

# TRES TEMAS BÁSICOS DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

## THREE FUNDAMENTAL TOPICS IN PUBLIC PROCUREMENT

**Luis Godoy Duria**

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Correspondencia: [lgodoy@dnep.gov.py](mailto:lgodoy@dnep.gov.py)

**Resumen:** En este artículo pretendo exponer algunos de los conceptos que, según mi opinión, son fundamentales para una gestión exitosa de las contrataciones públicas realizadas en el marco de la Ley N°7021 De Suministros y Contrataciones Públicas y que muy a menudo son obviados o que no son debidamente considerados y ello provoca obstáculos innecesarios y desviaciones de la finalidad principal de la contratación pública.

Por eso me enfocaré en este trabajo en tres temas básicos -de los muchos que hay- con la intención de esclarecerlos para aplicarlos con criterios predecibles y ellos son: (1) una propuesta de orden de precedencia de los principios rectores, (2) una distinción entre los denominados documentos sustanciales y formales de las ofertas y, (3) una aclaración de lo que es una desviación sustancial o significativa de la oferta respecto a las bases de la contratación.

**Palabras clave:** Principios, Orden de precedencia de principios, Documentos sustentables, Documentos formales, Desviación sustancial de las ofertas

**Abstract:** In this article I intend to present some of the concepts that, in my opinion, are fundamental for the successful management of public procurement carried out within the framework of Law 7021 on Public Supplies and Contracting and that are very often ignored or are not duly considered and this causes unnecessary obstacles and deviations from the main purpose of public procurement.

That is why I will focus in this work on three basic topics - of the many that there are - with the intention of clarifying them to apply them with predictable criteria and they are: (1) a proposed order of precedence of the guiding principles, (2) a distinction between the so-called substantial and formal documents of the offers and, (3) a clarification of what is a substantial or significant deviation of the offer with respect to the bases of the contract

**Keywords:** principles, Order of precedence of principles, Sustainable documents, Formal documents, Substantial deviation of offers.

## **1. NUEVA ESTRUCTURA EN LA QUE SE INSCRIBE LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS**

Antes de desarrollar los puntos propuestos, debemos considerar que desde la entrada en vigor de la Ley 7021 en el mes de agosto del año 2023, la gestión de las contrataciones se inscribe como una etapa más, aunque muy importante, de la denominada Cadena Integrada de Suministro Público.

Esta cadena integrada comprende también otras etapas como la planificación de necesidades, la programación presupuestaria, la administración de los bienes, servicios, consultorías y obras públicas contratados y la evaluación de las metas programadas y efectivamente cumplidas, que podrán ser objeto de trabajos posteriores.

Una novedad que introduce la Ley 7021 es la creación de una estructura en la cual las partes se relacionan jerárquicamente de la siguiente manera:

El Sistema Nacional de Suministro Público (en adelante SNSP), es un conjunto de normas, principios, procesos, procedimientos, técnicas e instrumentos macro cuya finalidad es lograr un eficiente y eficaz empleo de los recursos públicos al contratar la provisión de bienes, servicios, consultorías y obras públicas. El Ministerio de Economía y Finanzas es el órgano rector del SNSP y es el responsable de emitir las políticas, normas y lineamientos que deben ser observados.

La Cadena Integrada de Suministro Público (en adelante CISP) es un conjunto de actividades que se desarrollan bajo las políticas, normas y lineamientos emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas como órgano rector del SNSP y bajo las reglamentaciones técnicas que emita la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, ajustadas a aquellas directrices.

La Gestión de las Contrataciones o Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, es una etapa de la CISP de las varias que la componen y dentro de la cual se encuentran inscritos los conceptos que serán objeto de este trabajo.

## **2. LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA DE LOS PRINCIPIOS.**

¿Por qué resulta necesario establecer un orden de precedencia de los principios?

