

Capítulo tercero. Principios, excepciones y fases de la licitación pública	77
A. Los principios de la licitación pública	77
1. Publicidad	80
2. Igualdad	82
a. Igualdad de condiciones	83
b. Elegir a quien ofrezca mejores condiciones en el procedimiento de licitación	84
3. Competencia	85
4. La moralidad administrativa	86
B. Excepciones a la licitación pública	88
C. Fases de la licitación pública	98

CAPÍTULO TERCERO PRINCIPIOS, EXCEPCIONES Y FASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

A. LOS PRINCIPIOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

106. En un buen artículo que escribió Pedro de Miguel García,¹²⁶ hace ya algunos años, hablaba sobre los *principios inspiradores de la contratación administrativa*, y decía que esos principios tenían dos aspectos previos; por un lado, las singularidades del contrato administrativo respecto a la contratación privada (aspecto sustantivo) y, por otro (aspecto dinámico), la dependencia de las ideologías dominantes. ¿Qué quiere decir esto?

En una primera explicación señala el autor que el contrato administrativo, al igual que otras muchas instituciones empleadas por el derecho administrativo, es una categoría importada del derecho privado que al entrar al servicio de la administración ha sufrido una profunda metamorfosis. La igualdad de las partes desaparece ante la peculiar posición de la administración.¹²⁷

Por otro lado, las ideas del liberalismo económico y del intervencionismo estatal, afectan sensiblemente a la figura del contrato administrativo, ya que la administración, en mayor o menor medida, puede hacer uso de sus poderes exorbitantes,

la administración, al asumir el cumplimiento de los fines del Estado, en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general, no puede vincularse de forma absoluta y definitiva al cumplimiento rígido de sus contratos. Esto supone una excepción a dos de los principios cardinales de la contratación: el de la fuerza

¹²⁶ “Los principios inspiradores de la contratación administrativa en el derecho español”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, La Coruña, año XIV, núm. 41, septiembre-diciembre 1975.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 445.

vinculante del acuerdo libre de voluntades y el de la igualdad de las partes. El interés público que los contratos administrativos deben perseguir, justifica estas excepciones.

La coexistencia en el contrato administrativo de un interés general —el perseguido por la administración— y un interés privado —el buscado por el contratista—, unido a la primacía de aquél sobre éste en caso de colisión, rompe la posición igualitaria de las partes en favor de una de ellas —la administración— convirtiendo a la otra —el contratista— en un mero colaborador. En este sentido, el contrato administrativo es una más de las modalidades de que se vale la administración para obtener la participación de los particulares, en la realización de sus fines.¹²⁸

107. Si bien es cierto, que el contrato administrativo no es la licitación pública; también es cierto, que las dos instituciones están ligadas entre sí, ya que el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil; pero, la licitación pública y el contrato administrativo se encuentran ligados a una norma que tiene como prerrogativa el poder público: la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, puesto que a decir de su propio artículo primero, dicha Ley es de “orden público e interés social”.

En ese ordenamiento, la autoridad no sólo tiene obligación de ejecutarla, sino también tiene la facultad de interpretar dicha Ley, “a efectos administrativos”.¹²⁹

A decir de Marienhoff,¹³⁰ la licitación tiene sus caracteres, los cuales esencialmente son dos:

1. Es un procedimiento “automático” de elección del cocontratante de la administración pública, en cuyo mérito el contrato ha de adjudicársele a quien haya ofrecido el “precio” más conveniente.
2. Ella sólo obliga, desde el principio, al o a los oferentes o licitadores que formulan las “ofertas”, pues dichas ofertas deben ser mantenidas por los licitadores durante el lapso que el ordenamiento jurídico vigente establezca; en cambio, las obligaciones de la administración pública recién nacen con la adjudicación del contrato, comunicada al interesado, pudiendo, antes que ésta tenga lugar, dejar sin efecto la

¹²⁸ *Ibidem*, p. 448.

¹²⁹ El artículo 8o. de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, otorga facultades de interpretación a las secretarías de Hacienda y Crédito Público; Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 198.

licitación dispuesta. De modo que, *ab-initio*, sólo una de las partes del contrato en perspectiva queda obligada hacia la otra: el licitador u oferente hacia la administración pública.

Este último carácter de la licitación, en cuanto a la originaria obligación del oferente o licitador de mantener la oferta durante un lapso determinado, constituye el “principio” en derecho administrativo. En esto se observa una manifiesta disociación entre dicho derecho y el derecho civil, donde impera el “principio” contrario; vale decir, en derecho privado el oferente puede retirar su oferta en cualquier momento mientras no haya sido aceptada, salvo convención en contrario.¹³¹

108. La licitación pública, como institución de derecho administrativo tiene diversos principios; aún la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la cantidad y calidad de ellos. Así, por ejemplo, Zanella,¹³² dice que los principios de la licitación pública son: igualdad, legalidad, impersonalidad, moralidad y probidad, publicidad, vinculación con el instrumento convocatorio, juzgamento objetivo, adjudicación compulsoria y de amplia defensa.

La concurrencia y la publicidad aparecen como principios en la obra de Colmeiro¹³³ y de Gerando.¹³⁴ En cambio, Leonel Benavides dice que los principios de la licitación pública son cuatro: concurrencia, igualdad, publicidad y moralidad administrativa.¹³⁵

Independientemente de lo que pueda señalar la doctrina, sobre los principios reguladores de la licitación pública, los fundamentales que la rigen, son:

- la publicidad;
- la igualdad, y
- la competencia o concurrencia.

