

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

Marisela Benítez Unibio¹

Resumen: *Esta investigación tiene como objetivos caracterizar la transparencia como principio rector de los procedimientos de selección de contratistas, identificar los principios relacionados con su cumplimiento y describir los mecanismos apropiados para garantizar su efectiva aplicación, a los fines de resaltar la importancia de este principio.*

Palabras clave: *Procedimientos administrativos – Contrataciones públicas – Transparencia.*

SUMARIO. Introducción. I. Caracterización de la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela. **1.** Atributos del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. **2.** Modulación o limitaciones a la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas. **3.** Finalidad de un procedimiento administrativo de selección de contratista transparente. **II.** Principios que garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela. **1.** Naturaleza jurídica del principio de transparencia. **2.** Fundamentación legal del principio de transparencia. **3.** Principios generales que rigen los procedimientos de selección de contratista. **4.** Principios garantes de la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. **III.** Mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela. **1.** En la fase previa al procedimiento de selección. **2.** Durante la sustanciación del procedimiento. **3.** En la fase de decisión. **Conclusiones. Bibliografía.**

INTRODUCCIÓN

El derecho es la causa y límite de la actuación administrativa conforme el principio de la legalidad, y le confiere potestades a la Administración Pública entre las cuales se encuentra la potestad administrativa contractual cuyo ejercicio implica el estableciendo de una relación jurídica contractual con particulares para la contratación de la adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras y otros objetos, pagadas con recursos públicos.

¹ Abogada y especialista en Derecho Administrativo.

En tal sentido, la Administración Pública requiere realizar una licitación pública, siendo ésta un procedimiento administrativo especial, de naturaleza concursal, cuyo objeto es la selección de uno o varios contratistas, previa evaluación legal, técnica y económica de cada oferta presentada conforme las condiciones de contratación, resultando adjudicado el contratista que presente la oferta más conveniente para el interés de la Administración Pública. Y tal como sostiene Sayagués Laso en su obra *la Licitación Pública la finalidad del procedimiento licitatorio “es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas”*².

Es imprescindible que el procedimiento de selección de la oferta sea precedido de una evaluación legal, técnica y económica conforme con lo establecido en el pliego o condiciones de contratación porque indefectiblemente la Administración Pública que actúa como contratante debe seleccionar a la oferta que resulte más conveniente, no siendo ésta necesariamente la oferta más económica porque podrá verificarse procedimientos en los cuales sean presentadas ofertas con estructuras de costos de menor cuantía en comparación con otras ofertas pero al evaluar el aspecto técnico la referida oferta no cumple con las especificaciones técnicas exigidas relacionadas con la calidad de los trabajos ofertados, plazos de ejecución y la capacitación del recursos humanos que amerita la ejecución de los trabajos.

En consecuencia si bien el precio pudiera ser un criterio determinante para la adjudicación en determinados tipos de contratación, ello no es impedimento para que el contratante efectúe una valoración integral de la oferta para determinar la más ventajosa.

En tal sentido, el procedimiento de selección de contratistas para cumplir su finalidad debe estar regido por principios que fundamentan las actuaciones de la Administración Pública. Entre esos principios se encuentra en primer lugar, el principio de legalidad, así como los principios de honestidad, eficiencia, simplificación de trámites, planificación, igualdad, publicidad, competencia y transparencia.

² “Un procedimiento relativo al modo de celebrar determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas, consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (Pliego de condiciones), formulen las propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones”, p. 1.

En efecto, un procedimiento de selección de contratistas transparente se materializa con estricto apego a la normativa legalmente establecida con actuaciones objetivas e imparciales, sin trámites innecesarios y engorrosos, con igualdad de trato y condiciones para participantes y oferentes, con la publicidad de sus actos y fomentando la concurrencia para una real competencia que permita a la Administración evaluar el mayor número de ofertas posibles para seleccionar la más conveniente.

Por tanto, la transparencia de este procedimiento está vinculada con la observancia de otros principios que deben regir su actuación administrativa de acuerdo a la normas constitucionales y legales, de allí pues que el principio de transparencia no está cubierto por la sola selección de la oferta más económica, en ese sentido, la Exposición de Motivos del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas expone expresamente como *ratio legis* asegurar “precios justos y la calidad requerida”, asimismo, evidencia las deficiencias significativas en los procedimientos utilizados para las contrataciones públicas determinadas por la Contraloría General de la República en el Capítulo II referente a la Gestión en los Órganos y Entes del Poder Público en su Informe de Gestión correspondiente al Ejercicio Fiscal 2012, por lo cual ese órgano contralor exhortó a establecer los mecanismos de control interno pertinentes para garantizar el cumplimiento de las fases de los procedimientos de selección de contratistas en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y en cumplimiento de la normativa legal que regula las contrataciones.

Las contrataciones públicas, y en particular los procedimientos de selección de contratistas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras se encuentran regulados en Venezuela en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas³ y la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas⁴, determinando el alcance y los límites a los cuales la Administración Pública debe apegarse al realizar un procedimiento de selección en los supuestos previstos en la referida normativa.

Ambas normativas procuran la salvaguarda del patrimonio público y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos de aplicación, fines éstos que entre otros interesan al Estado considerando que el sector público dispone del dinero proveniente de los presupuestos públicos, motivo por el cual debe garantizarse la transparencia en los procedimientos administrativos de selección para las adjudicaciones de los contratos erogados

³ Véase Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinaria de 19-11-2014.

⁴ Véase Gaceta Oficial N° 41.318 de 11-01-2018.

con esos recursos, para lo cual es necesario generar en esos procedimientos las adecuadas condiciones de competencia que garanticen el uso transparente y eficiente de los recursos públicos.

Por ello, la potestad administrativa para seleccionar y contratar a un contratista en los supuestos previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas está sujeta a un procedimiento determinado y preestablecido, en consecuencia, la Administración Pública debe contratar cumpliendo las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico vigente y sometida a los controles internos y externos en materia de contrataciones públicas, a través de esos controles debe garantizarse las mejores condiciones para el Estado y en específico, asegurar el cumplimiento de las condiciones objetivas en la selección de los contratistas para la mejor satisfacción de los intereses que gestiona la Administración como bien lo expresa el profesor emérito Brewer-Carías⁵.

Por ello, la Administración Pública debe respetar los principios contemplados en el artículo 2 del referido Decreto Ley, que entre otros objetos tiene por finalidad asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes de acuerdo con su artículo 1, en concordancia con las disposiciones contenidas en la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Siendo de esta forma, la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras requerida por el Estado debe realizarse a través de un procedimiento de selección de contratistas, salvo las excepciones legalmente previstas. Dicho procedimiento debe perseguir la mayor participación de participantes y oferentes que redunde en mayor transparencia y eficiencia en la erogación de recursos públicos, dejando el menor margen posible a la discrecionalidad de la Administración Pública contratante que debe seleccionar a los contratistas mediante procedimientos preestablecidos sin que medien prácticas de corrupción que no se corresponden con una buena gestión de gobierno.

En este orden de ideas, los procedimientos de selección de contratistas no constituyen un mero trámite que debe realizar la Administración Pública previamente a la celebración de los contratos regulados por el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y la *ut supra* mencionada Ley Constitucional; sino que instituyen una garantía para los participantes y oferentes que intervienen en el referido procedimiento administrativo preparativo de la voluntad contractual.

⁵ Brewer Carías, Allan: Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica, Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho, 2017, p. 1.

No obstante, más allá de la realización del procedimiento, es la observancia del principio de transparencia como principio regente del procedimiento un elemento determinante para salvaguardar el patrimonio público y garantizar el manejo adecuado de los recursos públicos, así como para la existencia de mecanismos apropiados que permitan un procedimiento que respete los principios de planificación, publicidad, igualdad y competencia; principios éstos que deben inspirar el procedimiento para incrementar su transparencia, por ello, el presente trabajo versa sobre la importancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, en aras que cumplan su finalidad.

Por tanto, la Administración contratante debe evitar discrecionalidades, arbitrariedades y prevenir las prácticas de corrupción en los funcionarios públicos responsables de los procedimientos de selección de contratistas, dado que tales actuaciones son contrarias al principio la transparencia que debe regir su actuar y conllevar a la consecución de fines distintos a los legalmente establecidos.

Ahora bien, con relación a los diversos procedimientos administrativos de selección de contratistas aún con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional en esta materia, antes identificada, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas mantiene su vigencia, contemplando cuatro modalidades de contratación para efectuar la selección de contratistas; la primera de ella es el concurso abierto, diferenciado del resto de los procedimientos legalmente establecidos por la amplitud de su carácter público como se detalla en el presente trabajo, en virtud que el llamado a participar en este procedimiento es general, no estando dirigido a unos participantes en específico, sin limitantes en el número de interesados a participar, previsto de manera estructurada y reglada con mecanismos para garantizar la publicidad de los actos, la igualdad de trato y condiciones de los participantes y oferentes frente a la Administración Pública para una mayor concurrencia al procedimiento, ofreciendo superiores garantías de transparencia y con el menor margen posible a la discrecionalidad para el contratante.

Asimismo dentro de estas modalidades previstas en el Decreto Ley *ut supra* mencionado se contempla procedimientos más restrictivos, selectivos y menos abiertos como el concurso cerrado y la consulta de precios, en los cuales existe una preselección interna de los oferentes invitados a presentar las ofertas que no se realiza en acto público; en las referidas modalidades el mínimo legal de concurrencia de los oferentes está preestablecido legalmente, en efecto, la igualdad en el acceso al procedimiento para presentar ofertas está limitada, lo cual incide en la concurrencia y afecta la observancia plena del

principio de competencia, de esta forma la transparencia alcanza menos preeminencia como principio rector en este tipo de procedimientos.

Adicionalmente, está prevista legalmente la contratación directa como modalidad excepcional de selección, independientemente del monto de la contratación siempre y cuando se verifique la existencia de cualquiera de los supuestos cualitativos de procedencia establecidos en el artículo 101 del Decreto Ley, ésta modalidad al igual que las dos anteriormente mencionadas tampoco se caracteriza por la realización de actos públicos en el curso del procedimiento, el acceso para optar a una contratación directa no se encuentra normado, aunado que la competencia está reducida, pero la excepcionalidad debe motivarse adecuadamente dentro de los supuestos previstos legalmente.

Entonces, teniendo un ordenamiento jurídico que establece un mayor número de procedimientos de selección de contratistas menos públicos, cuya procedencia y aplicación es ampliada inclusive a través de actos administrativos de carácter sublegal, existiendo mecanismos de selección de contratistas que restringen la participación general de cualquier interesado, es de relevancia la observancia del principio de transparencia en estos procedimientos porque será determinante para que alcancen su finalidad.

Por tanto, es preciso revisar a luz del principio de transparencia cómo se realiza la preselección de los oferentes en el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa, la calificación de los oferentes debe estar basada en la información de carácter público obtenida del Registro Nacional de Contratistas, o en su defecto del recientemente creado Registro Único de Contrataciones Públicas, dado que la existencia y utilización de registros internos por parte del contratante pudiera incidir negativamente en las condiciones de igualdad y afectar el acceso de nuevos oferentes que no se encuentren registrados en ellos pero que estén habilitados por el órgano competente para presentar ofertas y contratar con el Estado.

Es el Registro Único de Contrataciones Públicas el documento que habilita para participar en los procedimientos de selección y contratación con el Sector Público, las empresas que posean dicho registro deben tener acceso a los procedimientos de selección de estar calificadas para ello.

Visto lo anterior, la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas constituye un principio elemental que debe adoptar la Administración Pública contratante durante todo el procedimiento de selección e incluso durante la ejecución del contrato, sin embargo, puede constatarse que en la regulación de la legislación venezolana la intensidad o el grado de transparencia no es uniforme en todas las modalidades de contratación, en virtud de lo expuesto en párrafos precedentes, abriendo la puerta a desviaciones que

dan lugar a actos de corrupción por procedimientos carentes de publicidad que reducen la competencia y afectan la igualdad para optar a contratar con el Estado.

Ahora bien, la transparencia en la contratación pública y en especial en los procedimientos de selección de contratistas se afianzará en la medida que las condiciones de contratación sean conocidas por el mayor número de participantes y oferentes posibles, para ello imperiosamente se requiere una adecuada publicidad de esas condiciones, al igual que de los actos y del expediente de contratación.

Pero una adecuada publicidad no es suficiente para garantizar un procedimiento de selección transparente, la publicidad del procedimiento debe ir acompañada de condiciones de igualdad entre los participantes y oferentes, por lo cual todos deben ser tratados con reglas comunes que se aplican de manera uniforme.

Además observarse los principios de publicidad y de igualdad, un procedimiento de selección debe estar inspirado por el principio de competencia y para ello es necesario favorecer y no restringir la participación en el procedimiento de selección en pro de la transparencia.

El respeto a los referidos principios será determinante para que no existan dudas respecto de cómo se adjudica y en base a qué criterios ha sido seleccionada a la oferta con la primera opción, así como, la segunda y tercera opción para adjudicar el contrato.

Visto lo anteriormente expuesto en el presente trabajo de investigación, desde la doctrina y con una óptica analítica se revisará de manera detallada el principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, los principios vinculados a su materialización y los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, con el objeto de establecer las debilidades y fortalezas, considerando que Venezuela para cumplir los propósitos contenidos en el artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción, convino en la aplicabilidad de medidas preventivas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer entre otros aspectos un sistema para la “adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas” de conformidad con el artículo III de la referida Convención.

Tomando en consideración además que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción introduce un conjunto de normas y medidas que debe aplicar los Estados Partes como Venezuela para reforzar sus regímenes

jurídicos y reglamentarios basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción en la contratación pública.

Asimismo la necesidad de abordar el tema de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas tiene sustento en la importancia de adoptar lineamientos, normas y procedimientos en la legislación nacional que contribuyan a la materialización de contrataciones transparentes, visto que a pesar de la *ratio legis* del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y otros instrumentos legales, se ha constatado deficiencias significativas en dichos procedimientos como lo ha informado la Contraloría General de la República en los Informes de Gestión 2015 y 2016, sucesivos a la entrada en vigencia del referido Decreto Ley, así como en los Informes anteriores, por lo que el presente estudio representa un aporte a la Administración Pública.

Ahora bien, revisado los *ut supra* identificados informes resulta incomprensible que los entes con fines empresariales queden excluidos de la aplicación de los procedimientos de selección de contratistas previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas de conformidad con el artículo 19 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, estableciendo que los regímenes de contratación de esos entes tendrán una regulación especial, resta esperar que una nueva regulación otorgue agilidad y eficiencia a los procedimientos de selección que realicen, sin que ello pueda constituir un menoscabo del principio de transparencia en su actividad contractual. Además, resulta ilógico que si la *ratio legis* de la norma es aligerar los procedimientos y mejorar la eficiencia en las contrataciones de estos entes no haya el constituyente establecido un plazo perentorio para que sea dictada la referida regulación.

En virtud de lo antes expuesto, en el desarrollo del presente trabajo se analiza las disposiciones de la precitada Ley Constitucional y su impacto en la transparencia de los procedimientos de selección de contratistas, normativa ésta que es de aplicación preferente y que coexistirá con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas hasta tanto sea derogado o se dicte una nueva Ley especial.

La presente investigación es de interés profesional en el escenario jurídico-político, económico y ético-moral actual en Venezuela, considerando que el Ministerio Público ha informado a la opinión pública en general sobre la investigación de la comisión de presuntos hechos de corrupción en materia de contrataciones públicas en entes estatales con fines empresariales (Caso: PDVSA, Petro Cedeño, Petro Piar y otros), por tanto, los conocimientos aquí

esbozados buscan afianzar la aplicación de mecanismos apropiados por parte la Administración Pública contratante que incrementen los niveles de transparencia de los procedimientos de selección de contratistas.

El establecimiento de mecanismos apropiados para prevenir la corrupción y reforzar la eficiencia gubernamental con la debida planificación debe ser la regla, evitando improvisaciones y discrecionalidades que pudiesen dar lugar a desviaciones administrativas en la selección del contratista que afecten el adecuado uso de los recursos públicos.

Por tanto esta investigación está dirigida los funcionarios públicos, en particular, a los abogados del área legal de las comisiones de contrataciones y, en general, a todas las personas que están de una u otra forma interesadas en la transparencia de la gestión pública en los procedimientos de selección de contratistas.

Dentro de este contexto esta investigación viene a estudiar jurídicamente la aplicación del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en pro del establecimiento y mejoras de los mecanismos necesarios para garantizar su observancia, así como el porqué de su relevancia, constituyendo un aporte teórico y un antecedente bibliográfico documental de interés a quien desee profundizar e investigar sobre el tema.

Por otra parte, es importante desde lo social considerando que los fines esenciales del Estado y la función que deben cumplir los órganos y entes contratantes en el desarrollo del país estando inmersos en un entorno de complejidad y de continuos cambios legislativos que hacen necesaria la revisión permanente de los procesos inherentes a la administración de sus bienes y recursos a fin de garantizar la aplicación de los principios por los cuales deben regirse, entre ellos, el principio de transparencia, evitando así corrupción y despilfarro de recursos, que comprometa el patrimonio público.

En lo práctico, se generaría una oportunidad de constituir una herramienta útil para mejorar los métodos y técnicas en el diseño y sustanciación de los procedimientos de selección de contratistas que permitan a los profesionales del derecho en la Administración Pública fortalecer los mecanismos para garantizar el principio de transparencia en estos procedimientos.

Por consiguiente, estando el presente trabajo dirigido a abordar el principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratista, resulta pertinente examinar lo siguiente: ¿Cómo se caracteriza la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela?

Aunado a lo anterior, otra interrogación que este trabajo pretende responder es ¿Qué principios garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela?, asimismo se considera pertinente formular la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela?

En aras de dar respuesta a las referidas interrogantes en el curso de la investigación se analizará la relevancia administrativa del principio de transparencia identificando los principios que garantizan un procedimiento de selección de contratistas transparente y describiendo detalladamente los mecanismos garantes de la transparencia, lo cual será determinante para resolver la pregunta referente a ¿Cuál es la importancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela?

De allí que se establezca como objetivo general de estudio analizar importancia del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; y como objetivos específicos: caracterizar la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; identificar los principios que garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; y describir los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela.

En cuanto a la metodología, el tipo de investigación es documental, Arias (2006) expresa que la investigación documental “es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas” (p. 25). Para llevar a cabo de manera satisfactoria la investigación se requiere la definición de los requerimientos por medio de una documentación bibliográfica, que permiten darle soporte y mayor veracidad al estudio realizado y obtener nuevos conocimientos para el análisis del mismo.

Considerando la profundidad con la que se aborda la presente investigación, ésta se ubicó en un nivel descriptivo que según Arias (2006), “el propósito de éste nivel es el de interpretar realidades de hecho, incluye descripción, registro análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos” (p. 48). De acuerdo con esto, el nivel descriptivo consiste en la caracterización del fenómeno para establecer su estructura o comportamiento.

De acuerdo a Domínguez Amaros (2003) en este nivel de investigación “se preocupan primordialmente por describir algunas características fundamentales de conjunto homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos para destacar los elementos esenciales de su naturaleza” (p. 38).

La búsqueda de la información se realiza a través de la revisión documental, al respecto el manual de Universidad Pedagógica El Libertador UPEL (2014) sostiene que “se entiende por investigación documental, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza con apoyo principalmente en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos” (p. 9).

Por eso, el proceso de este trabajo es fundamentado con una revisión bibliográfica, la cual consiste en conocer y explorar todos los términos y aspectos necesarios con el fin de ampliar los conocimientos del investigador para poder realizar la evaluación y análisis de la información obtenida.

En este orden de ideas la Universidad Nacional Experimental “Rómulo Gallegos” (UNERG, 2008), afirma: “La revisión bibliográfica constituye la etapa del método científico a través del cual el investigador reúne los antecedentes teóricos e investigaciones anteriores existentes sobre un problema dado” (p. 61).

Una vez recopilada la información es clasificada, ordenada y luego procesada sistemáticamente, a fin de proporcionar información objetiva, técnica y confiable, por último se procede al análisis e interpretación de los resultados. El análisis es definido por Tamayo y Tamayo (2003), como aquel que “permitirá clasificar y reclasificar el material recogido desde los diferentes puntos de vista hasta que se opte por el más preciso y representativo, mientras que la interpretación es proporcionada por los investigadores dándole significado a los datos obtenidos” (p. 104).

Esta interpretación se realiza a través de un análisis cualitativo y descriptivo denominado etapa de Análisis Documental, éste no es lo mismo que la evaluación documental, el análisis podría ser más metodológico en la medida que comprendamos su naturaleza, y nos permitirá comprender mejor la naturaleza de la información de los documentos, de acuerdo a Tamayo y Tamayo (2003) “es aquella etapa en la cual se determina los componentes de un documento” (p. 77), estos componentes pueden ser: las tareas o actividades que los producen, los conocimientos que encierran o representan, las responsabilidades que conllevan, la información contenida, la estructura física del documento.

Esta etapa se efectúa mediante observación y estudio, y constituye la base fundamental para lograr una evaluación real del valor informativo de los documentos, por cuando es imposible medir o valorar un trabajo sin conocer previamente que es y en qué se diferencia de los demás.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

El principio de transparencia es un pilar fundamental de todo procedimiento de selección de contratistas, estructurante, transversal e instrumental directamente relacionado con los principios de planificación, igualdad, competencia y publicidad. La transparencia debe garantizarse en todas las fases del procedimiento administrativo de selección de contratistas. Es través de ese procedimiento como institución central del derecho administrativo y foro por antonomasia para la obtención de actos administrativos que expresa la Administración Pública su voluntad contractual.

