertas, conforme se establece en el artículo 46 de la Ley, no admitirá aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos siguientes:

15. Esta norma responde a la orientación del artículo 427, ord. 3º de la LOHPN que establece que: "*Las propuestas se enviarán en pliegos cerrados. Si entre las condiciones de la licitación se incluyere la de prestar caución, el licitador indicará la que ofrece en el mismo pliego de proposiciones; y si fuere fianza, deberá acompañar la conformidad del fiador propuesto, quien se obligará solidariamente con el proponente*".
16. Esta norma sigue la orientación del artículo 427, ord. 5º de la LOHPN, que establece que: "*Los pliegos se abrirán el día y la hora fijados en el aviso de licitación, en presencia de los licitadores que concurran. Se dará lectura a todas las propuestas y se desecharán de una vez las manifiestamente inadmisibles. Después de leídas las propuestas no podrá el licitador presentar una nueva caución.*"

- 1º Que no cumplan con las disposiciones de esta Ley o con los requisitos exigidos para la respectiva licitación;
- 2º Condicionadas o alternativas, salvo que ello se hubiere permitido en las condiciones de la licitación;
- 3º Diversas que provengan de un mismo proponente; o
- 4º Presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios directivos o gerentes en la integración o dirección de otro participante en la licitación.

8. *La selección de ofertas*

De acuerdo al artículo 428 (ord. 6º) de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional "se dará la buena pro a la propuesta que ofrezca mayores ventajas, expresándose en el acto estas circunstancias. Si se juzgare que ninguna de las propuestas llena las condiciones exigidas, se declarará desierta la licitación"¹⁷.

Este principio se ha desarrollado en la Ley de Licitaciones, en la cual establecen dos pasos: uno de preselección y otro de adjudicación.

En cuanto a la preselección, el artículo 47 de la Ley establece que para la selección entre ofertas que se encuentran dentro de un rango razonable de condiciones similares, se preferirán aquéllas en las que prevalezcan las siguientes condiciones:

- 1º Mayor participación de la ingeniería y tecnología nacionales;
- 2º Mayor incorporación de recursos humanos nacionales en todos sus niveles, inclusive el gerencial;
- 3º Mayor valor agregado nacional o mayor incorporación de partes o insumos nacionales.
- 4º Mayor participación nacional en el capital de la empresa;
- 5º La posesión de la marca NORVEN.
- 6º Mejores condiciones para la transferencia de tecnología;
- 7º El fortalecimiento de pequeñas y medianas empresas y cooperativas.
- 8º Que el oferente opere en el área o región donde se ha promovido la licitación o en el lugar donde habrá de construirse la obra, prestarse el servicio o entregarse el suministro y que realice, en esa zona, actividades económicas de manera permanente y continua.

En base a los criterios anteriores para hacer la preselección, la Comisión debe examinar las ofertas y escogerá las que ofrezcan mayores ventajas. Como resultado debe presentar sus recomendaciones en informe razonado, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de las ofertas, salvo que, consideradas las razones de la Comisión, el organismo o ente licitante acuerde prorrogar el lapso para la presentación del informe de la Comisión (art. 48).

El mencionado informe de la Comisión debe ser especialmente detallado en sus motivaciones, en cuanto a los aspectos técnicos, económicos y financieros y, en particular, en lo relativo al precio, si éste no fuera el más bajo con el fin de asegurar que las ofertas recomendadas sean, en su consideración integral, las más convenientes para los intereses del organismo promovente de la licitación. En este informe se debe señalar si, a juicio de la Comisión y de acuerdo a sus consideraciones integrales, existieran ofertas que merezcan la segunda y tercera opción (art. 49).

17. Art. 428, ord. 6º LOHPN. Véase *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1938-1963*, tomo II, Caracas 1963, pp. 104-108.

9. *La adjudicación de la buena pro*

Dentro de los treinta (30) días laborables siguientes a la recepción del informe que presente la Comisión, el ente licitante otorgará la buena pro o declarará desierta la licitación. El ente licitante podrá acordar, por una sola vez, una prórroga para tomar esta decisión hasta por un lapso igual de 30 días laborables (art. 54).