¹³¹ *Ibidem*, p. 200.

¹³² Zanella Di Pietro, María Sylvia, *Direito Administrativo*, 4a. ed., São Paulo, Editora Atlas, 1994, p. 257.

¹³³ Colmeiro, Manuel, *Derecho administrativo español*, Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja Editor, 1850, t. II, p. 36.

¹³⁴ Gerando, Joseph-Marie de, *Institutes du Droit Administratif Français*, 2a. ed., París, Torel Libraire-Editeur, 1846, t. V, p. 3.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 9.

Tales principios rigen el procedimiento licitatorio, razón por la cual el incumplimiento de cualquiera de ellos lo hace ineficaz. Asimismo, aprovecharemos para comentar el caso de la moralidad administrativa.

1. *Publicidad*

109. El principio de la publicidad implica la posibilidad de que los interesados estén enterados de todo lo relativo acerca de la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas; este principio parte del texto constitucional (artículo 134) y se desarrolla en la propia Ley (artículo 30).

La publicidad es un principio rector de todo procedimiento administrativo, pues implica el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, requisito esencial del debido proceso y que a su vez presupone una característica de la garantía de audiencia del gobernado, prevista en el artículo 14 constitucional.

La exigencia de la publicidad constituye una regla fundamental de la licitación; la sola expresión “licitación pública” señala su importancia.

La noción de publicidad es, además, doble: significa en primer lugar que cuando una licitación pública va a tener lugar, debe ser anunciada de antemano; esta publicidad previa o publicación, está destinada evidentemente a la vez, en segundo lugar, a suscitar la competencia y a colocar a los candidatos eventuales en un plano de igualdad.

110. La publicidad concierne también al desenvolvimiento mismo de la licitación; ya que ésta se debe llevar a cabo en las condiciones de publicidad, que estudiaremos más adelante; esta segunda forma de publicidad se propone, entre otras cosas, facilitar el control y respetar las reglas de la licitación, por parte de la propia administración.

En relación con la publicidad previa (convocatoria), dice André de Laubadère que esta publicación tiene como finalidad “informar a los candidatos eventuales de la apertura de la licitación y, al mismo tiempo, darles a conocer las condiciones generales del *marché* (contrato).¹³⁶

La publicidad es entendida como la garantía de que todo se hará correctamente.¹³⁷

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 594.

¹³⁷ *Jèze, op. cit.*, t. IV, p. 90.

Para que la licitación se pueda llevar a cabo, es necesario que primero haya publicidad, pues los potenciales licitadores deben conocer que existe una licitación antes de que participen formulando sus ofertas o proposiciones; dicha publicidad tiene que ser adecuada.

Una licitación pública, dice Marienhoff,¹³⁸ realizada a hurtadillas sería un absurdo jurídico, un contrasentido; de ahí la fundamental importancia, del adecuado cumplimiento del requisito de la publicidad.

111. Este principio se encuentra reflejado en toda la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas: como principio general (artículo 30); en las convocatorias (artículo 32); en las bases de la licitación (artículo 33); en las modificaciones que se hagan a convocatorias y bases (artículo 35); en los actos de aclaraciones (artículo 35); en el conocimiento del fallo (artículo 37); en los actos de apertura de ofertas y fallo (artículos 45 y 58); y cuando una licitación se declare desierta (artículo 47).

Por tal motivo, en la licitación pública, la publicidad debe ser satisfecha en todas las fases del procedimiento a partir de la convocatoria, pues ella constituye un aspecto fundamental del llamado a la licitación.

Luego, en la apertura de los sobres que contienen las ofertas, que se debe realizar en audiencia pública, previamente establecida, para dar a conocer a todos los oferentes el contenido de las mismas, puesto que no se debe realizar de manera clandestina u oculta a los ojos de los particulares.

También, con base en tal principio regulador de la licitación pública, deben darse a conocer a los oferentes los dictámenes producidos para la evaluación de las ofertas.

Pero esto último no implica permitir que los licitadores se inmiscuyan en el procedimiento de evaluación, pues éste es un trámite interno de la administración pública.

Finalmente, la publicidad tiene por objeto hacer un llamado a licitación, no constituye en sí misma una oferta de contrato por parte del Estado o ente público licitante, sino un llamado para que formulen propuestas los licitadores, sobre las bases establecidas por la administración pública.

138 *Op. cit.*, p. 202.

2. Igualdad

112. La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la licitación pública, pues con base en ella se cimenta la moralidad administrativa, que rige el procedimiento licitatorio.

Ahora bien, si la licitación se basa en la competencia de varias propuestas presentadas, para que la administración pública pueda seleccionar la más conveniente, la igualdad se manifiesta en el sentido de que sólo es posible una real confrontación entre los oferentes, cuando éstos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio de otros.

De tal manera, el principio de igualdad exige que la adjudicación se haga a aquel oferente que, presentando las mejores condiciones para el Estado, se haya ajustado a las bases de la licitación, pues de no ser así la administración pública carece de soporte para comparar las ofertas.

El principio de igualdad, en consecuencia, rige todas las fases del procedimiento licitatorio, desde la formulación de las bases o pliego de condiciones hasta la adjudicación, como lo señala Berçaitz¹³⁹ al comentar este principio.

113. El pliego que contiene el llamado, no puede crear favoritismos hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas, hasta la apertura del acto, para evitar que el conocimiento de las presentadas por alguno sirva para reacomodar los datos de otro competidor; las aclaraciones al pliego deben ser hechas con suficiente anticipación y publicadas para conocimiento de quienes se presenten; las ofertas deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser modificadas por nadie, con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismos, que determinarían su nulidad absoluta.