La pregunta y la respuesta que se esboza en este artículo están influidas por la obra del doctrinario nacional Daniel Mendonça, quien analiza los casos de conflictos de derechos y propone el establecimiento de un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer uno sobre el otro, con base en un determinado criterio de ordenación en situaciones específicas. Esa operación, según el autor citado, permite identificar, ordenar y seleccionar derechos que se encuentran en conflicto en situaciones determinadas (Mendonça, 2016).

Como primer paso en la tarea de establecer un orden de precedencia de los principios rectores de las contrataciones públicas, es importante enunciar la finalidad del SNSP porque define el rumbo que necesariamente debe seguir la administración pública convocante para alcanzarla.

El Estado no puede deambular sin un objetivo y ese objetivo, en lo que atañe al ámbito de suministros y compras públicas, está previsto en la Constitución de la República del Paraguay y en

la Ley de Suministro y Contrataciones. Los principios rectores del SNSP son las ideas que dirigen y regulan la actuación del Estado para llegar a un fin que responde a estas preguntas:

¿Qué fin se persigue? El logro de las metas y objetivos estratégicos y operativos de las instituciones públicas. Pero no termina ahí porque los objetivos estratégicos y operativos están orientados a su vez hacia un fin superior que es el interés general, el cual, podemos decir, es el fin último al que aspira toda la estructura (y todo el Estado).

¿Cómo? Mediante un eficiente y eficaz empleo de los recursos públicos. Se deduce con ello que todas las políticas, normas, procesos y procedimientos establecidos lo están en función al logro de los objetivos estratégicos y operativos de las instituciones públicas, es decir, están en relación de medios para un fin y eso determina su escala jerárquica. En ese sentido, García Morente (2004, p.178) dijo:

“Todo fin que a la vez sea medio, recibe su forzosidad o su necesidad del conocimiento que tenemos de que es causa eficiente de otro fin superior...habrá que depender de otro fin más lejano y así sucesivamente hasta que lleguemos a un fin que no sea medio, que sea querido en sí y por sí mismo, un fin que deba ser”.

Eso mismo, trasladado al ámbito de los principios rectores que están enunciados en el artículo 4º de la Ley 7021, significa que hay principios que tienen una finalidad práctica y que deben ser observados porque dependen de un fin jerárquicamente superior, es decir, son medios para otros fines. Así podemos afirmar que entre los principios que orientan la actuación de la Administración en el marco del SNSP hay un orden jerárquico establecido en base a un criterio de ordenación.

Entre todos los principios enunciados en la ley, a mi criterio, son los principios de economía, eficacia y eficiencia enunciados en el artículo 4º de la Ley N°7021 los que se encuentran en la cúspide de la escala jerárquica de los principios que orientan la actividad de contrataciones públicas, o, mejor dicho, del SNSP.

La satisfacción de las necesidades públicas con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado paraguayo las mejores condiciones, la obtención de los mejores resultados y el logro de las metas propuestas, a través de la utilización adecuada de los recursos públicos es el fin al que se orientan todos los demás principios que se convierten así en medios para su consecución y por ello, es el fin último de las actividades de la Cadena Integrada de Suministro Público.

Estos principios de economía y eficiencia son los únicos que no admiten una omisión o una aplicación atemperada porque son queridos en sí mismos y todos los demás principios ceden total o parcialmente ante ellos, porque tienen una relación de medios con relación a dichos fines.

Por ejemplo, el principio de publicidad cede ante contrataciones por motivos de seguridad del Estado o se modera por razones de suma urgencia que admiten una difusión posterior de las actuaciones cuando el contrato ya fue firmado; el principio de capacidad fiscal cede ante la necesidad de iniciar los procesos en el caso de los llamados ad referéndum; los principios de igualdad y de concurrencia ceden ante la necesidad (objetiva y justificada) de la Administración que establece en sus pliegos de bases y condiciones requisitos que determinan que sólo un sector se encuentre en condiciones de concurrir a ofertar pudiendo cumplir con esos requisitos que deben estar establecidos en función de la necesidad que debe ser satisfecha y la relativización del formalismo hace que éste ceda ante errores u omisiones subsanables o incluso dispensables cuando

se trata de una oferta que se ajusta significativamente al pliego de bases y condiciones y que es la que ofrece las mejores condiciones de contratación. Pero los principios de economía, eficiencia y eficacia no ceden ante ninguno de los otros principios enunciados.