El otorgamiento de la buena pro debe ser notificado al contratista beneficiado con la misma y a los demás contratistas participantes en el proceso (art. 55).

Quien obtenga la buena pro debe presentar, dentro del plazo fijado y a satisfacción del organismo o ente licitante, las garantías exigidas por éste en las condiciones de la licitación para la ejecución del contrato. Sin el cumplimiento de este requisito, el contrato no se otorgará y se procederá a ejecutar la caución o garantía prevista en el artículo 43 de la Ley. En tales casos se respetará el derecho de preferencia de quienes hayan obtenido la segunda y tercera opción en la preselección (art. 56).

En efecto, conforme al artículo 50 de la Ley:

“Los contratistas que hubieren merecido la segunda y tercera opción tendrán, en este mismo orden, el derecho a que les sea otorgada la buena pro, en caso de que el contratista más ventajoso para el promovente no mantenga su oferta o le sea revocada la buena pro”.

Por otra parte, la Ley autoriza expresamente a que en los casos de adquisición de bienes o prestación de servicios, pueda adjudicarse proporcionalmente la buena pro a la totalidad o parte de varias ofertas que presenten, igualmente, las mayores ventajas, si así se ha establecido expresamente en las condiciones de la licitación, tomando en cuenta la naturaleza y las características de la contratación a celebrar (art. 51).

Debe señalarse, por último, que cuando la buena pro se hubiese otorgado incurriendo en vicios de forma o de procedimiento o cuando la decisión de otorgarla se hubiese tomado partiendo de datos falsos aportados por su beneficiario, el artículo 62 de la Ley de Licitaciones autoriza al ente promovente para declarar nulidad del acto.

En estos casos, y cuando concurran las circunstancias mencionadas, si la máxima autoridad administrativa del organismo promovente se abstiene injustificadamente de declarar la nulidad del acto, será sancionado con multa que oscilará entre el diez (10) y el veinte (20) por ciento del monto total del contrato a que se refiere la buena pro. Así lo establece expresamente el artículo 65 de la Ley.

10. *La declaratoria de la licitación como desierta*

En el informe de la Comisión de Licitación que debe elaborarse una vez analizadas las diversas ofertas, conforme al artículo 52 de la Ley, ésta puede recomendar al ente licitante que declare desierta la licitación cuando:

- 1º No concurran al menos tres (3) contratistas;
- 2º Las ofertas resulten inadmisibles por no corresponder a las condiciones generales o particulares de la licitación;
- 3º Que todas las ofertas resulten inconvenientes; o

- 4º Que de continuar el procedimiento podría causarse perjuicio al organismo o ente licitante ¹⁸.

Si la licitación fuere declarada desierta, deberá publicarse en un diario de los de mayor circulación en el país y en uno de la respectiva localidad, si lo hubiere (art. 55).

Declarada desierta una licitación debe procederse a una nueva, salvo que por causa justificada, a juicio de la máxima autoridad del organismo o ente licitante, oída la Comisión de Licitación, se determine que no es conveniente iniciar otra licitación, en cuyo caso, se podrá proceder por licitación selectiva, pero todos los procedimientos de selección deberán ser convocados bajo las condiciones establecidas inicialmente (art. 53).

VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PROCESO DE SELECCION

El procedimiento de selección de contratistas, sin duda, exige precisar las consecuencias jurídicas tanto de la publicación de la licitación como de la presentación de las ofertas por los postulantes.

En cuanto al valor de la publicación de la licitación, el problema a resolver es si se trata de una verdadera oferta o de una simple invitación a tratar ¹⁹. El interés de esta distinción es importante: si existe una verdadera oferta, una aceptación por parte del licitante de ese ofrecimiento perfecciona el contrato, y el autor de la oferta se encuentra obligado a cumplirlo.

Sin embargo, la publicación de licitación por parte de la Administración, no es una oferta, sino simplemente una invitación a tratar o una simple invitación a los particulares para que ofrezcan condiciones de contratar a la Administración. Por tanto, la verdadera oferta en la licitación es la propuesta del particular. La aceptación de la oferta por la Administración se haría concediendo la buena pro por la adjudicación, pudiendo, como hemos visto, sin embargo, declarar desierta la licitación si juzga que las propuestas no llenan los requisitos exigidos. Por tanto, la Administración por el hecho de haber publicado el aviso de licitación no se obliga a aceptar la mejor propuesta, sino que su aceptación es libre.