Este principio de igualdad rige tanto para los licitadores como para la administración pública, pues se refiere tanto a la posición que guardan los oferentes frente a la administración, así como a la posición de cada uno de ellos frente a los demás.

Concluyendo, este principio de igualdad pretende dar un trato igualitario a todos los oferentes. Y el mismo, dentro del campo de la licitación pública,

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 324.

tiene una doble finalidad: ser garantía para los administrados, en protección a sus intereses y derechos como contratistas; y, al mismo tiempo, como oferentes y como particulares, constituir una garantía para la administración pública.

114. La igualdad entre los competidores comprende dos aspectos:

1. Las condiciones deben ser las mismas para todos los oferentes; y
2. Debe darse preferencia, a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración pública.

Como puede verse, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en idéntica situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

El principio de igualdad proviene de la norma constitucional (artículo 4o.) y supone evitar la “discriminación jurídica por razones arbitrarias”.¹⁴⁰

Tal y como ya lo señalamos anteriormente, este principio supone dos reglas: igualdad de condiciones y preferir al que ofrezca condiciones más ventajosas para la administración.

a. Igualdad de condiciones

115. Esto trae como consecuencia lo siguiente:

1. Según el artículo 34 de la Ley:

Todo interesado que satisfaga los requisitos de la convocatoria y las bases de la licitación tendrá derecho a presentar su proposición. Para tal efecto, las dependencias y entidades no podrán exigir requisitos adicionales a los previstos por esta Ley. *Asimismo, proporcionarán a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con la licitación, a fin de evitar favorecer a algún participante.*

2. Tanto en licitaciones nacionales como en internacionales, *los requisitos y condiciones* que contengan las bases de licitación, *deberán ser los mismos para todos los participantes*, especialmente por lo que se

¹⁴⁰ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 18.

refiere a tiempo y lugar de entrega; plazos para la ejecución de los trabajos; normalización; forma y plazo de pago; penas convencionales; anticipos, y garantías (artículo 33).

3. Igualdad en cuanto a las garantías (artículo 38):

Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley, deberán garantizar: I.- La seriedad de las proposiciones en los procedimientos de licitación pública; II.- Los anticipos que, en su caso, reciban y III.- El cumplimiento de los contratos.

Este efecto tiene una excepción, en cuanto a la garantía de cumplimiento de contrato, que en su momento se comentará.

4. Igualdad en la calificación de propuestas, ya que es un requisito de las bases de la licitación (artículo 33), contener (fracción VI): criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos.

b. Elegir a quien ofrezca mejores condiciones en el procedimiento de licitación

116. Este principio ya está implícito en el ordenamiento constitucional y lo reafirma la Ley, a fin de asegurar la igualdad entre los competidores, ya que el procedimiento se lleva a cabo de la siguiente manera:

1. Las propuestas se entregan en sobres cerrados en forma inviolable, en sesión pública (artículo 45, fracción I y artículo 58, fracción I).
2. Se abren los sobres que contengan las propuestas técnicas presentadas, rubricándose dichas propuestas, así como los sobres que contienen las propuestas económicas (artículos 45 y 58).
3. Se abren las propuestas económicas, se da lectura en voz alta al importe de las propuestas y se rubrican.
4. En junta pública se dará a conocer el fallo de la licitación.
5. En cuanto a la adjudicación, los artículos 46 y 59 de la Ley traen dos párrafos idénticos, uno que corresponde para adquisiciones y el otro para obra pública, respectivamente, que a la letra dice:

Una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará a la persona que, de entre los licitantes, reúna las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

Si resultare que dos o más proposiciones son solventes y, por tanto, satisfacen la totalidad de los requerimientos de la convocante, el contrato se adjudicará a quien presente la proposición cuyo precio sea el más bajo.

El artículo 43 de la Ley todavía contiene una aclaración a lo anterior, en base a la preferencia nacional:

En los procedimientos para la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como de obra pública, las dependencias y entidades optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional y los propios de la región, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados.

3. Competencia

117. La competencia en primera instancia supone un ejercicio del comercio, entendido como una regla fundamental del derecho moderno.¹⁴¹

La licitación pública es un instrumento de contratación administrativa, destinado a promover y estimular la competencia o el mercado competitivo, en el cual participan el mayor número posible de licitadores u oferentes, con el fin de que la administración pública pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, entre las que se selecciona la que mejores condiciones ofrece.

La licitación se basa en la competencia de varias propuestas presentadas, para que la administración pública pueda seleccionar la más conveniente.

La competencia asegura a la administración pública la participación de un mayor número de ofertas (artículo 35), lo cual le permite tener una más amplia gama de licitadores u oferentes, de los cuales se puede obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Por tal motivo, la publicidad de la convocatoria debe realizarse con toda oportunidad, a fin de que los oferentes tengan pleno conocimiento del llamado de la administración pública, para que ésta pueda recibir una amplia y variada gama de ofertas, entre las que se pueda elegir a la que mejores condiciones ofrezca.

¹⁴¹ Duguit, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2a. ed., París, Ancienne Librairie Fontemoing Editeurs, 1925, t. V, p. 219.

118. La competencia debe estar apoyada, a nuestro juicio, en la honorabilidad comercial de cada proveedor o contratista, ya sea que por un lado, se evite caer en la publicidad engañosa (violación al artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor) o, por otro lado, se tengan prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia entre los agentes económicos (artículos 8o. y 9o. de la Ley Federal de Competencia Económica).