Conviene acotar que el criterio de ordenación que otorga prevalencia a la maximización de la utilidad y del bienestar general es el que determina el orden de los principios y dicho orden sería muy distinto si es que fuera, por ejemplo, el principio de igualdad el criterio predominante y ello tendría consecuencias muy distintas en todas las etapas de planificación, convocatoria y adjudicación.

La intención del presente artículo no es agotar un debate ni discutir el orden de todos los principios, sino la de señalar la existencia de un orden jerárquico y establecer la subordinación de los demás principios a los de economía, eficiencia y eficacia con base en el criterio de ordenación establecido.

Para justificar que el principio de legalidad puede admitir ciertas relativizaciones, a diferencia de los de economía, eficiencia y eficacia, me baso en el hecho de que hay incumplimientos de las normas que pueden ser subsanados o convalidados siempre que el acto no se haya desviado de su fin, que es el de obtener las mejores condiciones de contratación. El principio de legalidad admite escalas de gravedad, y, por consiguiente, es relativo.

El fin principal es el logro de las metas y objetivos estratégicos mediante un eficiente y eficaz empleo de los recursos públicos y esto orienta a todo el proceso, desde la planificación de la contratación, la elaboración de las bases y condiciones, la evaluación y selección de ofertas y la ejecución contractual. Todo requisito establecido en el pliego de bases y condiciones y valorado en la etapa de evaluación de ofertas tiene una finalidad, apunta justamente a la etapa de ejecución contractual y a la consecución de la finalidad ya explicada en este apartado. Si un requisito que determina la calidad del bien, servicio u obra o una cualidad del proveedor no está en función a la ejecución contractual, esto es, en función de la satisfacción de necesidades en las mejores condiciones de contratación, entonces significa que está de más, que es innecesario y redundante y, por lo tanto, incumple la prohibición del artículo 45 de la Ley 7021/22 referente a la incorporación en los pliegos de bases y condiciones de elementos que no resulten técnicamente indispensables.

### **3. DOCUMENTOS DE CARÁCTER SUSTANCIAL Y DE CARÁCTER FORMAL DE UNA OFERTA.**

Esta parte de la exposición pretende una aproximación al concepto en vez de limitarse a distinguir los documentos sustanciales y formales mediante la mera enunciación de cuáles son los documentos sustanciales según la lista del artículo 59 del decreto reglamentario o de cuáles son sus efectos (la imposibilidad de solicitar aclaraciones y la descalificación de la oferta). Sabemos cuáles son las consecuencias que trae la omisión o la presentación defectuosa de los llamados documentos sustanciales y por ello no podemos negar la importancia de su análisis y de conocer su concepto.

La Ley 7021/22 no realiza una clasificación expresa de documentos sustanciales o formales, sino que dice en su artículo 52: “Los defectos de forma o no sustanciales y los errores de cálculo en las propuestas podrán ser subsanados...”, pero es el decreto reglamentario N°9823 el que introduce esa distinción, principalmente en sus artículos 55, 57 y 59.

El artículo 55 del decreto reglamentario establece cuál debe ser la metodología de evaluación y el primer paso es la verificación de la documentación de carácter sustancial, disponiéndose la eliminación de las ofertas que omitan su presentación o que la presenten deficientemente. Vemos que se introduce el concepto de documento sustancial y el efecto de su presentación deficiente.

