

La discrecionalidad administrativa en la elaboración de las bases (o pliegos) de la contratación y su relación con los principios de competencia y concurrencia

VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO¹

RESUMEN

La discrecionalidad implica la existencia de un margen de apreciación para la Administración, con el fin de determinar lo más conveniente en cada caso concreto. En la contratación pública existen distintos momentos en los que se reconocen potestades discrecionales a las entidades contratantes, destacando

1 Profesor ordinario principal de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura, Lima, Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, Valladolid, España. Director del Programa Académico de Derecho en Campus Lima y Director de la Maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado en la Universidad de Piura, Lima, Perú. Correo-e: victor.baca@udep.edu.pe Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8644-7425>. Fecha de recepción: 14 de marzo de 2025. Fecha de modificación: 12 de mayo de 2025. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2025. Para citar el artículo: Baca Oneto, Víctor Sebastián, "La discrecionalidad administrativa en la elaboración de las bases (o pliegos) de la contratación y su relación con los principios de competencia y concurrencia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2025, pp. 75-118. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n34.04>.

en esta investigación lo que ocurre durante la elaboración de las bases o pliegos de la contratación, cuando se define su objeto. Sin embargo, esta discrecionalidad no es absoluta y está restringida, entre otros principios, por la competencia y la concurrencia. Pero no toda definición del objeto del contrato que limite estos principios resulta ilegal, ya que puede estar justificada. Para que estas limitaciones a la discrecionalidad sean efectivas, se deben reconocer mecanismos que permitan cuestionar las bases o pliegos que introduzcan restricciones injustificadas, ya sea mediante mecanismos directos de impugnación o permitiendo que el acto de adjudicación pueda ser cuestionado por estos vicios.

Palabras clave: discrecionalidad, compras públicas, pliegos de condiciones, principio de competencia, principio de concurrencia, procedimiento de selección de contratistas.

Administrative Discretion in the Preparation of Tender Documents (or Terms of Reference) and Its Relationship with the Principles of Competition and Equal Access

ABSTRACT

Discretion implies the existence of a margin of judgment for the administration in order to determine what is most appropriate in each specific case. In public procurement, there are various stages in which contracting authorities are granted discretionary powers, with particular emphasis in this study on what occurs during the preparation of the tender documents, when the object of the contract is defined. However, this discretion is not absolute and is limited by, among other principles, competition and equal access. Nevertheless, not every definition of the contract's object that restricts these principles is illegal, as it may be justified. For these limitations on discretion to be effective, mechanisms must be in place to challenge tender documents that introduce unjustified restrictions—either through direct appeal procedures or by allowing the award decision to be contested on these grounds.

Keywords: Discretionary Authority, Public Procurement, Terms of Reference, Principle of Competition, Principle of Equal Participation, Contractor Selection Process.

INTRODUCCIÓN

El estudio de la discrecionalidad es, seguramente, uno de los temas más relevantes en el derecho administrativo, cuya relevancia se extiende a casi todos los ámbitos de actuación de la Administración pública, incluyendo –como no podía ser de otro modo– también a la contratación pública. Muchas veces, los trabajos sobre esta materia se enfocan en el procedimiento de selección, durante el cual puede existir un margen de apreciación para elegir la mejor oferta. Sin embargo, existe una fase interna en el procedimiento de contratación, previa a la convocatoria, en la cual Administración pública determina sus necesidades y establece las bases del procedimiento, cuya importancia muchas veces no es puesta de relieve. En realidad, los problemas en la ejecución de los contratos derivan muchas veces de deficientes expedientes técnicos, mientras que bases y términos de referencia con errores ocasionan dificultades en los procedimientos de selección. Por tanto, es igualmente necesario estudiar cómo la Administración pública determina el objeto de la contratación y las reglas aplicables al procedimiento, pues aquí cuenta también con un margen de discrecionalidad, cuyos alcances y límites es preciso determinar.

Así, la recientemente aprobada Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP)², ha incluido un nuevo principio dentro de su ya

- 2 Antes de seguir adelante y en beneficio de un lector no familiarizado con las normas peruanas, conviene hacer un breve resumen de la evolución normativa para entender algunas de las referencias del texto. Así, la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE), de 1997, fue la primera norma de contrataciones en Perú. Fue derogada por el Decreto Legislativo n.º 1017 de 2018, el cual a su vez fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE). Esta norma sufrió una serie de modificaciones, entre las cuales resaltan las introducidas por el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Legislativo n.º 1444, a los que se hace referencia en algunos momentos del texto. Además, tuvo dos reglamentos: el primero, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF (en adelante, RLCE/2015), y el segundo, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF (en adelante, RLCE/2018). En la actualidad, estas normas han sido derogadas por la LGCP, publicada 2024 y que entró en vigor el 22 de abril de 2024, a los 90 días calendarios de haber sido publicado su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 009-2025-EF (en adelante, RLGCP). Por otro lado, estos cambios también se han reflejado en el nombre de la entidad competente en contratos públicos. Así, la LCAE creó el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), el cual fue sustituido por el Organismo Supervisor de las Compras del Estado (OSCE) con el Decreto Legislativo n.º 1017. Por su parte, la LGCP ha creado al Organismo Especializado para las Contrataciones Eficientes (OECE), el cual reemplaza al OSCE.