Siendo la transparencia fundamental en la actuación contractual de la Administración Pública y considerando que cuando se selecciona a un contratista para ejecutar un contrato, la formalización del contrato implica una obligación contractual que conlleva la erogación de pagos por la contraprestación a cargo del contratista, en tal sentido, debido a la importancia económica de los contratos celebrados con recursos públicos la transparencia tiene especial relevancia y efectos, tomando en cuenta además que en los procedimientos de selección de contratistas pueden tener lugar prácticas de corrupción que afecten el cumplimiento de la finalidad del procedimiento.

Ahora bien, la transparencia no constituye un fin en sí misma, su finalidad es la selección del contratista más conveniente a los fines del Estado para el correcto uso del patrimonio público. Por tanto, es la eficiencia en el gasto público el objetivo que se busca con la materialización del principio de transparencia. En consecuencia, no se trata de un principio formal, además puede contribuir con otros objetivos como la integridad y prevenir la corrupción.

Por tanto, es la transparencia un incentivo y garantía de la responsabilidad administrativa en la selección de contratistas a través de los procedimientos legalmente establecidos a tales fines, en la medida que dichos procedimientos con la planificación adecuada contemplen mecanismos idóneos para garantizar la igualdad, publicidad y competencia.

1. Atributos del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas

En materia de contrataciones públicas, la transparencia se manifiesta desde el momento que el ordenamiento jurídico establece como regla la obligatoriedad de realizar procedimientos de selección de contratistas previa adjudicación de un contrato, y sólo excepcionalmente contempla la posibilidad de realizar adjudicaciones directas. Siendo de esta forma, la transparencia debe direccionar el actuar de la Administración Pública, tomando en consideración que la inobservancia de los procedimientos legalmente aplicables pudiera dar lugar a la nulidad del contrato adjudicado con las consecuencias de orden administrativo y económico que ello acarrea.

En efecto, el principio de transparencia es el eje transversal de los demás principios que rigen la actividad contractual de la Administración Pública, por lo cual, su concreción constituirá el correcto actuar de la Administración.

En tal sentido, la Administración Pública debe garantizar la transparencia de sus procedimientos de selección a lo interno, para lo cual resulta imprescindible la igualdad de trato y condiciones de contratación para todos los oferentes sin distinción; asimismo, debe velar porque la selección de la oferta tenga lugar bajo criterios objetivos, sin que haya cabida a la subjetividad de ningún funcionario en la decisión de selección; asimismo, se hace necesario que se controle el cumplimiento íntegro de lo contratado.

Pero no basta la transparencia material a lo interno de la Administración Pública; es menester que la transparencia del procedimiento se exteriorice, es decir, se manifieste hacia afuera, para hacerla visible al control social de los ciudadanos, informando verazmente que se contrató, con quién se contrató, por cuánto y además cómo se contrató el suministro de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra; estas son las particularidades de un procedimiento transparente. De esta forma la transparencia formal del procedimiento está estrechamente vinculada con el acceso a la información y la publicación de datos.

Así las cosas, la transparencia se encuentra:

i) *En la fase preparatoria del procedimiento de selección de contratistas:* La transparencia exige que el mayor número de interesados tenga acceso a la información necesaria para presentarse en el procedimiento y conocer con anticipación las condiciones de contratación establecidas para la preparación y presentación de sus ofertas.

ii) *En la sustanciación del procedimiento*: Es imprescindible que impere igualdad de trato y de condiciones para todos los oferentes, sin favoritismo, dando transparencia al procedimiento. Por tanto, todos tienen derecho a solicitar las aclaratorias que estime pertinente al pliego o condiciones de contratación y todos deben ser informados de las repuestas a dichas solicitudes.

Asimismo, los oferentes deben tener acceso al expediente de la contratación y conocer de manera motivada de la causas de su descalificación o rechazo de la oferta. Igualmente, necesariamente debe motivarse el informe de recomendación con las razones legales, técnicas y financieras que determinan las ofertas con la primera, segunda y tercera opción para la adjudicación del contrato, el cual dada su naturaleza es de carácter público. La transparencia favorece la igualdad y competencia sana y efectiva entre los participantes, permitiendo a todos disponer de iguales oportunidades para formular sus ofertas, las cuales deben ser evaluadas en igualdad de condiciones.

iii) *En la adjudicación*: El contrato licitado debe ser adjudicado por la autoridad competente de forma motivada, razonada. La decisión que adopte la Administración debe ser de conocimiento público y por tanto debe constar en el expediente de la contratación.

En este orden de ideas, es menester destacar que la transparencia como principio rector de los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela está estrechamente vinculada con la aplicación del principio de igualdad, publicidad y competencia en los referidos procedimientos; en efecto, la inobservancia injustificada de cualquiera de estos principios afecta la transparencia de la contratación. En ese sentido, Roberto Dromi en su obra *La Licitación Pública* sostiene: “Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca aspectos del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control” (p. 70).

Y es que la transparencia busca la eficiencia del contrato porque al utilizar reglas de selección objetivas, igualdad de oportunidades y condiciones para los participantes y oferentes, estableciendo adecuadas condiciones para participar en los procedimientos y dando publicidad a los actos administrativos que no ameriten ser reservados en el curso de los procedimientos incrementan las posibilidades de una adecuada selección del contratista lo cual repercute directamente en la eficiente ejecución del contrato.

Aunado a lo anterior, la transparencia persigue la mayor claridad en la disposición y uso de los recursos públicos, lo cual implica que la selección de un contratista debe caracterizarse por ser objetiva, con trato imparcial para los participantes y oferentes, ajustada a derecho y ampliamente divulgada para estimular la mayor concurrencia al procedimiento.

Por otra parte, es preciso señalar que existen esfuerzos para reforzar la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas con la simplificación de trámites administrativos para participar; lo cual puede repercutir significativamente en la mayor concurrencia de participantes y en consecuencia, en la presentación de más ofertas para evaluar.

Ahora bien, es preocupante que en la actualidad exista multiplicidad de normas y de actos administrativos que regulan los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela, cuando dadas las desviaciones detectadas en auditorías realizadas por la Contraloría General de la República según Informes de Gestión antes citados (previos a la entrada en vigencia de la Ley Constitucional dictada en esta materia), es preciso desarrollar e implementar mecanismos de control interno en los órganos y entes contratantes que coadyuven a la aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Además, se requiere una política clara y unificada en la materia, con normas que sirvan de guía para una adecuada gestión y ejecución de los recursos públicos, a los fines que la gestión contractual de la Administración pueda ser efectivamente controlada, evaluada y genere mayor transparencia; de allí pues que, con la creación del Sistema Integrado de Contrataciones del Estado previsto en los artículos 3, 4 y 5 de la referida Ley Constitucional, existe la expectativa que pueda avanzarse administrativamente en ese sentido.

2. Modulación o limitaciones a la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas

El principio de transparencia condiciona y limita la capacidad de la potestad adjudicadora de la Administración; el contratante no es libre de seleccionar al contratista de forma discrecional, así como tampoco puede modificar las especificaciones técnicas de forma sobrevenida sin notificar a los participantes; tampoco puede descalificar una oferta sin fundamentación en la Ley o en el pliego o condiciones de contratación.

No obstante, aun cuando legalmente hay disposiciones que limitan la publicidad, igualdad y competencia en los procedimientos de selección, la Administración contratante debe garantizarse un procedimiento transparente,

sin que ello implique el establecimiento de procedimientos engorrosos, con trámites y formalidades no esenciales.

En los casos que la ley admite limitaciones o inclusive la excepción absoluta del principio de publicidad, como en las contrataciones directas, el principio de transparencia exige una interpretación restrictiva de los supuestos de procedencia de ese tipo de procedimientos de selección de contratistas. En los concursos cerrados y consultas de precios, la normativa venezolana no excluye totalmente la publicidad, como se examina en el Capítulo III.

Ahora bien, legalmente está previsto el llamado público a participar en los concursos abiertos; entonces, el principio de transparencia ha de considerarse para fijar una adecuada publicidad de ese acto, a los fines que el mayor número de interesados tenga acceso a ese llamado para participar y concurra al procedimiento.

El principio de transparencia tiene cierta modulación o limitación en el principio de proporcionalidad, lo cual implica que cada mecanismo que se adopte debe ser estrictamente necesario y adecuado para alcanzar el fin último del procedimiento, la selección de contratistas que permita la mayor eficiencia del gasto público, y eso se logra garantizando la mayor concurrencia posible.

En consecuencia, debe existir proporcionalidad en los requisitos exigidos para participar y el objeto del contrato, entre la complejidad de la especificaciones técnicas del contrato y plazo para presentar ofertas, por ejemplo.

La proporcionalidad está asociada a una buena administración y aplica para subsanar defectos meramente formales o materiales en las ofertas, cuya aclaración se deduzca de la propia documentación aportada por el participante y oferente.

Además, es preciso señalar que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas promueve la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción. Por su parte, la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas estimula la participación equilibrada de todos los agentes económicos en la inversión y justa distribución de recursos destinados a las compras públicas, lo cual constituye una limitación positiva al principio de igualdad que debe aplicarse bajo los parámetros legalmente establecidos.

Asimismo, hay contrataciones que por su objeto excluyen la competencia, lo cual sucede con frecuencia en las adquisiciones de bienes (repuestos) para equipos especializados de determinada empresas fabricantes; sin embargo, la

Administración deberá motivar razonadamente la exclusión de la competencia en esos casos.

3. Finalidad de un procedimiento administrativo de selección de contratista transparente

Como se ha venido señalando, la transparencia no es un fin en sí misma; a través de los procedimientos de selección de contratistas transparentes se busca reducir los niveles de corrupción existente en la Administración Pública, mejorar la rendición de cuentas, incrementar la calidad de gestión y reforzar la eficiencia en el sistema económico para el bien común de la sociedad.

Ahora bien, la Administración como contratante arguye en las formalidades del procedimiento o en la urgencia en atender requerimientos perentorios para evadir la aplicación de la normativa aplicable para la selección de contratistas en razón de la cuantía del contrato a adjudicar. No obstante, solo se trata de retórica teórica porque una gestión pública eficaz y eficiente no se contraponen con una gestión apegada a la legalidad y transparente en su actuación.

Y es que la adecuada aplicación del principio de transparencia tiene efecto directo en la concurrencia de oferentes al procedimiento de selección. Por otra parte, los datos publicados serán transparentes en la medida que el procedimiento de selección del cual provienen sea materialmente transparente.

El objetivo último de la transparencia como principio es lograr la eficiencia en el gasto público, lo cual se logra a través de un proceso de selección de contratista de carácter público, con una alta concurrencia de oferentes que permita a la Administración Pública contratante evaluar un número considerable de ofertas dentro de una competencia real y efectiva en un plano de igualdad de condiciones para todos los oferentes dentro del procedimiento de selección de contratistas.

II. PRINCIPIOS QUE GARANTIZAN LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

1. Naturaleza jurídica del principio de transparencia

Los principios como fuente del derecho son pilares fundamentales en todo ordenamiento jurídico. Los principios que rigen la actividad administra-

tiva y en particular los procedimientos administrativos como los procedimientos de selección de contratistas, delimitan su contenido y su finalidad; asimismo, constituyen las directrices que definen su esencia y justifican su existencia dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, doctrinariamente se ha considerado que los principios, y entre ellos el principio de transparencia, cumplen tres funciones:

i) *Legislativa*: Esto implica que el legislador en el proceso de creación de las normas jurídicas en materia de contrataciones públicas y particularmente de los procedimientos de selección de contratistas debe conocer los principios que rigen esa función administrativa y en su desarrollo normativo debe estar inspirado en esos principios para poder positivizarlos. Por tanto, las normas que se dicten en esta área deben estar inspiradas en el principio de transparencia y demás principios relacionados, evitando la promulgación de normativas que vulneren este principio.

ii) *Interpretativa*: Las normas jurídicas debe ser interpretadas con sujeción a los principios que inspiran su creación, sin que los operarios jurídicos puedan desconocerlos. En tal sentido, cuando la unidad usuaria, la unidad contratante, las comisiones de contrataciones y la máxima autoridad del contratante apliquen la normativa establecida para ejecutar los procedimientos de selección de contratistas, deben hacerlo observando el principio de transparencia y sus limitaciones deben ser interpretadas de manera restrictiva.

iii) *Integradora*: El principio de transparencia como fuente de derecho tiene aplicación subsidiaria, supletoria en los procedimientos de selección de contratistas. En consecuencia, de haber un vacío normativo por no existir una norma jurídica que regule determinados aspectos del procedimiento, el operario jurídico debe inspirarse en el principio de transparencia como principio rector del procedimiento, lo cual garantiza la hermética jurídica.

Ahora bien, los procedimientos administrativos de selección de contratistas son procedimientos especiales que desarrolla la Administración Pública con sujeción a los principios que rigen la función pública y los principios establecidos en la normativa especial que rige estos procedimientos.

El principio de transparencia forma parte de los principios contenidos en el artículo 141 de la Constitución de la República de Venezuela e igualmente está previsto como un principio que debe regir la actividad contractual del Estado. Siendo de esta forma, el principio de transparencia debe inspirar la creación de la normativa que regula la actividad contractual del Estado; los

operarios de la Administración Pública (unidades contratantes, unidad usuaria, comisión de contrataciones y máxima autoridad) deben aplicar las normas con observancia del principio de transparencia y, en caso de presentarse una laguna normativa, deben fundamentar su actuación en el principio de transparencia.

En consecuencia, el principio de transparencia es un principio que debe instrumentar los procedimientos diseñados por el legislador para seleccionar al contratista con la oferta más favorable para contratar con el Estado. En ese sentido, el principio de transparencia está relacionado con los principios de igualdad, publicidad y competencia para que los procedimientos sean accesibles para la participación del mayor número de contratistas que posea las capacidades legales, técnicas y financieras para cumplir con el objeto de la contratación.

Asimismo, el principio de transparencia se conjuga con la selección objetiva del contratista, en una selección transparente no hay cabida para la subjetividad, el favoritismo o parcialidad a favor de un participante u oferente; por ello, las condiciones de contratación que determinan la escogencia del contratista deben ser reglas claras, precisas, completas y objetivas.

Dicho lo anterior, es oportuno expresar que el principio de transparencia es fundamental contra las desviaciones de poder y prácticas de corrupción; la selección del contratista está reglada, entre otras razones, con la finalidad de evitar tráfico de influencias y el concierto con los oferentes, que pueda causar la selección de un contratista que no cumpla con las condiciones requeridas para ejecutar el contrato, lo cual puede derivar en una afectación del patrimonio público.

Por tanto, es imprescindible que en los procedimientos de selección de contratistas regidos por el principio de transparencia predomine su carácter público, que conlleve al control de los ciudadanos y de los órganos fiscales, para garantizar una eficiente inversión de los recursos públicos. Los procedimientos en los cuales no está prevista la publicidad de la convocatoria a participar, la realización de actos públicos para la presentación y evaluación de ofertas deben estar limitados a supuestos cualitativos en razón de la naturaleza del contrato; su aplicación debe ser excepcional y, como tal, debe motivarse suficientemente su procedencia en aras de preservar la transparencia.

Ahora bien, se trate de un procedimiento de selección a través de un concurso público o de un procedimiento más restrictivo como el concurso cerrado o de una consulta de precios e inclusive en la excepcional contratación directa, el contratante debe sustanciar el procedimiento conforme el principio de transparencia y, por ende, en su actuación debe observar necesariamente las

reglas de selección objetiva, la publicidad de sus actos, la igualdad de condiciones para los participantes y oferentes, la motivación de sus actos y cumplimiento de las normas instituidas legalmente para tramitar cada procedimiento.

2. Fundamentación legal del principio de transparencia

En primer lugar, hay que destacar que la transparencia está consagrada constitucionalmente como un principio rector de la actuación de la Administración Pública. El ejercicio de la función pública, además de estar fundamentado en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas y responsabilidad, debe caracterizarse por ser transparente, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Venezuela es Estado Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada en fecha 02-06-1997, cuyos propósitos obligan a promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Ahora bien, el Decreto Ley que reforma la Ley contra la Corrupción, cuya publicación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana y a la ratificación de la Convención Interamericana *ut supra* identificada, contempla el establecimiento de normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a la misma, con la finalidad de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, con fundamento en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y corresponsabilidad; asimismo, prevé la tipificación de los delitos contra la cosa pública y las sanciones que deberán aplicarse a quienes infrinjan estas disposiciones y cuyos actos, hechos u omisiones causen daño al patrimonio público, conforme lo dispuesto en el artículo 1 del referido Decreto Ley.

En este orden de ideas, es preciso señalar que los funcionarios y empleados públicos están en la obligación de sustanciar los procedimientos (selección de contratistas) y demás trámites administrativos procurando su simpli-

ficación y respetando entre otros principios, el principio de transparencia, establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶.

Asimismo, es necesario destacar que la transparencia es un principio rector de los deberes y conductas de las servidoras y los servidores públicos respecto a los valores éticos que deben regir su actuación. Por tanto, el Código de Ética exige de toda servidora o servidor público la ejecución diáfana de los actos de servicio y el respeto del derecho de toda persona a conocer la verdad sin omitirla ni falsearla, en observancia de las garantías establecidas en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁷.

Igualmente, Venezuela ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que desarrolla y consagra una serie de mecanismos y obligaciones desde una perspectiva integral y multidisciplinaria, asumiendo entre otras, la obligación de adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, con el objeto de prevenir la corrupción, entre otros fines⁸.

La referida Convención es el primer y único instrumento internacional universal aprobado para abordar la corrupción a nivel mundial. Su ámbito de aplicación comprende la prevención, penalización y cooperación internacional en los casos que los actos de corrupción rebasen las fronteras nacionales y alcancen niveles transnacionales como recientemente ha sido noticia comunicacionalmente pública y notoria con las contrataciones de la empresa privada Odebrecht en Brasil y otros países de América Latina. Asimismo, contempla la recuperación de activos y bienes obtenidos como consecuencia de actos de corrupción, y finalmente establece mecanismos de implementación y seguimiento para promover y revisar la instrumentación de las disposiciones de la Convención.

En tal sentido, el artículo 9 de la referida Convención prevé las reglas mínimas que Venezuela y los demás Estados Partes deben seguir para prevenir la corrupción en materia de contrataciones públicas. Por tanto, dispone que los sistemas de contratación pública estén fundamentados en los principios de transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción.

⁶ Artículo 16 del Decreto Ley contra la Corrupción.

⁷ Numeral 10 del artículo 4 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

⁸ Véase Gaceta Oficial N°38.192, de 23-05-2005.

De conformidad con las disposiciones de la Convención, la transparencia implica el manejo claro de los recursos del erario de los Estados, el cual debe hacerse con eficacia y honradez.

Por su parte, la competencia se refiere a que la Administración Pública que se encargue de los procesos de contratación abrirá la posibilidad de participación a cualquier participante u oferente que desee participar en ella, con el fin de poder seleccionar la oferta con las mejores condiciones posibles: Precio, tiempos de entrega, calidad de los materiales y servicios, generación de fuentes de empleo, oportunidad, entre otras.

Con relación a los criterios objetivos para la toma de decisiones, la Convención busca establecer un margen de igualdad entre los participantes y oferentes que pretendan celebrar algún contrato con el Estado. En tal sentido, para que la Administración pueda hacer la mejor selección de contratantes, requiere establecer los mismos requisitos y condiciones, evitando favorecer sólo a uno, y proporcionar a los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos.

Adicionalmente, la Convención prevé que el acceso a la información se facilitará en la medida en que ésta sea pública, accesible y publicitada a través de los mecanismos de difusión con que cuente el Estado, haciendo uso de las mejores tecnologías que le permitan alcanzar el mayor grado de publicidad informativa posible.

Asimismo, la Convención contempla la rectoría del principio de eficacia, entendida como la capacidad de lograr determinados efectos, se halla como principio convencional que obliga a los Estados miembros no sólo a adoptar los mejores mecanismos en sus procesos de contratación pública para evitar la corrupción, sino a que ésta efectivamente pueda evitarse.

Otros principios y reglas que rigen la Convención y que deben observar los Estados Partes como Venezuela en torno a estos procesos públicos de contratación, son: i) Publicidad y publicación de información de manera pronta y oportuna, ii) Formulación previa de condiciones de participación, iii) verificación, iv) Mecanismos eficaces que permitan a los participantes y oferentes informarse a los procedimientos públicos de selección de contratistas, v) Elección de funcionarios adecuados y vi) Aplicación de medidas o sanciones que eviten y prevengan la corrupción.

Siguiendo con la revisión del marco normativo, siendo la transparencia un principio en cual debe fundamentarse el ejercicio de la función pública, el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone que el Sistema Nacional de Control Fiscal tiene como objetivo fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar

eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de las entidades aludidas en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esa Ley.

Por consiguiente, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, normativa especial que regula los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela, contempla en el artículo 1, entre otros fines, la preservación del patrimonio y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos a su aplicación. Asimismo, expresamente establece el artículo 2 del referido Decreto Ley que sus disposiciones se desarrollarán respetando los siguientes principios: “economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción”.

Por otra parte, en fecha 11-01-2018, la Asamblea Nacional Constituyente en funciones aprobó la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, que, conforme al artículo 1, tiene por objeto el establecimiento de normas básicas de conducta para la Administración Pública en todos sus niveles que promuevan la honestidad, participación, celeridad, eficiencia y transparencia en los procesos de contratación y adquisición de bienes, servicios y obras públicas.

Por otro lado, a nivel regional los siguientes estados han avanzado en la promulgación de normativas en materia de transparencia y acceso a la información pública: Lara (Ley Estatal de Acceso a la Información Pública), Miranda (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), Anzoátegui (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) y Nueva Esparta (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

De la misma forma, algunos municipios han aprobado ordenanzas; entre ellos se encuentran los municipios San Diego, estado Carabobo; Baruta y los Salias, estado Miranda; Campo Elías, estado Mérida; y Maneiro, estado Nueva Esparta. Estas normativas son, en términos generales, completas y contienen regulaciones sobre las sanciones a aplicar a los funcionarios públicos que se abstengan de dar la información pública, estándares para publicación proactiva de la información en las páginas web gubernamentales, normas para la reserva de información, y el tratamiento de las peticiones, entre otras, en aras de garantizar la transparencia en la gestión pública.