Por su parte, el artículo 57 otorga mayor claridad, aunque no define expresamente qué son documentos sustanciales o formales, pero dice en su último párrafo: “No se solicitará, ofrecerá, ni permitirá ninguna modificación a los precios ni a la sustancia de la oferta, excepto para confirmar la corrección de errores aritméticos”. Con esa redacción podemos aproximarnos al concepto de documentos sustanciales como aquéllos que contienen información que constituye la sustancia de la oferta y entonces los documentos formales podrían definirse negativamente como aquellos que no contienen información que se refieren a la sustancia.

El artículo 59 del decreto enuncia cuáles son los documentos de carácter sustancial, a los que, sin decirlo expresamente, les opone los otros documentos que podemos llamarles formales.

La omisión o presentación defectuosa de los documentos sustanciales, en principio, no puede ser subsanada o complementada y por ello la oferta podría ser descalificada. En cambio, los documentos formales pueden ser objeto de corrección o aclaración en cuanto a la información que contienen o pueden ser presentados incluso después del acto de presentación y apertura de ofertas.

Para comprender la diferencia y la relevancia del análisis de la documentación es importante considerar la diferencia entre forma y contenido. Los documentos son vehículos que contienen información. La información contenida en el documento es lo más importante para la convocante, a fin de que ésta tenga la certeza de que se encuentra ante una oferta seria, incondicionada, completa y con intención de generar un vínculo jurídico.

Y esto es lo que debe quedar bien claro, la documentación es importante por la información que contiene y no es importante por sí misma. Por eso es que el artículo 57 del decreto no dice que no se admitirá modificación o aclaración de documentos sustanciales, sino que habla de la sustancia de la oferta, es decir, de la información que constituye su sustancia.

Tampoco debemos confundir y pensar que la diferencia entre documentos formales y sustanciales radica en la importancia del documento, porque todos los documentos son importantes. La diferencia radica en que los documentos denominados sustanciales contienen información sin la cual una oferta no sería tal.

Lo sustancial se refiere a los aspectos definitorios de algo y si no se encuentran reunidos esos aspectos no estamos frente a “ese algo”, sino ante algo distinto. Entonces, ¿qué elementos constituyen la sustancia de una oferta?

La oferta se define como una declaración de intención de formar un vínculo jurídico que debe denotar con claridad: a.- la intención de obligarse, b.- el precio, c.- la concordancia con lo requerido y su completitud, d.- a quién va dirigida y, e.- su carácter incondicionado.

**Denotar la intención de obligarse:** si no se denota la intención de obligarse de parte de quien formula una declaración, entonces no constituye una oferta. Los documentos que contienen la declaración expresada determinan si estamos o no ante una oferta válidamente formulada.

Además de la declaración contenida en el formulario de ofertas, una garantía de mantenimiento de oferta también denota la seriedad de la intención de vincularse.

Los documentos que acreditan la existencia o la personería de los oferentes son necesarios para determinar la capacidad de obligarse de quien formula la oferta.

**Precio:** es un elemento necesario porque las contrataciones realizadas por el Estado son onerosas. (Ley 7021. Art. 3. Definiciones: k) Contratación Pública).

**Completa y concordante con el objeto requerido por la convocante:** como una convocatoria es una invitación realizada por la entidad convocante para que se presenten ofertas en los términos indicados por ésta, la oferta debe ser formulada de modo que abarque todos los aspectos previstos en la invitación (cantidad, calidad, plazo, etc.). Si es incompleta, la convocante no podrá tener la certeza si se debió a un simple error o a una omisión adrede del oferente quien no estaba interesado en ofertar conforme a las condiciones establecidas por la convocante o si pretendía introducir elementos nuevos.

Si la convocante le solicita aclaraciones o la subsanación de omisiones respecto a los términos de la oferta que se refieren a la cantidad, calidad, plazo que están indicados en los formularios de oferta y planilla de precios, podría vulnerar el principio de igualdad porque implicaría la modificación de la oferta entendida como la declaración de voluntad de obligarse en los términos indicados en la invitación a ofertar.