Todo ello implicaría que estuviéramos ante actos de competencia desleal, los cuales, a decir de Molina,¹⁴² pueden ser de tres tipos: actos desleales hacia el competidor, hacia el consumidor y deslealtad al mercado. Dentro de esos actos estarían los relativos al contenido de los bienes que se venden¹⁴³ o aquellos que impliquen violación al secreto de fábrica,¹⁴⁴ independientemente de que puedan ser considerados como hechos ilícitos, fraude específico relativo a la venta de artículos o ejecución de obras públicas.¹⁴⁵ Asimismo, dentro de esas violaciones estarían los casos de *dumping*.¹⁴⁶

4. La moralidad administrativa

119. En relación con la moralidad administrativa, ya hemos dicho que aunque algunos autores la consideran un principio de la licitación pública, lo cierto es que la expresión “moralidad administrativa” es un concepto muy fluido, además de esencialmente cambiante y subjetivo.

Como sabemos, los actos de la administración deben estar acompañados de patrones éticos vigentes, en la sociedad a la cual se destinan y a la época en que fueron practicados, pero nunca contrariando las disposiciones legales, pues si es indiscutible la plenitud del principio de legalidad es, también, indiscutible la existencia de un principio de moralidad.

Al respecto, Gordillo¹⁴⁷ señala que

142 Molina Blázquez, Concepción, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1993, p. 93.

143 Navarro, Guillermo Rafael, *Delitos de deslealtad en el comercio y la industria*, Buenos Aires, Pensamiento Jurídico Editora, 1960, p. 130.

144 Delmanto, Celso, *Delitos de concurrencia desleal*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 185.

145 Fracciones VI y XII del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal.

146 Sanoner, Marcelo Fernando, “El procedimiento de selección del cocontratante. La licitación pública”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1989-A, p. 1080.

147 Gordillo, Agustín A., “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año 4, núms. 9-11, 1992, p. 304.

la corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional a los defectos de la licitación que se ha intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobre todo no es la respuesta eficaz, como lo demuestra la práctica en cualquiera de nuestros países.

El tema de la corrupción debe tratárselo en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo, indispensables en una sociedad democrática, no el limitado y presuntamente técnico, de los principios de la licitación pública.

Las técnicas puntuales de control de la corrupción mediante el formalismo o la igualdad en la licitación pública no sirven, lo han demostrado: son las grandes instituciones de transparencia y control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción.

120. Coincidimos con él, en el sentido de que la moralidad administrativa no es un principio de la licitación pública; pero la administración sí debe estar impregnada, en sus servidores y en sus actos, de moralidad mediante una reforma administrativa.

Dice Fix-Zamudio que los autores de la reforma administrativa federal, no obstante los adelantos obtenidos y los profusos estudios realizados sobre este tema, han omitido este aspecto verdaderamente fundamental de la estructura normativa de la administración pública, que radica en la uniformidad hasta donde ello es posible, del procedimiento administrativo de la licitación pública.¹⁴⁸

En igual sentido, tampoco existe uniformidad en la legislación sustantiva, careciendo, por ejemplo, de una ley reglamentaria del artículo 134 constitucional... respecto a que vigile la honradez y que asegure las mejores condiciones para el Estado.

121. El derecho administrativo, aunque es una rama propia y distinta de otras del derecho, participa de ciertos principios del derecho civil, además de reenvíos recíprocos frecuentes; ha sido común, empero, entre varios tratadistas, la pretensión de abrir una brecha infranqueable entre ambas ramas del derecho.

La administración 1982-1988, con acierto, pretendió la “Renovación moral administrativa” de los servidores públicos, como principio y base de la misma.

¹⁴⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 35.

Hubiera sido mejor hablar de moralidad administrativa, más que de renovación moral, porque este término se puede prestar a equivocaciones, aunque circunstancial y conceptualmente hablando se identificaron, siguiendo las tesis sustentadas por el entonces presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado.

Confiamos en que la moralidad administrativa sea un principio básico del actuar de la administración, a efecto de que surja una verdadera carrera del servicio público y se evite en lo futuro que los empleados públicos en su actuación, pasen de una dependencia a otra, de una paraestatal a una secretaría o viceversa, dependiendo del gusto del titular en turno.

Así como en el Poder Judicial, la carrera y trayectoria en el mismo, debe ser un requisito sano de eficiencia, integridad y justicia para ascender, con lo cual se fortalece la debida independencia de dicho poder frente a los otros; en los órganos auxiliares del Ejecutivo, componentes de la administración pública, debería ocurrir lo mismo.

Sirvan las anteriores reflexiones, entre otras muchas, que pudieran hacerse en materia de moralidad de la administración pública en nuestro país.

B. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA

122. Así como existe la obligatoriedad de celebrar licitaciones públicas en nuestra legislación, la misma permite casos excepcionales o de dispensa de la propia institución, o sea, se dan hipótesis en las que se puede no celebrar la licitación.

Podemos, por lo tanto, formular tres principios en función de los cuales la licitación sería dispensable: imposibilidad material, imposibilidad jurídica y conveniencia administrativa.

El principio de *imposibilidad material*, significa que la licitación no sería exigida en los casos en que su realización fuera materialmente imposible, en virtud de la singularidad del objeto o por la situación excepcional, a la que se enfrente la administración.