3. Principios generales que rigen los procedimientos de selección de contratista

Los procedimientos de selección de contratistas deben fundamentarse en los principios que rigen la actividad administrativa contemplados en el artículo 141 de la Constitución y los procedimientos administrativos en general previstos en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Ahora bien, la presente investigación examina el principio de legalidad y los principios generales previstos en el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

A. Principio de legalidad

Este principio es la base que fundamenta al Estado de Derecho; por tanto, la Administración Pública podrá actuar siempre y cuando el ordenamiento jurídico habilite su actuación para determinados fines y, en los casos que no le esté expresamente autorizado, se entenderá que lo tiene prohibido; esto, en sentido contrario a lo que acontece con los particulares, a quienes sólo les está prohibido aquello que taxativamente determina la norma jurídica que es una conducta prohibida o sancionada. En consecuencia, es la Ley la génesis y terminación de las facultades de la Administración.

En Venezuela, la Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen de conformidad con el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así las cosas, la Administración Pública carece de prerrogativas si éstas no están expresamente determinadas en las normas jurídicas; en tal sentido, solo podrá celebrar contratos de prestación de servicio, suministro de bienes y ejecución de obras previo cumplimiento de los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; y aplicar cuando corresponda en forma supletoria las disposiciones de la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos⁹. Por tanto, ninguna actuación administrativa es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico.

En consecuencia, los procedimientos de selección de contratistas son garantía de la legalidad para que la decisión administrativa sea oportuna y lo más correcta posible. Por tanto, el pliego o condiciones de contratación debe elaborarse conforme a la normativa aplicable. La Administración no puede

⁹ Artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

contratar con quien quiera sino que debe ajustarse para que la selección del co-contratante esté basada en criterios objetivos, cumpliendo éste con los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera.

La Administración Pública no puede aplicar el procedimiento de selección discrecionalmente; conforme al principio de legalidad, corresponde utilizar el procedimiento que sea aplicable según los supuestos cuantitativos o cualitativos establecidos legalmente.

Además, el deber de la Administración, como contratante, de motivar la selección del contratista es garantía de legalidad en el procedimiento, cuyas actuaciones deben ser recogidas en el expediente de la contratación.

B. Principios de economía y eficiencia

Estos dos principios están estrechamente relacionados. El principio de economía persigue que los procedimientos de selección de contratistas no sean el resultado de la improvisación y el desorden; estos procedimientos deben obedecer a una planificación de la Administración contratante para satisfacer determinadas necesidades previamente identificadas, evaluadas, programadas y presupuestadas. En tal sentido, inspirada por este principio, la Administración debe cumplir las fases y actos estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la oferta más favorable a sus intereses.

De esta forma, los procedimientos de selección de contratistas deben realizarse oportunamente, procurando cumplir con los lapsos de los procedimientos sin tener que recurrir a su ampliación, evitando retardos que pueden perjudicar el funcionamiento del contratante, y actuando con celeridad, sin formalidades no esenciales y sin que ello afecte la observancia de las garantías de los participantes y oferentes.

Asimismo, conforme a este principio, la Administración debe asegurarse de contar con la disponibilidad presupuestaria antes de iniciar el procedimiento de selección de contratistas y, de igual forma, una vez seleccionada la oferta, ésta no podrá ser modificada por reconsideración de precios sin que se cumplan los requisitos establecidos previamente al inicio en el pliego, condiciones de contratación o el contrato.

Por su parte, el principio de eficiencia busca la racionalización de los procedimientos de selección, con medidas de simplificación de procesos en atención a las necesidades de la Administración, lo cual coadyuva en la obtención de mejores resultados con la menor inversión posible, en términos de tiempo y recursos.

En ese sentido, la Administración ha optado por la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de selección para aumentar la eficacia de los procedimientos, mejorar el acceso para los participantes y oferentes, así como para brindar una mayor capacidad de elección a la Administración contratante.

La eficiencia está asociada a la selección del procedimiento más favorecedor de la concurrencia y que establezca las mayores garantías de aplicación del principio de igualdad entre los participantes y oferentes; es un procedimiento abierto, en el que pueden presentarse todos aquellos participantes que reúnan los criterios de capacidad legal, técnica y financiera, así como las solvencias requeridas para calificar y presentar oferta, sin preselecciones previas que limiten su participación y presentación de ofertas.

Asimismo, el adecuado diseño del pliego o condiciones de contratación favorece el establecimiento de un procedimiento de selección eficiente; por ello, es necesaria la planificación interna del contratante orientada a la elaboración anticipada de la referida documentación.

C. Principio de honestidad

Este principio tiene fundamento constitucional en el artículo 141 de la Constitución, y forma parte de los principios que debe respetar la Administración en el desarrollo de las disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Los miembros de comisión de contrataciones, la unidad contratante, la máxima autoridad del contratante, en las contrataciones con recursos públicos, como funcionarios o empleados públicos que son, se regirán por el principio de honestidad, conforme al artículo 6 del Decreto Ley contra la Corrupción. Este principio debe inspirar las actuaciones de los funcionarios responsables del procedimiento de selección de contratistas; en tal sentido, sus actuaciones deben ser imparciales, sin favorecer a ningún participante u oferente durante el procedimiento de selección de contratistas.

En tal sentido, los funcionarios responsables deben obrar conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico aplicable, sin desconocer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; asimismo, no deben incurrir en prácticas de corrupción.

D. Principio de simplificación de trámites

Este principio está estrechamente relacionado con el principio de celeridad y de eficacia que rigen la actividad administrativa en general. La simplificación se materializa con la revisión, simplificación, supresión y modificación de los parámetros que configuran el procedimiento administrativo para dar celeridad, eficiencia y eficacia a la actuación administrativa, contribuyendo en el establecimiento de procedimientos menos complejos.

La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones, está contemplada como una medida necesaria para aumentar la transparencia en la Administración Pública, en aras de prevenir la corrupción de conformidad con el literal b) del artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

La aplicación de este principio en los procedimientos administrativos y, en particular, en los de selección de contratistas tiene por objeto:

i) *Disminución de cargas administrativas*: Reducir o eliminar documentos, trámites y procedimientos administrativos, a los fines de que sólo se impongan a los participantes y oferentes las cargas estrictamente necesarias y pertinentes; en tal sentido, la Administración debe abstenerse de exigir requisitos no establecidos expresamente por la normativa legal. Asimismo, la Administración podrá utilizar formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza del acto lo haga posible.

En este sentido, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución Conjunta N° 004/2018 y 012/2018, mediante la cual se establecen medidas para la promoción de las pequeñas y medianas industrias, y sujetos del nuevo tejido productivo, en el acceso al sistema de Contrataciones Públicas, el Ministerio con competencia en planificación promoverá la redacción de formularios o modelos de pliegos, invitaciones, convocatorias y demás instrumentos contentivos de las reglas específicas del procedimiento, a fin de asegurar la unidad y armonización de criterios.

ii) *Racionalización y agilización del procedimiento administrativo*: Ordenar el procedimiento administrativo conforme a un criterio razonable del tiempo, del costo y de la norma, a fin de que sea más ágil y económico. En tal sentido, se prohíbe el fraccionamiento en varios contratos para la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la adquisición de bienes, con la finalidad

de realizar procedimientos de menor cuantía, y así evadir controles y principios aplicables a los procedimientos abiertos de mayor cuantía¹⁰.

Igualmente, para agilizar la contratación, está previsto que, declarado desierto un concurso abierto, podrá procederse por concurso cerrado. Cuando el procedimiento declarado desierto fuera un concurso cerrado, podrá procederse por una consulta de precios; y si ésta resulta desierta, podrá realizarse un procedimiento de contratación directa¹¹.

4. Principios garantes de la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas

El principio de transparencia está asociado con otros principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas; por tanto, la inobservancia y el establecimiento de reglas inspiradas en esos principios contribuye a una mayor transparencia en los procedimientos. Por ello esta investigación identifica y analiza los referidos principios, a saber:

A. Principio de planificación

Es un principio rector de las contrataciones públicas en Venezuela y se manifiesta en la fase previa al inicio del procedimiento de selección de contratistas. El contratante debe determinar previamente el tipo de procedimiento de selección aplicable de acuerdo a la cuantía o naturaleza de la contratación, las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación.

Toda contratación debe planificarse. Esa es la regla y como tal debe ser programada de conformidad con el proyecto de presupuesto del contratante y dicha programación debe remitirse al Servicio Nacional de Contrataciones, de conformidad con el artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Ahora bien, cuando se trate de contrataciones directas no programadas, realizadas con ocasión a emergencias comprobadas, debe motivarse suficientemente y remitirse al órgano de control interno, a los

¹⁰ Artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

¹¹ Artículo 114 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

finés previstos en el artículo 102 del referido Decreto Ley. A mayor planificación, menor improvisación y mayor transparencia en el uso e inversión de los recursos públicos¹².

La planificación de los procedimientos de selección de contratistas es necesaria para conseguir los objetivos estratégicos trazados por el contratante, disminuye el número de procedimientos declarados desierto y las excepcionales contrataciones directas por adquisiciones urgentes.

Observando el principio de planificación, la Administración podrá cumplir con el principio de economía, porque la planificación permite establecer la duración del objeto contractual, precisando el precio real de bienes, servicios y obras a contratar, lo cual facilita la evaluación de las ofertas y la selección, contribuyendo a que la Administración no tenga que pagar ni más ni menos de lo que corresponde por la ejecución del contrato.

B. Principio de igualdad

Este principio es de carácter finalista y no meramente formal, en virtud de que tiene por objetivo generar más competencia y competencia en los procedimientos de selección de contratistas, contribuyendo a una mayor eficiencia de la inversión pública.

La igualdad se erige en la obligación de la Administración de no tratar de manera diferente situaciones similares, sin justificación suficiente. Asimismo, las condiciones de contratación deben ser aplicadas a todos los participantes y oferentes de la misma manera sin que medie discriminación o favoritismo, por lo cual su actuación debe ser imparcial¹³.

Ahora bien, la aplicabilidad de este principio no solo implica el establecimiento de condiciones no discriminatorias para presentarse como participante u oferente en el procedimiento de selección de contratistas, sino que la Administración debe adoptar medidas necesarias para su participación, en

¹² Brewer Carías, Allan: "Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando impliquen compromisos financieros y, por tanto, gastos, para poder celebrarlos, debe haberse previsto dicho gasto en el presupuesto anual. La previsión constitucional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto, se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso a su actividad contractual". *Contratos Administrativos*, 1992, p 45.

¹³ Artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que "La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad. Las autoridades superiores de cada organismo velarán por el cumplimiento de estos preceptos cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento".

aras de la transparencia; la Administración, respetando el principio de igualdad, abre la competencia en los procedimientos de selección y controla la imparcialidad, evitando el favoritismo y arbitrariedad por parte de la propia Administración.

En Venezuela, el principio de igualdad tiene su fundamentación en el artículo 21 de la Constitución Bolivariana de Venezuela; en efecto, todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación; por tal motivo, la actividad contractual de la Administración Pública debe regirse por esa igualdad de oportunidades¹⁴ y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual.

Ahora bien, este principio no es absoluto¹⁵, y el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas establece medidas de promoción de desarrollo económico que en algunos casos constituyen preferencias para oferentes regionales y pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como para cooperativas, en los procedimientos de selección de contratistas. No obstante, este tipo de preferencias deben ser generales, impersonales y motivadas legalmente; tales preferencias, relacionadas con el Valor Agregado Nacional y las PYMES, están previstas en el artículo 15 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Es preciso indicar que la exigencia de determinada capacidad financiera puede constituir una limitación para la participación de las PYMES en los procedimientos de selección. En ese sentido, los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato.

Ahora bien, el Ejecutivo Nacional, mediante Resolución Conjunta de los Ministerios con competencia en planificación, economía y finanzas, estableció

¹⁴ Para Brewer Carías, los mecanismos selección de contratistas “están fundamentados en los siguientes principios: en primer lugar, el principio de la igualdad de las posibilidades, de manera que abierta una licitación o un concurso, puedan los particulares, en pie de igualdad, licitar o postular sus ofertas; y por otra parte, el principio del respeto a las bases de la licitación, que es la garantía, precisamente, de esa igualdad entre los contratistas. Las ventajas de un sistema de licitación o de concursos públicos o privados consisten en que, por una parte, se tiende a eliminar el favoritismo que pueda ser llevado adelante por algún funcionario público y, por la otra, establece la posibilidad de que se obtengan ventajas y mejores precios en la celebración de los contratos gubernamentales”.

¹⁵ Roberto Dromi en su obra *La Licitación Pública*: “toda ventaja concedida por el licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás oferentes, lesiona y restringe el principio de igualdad, viciando de nulidad los actos del procedimiento y aun el contrato que luego formalice”, p. 138.

medidas de preferencia para la promoción de las pequeñas y medianas industrias, así como para incentivar a los sujetos del nuevo tejido productivo en el acceso a las contrataciones públicas, en aras de una participación equilibrada de todos los actores económicos. En tal sentido, se simplificó su proceso de inscripción en el Registro para contratar con el Estado; asimismo, se estableció la posibilidad de convocar ruedas de negocios y compras descentralizadas, habilitando a los contratantes a celebrar acuerdos, alianzas y contratos para la contratación directa de estos actores económicos.

Aunado a lo anterior, la Resolución Conjunta establece como medida de preferencia un margen de ventaja de 25% del precio a favor de este tipo de participantes, así como el otorgamiento de anticipos que no superen el 80% del precio total del contrato, entre otras preferencias relacionadas con el pago a este tipo de actores económicos.

Por otra parte, resulta inarmónico a la luz del principio de igualdad cuando el legislador exceptúa de requisitos que deben cumplir los participantes y oferentes nacionales a participantes y oferentes sin domicilio ni filiales en Venezuela de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contrataciones Públicas, como sucede en los procedimientos en los que se requiere calificación de las personas naturales y jurídicas nacionales pero no así para las extranjeras, de conformidad con el artículo 49 del referido Decreto Ley. No obstante, la entrada en vigencia de la novísima Ley Constitucional en esta materia da por terminado ese desequilibrio, considerando que para participar en los procedimientos de selección y contratación, sin distinción del domicilio del oferente, será necesaria la presentación del Registro Único de Contrataciones Públicas.

En este orden de ideas, es necesario referirse a la segunda parte de la disposición contenida en el artículo 9 de la Ley Constitucional *ut supra* identificada, en virtud que establece con precisión la oportunidad de la exigencia del comprobante de inscripción en el Registro necesario para participar en los procedimientos de selección y adjudicación (Registro Único de Contrataciones Públicas), el cual será emitido de manera indefinida, pero el interesado deberá emitir para cada proceso una declaración en la cual confirme que la información en él contenida sigue siendo correcta¹⁶.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones públicas dictado en 2008¹⁷, así como la Ley de Contrataciones Públicas dictada en

¹⁶ Artículo 14 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

¹⁷ Artículo 29 del Decreto N° 5.929, de 11-03-2008, publicado en Gaceta Oficial N° 38895 de 25-03-2008.

2009¹⁸, establecían la obligación de inscripción en el Registro Nacional de Contratistas para presentar ofertas; en tal sentido, el contratante verificaba el cumplimiento del requisito únicamente al momento de la calificación legal sin comprobar el estatus de la inscripción al momento de otorgar la adjudicación.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, la Contraloría General de la República ha constatado en auditorías realizadas en el año 2016 la adjudicación de contratos a empresas inhabilitadas para contratar con el Estado por no estar inscritas en el Registro Nacional de Contratistas desde el año 2014, por lo cual es pertinente que, adjudicado un contrato, existan mecanismos de control a nivel de medios electrónicos interoperativos que emitan notificaciones a los órganos de control que permitan tomar los correctivos y establecer las sanciones administrativas a que hubiera lugar¹⁹.

Ahora bien, el Decreto con Rango, Valor y Ley de Contrataciones Públicas vigente contempla en su artículo 47 que los potenciales oferentes están en la obligación de inscribirse en este registro para contratar con el Estado y las organizaciones de base del Poder Popular, cuando manejen fondos públicos. Así mismo, establece como requisito la calificación de los contratistas en todas las modalidades permitidas por la Ley, por parte del Registro Nacional de Contratistas, para contratos de bienes y servicios cuyo monto sea superior a 4.000 UT, y para contratos de ejecución de obras con montos superiores a 5.000 UT. La calificación durará un año, debiendo ser renovada.

Con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional antes referida, queda taxativamente regulado que el Registro Único de Contrataciones Públicas solo podrá ser solicitado por el contratante como requisito para la participación en procesos de selección de contratistas y al momento de la adjudicación del contrato, sin que pueda ser exigido en otras etapas de la contratación o de la ejecución del contrato.

Asimismo, es conveniente resaltar que el contratante podrá solicitar a los participantes los documentos justificativos que demuestren el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para participar en el procedimiento de selección, pero no podrá requerirles documentos justificativos que hayan sido consignados o exhibidos para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas. Tampoco podrán ser exigidos al interesado documentos justificativos o probatorios en la medida en que la información en ellos contenida haya sido satisfecha al obtener la

¹⁸ Artículo 29 de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial 39.165 de 24-04-2009.

¹⁹ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, p. 71.

inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, o dicha información pueda ser obtenida por el contratante accediendo directamente a una base de datos administrada por un órgano o ente público, simplificando de esta forma los trámites para acceder a los procedimientos de selección y estableciendo condiciones igualitarias para todos los interesados en participar.

Igualmente, el contratante debe facilitar a todos los participantes y oferentes la mayor información sobre el desarrollo del procedimiento de selección, especialmente las actuaciones de la comisión de contrataciones y unidad contratante que resultan determinantes para la selección de la oferta con la primera opción para el otorgamiento de la adjudicación del contrato; es una medida que contribuye a mejorar la objetividad y transparencia del procedimiento y, por tanto, salvaguarda el principio de igualdad de todos los participantes y oferentes es el curso del procedimiento.

C. Principio de publicidad

Su observancia garantiza la posibilidad que todos aquellos que tengan interés en contratar con el Estado, tengan acceso público a todos los documentos relacionados con el procedimiento de selección de contratistas iniciado con el llamado a participar para la calificación o para la presentación de ofertas, hasta el acto de evaluación de ofertas y de la selección para la adjudicación del contrato. Este principio no solo abarca el procedimiento de selección de contratistas sino que comprende además aspectos contractuales relacionados con el contrato adjudicado, las condiciones en que fue suscrito e incluso su administración, dando a quienes participaron y al público en general la posibilidad de conocer todos esos datos, para así lograr el fin último de este principio, la transparencia que fortalece a la moralidad pública.

Este principio sirve de medio para garantizar la captación de ofertas con un doble objetivo: promover la concurrencia y fiscalizar a la Administración.

La publicidad y el acceso a la información referente a los procedimientos de selección de contratistas es un presupuesto de la transparencia administrativa de estos procedimientos. Los particulares frente a la Administración Pública tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer los actos definitivos que se adopten sobre el particular.

Por mandato expreso del artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “no se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”. La publicidad implica el deber de los funcionarios públicos de suministrar la información necesaria a los interesados de tal forma que puedan

adoptar la decisión de participar o no en un procedimiento. Todos los interesados deben disponer de iguales oportunidades. Todas las condiciones y procedimientos deben elaborarse de forma clara, precisa e inequívoca en el pliego, con el fin que los interesados en participar puedan comprender su alcance e interpretarlo de la misma forma, garantizando además que las ofertas que se presenten respondan a sus criterios.

Además la publicidad es fundamental para que proceda la igualdad de oportunidades y la correcta actuación administrativa. Este principio implica el acceso a la información acerca del procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, respetando el equilibrio que debe existir entre el acceso a la información y la protección de datos.

Ahora bien, como Estado Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Venezuela está obligada a dictar medidas que fomenten la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los participantes y oferentes potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.

Además, para declarar confidenciales los documentos contenidos en el expediente de la contratación conforme el artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se requiere cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; en consecuencia la declaratoria de confidencialidad debe hacerse de forma motivada.

Todo acto administrativo se presume de carácter público; en ese sentido, la Administración debe garantizar la mayor publicidad de los actos inherentes al procedimiento de selección de contratistas; a mayor publicidad se reducen las posibilidades de desviaciones administrativas y prácticas de corrupción.

Con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, se da preferencia al uso de medios de información y comunicación electrónicos para dar publicidad a los pliegos y condiciones de contratación, expedientes, presentación de ofertas, entre otros, todo ello de conformidad con el artículo 12 de la referida normativa.

Actualmente existe la tendencia a instrumentar el principio de transparencia a través del uso de medios de información y comunicación electrónicos que en España se conoce como el perfil del contratante. Es un sistema electrónico de publicidad a través del internet gratuito y de fácil acceso para que la Administración Pública, en su condición de contratante, difunda información

relacionada con su actividad contractual, promoviendo la concurrencia entre los interesados.

No obstante lo anteriormente expuesto, como limitante al principio de publicidad, hay que considerar que, en fecha 21-12-2010, se publicó en la Gaceta Oficial de la República N° 39.578, providencia administrativa N° 009 dictada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUS-CERTE), organismo adscrito al Ministerio con competencia en Ciencia y Tecnología, que contiene la Clasificación y Tratamiento de la Información en la Administración Pública, la cual establece que toda información generada no podrá ser publicada o revelada al público en general sin la previa autorización debida y formal de la unidad responsable de la imagen institucional o de la máxima autoridad de cada organismo. En efecto, no se establece el principio de máxima publicidad en el marco legal relacionado con el acceso a la información. La limitación al principio constituye la regla, y no la excepción, en este acto administrativo que viene a normar un derecho constitucional consagrado constitucionalmente en los artículos 28, 57, 58 y 143 de la Constitución.