**Dirigida a la convocante:** en concordancia con lo anteriormente expuesto, la convocante debe tener la certeza de que la oferta formulada va dirigida a ella, de modo que al aceptarla se produzca el consentimiento que dé nacimiento a un contrato válido. Si la convocante tuviera que dar la oportunidad al oferente de ratificar su oferta una vez presentadas y abiertas las respectivas carpetas, estaría vulnerando el principio de igualdad.

**Incondicionada:** la intención debe ser formulada de tal manera que el oferente no someta su efectividad a un hecho, acto o prestación de la Convocante. Por ej.: *“esta oferta será válida si el dólar no sube a xxxx gs en los próximos dos meses”*.

Si la documentación presentada no contiene información suficiente o correcta que permita tomar conocimiento de la existencia de esos elementos sustanciales, no nos encontramos ante una oferta o nos encontramos ante una oferta deficientemente formulada que, en caso requerirse su corrección, puede otorgar ventajas injustas y vulnerar el principio de igualdad. Esto es así porque, generalmente, en el derecho privado donde rige la llamada autonomía de la voluntad, las partes formulan contraofertas y negocian sus términos en un ida y vuelta de declaraciones mutuas, pero en el ámbito de las contrataciones públicas no se puede negociar los términos de las ofertas, pues éstas se presentan una sola vez y la Administración debe seleccionar la mejor entre todas.

Entonces, los documentos denominados sustanciales son aquéllos que contienen información sobre los elementos definatorios de la oferta, es decir, que constituyen su sustancia

<b>DOCUMENTOS SUSTANCIALES (art. 59 Decreto 9823)</b>	<b>INFORMACIÓN SUSTANCIAL</b>
El formulario de oferta y la lista de precios debidamente llenados y firmados.	Concordancia con el objeto requerido y completitud. Elementos: precio, cantidad, plazo.
La garantía de mantenimiento de oferta debidamente extendida.	Intención de vincularse. Seriedad de la oferta.
Los documentos que acrediten la existencia del oferente.	Capacidad de obligarse de quien formula la oferta.
Los documentos que demuestren las facultades del firmante de la oferta para comprometer al oferente.	Capacidad de obligar a la persona quien se presenta en su representación.
Los documentos que la DNCP disponga como sustanciales en los pliegos estándar o reglamentaciones.	---

¿Cuál es la importancia de los documentos formales?

La información contenida en los documentos sustanciales no agota toda la información que necesita la convocante para determinar la mejor oferta presentada. Además de la capacidad de obligarse, de la intención de vincularse, de la concordancia con el objeto requerido, la completitud de la oferta y del precio, también hay otros elementos que deben acreditarse y que tienen que ver con las características personales de quien formula la oferta (capacidad financiera, experiencia, capacidad técnica) o con las especificaciones técnicas y la calidad de los bienes o servicios requeridos (habilitaciones, catálogos, certificados de calidad, autorizaciones, etc.).

En diversas resoluciones dictadas por ella, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, ha venido sosteniendo el criterio de la existencia de *errores materiales* en documentos sustanciales que no necesariamente provocan el rechazo de una oferta, sin embargo, no se ha desarrollado la justificación del por qué esos errores materiales en documentos sustanciales no determinan el rechazo de la oferta por lo que no se tienen criterios definidos para ser aplicados y sobre todo para justificar en uno u otro sentido la decisión que sea adoptada. Pretendo darle una razón a dicho criterio y considero que debe ponerse el acento en el análisis de la información contenida en la documentación evaluada y determinar si es que el error determina la inexistencia de una oferta o un defecto que afecte su sustancia (elementos definitorios).

Por razones de brevedad del artículo me limito a mencionar por último una distinción entre documentos declarativos y documentos constitutivos. Lo correcto en puridad sería decir que hay documentos que instrumentan actos constitutivos, extintivos o modificatorios de derechos y obligaciones como por ejemplo los permisos, autorizaciones, habilitaciones y aprobaciones y hay otros documentos que formalizan actos declarativos de una situación preexistente, tales como certificados, constancias, declaraciones juradas, etc.