extenso catálogo: el de "valor por dinero". Según este, "las entidades contratantes maximizan el valor de lo que obtienen en cada contratación, en términos de eficiencia, eficacia y economía, lo cual implica que se contrate a quien asegure el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, considerando la calidad, la sostenibilidad de la oferta y la evaluación de los costos y plazos, entre otros aspectos vinculados a la naturaleza de lo que se contrate, y que no procure únicamente el menor precio". Además, como se explicará más adelante, se ha incorporado una serie de referencias expresas a la discrecionalidad, las cuales no pueden entenderse limitadas únicamente a la fase externa del procedimiento de selección, sino que, especialmente, deben entenderse aplicables en la fase interna, cuando la Administración determina cómo satisfacer el interés general que justifica la contratación.

Para poder atender las cuestiones materia del presente trabajo, resulta necesario explicar previamente algunas nociones básicas sobre el procedimiento de contratación, específicamente en su fase interna, así como explicar el significado y alcance de la discrecionalidad, aplicada en la contratación pública, poniendo especial énfasis en las limitaciones que existen para la sustitución de la valoración realizada por el órgano competente. Además, nos parece que resulta necesario explicar algunas nociones básicas sobre la contratación pública, en especial cuando se trata de supuestos en donde se ejerce una potestad de justicia distributiva, como sucede cuando la Administración pública adquiere bienes y servicios necesarios para la satisfacción de un interés público (los que llamaremos "contratos de procura"), en los cuales resultan de aplicación los principios de concurrencia, competencia e igualdad.

Por tanto, este trabajo se divide en tres apartados: el primero, con un alcance más conceptual, se refiere a la discrecionalidad y las limitaciones que existen para su control, incluyendo la discusión respecto de la llamada discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados. Con este bagaje conceptual, en el segundo apartado se incidirá en las características de los contratos de procura, explicando dos temas que resultan esenciales para esta investigación: la existencia de un margen de apreciación al momento de determinar el objeto de la contratación, lo que permite alcanzar la finalidad de interés público que la justifica, así como la aplicación de los principios de concurrencia, competencia e igualdad, como corresponde cuando se distribuyen bienes a los que todos tenemos derecho a optar. Finalmente, en el tercer apartado se abordarán, ya desde la perspectiva del derecho positivo, cuál es el procedimiento de contratación previsto en la legislación peruana y cuáles son los mecanismos que se han previsto para evitar que puedan introducirse factores que distorsionen la competencia.

1. UNA (BREVE) CUESTIÓN PREVIA: LA NOCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL POR PARTE DEL PODER JUDICIAL

Uno de los aspectos más relevantes en el derecho administrativo, en general, y que tiene importantes consecuencias respecto de la contratación pública es la noción de discrecionalidad. Esta implica el otorgamiento por parte del ordenamiento jurídico de un margen de apreciación a la Administración pública para determinar qué es lo más conveniente para el interés público en el caso concreto³. Lógicamente, esta definición no es nuestra, sino que es habitual en derecho administrativo, y se encuentra en un trabajo clásico de Martin Bullinger, quien la define como "el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser totalmente revisada por un tribunal"⁴. Si bien se alude a "libertad", en realidad sería más conveniente hablar de un margen de apreciación, porque la Administración pública nunca goza de verdadera libertad, debido a su vinculación positiva a la norma⁵. Es más, la discrecionalidad nace de la norma, en función de la

- 3 Puede encontrarse un análisis al respecto en derecho peruano en Víctor Baca Oneto, "La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 11, 2012, pp. 181 y ss.
- 4 Martin Bullinger, "La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial", *La Ley*, vol. VII, 1986, p. 896. El texto literal de la cita ha sido tomado de la traducción del original alemán realizada por Mariano Magide, por contener una errata el texto de la versión española publicada en la revista *La Ley*. Véase Mariano Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid: INAP, 2001, p. 247.
- 5 Son muchos los autores que cuestionan que la Administración pública goce de "libertad" cuando se le atribuyen potestades discrecionales. Así, por ejemplo, véase Hugo Alberto Marín Hernández, "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2009, pp. 10 y ss. Así, para este autor, "O sea, ¿discrecionalidad es igual a libertad? Sin duda. Pero a libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad, por un lado, y, por otro, libertad no para hacer cualquier cosa, para escoger entre indiferentes, sino libertad para establecer criterios objetivos –de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera– de decisión, con base en los cuales escoger, elegir, decidir o, lo que es igual, en los cuales subsumir los hechos o las circunstancias propias de cada caso concreto" (bastardillas en el original). La Administración nunca goza de verdadera libertad, ni siquiera cuando actúa discrecionalmente: sus poderes siempre derivan de la norma y ha de justificar toda su actuación en la satisfacción del interés público que justifica su otorgamiento.

forma en que se ha otorgado la potestad en cuesti3n, no de una deficiente o incompleta regulaci3n⁶.