El principio de *imposibilidad jurídica* sería aplicable cuando la confrontación de los intereses en juego pudiese resultar en ofensa a los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: la supremacía del interés público sobre el privado y la indisponibilidad de los intereses públicos. En esta hipótesis no sería obligatoria la licitación. En esta categoría estarían,

por ejemplo, la dispensa de la licitación en casos de guerra, seguridad nacional, calamidad pública, emergencia y perturbación del orden público.

El principio de la *conveniencia administrativa* es el más débil de todos, y puede hacer dispensable la licitación con fundamento en la presunción de legitimidad de los actos de la administración. Abarcaría, por ejemplo, la dispensa de licitación para contrataciones de pequeño volumen. En estos casos, dada la fragilidad del principio y dado que también aquí ingresa el criterio administrativo, no podría quedar a la discreción de cada agente público, sino que dependería de un acto de autorización, de preferencia de carácter normativo, emitido por la autoridad administrativa de jerarquía más alta.

Ya hemos visto cómo el artículo 28 de la Ley contempla dos hipótesis para que el Estado pueda contratar: una será por licitación pública y la otra por invitación restringida, la cual comprenderá: la invitación a cuando menos tres proveedores o contratistas y la adjudicación directa.

123. Cuando la contratación se efectúe por el procedimiento de invitación restringida, deberán cumplirse ciertos requisitos, señalados en el artículo 80 de la Ley,¹⁴⁹ entre ellos la elaboración del dictamen que fundamente y motive las razones de la adjudicación, además de que este tipo de operaciones tendrán que ser supervisadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

149 Dicho ordenamiento en lo medular expresa: “La opción que las dependencias y entidades ejerzan, deberá fundarse, según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. En el dictamen a que se refieren los artículos 46 y 59, según corresponda, deberán acreditar, de entre los criterios mencionados, aquellos en que se funda el ejercicio de la opción, y contendrá además:

- El valor del contrato;
- Tratándose de adquisiciones, arrendamientos y servicios, una descripción general de los bienes o servicios correspondientes y, tratándose de obra pública, una descripción general de la obra correspondiente;
- La nacionalidad del proveedor o contratista, según corresponda, y
- Tratándose de adquisiciones y arrendamientos, el origen de los bienes.

En estos casos, el titular de la dependencia o entidad, a más tardar el último día hábil de cada mes, enviará a la Secretaría, a la Contraloría y, en su caso, al órgano de gobierno, un informe que se referirá a las operaciones autorizadas en el mes calendario inmediato anterior, acompañando copia del dictamen aludido en el segundo párrafo de este artículo.

En adquisiciones, arrendamientos y servicios, el informe podrá ser enviado por el presidente del comité de adquisiciones a que se refiere el artículo 24, en caso de que así lo autorice el titular de la dependencia o entidad. En materia de obras públicas, esta obligación será indelegable.

No será necesario rendir este informe en las operaciones que se realicen al amparo de los artículos 81, fracción VI del inciso A, y 83.”

124. Las excepciones a la licitación pública, tanto las contenidas en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas como en la Ley del Banco de México,¹⁵⁰ pueden ser divididas en cuatro categorías:

1. En razón de situaciones extraordinarias;
2. En razón del objeto;
3. En razón de la persona; y
4. En razón del monto.

A continuación vamos a señalar cada una de las hipótesis, por categoría.

En razón de situaciones extraordinarias

125. Esta categoría contempla ciertas situaciones relativas a la demora del procedimiento o la incompatibilidad con la urgencia de celebración del contrato que se tiene que realizar en beneficio del interés público. Así, encontramos las siguientes hipótesis.

126. *a. Con fines militares.* El artículo 42 de la Ley señala en lo esencial que el presidente de la República podrá autorizar la contratación directa de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas con fines militares o para la Armada.¹⁵¹

En este supuesto, la Ley no menciona el instrumento o procedimiento, mediante el cual el presidente de la República autorizará dicha contratación, pero se puede suponer que será a través de un decreto presidencial para situaciones generales o a través de un acuerdo administrativo, para casos particulares.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala en sus artículos 29 y 30, que corresponde a las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, las atribuciones relativas al Ejército y a la Armada, respecti-

¹⁵⁰ Se comentará el artículo 57 de la Ley del Banco de México, ya que contempla los casos de excepción de la licitación pública para ese organismo, ya que por ser autónomo y tener Ley propia, contempla hipótesis relativas a la licitación.

¹⁵¹ Dicho artículo a la letra dice: “Artículo 42. El presidente de la República podrá autorizar la contratación directa de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como de obra pública, incluido el gasto correspondiente, y establecerá los medios de control que estime pertinentes, cuando se realicen con fines, exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la nación y garantizar su seguridad interior.”

vamente. Lo cierto es que, en la práctica, las adquisiciones o la obra pública, que se contratan con estos propósitos, muy poco están sujetas a licitación.