La diferencia principal entre ambos tipos de documentos es que los documentos que llamamos constitutivos deben encontrarse emitidos y en poder de los oferentes a la fecha de la presentación de ofertas en virtud del principio de igualdad, mientras que los documentos declarativos podrían ser emitidos con fecha posterior, siempre que la situación declarada en ellos sea preexistente a la fecha de presentación y apertura de ofertas y ello es así porque la fecha no es lo importante en sí misma, sino la información contenida en el documento.

Finalmente podemos decir que los documentos sustanciales se refieren a los elementos definitorios de una oferta y responden a las preguntas ¿estamos ante una oferta o no? ¿la oferta presentada es completa y fue válidamente formulada? Los documentos formales, por su parte, responden a otro tipo de preguntas, tales como ¿el oferente tiene las cualidades requeridas? ¿el objeto ofertado reúne las cualidades, cantidades y especificaciones técnicas solicitadas?

#### **4. DESVIACIONES SUSTANCIALES O SIGNIFICATIVAS DE LAS OFERTAS RESPECTO A LAS BASES Y CONDICIONES**

Por último, quisiera dedicar unas líneas a distinguir algo que podría prestarse a confusión por un uso indistinto de un mismo término al que se le otorgan significados distintos.

En líneas previas tratamos de no confundir lo que es sustancial con lo que es importante. Es cierto que todo lo sustancial es importante, pero no todo lo importante es sustancial y eso lo vimos con los documentos formales.

Sin embargo, en la ley 7021 y en su decreto reglamentario se utiliza la palabra sustancial indistintamente cuando se refiere a la sustancia de la oferta y cuando se refiere a la importancia o no de una desviación de lo ofertado con relación a lo requerido en el pliego de bases y condiciones, en otras palabras, qué grado de adherencia tiene lo ofertado a las bases y condiciones.

Cuando en el artículo 56 de la ley 7021 se establece que se declarará desierto un procedimiento si las ofertas se apartaran sustancialmente de las condiciones exigidas en las bases de la convocatoria, no se refiere a lo sustancial como definitorio de algo (que fue lo que vimos al analizar los documentos sustanciales), sino que se refiere a una desviación importante o grave del objeto ofertado. Eso significa que hay desviaciones respecto a las condiciones exigidas que no son graves ni importantes y que no motivan una descalificación de las ofertas que sí se acercan en mayor medida a las condiciones de la licitación.

El artículo 58 del decreto reglamentario utiliza la frase “una oferta se ajusta sustancialmente a las bases y condiciones” para referirse a desviaciones que carecen de virtud para descalificar la oferta porque no afectan el alcance y la calidad de los bienes, obras o servicios (inciso a), porque no limitan los derechos de la convocante o las obligaciones del oferente emanadas del contrato (inciso b) o si es que se rectifican tales desviaciones, reservas u omisiones afectaría la competencia en igualdad de condiciones en perjuicio de los demás oferentes (inciso c).

Lo que implica es cierta flexibilidad porque permite que sean aceptadas ofertas que se ajusten en mayor medida a las bases y condiciones siempre que la extensión y la calidad de lo ofertado esté conforme con lo requerido, que la oferta no limite los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de las bases y del contrato o que no se afecte la competencia en igualdad de condiciones. Respecto a esta última condición, podría ensayar un criterio general diciendo que no se le puede dispensar a una oferta un requisito o una especificación del bien o servicio que hubiera

significado ponerle en una posición más ventajosa respecto a los demás oferentes en cuanto a precios, tiempos de entrega u otras condiciones que determinan una ventaja en su favor.

## 5. REFERENCIAS

García Morente, Manuel (2004). *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*. Ediciones Cristiandad S.A.

Mendonca, Daniel (2016). *Derechos, razón y emoción. Conflicto y balance de derechos*. Centro de Estudios Constitucionales.