Esta normativa limita más el acceso a la información al otorgar la potestad a los organismos para catalogar una información como confidencial si posee importancia política o podría afectar su imagen pública, por lo cual no estarían en la obligación de divulgarla.

La normativa de Clasificación y Tratamiento de la Información en la Administración Pública se articula con la creación del Centro de Estudio Situacional de la Nación (CESNA); encargado de analizar todas las informaciones que provengan del Estado y de la sociedad sobre cualquier aspecto de interés nacional, para declararla de carácter reservado, clasificado o de divulgación limitada.

Por otra parte, actualmente en la Asamblea Nacional existe un Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública cuya *ratio legis* se fundamenta en que el Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores.

D. Principio de competencia

Este principio tiene una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la Administración Pública, a través de la mayor competencia posible, y garantizar la igualdad de acceso a los procedimientos de selección de contratistas. De esta forma, la Administración contratante podrá disponer para su

evaluación de “múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento”²⁰, como bien sostiene el jurista argentino Agustín Gordillo.

En tal sentido, la concurrencia de varios participantes y la presentación de diferentes ofertas en los procedimientos de selección de contratistas permiten a la Administración Pública evaluar distintas ofertas antes de otorgar la adjudicación del contrato. Ahora bien, el alcance de este principio, al igual que de los dos últimos principios anteriormente descritos, depende del tipo de procedimiento realizado, sin que la Administración esté obligada a situarse necesariamente en el mínimo de participantes requeridos para la procedencia de determinado procedimiento de selección. Para el concurso cerrado, la Administración puede seleccionar al menos cinco participantes pero no hay ninguna limitante para que el número de participante a concurrir sea mayor al mínimo requerido.

Ahora bien, en el concurso abierto la concurrencia de participantes es mayor que en el concurso cerrado y la consulta de precios; no están previstas preferencias regionales que pudiesen limitar la participación de empresas de otras regiones, y la convocatoria a participar es a través de un llamado público, sin que exista una preselección de los participantes a convocar.

Un mecanismo previsto para garantizar este principio es el rechazo de las ofertas que sean 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 oferente en el procedimiento; ello, a los fines de evitar el monopolio de las contrataciones en manos de grupo de particulares.

Va con ello dicho que el principio de transparencia en la gestión pública, exigido por las normas y principios para la prevención de la corrupción administrativa, sólo se ve servido por el pedido de ofertas efectuadas de manera abierta al universo de posibles oferentes, considerando además que la transparencia implica mayor confianza institucional que pudiese repercutir significativamente en una mayor concurrencia de participantes y oferentes evitando que los procesos sean declarados desiertos por falta de presentación de una oferta válida.

De lo anteriormente expuesto se desprende indefectiblemente la relevancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas y la necesidad de contar en la legislación que regula la materia con mecanismos

²⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 2 La Defensa del Usuario y el Administrado, Capítulo XII La Licitación Pública. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2014, p. XII.17, 491.

suficientemente idóneos y eficaces para garantizar un procedimiento de selección transparente, en aras de la preservación del patrimonio público y de la erradicación de prácticas de corrupción administrativa en la selección de contratistas, que no conlleven a la escogencia de la oferta más favorable para la Administración Pública y que en definitiva afectan el interés general del Estado porque resulta disminuida la calidad y oportunidad en la ejecución de los contratos adjudicados destinados al bien común por su uso colectivo como hospitales, escuelas, carreteras y vías en general, limpieza de áreas públicas, suministro de bienes para el funcionamiento de oficinas públicas, entre otras.

En definitiva, el procedimiento de selección ha de estar presidido por el principio de transparencia, con el objetivo de garantizar que la selección del contratista se realice siempre que su oferta objetivamente resulte más ventajosa en conjunto, en un proceso con la publicidad adecuada que facilite la libre competencia e igualdad de trato y condiciones. Dicho lo anterior, resulta necesario que se desarrolle suficientemente en la legislación venezolana el principio de selección objetiva del contratista, en virtud de su relación directa con la transparencia en los procedimientos.

La Constitución de 1999, como hemos visto anteriormente, en el artículo 141 consagra los principios que rigen la actividad administrativa del Estado, como principios de rango constitucional; no obstante, a pesar de que el constituyente no se haya referido a la selección objetiva como principio de rango constitucional, la selección de los contratistas se constituye en el ejercicio verdadero de la función administrativa del Estado, por satisfacer el interés general, obedeciendo exclusivamente a una decisión neutral de una administración imparcial, sujeta única y exclusivamente al interés general.

Por tanto, es objetiva la selección cuando en la escogencia se elija el ofrecimiento más favorable a la Administración contratante y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezca la Administración en los pliegos o condiciones de contratación deben ser objetivos.

En los procedimientos, la selección objetiva aplica tanto en el concurso abierto como en la contratación directa, porque en ambos procedimientos la finalidad debe ser la escogencia de la oferta más favorable, la cual adquiere tal calidad mediante la relación de sus aspectos técnicos y económicos; ello significa que la mejor propuesta no es necesariamente la más económica, aunque el precio es un factor importante.

En consecuencia, la selección objetiva es determinante para que la Administración logre procedimientos como el concurso abierto más transparentes

y accesibles a la participación de cualquier interesado, que con base en el principio de publicidad genere mayor confianza, incrementado la confiabilidad en las actuaciones de la Administración contratante.

III. MECANISMOS APROPIADOS PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

En este punto de la investigación se describen los mecanismos administrativos elementales para preservar la transparencia en la selección objetiva del contratista. Algunos de estos elementos se encuentran regulados en la normativa venezolana; otros inexplicablemente han sido suprimidos; asimismo, hay varios que se encuentran en vía de desarrollo normativo.

Es preciso señalar que los mecanismos que aquí se detallan para garantizar la transparencia no están reñidos con una gestión eficiente y tampoco son un obstáculo para la simplificación de trámites cuando sea posible, en el curso de los procedimientos de selección de contratistas; asimismo, muchos de estos mecanismos, como veremos a continuación, tienen su fundamento en el artículo 9 referido a la “Contratación pública y gestión de la hacienda pública” de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

1. En la fase previa al procedimiento de selección

Esta fase es determinante del procedimiento de selección, pues define las necesidades que precisa cubrir el contratante a través de un tercero (contratista) y los requerimientos con los que considera van a cubrirse de forma eficaz y eficiente esas necesidades. Para ello, el contratante debe realizar su formulación presupuestaria, que consiste en presupuestar las obras, servicios y adquisición de bienes a contratar en cada ejercicio fiscal, con base en su planificación y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Aprobado el presupuesto, pueden iniciarse con anticipación los procedimientos de selección de contratistas para evitar que el retardo en su inicio ocasione un perjuicio al contratante. Asimismo, debe la unidad usuaria realizar el requerimiento de la contratación a la unidad contratante o comisión de contrataciones, dependiendo del tipo de procedimiento que corresponda aplicar.

La solicitud de la unidad usuaria debe realizarse por escrito y debe incorporarse al expediente de la contratación como parte integrante del mismo; en tal sentido, la Administración debe justificar las necesidades (bienes, servicios u obras) que se pretenden cubrir con el procedimiento conforme al presupuesto aprobado.

La unidad usuaria, concedora de la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios requeridos por el contratante, debe determinar las especificaciones técnicas contentivas de la especialidad, experiencia, los recursos técnicos y humanos que debe poseer el oferente seleccionado para ejecutar el contrato, en virtud del objeto del contrato y su duración. Cuando existan reglamentaciones técnicas obligatorias, éstas serán exigidas como parte de las especificaciones técnicas.

Asimismo, el contratante debe elaborar el presupuesto base, que es una estimación de los costos que se generan por las especificaciones técnicas requeridas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios. El presupuesto base será informado a los participantes y formará parte integrante del pliego y podrá establecerse como criterio de rechazo de la oferta. Para su elaboración, se considerarán todos los tributos correspondientes a su objeto y podrá mantenerse reserva de la estructura de costos. El presupuesto base da una idea de la posibilidad de cumplir las metas con la disponibilidad presupuestaria o reducirlas hasta igualarla.

Ahora bien, antes de comprometer la erogación de recursos como consecuencia de los gastos ocasionados por la ejecución de un contrato de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, la unidad contratante o la comisión de contrataciones, dependiente del tipo de procedimiento de selección aplicable, debe solicitar a su unidad de presupuesto que certifique si existe una partida presupuestaria con fondos disponibles para imputar los gastos de la contratación a realizar.

En tal sentido, el contratante podrá adjudicar la totalidad de la actividad objeto de contratación, dentro de un mismo ejercicio fiscal, al otorgar el contrato por el componente con disponibilidad presupuestaria, y el resto quedará condicionado a la obtención de los recursos presupuestarios necesarios para la culminación del resto de la actividad adjudicada, previa suscripción de los contratos respectivos.

El contratante no puede otorgar la adjudicación hasta tanto se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente²¹, tomando en cuenta los lapsos de los procedimientos de selección de contratistas señalados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En esta fase, el contratante debe preparar el pliego o condiciones de contratación que comprende el conjunto de cláusulas, redactado por la Administración, especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo

²¹ Artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

las condiciones del contrato a celebrarse y los trámites a seguir en el procedimiento de selección del contratista.

Visto lo anteriormente expuesto, esta fase es fundamental, dado que en ella se determina el procedimiento de selección aplicable y las condiciones de contratación.

A continuación, los mecanismos considerados apropiados para garantizar la transparencia en esta fase y que repercuten estructuralmente en la materialización transparente de un procedimiento de selección de contratista.

A. Programación de los procedimientos de selección de contratistas

En Venezuela todo contratante debe elaborar una programación de la adquisición de bienes, prestación de servicio y ejecución de obras en los términos establecidos por el Servicio Nacional de Contrataciones en su condición de autoridad técnica en materia de contrataciones públicas, asimismo, debe remitir e informar cualquier modificación de la programación a dicha autoridad, conforme está previsto en normativa legal aplicable²². Dicha programación debe estar a disposición del público por disposición expresa del artículo 39 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

La programación debe contener datos mínimos como el tipo de procedimiento de selección, el objeto de la contratación, el monto estimado de la contratación, la fecha estimada de inicio del procedimiento y la unidad usuaria.

La programación anticipada de los procedimientos de selección y su divulgación permite a los interesados en contratar con el Estado planificar su posible participación en dichos procedimientos, lo cual pudiera ampliar la presentación de ofertas más idóneas, incide en una mayor participación y mejora la competencia, repercutiendo significativamente en la realización de un procedimiento de selección transparente. Al conocer los potenciales participantes la programación de los procedimientos que tiene previsto realizar el contratante podrán tomar previsiones para planificar su concurrencia, adecuando sus recursos y medios para presentarse en el procedimiento, previo estudio del objeto de la contratación y contando con tiempo suficiente para contactar proveedores, gestionar financiamientos, realizar alianzas comerciales, capacitar personal para mejorar su capacidad profesional y técnica, entre otros.

²² Artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En los procedimientos cuyo objeto de contratación es complejo los participantes ameritan tiempo suficiente para presentar sus ofertas, lo cual puede constituir una limitante para la participación de nuevas empresas del ramo y a su vez representa un beneficio para las empresas que han ejecutado con anterioridad el contrato a licitar. Tener acceso a la programación con anticipación aminora ese tipo de ventajas y favorece la transparencia en el procedimiento que se inicie para seleccionar al contratista.

Si bien resulta utópico garantizar que todos los participantes se encuentren en absoluta igualdad de condiciones para la presentación de sus ofertas considerando que la capacidad técnica y financiera de cada uno marca una distinción razonable, no es menos cierto que la divulgación de la programación permite a todos los interesados planificar sus ofertas con suficiente antelación.

Este mecanismo debe mantenerse y fortalecer en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello el contratante debe dar a la programación de sus procedimientos la adecuada publicidad, no basta establecer el carácter público de la programación, menos aun cuando se condiciona el acceso a esa información previo pago, cuando existen medios electrónicos para su publicación masiva y gratuita como la página web del Servicio Nacional de Contrataciones y la página web del contratante previa aprobación del presupuesto, lo cual afianza la transparencia de los procedimientos sin afectar la economía y eficiencia de la gestión del contratante.

En España Carbonero Gallardo, ha respaldado este mecanismo para mejorar la eficiencia de los procedimientos de selección, afirmando que la contratación de una Administración puede y deber ser planificada a tiempo, pues la mayoría de sus necesidades se conocen con suficiente antelación y son periódicas²³. Este mecanismo favorece la planificación interna del contratante, así como, la competencia, la igualdad y la publicidad de los procedimientos de selección de contratistas fortaleciendo su transparencia.

Hasta ahora en Venezuela, la regla es que los procedimientos de selección de contratistas deben estar previamente programados, salvo que se trate de una excepcional contratación directa como consecuencia de una emergencia comprobada, no previsible, por lo cual debe motivarse suficientemente.

²³ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, "Hacia la eficiencia en la contratación Pública...", cit., CUNAL, 2012, p. 164.

B. Conformación, certificación y publicación de las comisiones de contratación pública

El procedimiento de selección de contratista como procedimiento administrativo especial en cuya sustanciación los responsables deben analizar y evaluar aspectos legales, técnicos y financieros, su tramitación debe estar a cargo de un cuerpo colegiado multidisciplinario debidamente capacitado en las referidas áreas, tomando en cuenta que el informe de recomendación o la opinión que emita, según el procedimiento que se trate, servirá de fundamento para otorgar la adjudicación del contrato y por ende, implicará un compromiso contractual que asume la Administración²⁴.

En la legislación venezolana está contemplada la obligatoriedad de constituir comisiones de contratación, sus miembros están considerados funcionarios o empleados públicos, según la naturaleza jurídica del contratante, y se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley contra la Corrupción en virtud que su actuación puede comprometer el patrimonio público²⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, los miembros de la comisión de contrataciones están obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio para dar a conocer al órgano contralor (Contraloría General de la República) su situación patrimonial antes y después de ser designado para cumplir tales funciones, a los fines que éste pueda realizar el procedimiento de verificación patrimonial²⁶.

Seguidamente se detalla cómo debe estar conformada una comisión de contrataciones, por qué debe certificarse y cuáles son sus funciones, así como su vinculación con la selección objetiva de la oferta más conveniente y el principio de transparencia que rige los procedimientos de selección ejecutados por la comisión.

a. Creación y conformación de las comisiones de contrataciones

El contratante debe constituir una o varias comisiones de contrataciones, que podrán ser permanentes o temporales atendiendo a la especialidad, cantidad y complejidad de la obra a ejecutar, la adquisición de bienes y la prestación de servicios²⁷. Sin embargo, a pesar que esta disposición se ha mantenido

²⁴ Numeral 4 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

²⁵ Literal b) del numeral 3, del artículo 3 del Decreto Ley contra la Corrupción.

²⁶ Artículo 23 del Decreto Ley contra la Corrupción.

²⁷ Artículo 14 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

en las distintas reformas y nuevas leyes dictadas en materia de contrataciones públicas en actuación fiscal realizada en las empresas del Estado como Venetur Valencia, C.A., Venetur Puerto La Cruz C.A., y Venetur Maracaibo C.A., se determinó la inexistencia de comisión de contrataciones para los períodos objeto de auditoría por parte de la Contraloría General de la República²⁸.

Las comisiones estarán integradas por un número impar de miembros principales con sus suplentes, de calificada competencia profesional y reconocida honestidad, designados por la máxima autoridad del contratante preferentemente entre sus empleados o funcionarios, quienes serán solidariamente responsables con la máxima autoridad, por las recomendaciones que presenten y sean aprobadas. Las designaciones de los miembros de las comisiones de contrataciones, se realizarán a título personal y deberán ser notificadas al Servicio Nacional de Contrataciones dentro de los cinco días siguientes, una vez dictado el acto.

En las comisiones de contrataciones estarán representadas las áreas jurídica, técnica y económico financiera e igualmente se designará un secretario con su suplente, con derecho a voz, más no a voto. Considerando el volumen de los procesos que desarrolle la comisión de contrataciones, se deberá definir en los contratantes una unidad de apoyo a la comisión para las actividades de la Secretaría.

Las comisiones se constituirán válidamente con la presencia de mayoría de los miembros que representan a las tres áreas que la integran. Asimismo, las decisiones y recomendaciones serán tomadas con el voto favorable de la mayoría. Dado que se trata de un órgano asesor multidisciplinario, el miembro que disienta de la decisión o recomendación adoptada por la mayoría podrá manifestarlo a los fines que conste en el acta de sesión que debe elaborar el secretario, a los fines de dejar constancia de las razones que justifican su posición.

Los miembros de la comisión deben proceder con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que le corresponda tomar y en los asuntos, en los que deba intervenir, cumplimiento de esta forma con un deber establecido en el numeral 6 del artículo 5 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

La comisión tiene entre otras funciones, velar porque los procedimientos de contratación se realicen de conformidad con lo establecido en la legislación vigente que rige la materia, cuando ello fuera aplicable y con la normativa

²⁸ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, pp. 176 y 177.

interna de cada contratante, asimismo, es responsable de recibir, abrir, analizar, los documentos relativos a la calificación de los oferentes; examinar, evaluar y comparar las ofertas recibidas, a cuyo efecto podrá designar o hacer que la unidad usuaria o unidad contratante proponga grupos de evaluación interdisciplinarios o recomendar la contratación de asesoría externa especializada en caso que la complejidad del objeto de la contratación lo requiera.

Asimismo, la comisión podrá descalificar participantes o rechazar ofertas de conformidad con lo establecido en la normativa, en el pliego o en las condiciones de la contratación. En este sentido, para una mayor transparencia en el procedimiento es preciso que a los fines de favorecer la concurrencia y la seguridad jurídica, la comisión vele porque el pliego o condiciones de contratación contenga de manera expresa las causales de descalificación en los concursos abiertos y el rechazo de las ofertas en todos los procedimientos, causales que deben ser interpretadas de forma restrictiva en virtud que la exclusión de un oferente incide en la competencia.

Otra de las responsabilidades de la comisión de contratación es determinar con fundamento en el informe de grupo evaluador, las ofertas que en forma integral, resulten objetivamente más favorables a los intereses del contratante, visto los requisitos contenidos en el pliego o condiciones de contratación, emitiendo la recomendación correspondiente.

Igualmente, es importante resaltar que independientemente que la opinión de la comisión de contrataciones no sea vinculante ni tenga carácter aprobatorio, esta podrá conocer de los actos motivados que se someta a la máxima autoridad del contratante para proceder por contratación directa como modalidad excepcional de selección de contratistas, en contrataciones por cuyo monto lo procedente sea un procedimiento ordinario.

Considerando las funciones antes señaladas es pertinente garantizar su actuación honesta e imparcial. Para ello es preciso que su actuación se encuentre reglada, sus actos y decisiones tengan carácter público y sean debidamente motivados²⁹. Por tanto, es recomendable que cada actuación de la comisión conste en un acta para su archivo en el expediente de la contratación respectiva.

La comisión de contratación debe facilitar a todos los participantes y oferentes la mayor información sobre el desarrollo del procedimiento de selección, es una medida que contribuye a mejorar la objetividad y transparencia del procedimiento y por consecuencia, a salvaguardar el principio de igualdad.

²⁹ Artículos 15 y 16 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En este orden de ideas, el artículo 18 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas establece el deber de los miembros de la comisión de guardar reserva de la documentación presentada, así como de los informes, opiniones y deliberaciones que realicen con ocasión a los procedimientos que sustancien. Ahora bien, toda esa información debe formar parte del expediente de contratación que tiene carácter público, es factible que parte de esa información se encuentre protegida por derechos de propiedad intelectual o industrial (secreto técnicos o comerciales contenidos en la oferta) o por resguardo de datos personales pero la transparencia se opone a la reserva de información sin que medie la debida motivación que así lo justifique.

Todo lo referente a las causales de inhibición, disentimiento, falta absoluta o temporal de sus miembros debe regirse por lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, contenido en el Decreto Presidencial N° 6.708 de fecha 19-05-2009, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 19.181, de la misma fecha, que se encuentra vigente en todo y en cuanto no colide con la normativa especial dictada con posterioridad³⁰.

Ahora bien, es imperioso que los participantes y oferentes en aras de evitar conflictos de interés puedan solicitar la inhibición a cualquier miembro de la comisión en caso de estar incurso en las causales previstas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que tiene aplicación supletoria en los procedimientos de selección de contratistas³¹.

Ningún miembro de la comisión de contrataciones podrá celebrar contrato alguno con el contratante, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, conforme lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en resguardo de la transparencia de los procedimientos de selección y por lo cual, es necesario garantizar la imparcialidad de los miembros de la comisión.

La transparencia de un procedimiento de selección puede lesionarse en los casos como los detectados por la Contraloría General de la República en la actuación fiscal en el Servicio Autónomo de Altos Estudios "Dr. Arnoldo Gabaldón", en los que determinó la configuración de conflictos de intereses, durante el período 2011 y primer trimestre de 2012, en virtud que el referido Servicio emitió veintisiete órdenes de compras por concepto de materiales y útiles de limpieza, a favor de una empresa en la cual su presidente y accionista del 50%, tiene vínculo de afinidad de primer grado con la Directora de Gestión

³⁰ Artículo 18, 19, 20, 21 y 22 de Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

³¹ Artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Administrativa, a quien le compete la aprobación, la coordinación y la supervisión de tales adquisiciones. Esta misma situación fue verificada por el órgano contralor en la contratación de los servicios profesionales de consultoría y reorganización integral de una asociación civil, en la cual el gerente ejecutivo es cónyuge de la jefa de la oficina de compras, adscrita a dicha dirección³². Quedando en entredicho la imparcialidad y selección objetiva del contratista por parte de los funcionarios responsables de la contratación.