127. *b. En caso de emergencia nacional o calamidad pública.* El artículo 81 de la Ley, en su fracción II señala que se podrá contratar directamente cuando peligre o se altere el orden público, la economía o los servicios públicos.¹⁵²

Esta fracción contempla los casos de emergencia nacional o de calamidad pública, entendida ésta como una situación de excepción, provocada por factores anormales y adversos que afectan gravemente a comunidades, privándolas total o parcialmente de sus propiedades o derechos de manera temporal. Este señalamiento se puede desdoblar en cuatro puntos:

1. Cuando peligre o se altere el orden social, la economía (del país o de una región), los servicios públicos, la salubridad¹⁵³ o la seguridad.
2. Cuando peligre o se altere el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales. Según el artículo 3o. de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, se entiende por ambiente el conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan: en un espacio y tiempo determinados.
3. Por casos fortuitos o de fuerza mayor. Estos dos conceptos jurídicos han sido entendidos como sinónimos, por un lado, y por otro se le llama caso fortuito al acontecimiento de la naturaleza y fuerza mayor al hecho del hombre. También los casos fortuitos son entendidos, como los hechos que no pudieron preverse o que previstos no pudieron evitarse. Lo cierto es que los dos institutos, a decir de Borja Soriano,¹⁵⁴ tienen tres características: imprevisibilidad, generalidad e imposibili-

¹⁵² Expresamente dice el artículo: “II.- Peligro o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales, por casos fortuitos o de fuerza mayor, o existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes”

¹⁵³ El artículo 181 de la Ley General de Salud señala, para la salubridad general que “en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el presidente de la República”.

¹⁵⁴ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8a. ed., México, Editorial Porrúa, 1982, p. 471.

dad absoluta y definitiva. Este hecho coincide con la fracción V del artículo 57 de la Ley del Banco de México.

4. Cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes. También este hecho coincide con la fracción VIII del artículo 57 de la Ley del Banco de México.

128. c. En caso de rescisión de contrato. Esta hipótesis está encuadrada en lo que la Ley denomina “rescisión administrativa”, contemplada en el artículo 40 que expresa que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista. La “rescisión administrativa”, en mi opinión, se equipara al pacto comisorio expreso señalado en el artículo 1949, del Código Civil. Asimismo se expresa en la Ley del Banco de México, artículo 57, fracción III, que un caso de excepción al requisito de licitación pública es cuando se dé por terminado anticipadamente un contrato o se rescinda.

Esta hipótesis tiene un tratamiento especial, según lo señalado en la fracción III del artículo 81 de la Ley; ya que menciona que si el contrato se ha rescindido por causas atribuibles al cocontratante de la administración, entonces en estos casos, la dependencia o entidad podrá adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, siempre que la diferencia en precio, con respecto a la postura que inicialmente hubiere resultado ganadora, no sea superior al diez por ciento más alta.

129. d. En caso de doble licitación pública. Sin que en ambas se hubiesen recibido proposiciones solventes. Así lo establecen la fracción IV del artículo 81 de la Ley y la fracción IX del artículo 57 de la Ley del Banco de México.

Esta excepción tiene relación directa con el caso de la licitación desierta (artículo 47 de la Ley) y el supuesto caso de cancelación de la licitación (adjudicación le llama la Ley) por parte de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo (artículo 33 *in fine* de la Ley).

Como quiera que sea, a este caso le llama Delpiazzo¹⁵⁵ la “contratación tras procedimiento frustrado”, que según él contempla tres supuestos:

¹⁵⁵ Delpiazzo, Carlos, *Manual de contratación administrativa*, 2a. ed., Montevideo, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1992, t. I, p. 165.

1. Cuando la licitación resulte desierta;
2. Cuando no se hubieren recibido proposiciones solventes, y
3. Cuando se cancele la licitación.

130. e. *Por razones confidenciales del gobierno federal.* Relativo a la ejecución de obra pública, dice la Ley en el artículo 81, letra B, fracción III, podrá haber excepción cuando: “III.- Se trate de obras que, de realizarse bajo un procedimiento de licitación pública, pudieran afectar la seguridad de la nación o comprometer información de naturaleza confidencial para el gobierno federal.”

131. f. *De no existir tres proveedores o postores idóneos.* Este caso no está contemplado en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; sin embargo, sí está señalado en la del Banco de México (artículo 57, fracción II).

132. 2. *En razón del objeto*, estamos ante una categoría de excepciones que contempla las siguientes seis hipótesis:

- a. Cuando el oferente sea titular de la marca.
- b. En caso de adquisición de bienes perecederos.
- c. Cuando se trate de adquisición de bienes para comercializarlos.
- d. Cuando la adquisición sea de servicios de mantenimiento.
- e. Cuando la contratación sea obra pública de trabajos de conservación.
- f. Cuando el Banco de México adquiera insumos para fabricar billetes o moneda metálica.

Las veremos sucesivamente a continuación.

133. a. *Oferente titular de marca.* En el caso de adquisiciones, tenemos la siguiente excepción, según precepto del artículo 81, A, fracción I de la Ley, cuando: “I.- Existan razones justificadas para la adquisición y arrendamiento de bienes de marca determinada...”.

En esta hipótesis, coincidimos con Dromi,¹⁵⁶ cuando señala que este caso debe cumplir con cuatro condiciones:

1. Que los bienes se hallen *amparados legalmente* por marca o patente, lo cual deberá probarse documentalmente.
2. Que la necesidad de la administración *no pueda ser satisfecha igualmente* con otros artículos.
3. Que la necesidad de la administración *sólo pueda ser satisfecha*, por el titular de la marca o patente.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 174.

4. Que se acredite con informes y dictámenes técnicos, que “*no existen sustitutos convenientes*”.

134. b. En caso de adquisición de bienes perecederos. El artículo 81, A, fracción II de la Ley, señala otro caso de excepción a la licitación pública, cuando:

II.- Se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprocesados y, bienes usados. Tratándose de estos últimos, el precio de adquisición no podrá ser mayor al que se determine mediante avalúo que practicarán las instituciones de banca y crédito u otros terceros legitimados para ello conforme a las disposiciones aplicables.

135. c. Adquisición de bienes para comercializarlos. Establecido en el artículo 81, A, fracción V de la Ley, cuando: “V.- Se trate de adquisiciones de bienes que realicen las dependencias y entidades para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios.”