En todo caso, el concepto de discrecionalidad empleado implica reconocer que esta tiene, por definici3n, un componente poĺtico; es decir, de conveniencia. Esta afirmaci3n resulta importante porque permite poner de manifiesto los ĺmites que existen para el control judicial de los elementos discrecionales del acto administrativo. Por un lado, es claro que no existen actos exentos de control jurisdiccional. Sin embargo, el alcance y la profundidad de este varía cuando se trata de los aspectos discrecionales. Aś, no hay ninǵn problema para que los jueces controlen los elementos reglados del acto administrativo, como la competencia o el procedimiento. Además, debe verificarse si existe la realidad que justifica el ejercicio de la potestad (control de los hechos determinantes)⁷. Sin embargo, cuando se trata de los elementos propiamente discrecionales, este control se realiza a trav́s del principio de interdicci3n de la arbitrariedad⁸, que incluso ha adquirido reconocimiento legal en nuestra legislaci3n⁹.

6 Cabe mencionar al respecto lo establecido por el texto vigente de la Ley 27774, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), cuyo art́culo 3.3 incluye dentro de los elementos del acto administrativo a la finalidad ṕblica, la cual consiste en "Adecuarse a las finalidades de interés ṕblico asumidas por las normas que otorgan las facultades al 3rgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad ṕblica distinta a la prevista en la ley. *La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad*" (bastardillas fuera del original).

7 Al respecto, sostiene Miguel Śnchez Mor3n que es importante diferenciar entre el control de la existencia y realidad de los hechos determinantes, que escapa a la discrecionalidad, de su valoraci3n o ponderaci3n juŕdica, y que implica la mayoría de las veces la utilizaci3n de criterios t́cnicos o poĺticos, respecto de lo cual la jurisprudencia es cauta y establece el ĺmite en el error manifiesto de apreciaci3n: "Quiere esto decir que solo hay abuso o extralimitaci3n de la discrecionalidad en la apreciaci3n de los hechos o en la valoraci3n de las circunstancias del caso alĺ donde el error sea claro y aś resulte a primera vista para cualquier persona razonable o pueda ser desvelado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente y mediante una demostraci3n s3lida, firme, rigurosa y sustancialmente incontestable. Para no exceder de lo propiamente juŕdico, el control de la valoraci3n de los hechos no puede basarse en hip3tesis, conjeturas, estimaciones ni apariencias, ni consistir en la mera sustituci3n de una valoraci3n opinable por otra valoraci3n opinable". Miguel Śnchez Mor3n, "Funci3n, ĺmites y control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Ius et Veritas*, n.º 43, 2011, p. 265.

8 Por todos, Eva Desdentado Daroca, "El principio de interdicci3n de la arbitrariedad", en Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios juŕdicos del derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, pp. 177 y ss.

9 Art́culo 4.º, LPAG: "La autoridad administrativa se somete al ordenamiento juŕdico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no

En el caso de la discrecionalidad, el control es esencialmente "negativo"; es decir, es un control que permite la eventual anulación del acto administrativo, pero no la sustitución de la decisión¹⁰. La razón es simple: los jueces juzgan desde una perspectiva jurídica, pero el núcleo de una decisión discrecional no es jurídico, sino político: los jueces no podrían reemplazar la valoración de lo que es más conveniente realizada por la autoridad que tiene competencia para hacerlo, por la suya propia. La excepción estaría en los casos en que se haya producido una reducción a cero de la discrecionalidad, pues como consecuencia del razonamiento seguido por la propia autoridad, quedaría una única solución posible, habiéndose descartado todas las demás¹¹.

En este contexto, es necesario reiterar que la discrecionalidad no es mala ni se trata de una figura a combatir. Más allá de la afirmación, tradicionalmente repetida, de que "la discrecionalidad es el caballo de Troya en el seno del derecho administrativo de un Estado de derecho"¹², lo cierto es que esta figura resulta necesaria, si es que se tiene una correcta comprensión de sus

puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables" (bastardillas fuera del original).