En virtud de lo anterior, cabe destacar que los miembros de la comisión como servidores públicos están en la obligación de rehusar con firmeza inequívoca el mantenimiento y relaciones o de intereses, con persona u organizaciones, que sean incompatibles con sus cargos y con las atribuciones y funciones que le estén asignadas, por mandato expreso del numeral 5 del artículo 5 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos. De no cumplir con el referido deber se presenta un conflicto de intereses que puede comprometer la objetividad e imparcialidad en el curso del procedimiento, lo cual repercute directamente en la transparencia del procedimiento.

Es contrario a la transparencia como principio rector del actuar de los servidores públicos que éstos intervengan en la toma de decisiones, acto, contrato o resolución de asuntos en los que tenga interés de naturaleza particular directo o indirecto; del que pueda resultar algún beneficio personal, por ello el numeral 1 del artículo 6 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos, prohíbe expresamente dicha conducta.

Ahora bien, la prohibición antes comentada, en pro de la transparente sustanciación de los procedimientos de selección de contratistas menos públicos y poco competitivos (concurso cerrado, consulta de precio y contratación directa) debe extenderse a los miembros de la unidad contratante, definida en el numeral 3 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, como la unidad responsable de sustanciar los procedimientos de selección de contratistas a través de consulta de precios y contratación directa. Asimismo, resulta conveniente que el contratante haga público los integrantes de la unidad contratante encargados solicitar y analizar las ofertas, preparar informes de recomendación, entre otras actividades relacionadas con los referidos procedimientos, de esta forma los oferentes podrán recusarlos en caso de considerar que media un conflicto de intereses que afecta la imparcialidad de estos funcionarios, lo cual puede incidir negativamente en la transparencia del procedimiento.

Finalmente, Venezuela como Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción debe adoptar las medidas para reglamentar las

³² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2014, p. 52.

cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, de conformidad con el literal e) del numeral 1 del artículo 9 de la referida Convención.

b. Certificación de los miembros de la comisión

Los miembros de las comisiones de contrataciones, deberán certificarse en materia de contrataciones públicas por ante el Servicio Nacional de Contrataciones. Es necesario garantizar la formación técnico-jurídica del personal que intervine en las diferentes fases del procedimiento de selección de contratistas, es imprescindible para obtener mayor transparencia en los procedimientos.

De conformidad con la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, los Estados Partes como en el caso de Venezuela, deben adoptar la normativa necesaria que permita tener al mejor personal capacitado en el manejo y operaciones de las contrataciones públicas. En ese sentido, la Administración Pública venezolana tendrá que seleccionar al personal encargado de los procedimientos de selección de contratistas de acuerdo con perfiles técnicos especializados y capacitarlos permanentemente. Y en el caso que no se conduzcan con honradez en el ejercicio de sus funciones, serán sujeto pasivo de las sanciones que fije el orden jurídico en materia contra la corrupción³³.

Con la formación adecuada se dotará a los responsables de la contratación de los conocimientos, experiencia y de la calificación profesional necesaria para evitar riesgos para la integridad del procedimiento de selección y para lo cual es preciso que su formación especializada no sólo sea limitada al área contratación pública, sino que debe incluir aspectos como la gestión de proyectos y de riesgos económicos.

Sin embargo, en Venezuela no abundan las ofertas académicas para la formación de especialistas en materia de contratación pública, salvo los cursos que en esta materia dicta el Servicio Nacional de Contrataciones, el curso sobre “Contrataciones Públicas” y sobre “Comisiones de Contratación” cuyas horas académicas de duración han sido disminuidas de 16 a 08 horas y los cursos que dicta la Contraloría General de la República sobre la “Ley de Contrataciones Públicas” con una duración de 24 horas, sobre el “Análisis de Precios Unitarios en Contratos de Obras Públicas para edificaciones y vialidad”

³³ Literal e) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

con una duración de 32 horas y sobre “El ejercicio del control fiscal en las contrataciones públicas” con una duración de 16 horas, que ayudan a mitigar la falta de especialización en el área de contratación pública.

En tal sentido, es propicio que el Estado venezolano promueva la creación de ofertas académicas en esta materia que permita cumplir con la disposición de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en cuanto a la formación y capacitación del personal encargados de los procedimientos de selección de contratistas y en general, de las contrataciones públicas.

La capacitación del personal encargado de las contrataciones públicas es una medida necesaria para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción conforme las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

c. Publicación

El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas antes identificado, aplicable en todo lo que no colide con la normativa legal dictada con posterioridad a su entrada en vigencia, establece claramente en el artículo 15, la obligatoriedad de publicar la creación y conformación de las comisiones de contratación que pertenezcan a los órganos o entes de la Administración Pública. De lo cual no puede sino colegirse, sin necesidad de realizar un mayor esfuerzo interpretativo, que la publicación de la conformación de la comisión de contrataciones, es un requisito obligatorio para la validez de la misma, y por ende de las contrataciones que ésta realice.

Hacer del conocimiento de la colectividad en general quienes son los responsables de los procedimientos de selección de contratista, es de vital importancia porque permite a los interesados advertir si los miembros de la comisión están incurso en una causal de inhabilitación e incompatibilidad y conflicto de interés que afecte su objetividad, así como la observancia de los principios de honestidad e imparcialidad que debe regir la actuación administrativa para asegurar su transparencia.

En tal sentido, cualquier cambio en los miembros que integran la comisión debe ser publicado en Gaceta Oficial a los fines que sea de conocimiento público.

C. Formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de contratación, así como su estandarización y publicación

La elaboración del pliego o condiciones de contratación es previa al inicio del procedimiento de selección de contratista, de conformidad con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas el pliego o condiciones de contratación está definido como: “el documento donde se establecen las reglas básicas, requisitos o especificaciones que rigen para las modalidades de selección de contratistas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como de los procedimientos excluidos de la modalidad” (art. 6 num. 17).

Adicionalmente, el artículo 65 del referido Decreto Ley establece que los pliegos de contratación contienen las “reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación” los cuales “deben ser objetivos, de posible verificación y revisión”, de tal forma que genere el menor número de solicitudes de aclaratorias por parte de los oferentes.

La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones en los procedimientos de selección de contratistas, con la finalidad de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; constituye uno de los valores mínimos apropiados que deben contener los sistemas de contrataciones públicas de los Estados Partes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como lo es Venezuela³⁴.

La elaboración del pliego o condiciones de contratación es un acto unilateral y reservado de la Administración, responsabilidad de la unidad usuaria por ser la encargada de efectuar las actividades previas a la contratación³⁵.

El pliego o condiciones de contratación deben ser diseñados de manera que sin afectar la eficiencia del procedimiento garanticen los principios de igualdad y no discriminación de los participantes y oferentes, con las mejores condiciones de competencia posibles. En ese sentido, lo recomendable es que aun cuando se trate de procedimientos cuyo objeto de contratación sea frecuente, contratados en ulteriores oportunidades, la Administración evite emplear automáticamente el pliego anteriormente utilizado, por tanto, lo conveniente revisar cada contratación según su objeto y actualizar el pliego.

³⁴ Literal c) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

³⁵ Numeral 2 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

La comisión de contrataciones podrá considerar y emitir las recomendaciones que estime pertinente sobre las condiciones de contratación que la unidad usuaria someta a su consideración, no es obligatorio, es facultativo para la unidad usuaria hacerlo, pero es lo más conveniente en los casos de procedimientos bajo la modalidad de concurso abierto y concurso cerrado, en los cuales corresponde a la comisión analizar si las ofertas se ajustan a los términos, requisitos y especificaciones del pliego o condiciones de contratación, o si por el contrario la oferta presenta una desviación sustancial que haría improbable el suministro del bien, prestación del servicio o ejecución de obras en las condiciones requeridas por la Administración.

Ahora bien, el pliego o condiciones de contratación, según corresponda, deben ser elaborados de forma general e impersonal, para garantizar la selección objetiva de la oferta, en tal sentido debe contener toda la documentación a la que se refiere el artículo 66 del precitado Decreto Ley, condiciones para la participación, fechas, formatos, matrices de calificación de empresas y evaluación de ofertas, entre otros detalles establecidos por el contratante, referidos al proceso de contratación, de acuerdo a su objeto y naturaleza.

La modificación del pliego y de las condiciones de contratación sólo podrán modificarse hasta dos días hábiles antes de la fecha límite para la presentación de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, notificando las modificaciones a todos los participantes que hayan adquirido el pliego de condiciones o recibidas las condiciones de contratación. En tal sentido, es recomendable que el contratante otorgue una prórroga al término originalmente establecido para la presentación de manifestaciones de voluntad u ofertas a partir de la última notificación, en aras que puedan realizar las adecuaciones necesarias.

Ahora bien, la estandarización del pliego o condiciones de contratación permite su uniformidad considerando las características comunes en atención al objeto de la contratación, lo cual fortalece la igualdad de trato y de condiciones para acceder al procedimiento, previniendo prácticas de corrupción que afecten el uso eficiente del patrimonio público. El pliego o condiciones de contratación deben conducir a la elaboración y presentación de ofertas que ajustadas a los requerimientos del contratante sin desviaciones sustanciales en aras de evitar procedimientos desiertos, asimismo deben dar lugar a una selección objetiva de la oferta más ventajosa.

Por otra parte, hay que tomar en consideración que las ofertas presentadas con omisiones o desviaciones sustanciales de los requisitos señalados en el pliego o condiciones de contratación deben ser rechazadas³⁶.

La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de la selección y adjudicación facilita la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos de contratación, por tanto, las condiciones establecidas no deben dejar margen alguno a la subjetividad en aras de lograr la máxima transparencia en el proceso de valoración de las ofertas para seleccionar la más ventajosa a los intereses del contratante.

Es preciso indicar que el pliego o condiciones de contratación regulan aspectos contractuales propiamente dichos, pues tales documentos deben contener por mandato de la Ley, el “proyecto de contrato que se suscribirá con el beneficiario de la adjudicación” de conformidad con el numeral 16 del artículo 66 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Además, el referido Decreto Ley prevé que en los contratos adjudicados, el órgano y ente contratante debe mantener lo contemplado en el pliego y en la oferta beneficiaria, como parte de las condiciones contractuales (art. 119) –o pena de nulidad del contrato- por ende el contenido del pliego tiene efectos jurídicos una vez se firme el contrato sustanciado conforme a esas reglas.

De allí que el pliego o condiciones de contratación no pueden ser considerados únicamente como documentos que contienen las condiciones generales para los procedimientos de selección, pues éstos también regulan aspectos concretos relativos a la contratación que se desea realizar, lo que requiere su adaptación a cada contrato específico.

En virtud de lo antes expuesto debe garantizarse el carácter público del pliego o condiciones de contratación y su disponibilidad a todos los interesados en contratar con el Estado, todo ello en pro de la publicidad, igualdad y competencia lo cual repercute significativamente en la transparencia del procedimiento de selección. En este sentido, la Ley Constitucional dictada en esta materia establece en su artículo 12 que los procedimientos de publicidad de los pliegos y condiciones de contratación deben realizarse en formato electrónico y estar disponibles de forma general a todos los interesados.

Es importante no establecer requisitos que impidan o dificulten la participación de determinados oferentes o que atenten contra la igualdad de los potenciales participantes. Es necesario que la ley establezca ciertos límites en cuanto a las exigencias, para no cerrar la competencia y para evitar que por

³⁶ Numeral 2 del artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

esta vía se legitime un tráfico de influencias o determinadas formas de corrupción.

Finalmente, es la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de contratación, así como estandarización y publicación; un valor mínimo apropiado para garantizar la transparencia, la competencia y la aplicación de criterios objetivos en los procedimientos de selección de contratistas, que debe abordar Venezuela como Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción³⁷.

D. Llamado público a participar

La Administración Pública, de acuerdo a su planificación y programación anual, de manera unilateral debe realizar la convocatoria para la participación de los interesados en el procedimiento de selección, a los fines de dar a conocer al mayor número de contratistas el objeto de la contratación, disponibilidad del pliego o condiciones de contratación, el procedimiento a utilizar en la modalidad de selección, fijación del acto público para presentar manifestaciones de voluntad de participar en conjunto con los documentos necesarios para su calificación.

Ahora bien, estando el principio de transparencia asociado al principio de publicidad, es pertinente que el llamado a participar sea publicado a través de los medios de información y comunicación que permitan el acceso del mayor número de participantes posibles para garantizar un procedimiento competitivo que le permita al contratante evaluar y comparar ofertas varias para determinar objetivamente conforme con lo establecido en el pliego o condiciones de contratación la oferta más ventajosa a sus intereses.

El llamado público a participar solo está previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas para el procedimiento de selección bajo la modalidad de concurso abierto.

Ahora bien, en los concursos cerrados y consulta de precios, incluso en la contratación directa, atendiendo a la oportunidad y urgencia del requerimiento es pertinente hacer un llamado a participar a los contratistas en general y de presentarse un oferente con la calificación requerida su oferta debe ser evaluada porque a la Administración debe contratar con quien ofrezca la oferta más conveniente de acuerdo con las reglas objetivas de contratación establecidas independiente de las condiciones subjetivas del mismo.

³⁷ Literal b) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ello no obsta para que, en atención a la urgencia que ameritan determinadas contrataciones, la Administración module el tiempo de publicación del llamado a participar y los medios a través de los cuales se acuerda su publicación. En tal sentido y considerando la naturaleza de la contratación, en los concursos abiertos anunciados internacionalmente el llamado a participar podrá publicarse en medios de comunicación de circulación nacional e internacional previo cumplimiento de los extremos legales contemplados en el artículo 82 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Por otra parte, existe la posibilidad de publicar el llamado a participar través de medios de difusión como los medios de comunicación digitales, incrementando la eficiencia y transparencia en los procedimientos, ya que en éstos es más fácil transmitir y consultar a través de Internet.

Los medios de comunicación digitales de información pueden ser los mismos medios de comunicación impresos de circulación nacional e internacional, en razón que muchos de ellos se han adecuado a las nuevas tecnologías y se encuentran disponibles en la Red, o bien puede hacerse en plataformas electrónicas específicas que la Administración Pública ha desarrollado, con la finalidad de integrar en un solo sitio electrónico los procesos de contratación pública y que estén disponibles tanto a nivel nacional o internacional a través de la Web.

La difusión pública de la información relativa a los procedimientos de selección de contratistas a través del llamado público a participar, contribuye a que los interesados dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; además, es otro de los valores mínimos que debe contemplar la normativa venezolana en materia de selección de contratistas conforme el literal a) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

2. Durante la sustanciación del procedimiento

En esta fase se determinan los participantes que presentarán ofertas en el procedimiento; asimismo, tiene lugar la presentación de las ofertas para su análisis y evaluación, a los fines de la elaboración del informe de recomendación para la selección de las ofertas con primera, segunda y tercera opción para la adjudicación del contrato; por ende, constituye la fase central del procedimiento de selección de contratistas, por lo cual es indispensable garantizar la efectividad del principio de transparencia.

Para presentar su oferta, el oferente necesariamente debe tener capacidad jurídica, facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Es decir, el

oferente debe poder obligarse a cumplir el objeto del contrato a adjudicar y no debe estar incurso en inhabilitaciones o conflicto de intereses que impidan la celebración del contrato.

Esta fase es imprescindible pues es la fase de instrucción, en la cual se aportan los elementos de juicio que servirán de fundamento a la máxima autoridad para la adjudicación del contrato. Es una fase en la cual pudiera ocurrir un quebrantamiento de la igualdad de trato para favorecer a determinado oferente, asimismo, puede tener lugar restricciones a la publicidad relacionadas con el acceso en el expediente de la contratación.

A continuación, los mecanismos aplicables en esta fase para garantizar la transparencia del procedimiento:

A. Aplicación de los procedimientos de selección de contratistas de acuerdo a la cuantía o naturaleza de la contratación, según corresponda legalmente

El procedimiento administrativo sirve de cauce formal para que la Administración seleccione a los contratistas, pero no es un mero instrumento de legalidad sino que además es un mecanismo de política pública para determinar la selección del contratista, existiendo un grado de discrecionalidad a cargo de la Administración para la apreciación técnica de las ofertas; por eso adquiere mayor relevancia y la transparencia se constituye en su presupuesto mismo y debe aplicarse en mayor grado.

Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos previamente, en forma precisa cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción de la Administración, ahora bien, la multiplicidad de normativa en la materia y la coexistencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y la Ley Constitucional dictada por la Asamblea Nacional Constituyente poco contribuyen a crear seguridad jurídica en este sentido, más aún cuando esta última Ley delega en los Ministerios la responsabilidad de dictar resoluciones (actos administrativos) para regulaciones complementarias, considerando además que establece que los regímenes de las contrataciones públicas de los entes con fines empresariales serán objeto de regulación especial sin que se contemple un término perentorio para dictar la regulación a tales fines.

Además los procedimientos aplicables deben atender a la cuantía y la naturaleza de la contratación. En Venezuela el diseño legislativo en esta materia se ha caracterizado por establecer un procedimiento general o público para

las contrataciones de mayor cuantía y procedimientos más selectivos o cerrados para las contrataciones de menor cuantía, inclusive como anteriormente he explicado considerando la naturaleza de determinadas contrataciones está prevista la contratación directa como modalidad excepcional de contratación.

Ahora bien, los procedimientos de selección de contratistas se caracterizan por ser procedimientos complejos que no solo tienen por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo (adjudicación de un contrato) sino que también tiene como objetivo lograr una mayor transparencia acerca de la disposición y el uso de fondo públicos tal como ha expresado la Sala Político Administrativa en el expediente N° 2001-0833 en sentencia N° 241, de fecha 09-02-2006, aunado que su realización brinda mayor seguridad jurídica a los interesados en contratar con el Estado.

La obligatoriedad de seleccionar a los contratistas mediante un procedimiento administrativo legalmente establecido, en sí misma, constituye una garantía para los participantes y oferentes³⁸, considerando que la Constitución en su artículo 141 establece que la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En ese sentido, el profesor emérito Brewer Carías sostuvo que: “como principio general en América Latina puede decirse que el Estado y su Administración no tienen libertad de selección del contratista, sino que está sometido a mecanismos específicos para lograr esa selección. Por ello, la contratación directa es realmente excepcional”.

En Venezuela, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas regula las modalidades de contratación; constituyen procedimientos administrativos de tipo concursal que la Administración Pública está obligada a realizar para seleccionar a los contratistas para la adjudicación de contratos de prestación de servicios, suministro de bienes y ejecución de obras; tal exigencia es un requisito de validez de la contratación, su prescindencia genera la nulidad absoluta de la adjudicación otorgada.

La Administración Pública debe motivar suficientemente las decisiones que se adopten en el curso de un procedimiento de selección de contratistas desde el inicio hasta el final.

Al iniciar el procedimiento debe justificar el procedimiento elegido y el requerimiento que se pretende cubrir con ejecución de la contratación.

³⁸ A. Brewer Carías. “Aspectos del régimen jurídico de la contratación gubernamental en América Latina”. Charla. 15-12-1983.

En la fase de sustanciación tiene especialmente relevancia la motivación de los actos de descalificación del participante y del rechazo de la oferta, aunado a que dichos actos deben notificarse a los interesados, con indicación de los recursos que proceden ante tal decisión.

Y, finalmente, la motivación de la adjudicación, lo cual constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, permitiendo a los interesados conocer las razones que determinan la selección del oferente.

A continuación la descripción de los procedimientos establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas para la selección de contratistas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras:

a. Concurso abierto

Este procedimiento es conocido en la doctrina como licitación pública o licitación general. Es un procedimiento de selección pública del contratista no limita el número de participantes y permite la participación de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, su Reglamento y las condiciones particulares previstas en el pliego de condiciones. Su procedencia está prevista de acuerdo a los criterios cuantitativos establecidos en el artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Este es el procedimiento que más favorece la concurrencia de participantes, por ser el más respetuoso del principio de igualdad, dado que podrán presentarse todas aquellas personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que reúnan las condiciones de contratación exigidas. Por tanto, la aplicación de cualquier otro procedimiento con limitaciones a la igualdad, competencia y publicidad debe fundamentarse suficientemente en aras de la transparencia en la selección y adjudicación.

Debe procederse por concurso abierto o concurso abierto anunciado Internacionalmente, conforme los supuestos cuantitativamente previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas³⁹. Ahora

³⁹ Artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas: "Debe procederse por Concurso Abierto o Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente: 1. En el caso de adquisición de bienes, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a veinte mil unidades tributarias (20.000 UT.). 2. En el caso de prestación de servicios, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a treinta mil unidades tributarias (30.000 UT.). 3. En el caso de ejecución de obras, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a cincuenta mil unidades tributarias (50.000 UT.)."

bien, mediante resolución conjunta N° 001-2018 y N° 009-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente, conforme el artículo 5 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas fijó en la cantidad de Bs. 10.850 el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) para las contrataciones públicas, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.360 con fecha 19-01-2018.

Esta nueva unidad de cálculo sustituye a la Unidad Tributaria conforme contempla el artículo 61 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁴⁰. El valor establecido puede ser revisado periódicamente por el gobierno con el fin de adaptarlo a las circunstancias de la economía, a diferencia de la Unidad Tributaria que se actualiza anualmente. Con este valor la Administración Pública calculará sus costos de contrataciones públicas. Por ejemplo, si el contrato para reparar una avenida tiene un costo de Bs. 10.850.000, entonces será 1.000 UCAU.

Posteriormente, se actualizó el Valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) en la cantidad Bs. 17.800, mediante resolución conjunta N° 003-2018 y N° 033-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente publicada en la Gaceta Oficial N° 41.362 de fecha 16-03-2018, fijando el valor de la unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo para contrataciones públicas.