Pero debe señalarse que en este campo, el hecho de otorgar la buena pro que equivaldría a aceptar la oferta, no obliga a la Administración a contratar. En efecto, en cuanto a la presentación de las ofertas por los oferentes, la consecuencia fundamental de ello es que conforme al artículo 427, ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, "una vez introducida una propuesta, su autor está obligado a sostenerla hasta que se dé la buena pro"; o como lo establece el artículo 43 de la Ley:

"Los contratistas deben obligarse a sostener sus ofertas hasta el otorgamiento de la buena pro, y presentar junto con ellas caución o garantía suficiente, por el monto fijado por el organismo licitante, para asegurar la celebración del contrato, en caso de que se le otorgue la buena pro".

Ahora bien, en cuanto a la situación de la Administración, aun después de otorgada la buena pro, y cuando a juicio del ente promovente existiesen razones

18. Sin embargo no se puede declarar desierta una licitación por errores de la administración en las condiciones generales de la licitación; de lo contrario, la administración tendría que indemnizar los daños y perjuicios en que incurran los proponentes para la elaboración de las ofertas. Véase, *CGR Dictámenes de la Consultoría Jurídica 1935-1936*, tomo II, Caracas 1963, p. 109.

19. Véase la distinción en Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Egea, segunda parte, Vol. I, Buenos Aires, p. 153.

de interés público que así lo aconsejen, el artículo 59 de la Ley establece que se podrá desistir de la celebración del contrato. En este caso, sin embargo procederá el pago de la indemnización establecida en el artículo 7 de esta Ley, relativa a los gastos en los que hubieren incurrido los oferentes para participar en el proceso de selección.

VII. EL SISTEMA SANCIONATORIO

La Ley establece un sistema sancionatorio totalmente inadecuado e, incluso, inconstitucional, al prescribir que:

“quienes infrinjan esta Ley, estarán sujetos a multas hasta por un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00)” (art. 64).

Sobre este tipo de previsión legal de sanciones sin especificación expresa de las respectivas infracciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 9-8-90, que hemos consultado en original, al declarar la nulidad de una norma similar de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, ha establecido la doctrina de que ese tipo de normas viola el principio de legalidad desarrollado por los artículos 60, numeral 2, y 69 de la Constitución, que exige al legislador que además de la multa determine, concordantemente, el hecho infractor que da lugar a la aplicación de la multa. Por tanto, el artículo 64 de la Ley de Licitaciones puede decirse que sería también inconstitucional, al no contener la determinación de los tipos de infracción que llevarían a la aplicación de la multa en él consagrada.

En todo caso, la Ley de Licitaciones establece otras normas relativas al régimen sancionatorio, que deben destacarse.

En primer lugar, dispone que cuando el infractor de la Ley fuere un contratista se le sancionará, además, con la suspensión en el Sistema Nacional de Registros de Contratistas por un lapso no menor de un (1) año y no mayor de cinco (5) años (art. 67).

En segundo lugar, el artículo 69 de la Ley considera como una circunstancia agravante que el infractor fuere miembro de la Comisión de Licitación, funcionario público, o empleado que preste servicios bajo cualquier modalidad al ente promovente, o que fuere uno de los observadores de los procesos licitatorios, designado conforme lo que prevé el artículo 24 de esta Ley.

Por último, en cuanto a la autoridad a quien corresponde imponer las sanciones a que se refiere la Ley, el artículo 68 dispone que será el Contralor General de la República, siguiendo el procedimiento previsto en el Título VI, Capítulo III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de las infracciones y faltas y los eventuales perjuicios causados al ente promovente.

VIII. LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA LEY

Por último, debe señalarse que el artículo 78 de la Ley de Licitaciones dispone que:

“Las dudas que puedan presentarse en casos concretos en cuanto a la inteligencia, alcance y aplicación de esta Ley, serán resueltas por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”.

Se prevé así, un recurso contencioso administrativo de interpretación por ante la Corte Suprema de Justicia, en sentido similar al que se había consagrado en la Ley de Carrera Administrativa.