136. d. Adquisición de servicios de mantenimiento. En general, la prestación de servicios, con este propósito, señala la fracción VI, de la letra A del artículo 81: “VI.- Se trate de servicios de mantenimiento, conservación, restauración y reparación de bienes en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo o determinar las especificaciones correspondientes.”

137. e. Obra pública de trabajos de conservación. Así reza la fracción I de la letra B del artículo 81 de la Ley:

I.- Se trate de trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición de los inmuebles, en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución.

138. f. Cuando el Banco de México adquiera insumos para fabricar billetes o moneda metálica. Este caso de excepción se encuentra comprendido en la fracción X del artículo 57 de la Ley del Banco de México, y supone la compra de materia prima para la fabricación de moneda.

139. 3. En razón de la persona. Esta categoría tiene las siguientes seis hipótesis:

- a. Cuando se trate de convenios interadministrativos.
- b. Cuando haya un titular de la patente o derecho de autor.
- c. Cuando se trate de servicios de consultoría.
- d. Cuando la contratación sea con campesinos o grupos urbanos marginados.
- e. Cuando las adquisiciones provengan de personas que ofrezcan bienes en condiciones excepcionalmente favorables.
- f. Cuando se trate de servicios profesionales prestados por personas físicas.

Estas hipótesis las veremos a continuación.

140. a. Convenios interadministrativos. El artículo 1o. de la Ley señala que no estarán dentro del ámbito de aplicación de la propia ley (y por lo tanto, no habrá licitación), en los contratos (en mi opinión debió decir convenios) que celebren las dependencias con las entidades, o los que celebren las entidades entre sí.

141. b. Titular de la patente o derecho de autor. Esta excepción se reconoce por la titularidad de derechos exclusivos; dice la fracción I del artículo 81 de la Ley: “I.- El contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos...”.

Valen nuestros mismos comentarios señalados con anterioridad para la adquisición de bienes de marca determinada.

142. c. Servicios de consultoría. La fracción III, de la letra A del artículo 81 de la Ley contempla este caso, cuando: “III.- Se trate de servicios de consultoría cuya difusión pudiera afectar el interés público o comprometer información de naturaleza confidencial para el gobierno federal;”

Nuevamente vienen las razones confidenciales o de “Estado”, para una excepción; en mi opinión, caben dentro de este apartado, los casos de contratación de asesoría técnica para la realización de investigaciones de mercado, el mejoramiento del sistema de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, la verificación de precios y pruebas de calidad que puedan realizar las Secretarías de Hacienda, de la Contraloría y de Comercio, de acuerdo con el artículo 11 de la propia Ley.

143. d. Contratación con campesinos o grupos urbanos marginados. Esta excepción se refiere sustancialmente a las adquisiciones y a la obra pública, ya que la ley las distingue, en la letra A, fracción IV, y en la letra B, fracción II, del artículo 81.

IV.- Se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos o con las personas morales constituidas por ellos;

II.- Se trate de trabajos que requieran fundamentalmente de mano de obra campesina o urbana marginada y, que la dependencia o entidad contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deba ejecutarse la obra o con las personas morales o agrupaciones legalmente establecidas y constituidas por los propios habitantes beneficiarios.

144. e. *Adquisiciones provenientes de personas que ofrezcan bienes en condiciones excepcionalmente favorables.* Esta hipótesis señalada en la fracción VII, letra A, del artículo 81, contempla una situación excepcional, ya que el cocontratante podrá no ser un proveedor habitual.¹⁵⁷

145. f. *Servicios profesionales.* Esta categoría responde a la característica de *intuitu personae*, expresada en la fracción VIII, letra A del multicitado artículo: “VIII.- Se trate de servicios profesionales prestados por personas físicas.”

Existe un caso en derecho brasileño, que se refiere a una causa de excepción de la licitación pública, que es la contratación de servicios profesionales de “notoria especialización”; me parece que en México deberíamos revisar este concepto ya que la “notoria especialización” es algo más que la simple capacidad de elaborar servicios técnicos profesionales especializados.¹⁵⁸

En los casos ya vistos, tanto por situaciones excepcionales como por razón de objeto o persona de los supuestos contenidas en el artículo 81, la Ley contempla el procedimiento a seguir, ya que cuando menos se invitará a tres personas, y si no existe idoneidad, entonces se adjudicará directamente.¹⁵⁹

157 Dice expresamente la fracción: “VII.- Se trate de adquisiciones provenientes de personas físicas o morales que, sin ser proveedores habituales y en razón de encontrarse en estado de liquidación o disolución, o bien, bajo intervención judicial, ofrezcan bienes en condiciones excepcionalmente favorables.”

158 Valle Figueiredo, Lucía, “Una excepción a la regla de la licitación: la notoria especialización”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1979-II, agosto de 1979, p. 79.

159 Dice expresamente la ley: “Las dependencias y entidades, preferentemente, invitarán a cuando menos tres proveedores o contratistas, según corresponda, salvo que ello, a su juicio, no resulte conveniente, en cuyo caso utilizarán el procedimiento de adjudicación directa. En cualquier supuesto se convocará a la o las personas que cuenten con capacidad de respuesta inmediata, así como con los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios.”

146. 4. *En razón del monto.* Por su importancia, comentaremos el artículo 82 de la Ley, relativo a montos; en los cuales se puede evitar la licitación pública.