En la actualidad el Valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) está fijado en la cantidad de Bs. 1.150, mediante resolución conjunta N° 003-2019 y N° 023-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente publicada en la Gaceta Oficial N° 41.635 de fecha 17-05-2019.

Finalmente, siendo procedente de acuerdo al monto de la contratación, el concurso abierto podrá realizarse bajo cualquiera de los siguientes procedimientos contemplados en el artículo 78 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; en tal sentido, atendiendo a la naturaleza y

⁴⁰ “Artículo 2. La Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para contrataciones públicas (UCAU) fijada mediante esta Resolución sustituye la Unidad Tributaria a los fines de la realización de operaciones aritméticas relacionadas con la materia de contrataciones públicas, cuando dicha unidad tributaria sea utilizada como factor de cálculo aritmético para la determinación de montos en bolívares conforme al ordenamiento jurídico de esta materia”. Resolución conjunta N° 009/2018 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y de Economía y Finanzas.

complejidad del objeto de la contratación, la Administración racionalmente determinará a su conveniencia cual procedimiento aplicar:

i) *Acto único de recepción y apertura de sobres contentivo de manifestación de voluntad de participar, documentos de calificación y ofertas.* En este mecanismo la calificación y evaluación serán realizadas simultáneamente, por tanto, no es recomendable para selección de contratistas cuando se trate de contratos de obras o de suministro de bienes que contengan un número considerable de reglones que dificulte su evaluación en un acto único.

La descalificación del oferente, será causal de rechazo de su oferta. En este sentido es preciso señalar que garantizar la mayor concurrencia posible es una exigencia fundamental en los procedimientos de selección de contratistas, derivada del principio de competencia. El rechazo de la oferta presentada por un oferente ha de ser excepcional, y por tanto, motivado, cualquier previsión al respecto ha de ser interpretada restrictivamente.

De acuerdo con el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas son causales de descalificación de los participantes en este tipo de procedimiento, las siguientes:

1. Si el participante no ha suministrado adecuadamente la información solicitada, no siendo posible su valoración o apreciación. En este punto hay que considerar que el contratante podrá solicitar a los participantes de un procedimiento de selección los documentos justificativos que demuestren el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para participar en dicho procedimiento, pero no podrá requerirles documentos justificativos que hayan sido consignados o exhibidos para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas. Asimismo, tampoco podrán ser exigidos al interesado documentos justificativos o probatorios en la medida en que la información en ellos contenida haya sido satisfecha al obtener la inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, o dicha información pueda ser obtenida por el contratante accediendo directamente a una base de datos administrada por un órgano o ente público, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas.

2. Si durante el proceso de calificación, el oferente se declara o es declarado en disolución, liquidación, atraso o quiebra, en virtud que no tiene la capacidad para obligarse a la ejecución del contrato en el supuesto de resultar seleccionado.

3. Si durante el proceso de calificación, alguna de las empresas de un consorcio o alianza renuncia a participar en el proceso.

4. Si el oferente no cumple con alguno de los criterios de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

5. Si el contratante determina que el oferente ha presentado información falsa en sus documentos de calificación. En caso de determinarse esta causal debe procederse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

En tal sentido, la comisión de contrataciones debe notificar mediante acto motivado las razones de hecho y derecho que fundamentan la descalificación del participante conforme la Ley y el pliego de condiciones.

Asimismo, el participante descalificado para presentar oferta en el procedimiento podrá interponer el recurso de reconsideración ante la comisión de contrataciones, en virtud de lo dispuesto en el numeral 12 en el 16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas derogada, reglamentación que mantiene su vigencia en todo y en cuanto no contradiga el espíritu, propósito y razón de Decreto Ley vigente, hasta tanto sea dictada una nueva reglamentación.

ii) *Acto único de entrega en sobres separados de manifestaciones de voluntad de participar, documentos de calificación y oferta, con apertura diferida.* En este mecanismo, se recibirán en un sobre por oferente las manifestaciones de voluntad de participar, así como los documentos necesarios para la calificación, y en sobre separado las ofertas, abriéndose sólo los sobres que contienen las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos para la calificación.

Efectuada la calificación, la comisión de contrataciones notificará, mediante comunicación dirigida a cada uno de los oferentes, los resultados y la celebración del acto público de apertura de los sobres contentivos de las ofertas a quienes calificaron el día hábil siguiente y la devolución de los sobres de ofertas sin abrir a los oferentes descalificados.

Este tipo de mecanismo es recomendable para los procedimientos cuyo objeto de la contratación es complejo como los contratos de ejecución de grandes obras que ameritan la elaboración de proyectos de ingeniería, estudios de impacto ambiental. Los proyectos de este tipo de obras deben ser proyectos consolidados que permitan su control y seguimiento de la ejecución física, financiera y presupuestaria.

iii) *Actos separados de entrega de manifestaciones de voluntad de participar, los documentos necesarios para la calificación y de entrega de sobre contentivo de la oferta.* En este mecanismo de actos separados, deben recibirse en un único so-

bre por oferente, las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos necesarios para la calificación. Realizada la calificación, la comisión de contrataciones, notificará, mediante comunicación dirigida a cada uno de los oferentes, los resultados, invitando solo a quienes resulten calificados a presentar sus ofertas, a tales fines remitirá el Pliego de condiciones adjunto a la notificación.

En los concursos públicos anunciados internacionalmente se empleará el sistema de calificación mediante procedimiento de recepción con apertura diferida de ofertas o actos separados, previendo la complejidad de un procedimiento con concurrencia de oferentes extranjeros⁴¹.

Visto lo anteriormente expuesto, puede concluirse que tratándose de un procedimiento aplicable en atención a la cuantía de la contratación, la forma de evadir su aplicación es fraccionar el objeto del contrato para disminuir la cuantía, lo cual está expresamente prohibido en el artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, como se indicó en el Capítulo II de la presente investigación.

Asimismo, la discrecionalidad de la Administración está supeditada a la elección del mecanismo bajo el cual se realizará el concurso abierto, salvo en el caso del anunciado internacionalmente que expresamente la Ley establece bajo que mecanismo se realizará como *ut supra* se ha señalado.

b. Concurso cerrado

Es un procedimiento de selección del contratista con participación restringida de oferentes. La Administración está habilitada para seleccionar y calificar al menos cinco participantes para presentar sus ofertas, con base en los resultados del examen de su capacidad técnica, financiera y legal⁴². La exigencia de ese número mínimo es un instrumento para garantizar una competencia efectiva dentro del procedimiento.

Cuando se trata de este tipo de procedimiento en los cuales la competencia está restringida debe justificarse suficientemente los criterios de preselección de los oferentes invitados a presentar ofertas.

Ahora bien, la procedencia del concurso cerrado está tasada legalmente; procede en los supuestos cuantitativos previstos en el artículo 85 del Decreto

⁴¹ Artículo 82 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁴² Numeral 14 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁴³. Igualmente puede procederse por concurso cerrado independientemente del monto de la contratación, cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado lo justifique, en los siguientes casos:

i) Si se trata de la adquisición de equipos altamente especializados destinados a la experimentación, investigación y educación. Para la procedencia de este supuesto debe considerarse el tipo de equipo y su destino, si el equipo requerido es altamente especializado pero no está destinado a las áreas indicadas en este supuesto no es procedente aplicar este procedimiento de selección.

No obstante, esta disposición legal el Ejecutivo Nacional estableció en el numeral 4 del artículo 2 del Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362, de fecha 16-03-2018, que la procura de bienes y servicios de “equipos altamente especializados” para el sector salud, alimentos, prestación continua de servicios y obras públicas se realizará a través de una consulta de precios independientemente de la cuantía.

En tal sentido, el contratante podrá evadir el concurso cerrado y efectuar una consulta de precios justificando que el equipo altamente especializado será usado para la experimentación y/o investigación en el sector salud, por ejemplo.

ii) Por razones de seguridad de Estado, calificadas como tales, conforme a lo previsto en la disposición legal que regule la materia. En este numeral no queda a discrecional del contratante calificar cuando se está en presencia de una contratación que involucra aspectos de la seguridad de Estado y la defensa integral de la nación. Este tipo de contratación es frecuente en los organismos policiales y en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (adquisición de armamento, sistemas antimisiles, aviones y explosivos). En el supuesto que estos organismos programen la compra de materiales de oficina no puede aplicar este numeral para contratar mediante un concurso cerrado, porque a pesar que la contratación es realizada por un órgano de seguridad, el objeto de esa contratación no involucra aspectos de seguridad de Estado, los cuales

⁴³ Artículo 85 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Puede procederse por concurso cerrado: “1. En el caso de adquisición de bienes, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a cinco mil unidades (5.000 UT.) y hasta veinte mil unidades tributarias (20.000 UT). 2. En el caso de prestación de servicios, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a diez mil unidades (10.000 UT.) y hasta treinta mil unidades tributarias (30.000 UT). 3. En el caso de ejecución de obras, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a veinte mil unidades (20.000 UT.) y hasta cincuenta mil unidades tributarias (50.000 UT)”.

el Ejecutivo Nacional se reserva en lo referente a su clasificación y divulgación conforme lo dispuesto en el artículo 325 de la Constitución.

iii) Cuando de la información verificada en los archivos o base de datos suministrados por el Registro Nacional de Contratistas (con la nueva Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas se migrará al Registro Único de Contrataciones Públicas), los bienes a adquirir los producen o comercializan, prestan o ejecutan cinco o menos oferentes. En este caso la comisión de contrataciones debe dejar constancia en el expediente de la contratación los resultados emitidos por el buscador de la base suministrada por el referido Registro, en aras de la transparencia del procedimiento.

En caso que se verifique que no existen inscritos al menos cinco participantes que cumplan los requisitos establecidos para el concurso cerrado, en los archivos o la base de datos del Registro, se invitará a la totalidad de los inscritos que los cumplan. Se podrán invitar a participar en la modalidad de concurso cerrado a empresas extranjeras que no posean sucursales o filiales en el país, siempre y cuando haya sido calificada legal, financiera y técnicamente, con base en los parámetros requeridos para la contratación, para lo cual es necesario que el ministerio del ramo emita el certificado de no producción nacional.

La calificación de los participantes se realizada en la fase preparatoria antes del inicio formal del procedimiento. Ahora bien, el acta de inicio del concurso cerrado previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, debe incluir la siguiente información por mandato expreso del artículo 107 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas: 1. Descripción del objeto de la contratación y número del procedimiento. 2. Monto estimado de la contratación. 3. Verificación de la situación legal de las empresas. 4. Empresas seleccionadas con indicación de nivel estimado de contratación y calificación financiera. 5. Razones técnicas que fundamentaron la escogencia de las empresas participantes. 6. Cronograma de ejecución de la modalidad de selección. 7. Firma de los miembros de la comisión de contrataciones.

Para garantizar la efectividad del principio de transparencia en este procedimiento la Administración contratante debe motivar de forma precisa por qué se utiliza este procedimiento restringido. Y cuando se limite el número de oferentes seleccionados para presentar ofertas debe motivarse el porqué de la limitación y del número señalado, procurando que el número de invitados a presentar ofertas supere el mínimo legal, así como que efectivamente los seleccionados están en condiciones legales, técnicas y financieras de presentar una oferta. Por ende, el requerimiento de un mínimo de oferente no es un

elemento formal de procedimiento sino material con el objetivo de garantizar la competencia efectiva.

En el concurso cerrado, los participantes precalificados son invitados a presentar oferta adjuntando el pliego de condiciones, e indicando el lugar, día y hora de los actos públicos de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas. Una vez presentada las ofertas, no pueden ser modificadas, ni a solicitud del contratante ni del oferente. En efecto, el principio de igualdad de trato y condiciones y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el contratante y uno u otro de los oferentes.

La selección debe estar fundamentada en los requisitos de experiencia, especialización, capacidad técnica y financiera, que sean considerados a tal fin, éstos deben constar en el acta levantada al efecto, conforme el artículo 85 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

El contratante, atendiendo a la naturaleza de la obra, bien o servicio, procurará preferentemente la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos⁴⁴.

Para esta modalidad, el tiempo el término fijado para la evaluación de las ofertas, emisión de informe de recomendación, adjudicación y notificación de los resultados no podrá ser mayor de ocho días hábiles para adquisición de bienes, diez días hábiles para la prestación de servicios y once para la ejecución de obras. Los lapsos para la evaluación de las ofertas deben ser de al menos tres días hábiles para adquisición de bienes y servicios y seis días hábiles para la contratación de obras. Estos lapsos deben fijarse, en cada caso, teniendo especialmente en cuenta la complejidad de acuerdo a la naturaleza de la contratación.

La diferencia fundamental de este concurso con el concurso abierto radica en que este procedimiento no contempla un llamado público a participar para la concurrencia masiva de oferentes como tampoco existe una difusión pública del pliego o condiciones de contratación, sólo podrán ofertar los contratistas previamente calificados para tal fin.

Los invitados tendrán que presentar sus ofertas para la evaluación del contratante a efectos de asegurar la igualdad de competencia entre ellos, asimismo, el contratante debe examinar las ofertas de acuerdo a las condiciones de contratación según la definición, ponderación y procedimientos previstos

⁴⁴ Artículo 86 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

en el pliego con la finalidad de seleccionar a la oferta que de forma integral ofrezca mejores condiciones.

Aunque en este procedimiento la participación está limitada, hay garantías para la concurrencia de participantes y la Administración Pública, al fundamentar su aplicación, justificará la calificación de los invitados basada en criterios legales, financieros y técnicos, con la selección objetiva de la oferta con la primera opción podrá salvaguardar la transparencia y legalidad del procedimiento.

Las desviaciones administrativas tendrían lugar cuando la Administración límite la participación de un oferente que tenga la calificación para participar a los fines de favorecer a otros, cuando el deber de la Administración conforme el principio de competencia es procurar el mayor número de oferta posibles para seleccionar a la más conveniente, no está limitada a situarse en el mínimo legal de cinco contratistas a invitar para presentar ofertas en el concurso cerrado podrá invitar más oferentes considerando el impacto en la competencia y evitando limitaciones en el acceso a participar.

En la calificación, examen, evaluación y decisión, el contratante debe sujetarse a las condiciones de la contratación, según la definición, ponderación y procedimiento establecidos en el pliego de condiciones.

En el lapso comprendido desde la apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, hasta la notificación de los resultados, no se debe suministrar información alguna sobre la calificación, el examen y evaluación de las ofertas, reserva de la información que debe cumplirse para garantizar la transparencia del procedimiento.

En el marco de los principios de publicidad y transparencia los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas tienen carácter público. El resto de las actuaciones estarán a disposición de los interesados en los términos y condiciones establecidas en la Ley.

De todo acto que se celebre debe levantarse acta que será firmada por los concurrentes. Si alguno de ellos se negare a firmar el acta o por otro motivo no la suscribiere, se dejará constancia de esa circunstancia y de las causas que la motivaron.

Posteriormente, la comisión de contrataciones debe examinar las ofertas, determinando entre otros aspectos, si éstas han sido debidamente firmadas, si están acompañadas de la caución o garantía exigida y cumplen los requisi-

tos especificados en el pliego de condiciones. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado.

En los concursos abiertos y cerrados, la comisión de contrataciones en el proceso posterior del examen y evaluación de las ofertas, debe rechazar de manera motivada las ofertas incursas en los supuestos previstos en el artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Finalmente, en este procedimiento, aunque el acceso a participar está limitado, la concurrencia de participantes debe garantizarse y en todo el procedimiento debe salvaguardarse los principios de transparencia y legalidad; en efecto, tendrán que cumplirse cabalmente las etapas del procedimiento en los términos establecidos legalmente, procediendo su aplicación únicamente en los casos específicos tasados en la Ley; en tal sentido, en pro de la transparencia del procedimiento, la calificación que el contratante realice a los participantes para habilitarlos a presentar ofertas debe estar basada en criterios objetivos, verificables, porque, de verificarse que la calificación está fundada en criterios subjetivos que lesionan el principio de igualdad y el principio de competencia, la transparencia del procedimiento es cuestionable.

c. Consulta de precios

Es el procedimiento de selección de contratista en la que, de manera documentada, se consultan precios por lo menos a tres proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios previa calificación legal, técnica y financiera. La normativa establece un número mínimo de participantes a consultar, sin embargo, al igual que en el concurso cerrado ello no es limitativo para que la Administración decida consultar un número mayor.

Este procedimiento constituyó un mecanismo de adjudicación directa previsto en el derogado Reglamento de la Ley de Licitaciones. Por sus características el precio es un criterio de valoración determinante para adjudicar el contrato. Por ello el precio del bien, servicio u obra a ofertar debe fijarse adecuadamente para garantizar el efectivo cumplimiento sin menoscabo de la calidad y plazos en la ejecución en caso de resultar seleccionado⁴⁵.

Ahora bien, podrá proceder por consulta de precios, previa suscripción del acta de inicio del procedimiento, conforme los supuestos cuantitativos previstos en el artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de

⁴⁵ Dromi, Roberto: “el concurso de precios es solo el precio o cotización el elemento variable y determinante de la oposición (o de la comparación de cotizaciones)”. *Licitación Pública*, 1995, p. 127.

Contrataciones Públicas⁴⁶. Independientemente del monto de la contratación, se procederá por consulta de precios en caso de obras, servicios o adquisiciones de bienes que por razones de interés general deban ser contratados y ejecutados en un plazo perentorio que se determinará de acuerdo a la naturaleza del plan excepcional aprobado por el Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, el Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, establece un régimen especial para la adquisición de bienes y servicios esenciales por parte de los órganos y entes del sector público, con fundamento en el numeral 12 del artículo 5 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, ampliando significativamente los supuestos cualitativos de procedencia de las consultas de precios independientemente del monto de la contratación⁴⁷, constituyéndose de esta forma regímenes especiales de contratación en los cuales los procedimientos restrictivos son la regla y no la excepción, dado que amplían los supuestos de procedencia de la consulta de precios independientemente de la cuantía de la contratación, lo cual disminuye la realización de procedimientos generales de selección como el concurso abierto.

Ahora bien, siguiendo con la sustanciación de las consultas de precios, la unidad contratante deberá coordinar las actividades previas a la contratación, seleccionar y calificar a los potenciales participantes, solicitar al menos tres ofertas, recibir las ofertas y preparar el informe de recomendación para la adjudicación. A las invitaciones debe anexarse el pliego de condiciones, pero cuando las características de los bienes o servicios a adquirir lo permitan podrá remitirse la invitación junto con las condiciones generales de contratación⁴⁸.

El contratante está obligado a fijar el término para la evaluación de las ofertas, emisión del informe de recomendación, adjudicación y notificación de los resultados, el cual no podrá ser mayor a los siguientes: ocho días para adquisición de bienes, nueve para la prestación de servicios y diez para la ejecución de obras.

⁴⁶ Artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas Se podrá proceder por Consulta de Precios: "1. En el caso de adquisición de bienes, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta cinco mil unidades (5.000 UT.). 2. En el caso de prestación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta diez mil unidades (10.000 UT.). 3. En el caso de ejecución de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta veinte mil unidades (20.000 UT)".

⁴⁷ Artículo 2 del Decreto N° 3.324, de 16-03-2018.

⁴⁸ Artículo 65 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Al igual que en el concurso abierto y el concurso cerrado, los oferentes cuyas ofertas sean rechazadas deben ser notificados con la exposición de motivo del rechazo, por ejemplo, en el caso que presenten estructuras de costos no razonables, que imposibilite la ejecución del contrato.

En aras del principio de transparencia, la invitación a tres oferentes no debe constituirse en un mero formalismo a cumplir sino que el contratante durante el proceso previo de calificación debe verificar que esos potenciales oferentes se encuentren en condiciones reales de concurrir y presentar cotizaciones, de esta forma el contratante tendrá un procedimiento competitivo que permitirá comparar las cotizaciones de precios; así podrá cumplir con este procedimiento de forma expedita pero transparente con una oportuna selección y garantizando la eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Sin embargo, basta con que haya sido recibida una oferta y que ésta cumpla con las condiciones de contratación y sea conveniente a los intereses del contratante para otorgar la adjudicación⁴⁹. De esta forma el legislador no promueve la concurrencia de oferentes, es necesario el establecimiento de medidas de control para salvaguardar un mínimo de concurrencia y competencia efectiva en los procedimientos de menor cuantía, porque si bien los procedimientos de selección admiten legalmente limitaciones a los principios de publicidad y competencia, no es menos cierto que su aplicación ha de ser restrictiva y su interpretación estricta; asimismo en caso de existir alguna laguna jurídica deben aplicarse los principios que rigen estos procedimientos.

En este procedimiento el contratante, conforme con lo dispuesto en el artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, procurará la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos. Esta preferencia rompe con el principio de igualdad, no obstante, está fundamentada en una disposición legal cuya *ratio legis* es fomentar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, así como amparada en el principio establecido en el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas referente a promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción. Además está prevista la consulta de precios con empresas no nacionales, la cual se reguló en los mismos términos y condiciones del supuesto del concurso cerrado con ese tipo de empresas⁵⁰.

Por otra parte, el informe de recomendación de contrataciones a realizar en el marco de un plan excepcional cuando su cuantía superen las 5.000 U.T.,

⁴⁹ Artículo 97 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁵⁰ Artículo 100 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Contrataciones Públicas.

para la adquisición de bienes, 10.000 U.T. para la prestación de servicios y 20.000 U.T. para la ejecución de obras, o que deriven de un concurso cerrado declarado desierto debe contar con la aprobación de la comisión de contrataciones⁵¹.

A pesar de lo anteriormente señalado, la Contraloría General de la República en los expedientes de contratación de catorce consultas de precios realizadas en el ejercicio fiscal 2012 por el Ministerio del Poder Popular para el Comercio no evidenció la existencia del informe de recomendación y la aprobación de la comisión de contrataciones⁵².

Por otra parte, la consulta de precios podrá realizarse a través de una subasta inversa electrónica en las consultas de precios de bienes y servicios que por sus características lo permitan, siempre y cuando lo señalen en las condiciones de la contratación. Los oferentes presentarán oferta económica que podrá ser mejorada mediante la realización de ofertas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por ésta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta⁵³.

Actualmente, el Servicio Nacional de Contrataciones es el encargado de establecer los aspectos inherentes a la aplicación de la subasta inversa; en observancia del principio de publicidad y competencia que repercuten en la transparencia del procedimiento la convocatoria para participar en este mecanismo debe ser pública; y, en el cual, el oferente que resulte seleccionado será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria, siempre y cuando la Administración se asegure que ese precio está adecuadamente estimado previa evaluación de las estructura de costos.

En ese sentido, en pro de la preservación del patrimonio público, en las condiciones de contratación de la subasta inversa debe contemplarse que el contratante no asumirá la modificación del contrato para absorber incrementos en la estructura de costos que el contratista oportunamente debió considerar en su oferta a la fecha de su presentación y que no obedecen a hechos imprevisibles.

La modalidad de subasta inversa, tanto presencial como electrónica, está prevista en el ordenamiento jurídico colombiano constituyendo un procedimiento mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con

⁵¹ Artículo 99 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁵² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2014, pp. 52 y 53.

⁵³ Artículo 97 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo beneficio para el contratante, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico peruano está contemplada con criterios claros y delimitados la subasta inversa a través de una convocatoria pública; y, en la cual, el oferente seleccionado será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad, lo que busca es agilizar las contrataciones del Estado, reduciendo costos y así obtener los mejores precios del mercado.

La legislación ecuatoriana prevé la subasta inversa para la adquisición de bienes o servicios, a través de una negociación de precios entre proveedores preseleccionados debidamente calificados, los cuales pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos, siendo adjudicado el que oferte el precio más bajo.

En Colombia, Perú y Ecuador, al igual que en Venezuela, está contemplada la selección de contratistas a través del procedimiento de subasta inversa para bienes y servicios, excluyendo la posibilidad que aplique para la ejecución de obra dada la naturaleza de este tipo de contratos. Asimismo, los referidos países en su legislación buscan garantizar la publicidad, la eficacia, la economía, la celeridad, ampliando el margen de competencia, lo cual repercute significativamente en la transparencia de este tipo de procedimiento que se introduce en la legislación venezolana con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, pero debe profundizarse en la reglamentación de este procedimiento novedoso.

Finalmente, considerando las características de este procedimiento, al igual que en el concurso cerrado debe materializarse una calificación previa del participante; solo luego de verificarse su calificación legal, financiera, especialidad y capacidad técnica podrá el contratante solicitar las ofertas.

d. Contratación directa

La doctrina se refiere a este procedimiento como de trato privado, concierto directo, compra directa, entre otras denominaciones. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico venezolano es un procedimiento de selección⁵⁴, de carácter excepcional, por tanto no debe concebirse como una adjudicación directa, el contratante solo podrá adjudicar directamente los contratos excluidos de las modalidades de selección de contratistas conforme con lo dispuesto en

⁵⁴ Numeral 29 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

No obstante lo antes expuesto, no es menos cierto que la contratación directa no está en la Ley suficientemente estructurada como un procedimiento, en tal sentido, tomando en cuenta el objeto de las contrataciones por las cuales es procedente es recomendable estructurarlo procedimentalmente con las actuaciones administrativas que debe desarrollar el contratante previas a la adjudicación del contrato, actuaciones que debe realizarse de manera simplificada y sumaria sin afectar la celeridad administrativa del procedimiento.

En este procedimiento no está previsto un llamado público a participar al igual que en el concurso cerrado y consulta de precios, el acceso al procedimiento es a través de una invitación directa del contratante pero mínimo debe invitarse a dos oferentes calificados para presentar ofertas, cuando las condiciones de la contratación lo permitan conforme está previsto en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

Aunque los niveles de concurrencia sean menores debe garantizarse el principio de competencia, salvo en los casos que por razones de especialidad y las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra este excluida la posibilidad de competencia, de lo cual debe dejarse constancia en el acto motivado que se dicte a tales fines.

Ahora bien, las contrataciones directas que superen las 5.000 U.T. para la adquisición de bienes, 10.000 U.T. para la prestación de servicios y 20.000 U.T. para la ejecución de obras, deberán contar con la opinión de la comisión de contrataciones de la unidad contratante. Dicha opinión no tendrá carácter aprobatorio ni vinculante para la decisión que se adopte. De esta forma la máxima autoridad podrá disponer de una opinión de la comisión que cuenta con profesionales del área legal, técnica y económica, coadyuvando a la adopción de una decisión apegada a la legalidad y lo más conveniente para el contratante⁵⁵.

Los supuestos cualitativos para la procedencia de la contratación directa se encuentran previstos en el artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, independientemente de la cuantía de la contratación.

En este tipo de procedimiento la Ley no exige el levantamiento de un acta de inicio como se requiere expresamente para el concurso cerrado y consulta de precios, no obstante, tratándose de un procedimiento administrativo debe

⁵⁵ Artículo 103 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

suscribirse un acta de inicio, tomando en consideración que los supuestos previstos en los numerales 1 y 5 del artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, asociados a la necesidad de la contratación por el perjuicio que pueda causar al contratante el retardo por el inicio de un nuevo proceso, el tiempo para la selección y adjudicación debe ser inferior al establecido para la modalidad de selección de contratista que corresponda según el monto de la contratación⁵⁶. En esos casos con la suscripción de acta de inicio podrá verificarse si la duración de este procedimiento excepcional ha sido en tiempo inferior a los procedimientos ordinarios.

De esa forma, quedan en evidencia casos como el detectado en la actuación fiscal realizada por la Contraloría General de la República en la empresa del Estado C.A. Metro de Caracas, en la cual se constató que el referido ente aplicó una contratación directa para la selección de una contratista cuando lo procedente era un concurso abierto anunciado internacionalmente de acuerdo al monto de la contratación, la contratación directa se realizó bajo el argumento de “colapso” del sistema, sin embargo, el órgano contralor determinó que la obra pautada inicialmente para ejecutarse en 48 meses, su tiempo de ejecución ha sido prorrogado, teniendo a la fecha de la actuación fiscal ocho años en ejecución sin que haya sido culminada para ese momento dado que los trabajos se encontraban paralizados, sin evidencia del documento en el cual se deje constancia de los motivos de la paralización⁵⁷.

En los supuestos anteriormente señalados, las condiciones de contratación deben regular suficientemente los plazos de ejecución y las formas de entregar considerando que dada las características de los supuestos de procedencia ameritan una ejecución perentoria del objeto de la contratación, siempre que no trate de un falso supuesto de hecho para justificar la aplicación de este procedimiento.

Ahora bien, la máxima autoridad del contratante debe exponer los hechos que dan origen al procedimiento, en virtud de que esos hechos deben encuadrar en un supuesto legal previsto para este procedimiento como sostiene Roberto Dromi⁵⁸; de no ser así, la legitimidad y oportunidad del procedimiento quedan en entredicho. En ese sentido, para proceder por contratación directa la máxima autoridad debe dictar un acto motivado con toda la información

⁵⁶ Artículo 115 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

⁵⁷ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, p. 150.

⁵⁸ Dromi, Roberto: *“La autoridad competente que decida contratar por alguno de los procedimientos de excepción, debe ponderar objetivamente y fundadamente las razones que posibilitan encuadrar los casos determinados en el procedimiento elegido. Estas motivaciones constituyen, por tanto, los supuestos o razones del acto, Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión de contratar por un procedimiento de excepción”*. Licitación Pública. 1995. pp. 137 -138.

que justifique adecuadamente la contratación (legal, financiera y técnica), y en especial la exposición sucinta de los hechos, justificación legal, fundamentación y decisión de la contratación directa con el contratista seleccionado⁵⁹.

De lo anteriormente expuesto se desprende que previo al acto motivado el contratante debe efectuar las actuaciones administrativas para seleccionar al contratista, sin embargo, la normativa legal no establece ninguna previsión a este respecto, pero el respeto al principio de transparencia que rige el procedimiento de selección así lo amerita.

Por tanto, no existiendo parámetros expresos para la sustanciación de este tipo de procedimientos, en las actuaciones administrativas ocurren desviaciones como ha detectado la Contraloría General de la República en la actuación fiscal realizada en la empresa del Estado Petrocasa Construcción, S.A., en la cual se determinó que cinco contratos, cuyos actos motivados debió firmar la máxima autoridad no fueron firmados⁶⁰. En consecuencia, sin acto motivado aprobado por la máxima autoridad no se configurará la contratación directa sino una adjudicación directa.

Debe establecerse expresamente que la aprobación de los actos motivados tenga lugar previo a la celebración del contrato, para evitar desviaciones como ha evidenciado la Contraloría General de la República en la actuación fiscal realizada en el Consejo Nacional Electoral (CNE) en la cual se determinó que los actos motivados de 28 contratos adjudicados directamente durante los ejercicios económicos 2007 y 2008, fueron aprobados con posterioridad a la adjudicación⁶¹.

Asimismo, la Contraloría General de la República en actuaciones fiscales realizadas en el Hotel Venetur Puerto La Cruz y Venetur Orinoco ha evidenciado que las contrataciones directas no cuentan con acto motivado y/o la aprobación de la autoridad competente⁶².

Este tipo de procedimiento, a pesar de su carácter restrictivo y excepcional, su aplicación frecuente constituye la regla general desde el punto de vista del número de adjudicaciones otorgada por contratación directa, una huida a los procedimientos de selección más garantes de la transparencia que viene dada en virtud que los supuestos de procedencia de la contratación directa han sido ampliados en las últimas reformas legislativas de la ley que rige las contrataciones públicas extendiendo significativamente su ámbito de aplicación como aprecia el profesor Brewer Carias al realizar un análisis jurídico “de

⁵⁹ Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁶⁰ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2015, p. 89.

⁶¹ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2011, p. 33.

⁶² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, pp. 177 y 179.

la ley de licitaciones a la ley de contrataciones públicas en Venezuela: una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la Corrupción administrativa”⁶³.

En virtud de lo antes expuesto, los supuestos de procedencia de este procedimiento deben limitarse a aquellos casos en que la competencia no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al contratante, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un contratista que pueda ejecutar el contrato. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva deben justificar la aplicación de este procedimiento sin publicación, sin competencia y sin igualdad de acceso, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio contratante con miras al futuro procedimiento de selección.

No obstante lo anterior, el Ejecutivo Nacional continúa ampliando los supuestos de aplicación de la contratación directa, incluyendo dos nuevos supuestos de procedencia en el Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018⁶⁴.

Si bien en este procedimiento los principios de igualdad, concurrencia y competencia se ven reducidos, ello no es impedimento para que la Administración actúe con apego al principio de legalidad y transparencia para alcanzar el objetivo del procedimiento que no es otro que seleccionar la oferta más conveniente a sus intereses para el uso eficiente de los recursos públicos y el contratista que sea adjudicado debe poseer la calificación legal, financiera, la especialidad y capacidad técnica para cumplir el objeto de la contratación.

La contratación directa por sus características debe ser la excepción y no la regla como procedimiento de selección de contratistas. Es un procedimiento que debe estructurarse como un procedimiento sumario para su oportuna sustanciación solo para los supuestos taxativamente previstos en el ordenamiento jurídico y en su desarrollo deben respetarse los principios que rigen los procedimientos de selección.

En todo caso, a continuación de la fase de sustanciación, en los procedimientos de selección de contratistas anteriormente desgranados tiene lugar la

⁶³ A. Brewer Carías: Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica, Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, New York, 31-03-2017.

⁶⁴ Artículo 3 del Decreto N° 3.324, de 16-03-2018.

fase de decisión, que consiste en el otorgamiento de la adjudicación del contrato licitado a la oferta con la primera opción.

Debe otorgarse la adjudicación a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego o condiciones de contratación.

En tal sentido, el contratante, atendiendo a las especificaciones técnicas y condiciones de cada contratación, establece los criterios determinantes para la escogencia de la oferta ganadora. Puede preverse así que en aquellos contratos en los que las características o atributos específicos del oferente son fundamentales (capacidad legal, técnica y financiera), el precio del contrato no determinará la escogencia de la oferta como en los casos de consulta de precios donde el precio es un criterio determinante para adjudicar. En esos supuestos, la oferta deberá ser evaluada en su integridad (concursos abiertos y concursos cerrados), otorgando preeminencia a todos los factores que permitan determinar la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato que se pretende adjudicar, a satisfacción del contratante.

En los procedimientos de selección anteriormente descritos la regla es que el otorgamiento de la adjudicación debe recaer sobre la oferta que resulte con la primera opción en el informe de la comisión de contrataciones o de la unidad contratante, en las consultas de precios y contrataciones directas no sometidas a la referida comisión. Esa primera opción será establecida según todos los criterios de evaluación establecidos en el pliego, que no sólo se limitan al precio de la oferta, sino también a los demás aspectos técnicos y financieros vinculados con las necesidades del ente contratante.

Ahora bien, con relación al criterio del precio de la oferta, el artículo 38 numeral 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece expresamente lo siguiente:

Artículo 38. El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:(...) 4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.

Del contenido de la norma precitada, se observa que no se condiciona la idoneidad del precio de la oferta a su monto, es decir, a que sea el monto más bajo; sólo se exige que sea “justo y razonable”, salvo las excepciones establecidas en “otras leyes”.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas es la ley especial en la materia, de modo que la idoneidad del precio en los

términos previsto en el artículo 38 de la normativa de control fiscal, deberá determinarse según lo previsto en la ley especial. Pero el Decreto Ley no contiene disposición alguna que otorgue preeminencia al precio de la oferta como criterio fundamental para el otorgamiento de la adjudicación salvo la disposición prevista en caso de efectuarse el procedimiento de consulta de precios; las normas que se refieren a la evaluación de las ofertas, exigen que el contratante realice la selección del contratista en base a los criterios establecidos en los pliegos o condiciones de condiciones.

De modo que el carácter “justo y razonable” del precio, si bien está vinculado a la cuantía de la oferta, no necesariamente exige que el contratante deba escoger la oferta más baja, pues debe igualmente examinar que dicha propuesta cumpla con los demás requerimientos exigidos para el fiel cumplimiento del contrato.

No siempre la oferta más económica satisface las necesidades requeridas, pues puede suceder que una propuesta con esas características, presente condiciones técnicas y financieras más desfavorables, y no se corresponda con la estimación de costos de la contratación, situación que en el supuesto de otorgarse la adjudicación pueda desencadenar la siguiente situación: imposibilidad de ejecutar el contrato por parte del contratista seleccionado porque el precio no se corresponde con los gastos que debe efectuar para materializar la ejecución del contrato y en consecuencia, solicite una reconsideración de precios.

De acordarse la reconsideración de precios sin que medien hechos del príncipe o cualquier otra circunstancia sobrevenida, la oferta más económica terminará siendo más costosa que la oferta presentada por otros oferentes en el procedimiento, lo cual pudiese ocasionar un perjuicio económico para el contratante.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece la obligación de rechazar las ofertas que difieran de las regulaciones existentes en materia de precios justos y cuya estructura de costos no sea razonable⁶⁵.

En los casos de ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios, podrá otorgarse parcialmente la totalidad o parte entre varias ofertas presentadas, si así se ha establecido expresamente en el pliego de condiciones, tomando en cuenta la naturaleza y las características de la contratación

⁶⁵ Artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, numeral 13.

a celebrar. La adjudicación parcial debe realizarse cumpliendo los criterios, condiciones y mecanismos previstos en el pliego de condiciones.

Solo se procederá a considerar la segunda o tercera opción, en este mismo orden en caso que el participante con la primera opción, notificado del resultado del procedimiento, no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, no suministre las garantías requeridas o le sea anulada la adjudicación por haber suministrado información falsa.

No obstante lo anterior, en cualquiera de los procedimientos de selección analizados, se podrá adjudicar el contrato cuando se presente solo una oferta y cumpla con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones, luego de efectuada la calificación y evaluación respectiva.

Ahora bien, en situaciones anormales el procedimiento de selección de contratistas podrá suspenderse mediante acto motivado, mientras no haya tenido lugar el acto de apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso.

Si la suspensión de un procedimiento de selección de contratistas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 106 de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se prolonga por un lapso mayor de cuarenta y cinco días hábiles, el contratante dará por terminado el mismo y podrá iniciar un nuevo procedimiento.

Igualmente puede dar por terminado el procedimiento, mediante acto motivado, mientras no se haya firmado el contrato definitivo. En caso que se hubiere otorgado y notificada la adjudicación, se indemnizará al beneficiario de ésta con una suma equivalente al monto de los gastos en que incurrió para participar en el procedimiento de selección, que no será superior al 5% del monto de su oferta, previa solicitud del beneficiario de la adjudicación acompañada de los comprobantes de los gastos, dentro del lapso de treinta días contados a partir de la notificación de terminación del procedimiento.

En caso de haberse otorgado la adjudicación y no haya sido notificada, no procederá indemnización alguna, conforme el artículo 107 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, esta disposición violenta el principio moderno de la reparación integral del daño que implica indemnizaciones reales y no simbólica. En tal sentido, hay que rechazar la tendencia del legislador y de los jueces de limitar la responsabilidad del Estado por capacidad económica y el no reconocimiento del lucro cesante para superar el mito de la afectación negativa del erario público.

En caso de aplicarse una modalidad de selección de contratistas establecida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, que no corresponda, de acuerdo a los supuestos cuantitativos que señala la referida Ley, se dará por terminado el procedimiento, iniciándose el que fuera procedente.

Terminado el procedimiento de selección del contratista, el contratante puede abrir un nuevo procedimiento, cuando hayan cesado las causas que dieron origen a la terminación. En los casos del concurso cerrado y consulta de precios podrá invitar a participar en el nuevo procedimiento, a la totalidad de los oferentes de la modalidad terminada.

En caso de haberse otorgado la adjudicación o firmado el contrato, procederán los supuestos de nulidad indicados en el artículo 122 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Contrataciones Públicas.

En los procedimientos en que se presente una única oferta válida y en consecuencia se dé la inexistencia de segunda y tercera opción en el procedimiento, cuando ocurra la nulidad de la adjudicación otorgada, se declarará desierto el procedimiento, de conformidad con el numeral 4 del artículo 113 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

B. La contratación electrónica

Este mecanismo consiste en la utilización por parte del contratante de medios y dispositivos de tecnología de información y comunicaciones para realizar el procedimiento de selección legalmente aplicable, garantizando el acceso de los participantes, el registro y almacenamiento de documentación en medios electrónicos⁶⁶. Por tanto, la contratación electrónica no es un procedimiento en sí misma, es un medio que favorece la transparencia, fortalece las relaciones entre los particulares y la Administración, asimismo a lo interno de ésta facilita la supervisión del comportamiento de los funcionarios o empleados públicos. Por consiguiente, los procedimientos realizados con medios y dispositivos electrónicos facilitan la gestión de la contratación pública, la publicación de los datos, la concurrencia equilibrada de diversos actores económicos, la fiscalización y control de la gestión contractual y puede generar ahorros en esa gestión.

Ahora bien, la realización de los procedimientos de selección realizados aplicando medios y dispositivos electrónicos deben ir acompañados del establecimiento de medidas que aseguren a lo interno la transparencia material en todas las fases del procedimiento. Su aplicación reduce significativamente

⁶⁶ Artículo 104 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

las posibilidades de desviaciones administrativas porque la documentación e información del procedimiento debe estar disponible para todos los participantes, así como para cualquier ciudadano a través de su publicación en medios electrónicos.

Con la utilización de medios y dispositivos electrónicos se podrá dar vigencia plena al principio de publicidad, reforzando el carácter público del expediente de la contratación, favoreciendo la igualdad de oportunidades para participar y la competencia, en consecuencia, la transparencia del procedimiento que conlleva a “que el actuar de la Administración se deje ver como a través de una casa de cristal”⁶⁷, permitiendo que la Administración Pública y sus actuaciones se encuentren disponible a cualquier interesado, sin reservas ni confidencialidades injustificadas.

Este mecanismo para su apropiada y efectiva utilización como herramienta para incrementar la transparencia no debe limitarse a dar publicidad al procedimiento de selección, la Administración con su implementación debe ir más allá de la divulgación de la información referida al procedimiento y la recepción de documentación vía electrónica⁶⁸, por tanto, su utilización debe asegurar la integridad del procedimiento, el control y las responsabilidades de quienes lo utilicen al momento de dar acceso a los participantes al sistema o valorar las ofertas.

Este mecanismo no impide que las especificaciones técnicas de un procedimiento de selección hayan sido elaboradas para favorecer a determinado participante, entonces, la contratación electrónica favorece la transparencia pero las condiciones de la contratación deben ser objetivas para una transparencia real. Igualmente, el sistema que se utilice para su ejecución debe caracterizarse por ser un sistema accesible e inteligible a cualquier participante y oferente que no limite la concurrencia de ningún actor económico.

De conformidad con el 11 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, es responsabilidad de los ministerios del Poder Popular con competencia en materia de planificación y de tecnologías de la información, desarrollar las regulaciones complementarias para la implementación de la interoperabilidad entre los distintos organismos del sector público

⁶⁷ Del Piazso, Carlos E., “A la búsqueda del equilibrio entre la privacidad y acceso a la protección de datos personales y acceso a la información pública”. Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U/ AGESIC. Montevideo, 2009, p. 17.

⁶⁸ Artículos 12 y 13 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

involucrados en la verificación de la documentación presentada en los procedimientos de selección de contratistas y los expedientes electrónicos, a partir de lo previsto en esa Ley Constitucional y en las demás normas del ordenamiento jurídico vigente.

En todo caso, la Administración contratante debe garantizar que en los procedimientos realizados con medios y dispositivos electrónicos sean observados los principios que rigen la selección de contratistas conforme lo dispuesto en los artículos 104 y 105 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, porque este mecanismo *per se* no garantiza la transparencia del procedimiento.