Este ordenamiento contempla que la administración pública pueda celebrar, “bajo su responsabilidad”, adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, a través de un procedimiento que le llama de *invitación* a cuando menos tres proveedores o contratistas o por *adjudicación directa*, en los dos casos cuando el importe de cada operación no rebase los montos que anualmente se establezcan, por el órgano legislativo correspondiente, en los presupuestos de egresos de la Federación y del Distrito Federal.

Asimismo el propio artículo establece dos limitantes: una, que las operaciones no se fraccionen y la otra, es que la suma total de las hipótesis planteadas en el párrafo anterior, no excedan del veinte por ciento del volumen anual de adquisiciones o de la inversión total física autorizada para cada ejercicio fiscal.

Tratándose de excepciones a la licitación pública, por razón de monto, tiene su plena justificación, ya que no es conveniente a causa de los trámites, gastos y formalidades, que la licitación exige.¹⁶⁰

147. 5. *Procedimiento a seguir en los casos de excepción a la licitación pública.* Este procedimiento viene señalado en el artículo 83 de la Ley, y sustancialmente establece que, por regla general, tratándose del procedimiento de invitación, para llevar a cabo la evaluación, se deberá contar cuando menos con tres propuestas, las cuales podrán ser abiertas sin la presencia de los licitadores; asimismo, en dicho procedimiento se podrán considerar las reglas aplicables a las bases de licitación previstas en el artículo 33 de la Ley y las condiciones se fijarán atendiendo al tipo de bienes, servicios u obra pública requeridos.

Tratándose de adjudicación directa, se supone que con una sola propuesta es más que suficiente, ya que no necesariamente existirá un mecanismo de comparación.

En materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, se invitará a personas cuyas actividades comerciales estén relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato a celebrarse.”

¹⁶⁰ Dromi, José Roberto, “Excepciones a la licitación pública por monto menor y trabajos adicionales”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 4821, 27 de agosto de 1975, p. 63.

C. FASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

148. La licitación, como todo procedimiento administrativo presenta una unidad que está integrada por un conjunto de momentos coordinados entre sí, que tienden a la preparación de la expresión de la voluntad de la autoridad administrativa.¹⁶¹

En nuestro país, parte de la doctrina ha manifestado que las fases que integran el procedimiento de licitación pública, para elegir al contratista, son:

- a) preparación de las bases de licitación;
- b) convocatoria;
- c) entrega de información y documentación mínima (de acuerdo con las bases);
- d) inscripción de los interesados;
- e) visita al lugar en que se verificará la obra (en el caso de obra pública);
- f) contestación del pliego de condiciones, es decir, la entrega de las proposiciones y ofertas;
- g) otorgamiento de garantía;
- h) acto de apertura de proposiciones y levantamiento de acta;
- i) análisis de las proposiciones admitidas;
- j) emisión de dictamen, y
- k) fallo, en junta pública.

Preparación de las bases de licitación. Antes de la convocatoria, se requiere la elaboración de un conjunto de antecedentes jurídicos, técnicos y financieros, que configuren el proyecto, así como bases administrativas, planos, presupuesto oficial, etcétera, que constituirán las bases de la licitación.

Convocatoria. Se trata de un anuncio por medio del cual se cita o llama por escrito personal o público, a una o varias personas para que concurran a determinado lugar en día y hora fijados de antemano, a la celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones.

Entrega de información y documentación mínima. Este apartado lo comentaremos en el capítulo siguiente.

Inscripción de los interesados. En principio sólo pueden presentar ofertas los licitadores inscritos, salvo los supuestos de excepción expresamente

161 Delgadillo Gutiérrez, Luis H., *Elementos de derecho administrativo*, México, Limusa, 1986, p. 161.

contemplados por la normativa jurídica. La inscripción se refiere al caso particular de cada licitación.

Visita al lugar en que se verificará la obra y el análisis del pliego de condiciones o bases de licitación. La visita al lugar de la obra y el análisis del pliego de condiciones, permitirán a los interesados conocer y estudiar el proyecto, así como preparar las proposiciones si se quiere participar en la contratación.

Contestación del pliego de condiciones, es decir la entrega de las proposiciones y *ofertas*. Efectuada la convocatoria respectiva, todos los interesados podrán entregar a la administración pública las proposiciones y presentar sus ofertas.

Otorgamiento de garantía. El otorgamiento de la garantía, es uno de los requisitos más importantes que deben satisfacer los oferentes, a fin de asegurar la seriedad de sus proposiciones y la cual puede consistir en una fianza otorgada por una compañía debidamente autorizada o bien otro tipo de garantía, establecida por las disposiciones jurídicas respectivas (artículo 38 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas).

Acto de apertura de proposiciones y levantamiento de acta. Una vez que ha vencido el plazo para la admisión de las ofertas, en sesión pública, en el día y hora previamente establecidos en las bases, la convocante procederá a la apertura de las ofertas propuestas y al levantamiento de acta (artículos 45 y 58 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas).

Análisis de las proposiciones admitidas. La administración pública, a través de la dependencia o entidad convocante, llevará a cabo un análisis comparativo de las proposiciones que hayan sido previamente admitidas, con objeto de determinar un ganador.

Emisión de *dictamen*. La dependencia o entidad convocante será la encargada de emitir un dictamen, el cual servirá como fundamento para que el titular de la dependencia o entidad o el servidor público en quien se haya delegado esta facultad, emita el fallo correspondiente en una junta pública.

Fallo en junta pública. Mediante el fallo, en junta pública, se adjudicará el contrato a la persona que de entre los oferentes reúna las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante para la ejecución de los trabajos.