Finalmente, en virtud de lo anteriormente expuesto este mecanismo de contratación electrónica debe comprender entre otras actuaciones: 1. La publicación del llamado a participar en internet. 2. La descarga en línea del pliego o condiciones de contratación. 3. La publicación del expediente de contratación en internet. 4. La remisión y recepción electrónica de las ofertas. 5. La solicitud y respuesta de aclaratorias vía electrónica. 6. Visualización del acto de apertura de sobres a través de internet. 7. La notificación electrónica de la adjudicación y, 8. La firma electrónica del contrato.

C. Formación y publicidad del expediente de la contratación

La sustanciación de cualquier procedimiento administrativo amerita la formación de un expediente administrativo que constituye una manifestación del deber de documentación que tiene su fundamentación en la necesidad de acreditar fehacientemente las actuaciones de la Administración Pública, siguiendo un orden lógico, de acuerdo al momento que tienen lugar los hechos y los actos en el curso del procedimiento.

En tal sentido, el contratante debe formar un expediente administrativo de cada procedimiento de selección de contratistas que permita conocer los actos que se adopten en su sustanciación y permitir el acceso de los interesados, incluso con fines de contraloría social. Dicho expediente debe ser de carácter público para dar transparencia al procedimiento y sólo reservar o declarar de carácter confidencial de manera justificada, conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, disposiciones aplicables en todo y en cuanto no colidan con las normas de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Por otra parte, la referida Ley Constitucional otorga preferencia al uso de medios de información y comunicación electrónicos, estableciendo en el artículo 12 que la sustanciación de expedientes debe realizarse en formato electrónico, disponible a todos los interesados.

Ahora bien, es preciso que se garantice la unidad del expediente de la contratación, independientemente que en su sustanciación intervengan varias unidades del contratante, como se ha evidenciado anteriormente en la fase previa del procedimiento de selección interviene la unidad usuaria del contrato, en las consultas de precios y contrataciones directas es la unidad contratante responsable de la sustanciación a diferencia del concurso abierto y cerrado que corresponde su instrucción a la comisión de contrataciones.

Sin embargo, en los supuestos ya analizados pudiera la comisión conocer de los informes de recomendación de determinadas consultas de precios y opinar sobre actos motivados de contrataciones directas. Posteriormente, en la fase de decisión conoce la máxima autoridad del contratante y finalmente en la fase de ejecución o eficacia corresponde a la unidad usuaria incorporar en el expediente todas las actuaciones relacionadas con la administración del contrato (Acta de inicio de trabajos, actas de paralización, prórrogas, evaluación de desempeño, pagos, entre otras).

La Ley Constitucional en el artículo 13 promueve la publicidad y difusión electrónica de la información relacionada con las contrataciones públicas, no obstante, establece que la carta de consignación de la oferta, la confirmación del interés del oferente una vez adjudicado, o la adjudicación u otorgamiento de la buena pro, no están sujetas a la aplicación de lo dispuesto en ese artículo, pero deberán ser objeto de mecanismos de digitalización e integración al expediente electrónico que se forme, en observancia al principio de unidad del expediente.

Si lo que se persigue es la transparencia del procedimiento solo cuando se trate de ofertas contentivas de secretos comerciales es recomendable que los oferentes hagan la notificación correspondiente a los fines de su reserva para la protección de la propiedad intelectual e industrial, pero es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el derecho al respeto de los secretos comerciales y el derecho al acceso a la documentación relacionada con el procedimiento.

Ahora bien, en aras de reforzar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los procedimientos de selección de contratistas el contratante a través de su página web oficial podrá publicar datos e informaciones tales como las contrataciones programadas, los llamados a participar, los pliegos o condiciones de contratación, los procedimientos de contratación en

curso y la documentación relativa a las mismas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el contratante.

En España está previsto que la Administración contratante tenga un perfil oficial en la web para la publicación de todas las actuaciones y documentos relacionados con los procedimientos de selección de contratistas y los contratos adjudicados, dado el auge de los medios electrónicos repercute significativamente en el acceso a la información en materia de contrataciones lo cual deriva en mayor transparencia en los procedimientos, en Venezuela ha habido avances en este sentido con la obligación de publicar el llamado a participar en los concursos abiertos en su página web oficial y remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones para que sean publicado en la página web de ese órgano de conformidad con el artículo 79 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

D. Participación de los miembros de los órganos de control como observadores en el procedimiento

Este mecanismo de control interno previsto en el artículo 12 de la derogada Ley de Licitaciones y en el artículo 11 de la derogada Ley de Contrataciones Públicas, no ha sido reproducido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, la normativa vigente no contempla la potestad de la Contraloría General de la República y de la unidad de control interno del contratante, de designar representantes para actuar como observadores en los procedimientos de selección.

Esta participación pudiera dar lugar a denuncias y auditorias de control posterior en el supuesto que los funcionarios actuantes como observadores constataran alguna irregularidad administrativa durante los actos públicos que se celebren en el curso de los procedimientos de selección.

Ahora bien, aun cuando no se encuentra en la actualidad legalmente prevista la participación de observadores, la comisión de contratación está en el deber de remitir los casos o hechos que pueden generar responsabilidad administrativa a la unidad de auditoría interna del contratante⁶⁹, conforme con lo establecido en el numeral 18 del artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁶⁹ Numeral 18 del artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

E. Derecho a aclaratorias al pliego o condiciones de contratación y su publicidad

Las reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación deben ser objetivos, de posible verificación y revisión, pero cualquier participante tienen derecho a solicitar aclaratorias sobre éstos documentos y que éstas sean notificadas por escrito a todos sin indicar su origen, asegurando así que ningún oferente reciba información exclusiva de manera individual, preservando con ello el principio de igualdad de trato y de publicidad garantes de la transparencia, a los fines que todos estén en conocimiento de su contenido para su consideración en la elaboración y presentación de su oferta, en virtud que las respuestas de las aclaratorias forman parte del pliego de condiciones y tendrán su mismo valor⁷⁰.

Las respuestas a las solicitudes de aclaratorias son parte de las condiciones de contratación en virtud de su carácter vinculante para todos los oferentes y por tanto, es necesaria para interpretar el contrato que se adjudique y resolver las dudas relacionadas con su cumplimiento.

Con este mecanismo de aclaratorias se evita las comunicaciones informales entre los distintos actores del procedimiento para esclarecer aspectos vinculados con el pliego o condiciones de contratación, sin que tengan conocimiento los demás participantes. Asimismo, este mecanismo es de utilidad para subsanar errores materiales, de hecho o aritméticos de las especificaciones técnicas, entre otros aspectos, contribuyendo a mejorar el pliego o condiciones de contratación lo que incide significativamente en la presentación de ofertas ajustadas a los requerimientos del contratante, por ende, se reduce la presentación de ofertas con omisiones o divergencias sustanciales que conduzcan a su rechazo, restringiendo la competencia.

Las respuestas a las aclaratorias deben ser recibidas por todos los participantes con al menos un día hábil de anticipación a la fecha fijada para que tenga lugar el acto de manifestaciones de voluntad u ofertas, según sea el caso.

El lapso para solicitar aclaratorias en el concurso abierto y en el concurso abierto anunciado internacionalmente será de al menos tres días hábiles; dos días hábiles en el concurso cerrado y un día hábil para consulta de precios. Dichos lapsos se deben contar desde la fecha a partir de la cual el pliego de condiciones esté disponible a los interesados⁷¹.

Ahora bien, en el artículo 12 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes,

⁷⁰ Artículo 69 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁷¹ Artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Servicios y Obras Públicas, de aplicación preferente, contempla que las solicitudes y respuestas, lo cual incluye las aclaratorias, deberán realizarlas en formato electrónico, disponible de manera general para todos los interesados, otorgando mayor transparencia a este mecanismo.

F. Motivación del informe de recomendación de la adjudicación

La motivación como requisito de forma de los actos administrativos amerita la necesaria expresión de los hechos que dan origen al acto y los fundamentos legales del mismo⁷².

La obligación de motivar el informe de recomendación representa una manifestación de transparencia; por otra parte, constituye un derecho a favor de los oferentes frente al contratante.

Este informe en los concursos abiertos y los concursos cerrados debe detallar los motivos de la calificación y de la evaluación legal, técnica y financiera de conformidad con el artículo 95 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, tomando en consideración que las ofertas presentadas deben ser evaluada de manera integral, de ese examen debe resultar la oferta con la primera opción para recibir la adjudicación, debiendo ser conveniente desde todo punto de vista, por ello, además de los aspectos meramente económicos vinculados con el precio ofrecido, deberá constatarse que el oferente cuenta con la capacidad suficiente para desarrollar, en las condiciones más ventajosas para el contratante y la colectividad, el objeto de contratación licitado. Asimismo, el informe de recomendación debe indicar las ofertas con la segunda y tercera opción, siempre que sea posible.

Por otro lado, el informe de recomendación debe ser detallado en sus motivaciones, en cuanto a los resultados de la evaluación de los aspectos legales, técnicos, económicos, financieros y en el empleo de medidas de promoción del desarrollo económico y social, así como en lo relativo a los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas, en virtud que ese participante descalificado u oferente cuya oferta ha sido rechazada perderá la oportunidad de contratar con el Estado y esa pérdida de oportunidad es indemnizable patrimonialmente en otros ordenamientos jurídico, sin embargo en Venezuela no hay precedentes judiciales conocidos.

La evaluación de las ofertas en todas las modalidades de contratación debe ser global y los resultados en esa fase del procedimiento de selección reflejan la conveniencia o no de contratar con determinado oferente atendiendo a los parámetros que se hubieren fijado en el pliego de condiciones,

⁷² Artículo 9 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

vinculados por lo general con la capacidad legal, técnica, económica y financiera del contratista y en observación de los principios que deben regir las contrataciones Públicas, caso contrario la Administración Pública en su actuación podría incurrir en el otorgamiento indebido de la adjudicación a un oferente, con las consecuencias jurídicas que dicha actuación implica y que puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados con su actuación.

3. En la fase de decisión

En esta etapa se decide la adjudicación o declaratoria desierta del procedimiento de selección de contratistas. Con la adjudicación se determinará cuál es la oferta más conveniente para la Administración Pública.

La adjudicación es un acto unilateral en el que la máxima autoridad selecciona una oferta determinada, en tanto cumpla con los requisitos contenidos en el pliego o condiciones de contratación, incluyendo los límites presupuestarios. A partir de la notificación de la adjudicación, el ganador contrae derechos y obligaciones con la Administración Pública, que establecen que se mantendrán inalterables las bases de la licitación, así como la garantía de la formalización del contrato.

En cuanto a la declaratoria de desierta del procedimiento únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

A. Motivación de la adjudicación

Estando la Administración Pública sujeta a la Ley y al derecho, no basta que sus decisiones se produzcan en el marco de un procedimiento, por tanto, una decisión administrativa debe tener su origen y fundamento en la Ley, por ello amerita una motivación razonada y justificada.

La motivación del informe de recomendación no basta para adjudicar, la máxima autoridad debe motivar el acto mediante el cual otorga la adjudicación del contrato y dicho acto debe ser de carácter público, salvo las reservas de Ley en caso de tratarse de una contratación cuyo objeto este destinado a la seguridad y defensa de la Nación.

La máxima autoridad o quién esta delegue debe motivar: 1. Que la selección del contratista aun cuando su oferta represente la única opción posible, tiene fundamentación en el pliego o condiciones de contratación, y 2. Que la

oferta del contratista seleccionado satisface la finalidad requerida por el contratante para cumplir con el objeto de la contratación.

La motivación de la adjudicación permitirá conocer el porqué de la decisión de la máxima autoridad y ello es determinante para una contratación transparente dado que si bien el procedimiento en su fase previa, de inicio y sustanciación pudiera desarrollarse de manera transparente con apego a la normativa legal aplicable y respetando los principios que rigen esta materia es preciso que la adjudicación del contrato de manera motivada sea otorgada a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego o condiciones de contratación salvo que opere el decaimiento de la adjudicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del referido Decreto Ley.

No es lo mismo justificar una providencia que regula aspectos técnicos científico en el funcionamiento de una unidad administrativa que justificar la selección de un contratista para ejecutar un contrato, la máxima autoridad debe justificar que el contratista seleccionado cumple de forma integral con los requerimientos legales, técnicos, económicos-financieros para cumplir con el objeto de la contratación.

Por otra parte, al momento de la adjudicación el contratante podrá solicitar el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, a los fines de verificar que el oferente no se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado.

Finalmente, no hay que olvidar que el Estado tiene como fin último la satisfacción del interés general y los procedimientos de selección de contratistas son una herramienta esencial para lograr esa finalidad. Por ello, las contrataciones públicas afectan de manera directa los intereses de la ciudadanía, dado que allí se ponen en juego los recursos de los que dispone la sociedad para su desarrollo y bienestar común. Por eso su administración es una cuestión que involucra a todos y en consecuencia, se debe velar por una utilización transparente y eficiente. En la sociedad como la venezolana que padece una grave crisis social, política y económica, resulta imprescindible luchar contra la corrupción y en favor de la transparencia es un desafío de todos y resulta necesario aplicar las herramientas útiles para la obtención de tal fin.

B. Notificación de los procedimientos realizados, adjudicaciones otorgadas y contratos celebrados a los órganos de control

Este mecanismo es expresión del principio de rendición de cuenta que rige la función pública y responde a su vez al principio de transparencia, en tal sentido, es obligación de los contratantes notificar al Servicio Nacional de

Contrataciones, las contrataciones realizadas dentro de los primeros quince días continuos, siguientes al vencimiento de cada trimestre, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

El Servicio Nacional de Contrataciones por su parte es el responsable de establecer los mecanismos y parámetros para la rendición de la referida información. En tal sentido, es pertinente que se considere informar los procedimientos de selección realizados, identificación de cada procedimiento, su tipo, su objeto, el nombre de las empresas participantes, de la adjudicataria y el monto del contrato.

El Registro Nacional de Contrataciones del Estado es el encargado de consolidar la rendición trimestral de los procedimientos realizados, con el objeto de garantizar y mantener un sistema de información de las contrataciones del Estado, con el fin de proveer información a cualquier interesado⁷³, lo cual coadyuva a la publicidad de los procedimientos de selección dando mayor transparencia facilitando su control fiscal y social.

En el caso que el Servicio Nacional de Contrataciones verifique la realización de procedimientos no aplicables en atención a la cuantía o no procedentes por supuestos cualitativos está facultado para denunciar ante la Contraloría General de la República⁷⁴, esos casos o hechos que puedan generar responsabilidad administrativa.

Adicionalmente, hay que considerar que el artículo 5 del Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, establece que a los fines del control de los procedimientos de compras del régimen establecido en ese Decreto, el Servicio Nacional de Contratistas podrá solicitar el aporte periódico de información por parte de los entes contratantes

CONCLUSIONES

La transparencia debe regir toda actuación administrativa y en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, como un principio rector, conlleva directrices para la actuación de la Administración Pública, como la igualdad de trato, siendo el principio básico, estructurante y transversal que ha de materializarse en todas las fases de un procedimiento de selección que

⁷³ Numeral 2 del artículo 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁷⁴ Numeral 18 del artículo 37 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

se caracterice como una verdadera licitación pública para garantizar la eficiencia a través de una mayor concurrencia y competencia en igualdad de condiciones para los participantes y oferentes. Los documentos e información concerniente a un procedimiento así realizado han de publicarse de manera sistematizada y accesible a los ciudadanos para facilitar su participación en el conocimiento y control del gasto público, ofreciendo una licitación abierta al control fiscal y social.

Los procedimientos de selección de contratistas regidos por el principio de transparencia deben estar bajo la responsabilidad de funcionarios cuya profesionalización y especialización en contrataciones públicas sea una política estatal, con apego a un código de conducta que promueva la honestidad, imparcialidad, objetividad y formación. Asimismo, la Administración Pública debe adoptar políticas de autocontrol y estímulo para la mejora permanente de los procedimientos que tramitan. Igualmente, la mejora de los sistemas de control previo y posterior, garantizando su total independencia y los medios materiales y humanos para poder ejercer con eficiencia e integridad sus competencias, así como para la rendición de cuentas de sus actuaciones.

Este trabajo describió los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, por ser la contratación pública un ámbito de la gestión pública proclive a la corrupción; por tanto, con esos mecanismos se persigue la plena transparencia para la ejecución de un procedimiento de selección abierto, íntegro y eficiente, en el cual prevalezcan los principios de planificación, igualdad, publicidad y competencia, acompañados de criterios objetivos de adopción de decisiones, que faciliten la selección objetiva del contratista, sin que medie práctica alguna que opaque el actuar transparente de la Administración que debe dejarse ver sin reservas indebidas.

En Venezuela, la modalidad de selección de contratista legalmente prevista en cuyo desarrollo se observa la aplicación de mayor número de mecanismos para garantizar la transparencia, es el concurso abierto, modalidad que más se asemeja a un procedimiento administrativo de selección general y público; los demás procedimientos –el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa– son modalidades restringidas, selectivas, con menor publicidad de sus actos y con una mínima concurrencia de oferentes, que limita la competencia y la comparación de ofertas para la selección de la más conveniente a los intereses de la Administración Pública.

En definitiva, siendo Venezuela Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de la Convención de Interamericana contra la Corrupción y con fundamento en el artículo 143 de la Constitución de la República, la normativa que regula las contrataciones públicas regidas por el

principio de transparencia debe establecer mecanismos que permitan asegurar una competencia efectiva en condiciones de igualdad en los procedimientos de selección de contratistas, estableciendo la preferencia de un procedimiento general, abierto y público como regla para la selección objetiva de contratistas y limitando las demás modalidades para supuestos de procedencia estrictamente tasados.

Por tanto, en Venezuela el ordenamiento jurídico no debe dar preeminencia a la aplicación de los procedimientos sin libre concurrencia como el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa, por lo cual debe motivarse de manera precisa y justificada su utilización para atender necesidades específicas y excepcionales, promoviendo siempre en ellos una concurrencia y publicidad adecuada, porque debe prevalecer la transparencia para evitar cualquier práctica que afecte la finalidad del procedimiento que es la selección de la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública para la ejecución eficiente y eficaz del gasto público, destinado a las contrataciones públicas para el funcionamiento del Estado, así como de bienes, servicios y obras de interés general destinados al bienestar común de la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo, Juárez, José: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2007.

Arias, Fidias: *El Proyecto de Investigación*. 5ta Edición, Editorial Epísteme. Caracas. 2006.

Bautista Moller, Pedro: *Licitaciones, Contratos y Sanciones*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1999.

Brewer-Carías, Allan R.: "Aspectos del régimen jurídico de la contratación gubernamental en América Latina". *Charla pronunciada en el Seminario sobre comparación de los Sistemas Jurídicos de los países del Caribe Británico y los Sistemas de los otros Estados Miembros de la OEA, organizado por la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos*. Barbados.1983.En: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.260.pdf>

____: *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1992.

____: "De la ley de licitaciones a la ley de contrataciones públicas en Venezuela: Una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa". *Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica*,

Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institut of Latin American Studies, University of Columbia. New York. 2017. En: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/1185.-conf-Brewer.-LEY-DE-LICITAC.-exclusiones-2017.pdf>

___: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007.

Brewer-Carías, Allan R., et al.: *La Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2012.

Carbonero Gallardo, José Miguel, “Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación”. *Revista de Estudios Locales, CUNAL*, N° 152. 2012.

Claret Véliz, Arnoldo: *Cómo hacer y defender una tesis*. 7ma Edición ampliada. Editorial texto. Caracas. 2007.

Colina Fonseca, Pablo: *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*. FUNEDA. Caracas. 2010.

Comadira, Julio R: *La licitación Pública*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2000.

___: *La Licitación Pública en los Contratos Administrativos*, en la obra colectiva VIII Jornadas Internacionales de derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Tomo I, FUNEDA. Caracas. 2005.

Del Piazzo, Carlos E: “A la búsqueda del equilibrio entre la privacidad y acceso a la protección de datos personales y acceso a la información pública”. Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U/ AGESIC. Montevideo. 2009.

Domínguez, Amaros: *Metodología de la Investigación*, Ediciones Primavera, Barcelona, España. 2003.

Dromi, Roberto: *La Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina. 2da Edición Actualizada. Buenos Aires. 1995.

Esteves Alvarado, César: *Comentarios al régimen jurídico de la Ley de Contrataciones Públicas y a otros sistemas de selección de contratistas conexos*. Ediciones Liber. Caracas. 2009.

Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 2. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2014.

Hernández, José I, Mónaco, Miguel y Rivero, Gigliana: *Actualizaciones en materia de Licitaciones*. FUNEDA. Caracas. 2007.

Hernández, José I, Mónaco, Miguel, Germán, Briceño, et al.: *Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*. FUNEDA. Caracas, 2008.

Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Rodrigo Lares Bassa. Caracas. 2008.

Mairal, Héctor: *La Licitación Pública*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975.

Sayagués Laso, Enrique: *La Licitación Pública*. Edt. B de F. Montevideo. 2005.

___: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Clásicos Jurídicos Uruguayos. Montevideo. 1998.

Tamayo, Mario y Tamayo, S. *El Proceso de la Investigación Científica*. 2da Edición. Editorial Limusa. S.A. México. 2003.

Universidad Nacional Experimental Rómulo Gallegos. *Manual para la Elaboración de Trabajos de Grado*. San Juan de los Morros. 2008.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. *Manual para realizar trabajo de grado, especialización, maestría y tesis doctorales*. Fondo Editorial UPEL. Caracas. 2014.

Hernández-Mendible, Víctor Rafael, Araujo-Juárez, José, Canónico Sarabia, Alejandro: *La contratación pública en Venezuela*. FUNEDA. Caracas 2015.