- 10 En torno al control negativo, resulta muy descriptiva la explicación de Guillermo Chag: "Parafraseando el poema de Machado, la Administración pública es el caminante, la ley le determina el camino, la discrecionalidad le permite andar de cualquier forma dentro del camino, y el juez controla que no se salga del camino". Guillermo Chang Chuyes, "Motivación e inteligencia artificial", en Patricia Valcárcel Fernández y Francisco L. Hernández González (coords.), *El derecho administrativo en la era de la inteligencia artificial. Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, 2025, p. 354. Por otro lado, algunos autores utilizan la expresión "deferencia" para referirse a los límites aplicables al control judicial de la discrecionalidad administrativa, en tanto se reduce la intensidad de dicho control al no existir correspondencia entre la norma de conducta y la norma de control. Luis Arroyo Jiménez, "Control judicial y deferencia en el derecho administrativo", *Revista de Derecho Público*, vol. 9, 2024, pp. 125 y ss., en especial pp. 141 y ss. Sin embargo, y sin negar la corrección de esta perspectiva, en nuestro caso preferimos usar la expresión "deferencia" para referirnos al caso de los conceptos jurídicos indeterminados, para poner de manifiesto que en este caso el juez no hace algo que estaría habilitado a hacer.
- 11 Con más detalle, sobre la reducción a cero de la discrecionalidad, véase Víctor Baca Oneto, "La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", *op. cit.*, p. 189. En palabras de Miguel Sánchez Morón, "Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa", *op. cit.*, p. 262, el control de la discrecionalidad administrativa supone "supervisar el ejercicio de la discrecionalidad todo lo que sea posible en derecho, pero solo hasta donde sea posible en derecho". El mismo autor insiste en que el control debe ser "jurídico y no de un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional" (p. 261). En consecuencia, "no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles, encubiertas en términos de mayor justicia o racionalidad" (p. 262).
- 12 Para esta referencia, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 15.ª ed., Madrid: Civitas, 2011, p. 480.

alcances. En realidad, lo que se debe perseguir es la arbitrariedad, como aquella decisión carente de razonabilidad y de racionalidad¹³, y que justamente se opone a la discrecionalidad¹⁴. Sin embargo, el juicio de racionalidad y de razonabilidad no implica establecer que la decisión tomada por la Administración pública sea la más correcta de todas las decisiones posibles, sino únicamente mostrar que tiene una justificación plausible (que es una de las decisiones posibles)¹⁵, conclusión a la que puede arribarse a través de la motivación¹⁶.

- 13 En palabras del TC peruano (sentencia del 5 de julio de 2004, recaída en el Exp. 0090-2004-AA/TC, Juan Carlos Callegari Herazo; en adelante, sentencia Callegari): "En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base de toda la decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón".
- 14 A esta distinción dedica su monografía el profesor Orlando Vignolo Cueva, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima: Palestra, 2011. Al respecto, para sus conclusiones, véase pp. 207 y ss. En palabras de este autor, lo arbitrario es lo que resulta absurdo, insensato y antisistémico, contrario al sentido común (pp. 33 y 36, entre otras).
- 15 En palabras de Miguel Sánchez Morón, la aplicación del test de racionalidad o de razonabilidad "solo puede dar lugar a la anulación de la decisión discrecional que sea manifiestamente irrazonable, totalmente desprovista de justificación desde el punto de vista de los intereses públicos que la Administración debe servir, o adoptada *contra las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido* [...] esta absoluta carencia de racionalidad de la decisión debe ser probada convincentemente por quien la alega, pues si la decisión se funda en razones mínimamente atendibles, aunque no sean compartidas por el juzgador, el ejercicio de la discrecionalidad se revelaría legítimo" (bastardillas en el original). Miguel Sánchez Morón, "Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa", *op. cit.*, p. 266.
- 16 "En consecuencia, la decisión administrativa debe estar justificada, es decir, la decisión final debe ser coherente con la realidad que le sirve de sustento y con los criterios que esgrime la Administración, que por ello debe dar las razones de su actuación. Por esta razón, la decisión debe tener coherencia interna y no debe ser una decisión que, contrastada con unos datos externos y objetivos, nadie consideraría como razonable". Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3.ª ed., Madrid: Civitas, 1999, p. 204 y ss. Más recientemente, el mismo autor insiste en la importancia de la motivación para el control de la discrecionalidad, "una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son el simple fruto de la mera voluntad o el simple capricho de quien las adopta aprovechando el espacio, mayor o menor, que la ley le deja libre, sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables". Tomás Ramón Fernández, "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional", *Revista de Administración Pública*, n.º 187, 2012, p. 146. Para Fernández, la motivación no sería únicamente un elemento formal del acto administrativo, sino que sería un elemento sustantivo, de modo que el acto no motivado es por eso mismo arbitrario. Por nuestra parte, creemos que la motivación es un elemento formal del acto administrativo, y lo sustantivo son los motivos, de modo que un acto no motivado puede no ser arbitrario, si dichos motivos existen,

Por otro lado, tiene también interés la distinción entre la discrecionalidad en sentido estricto y los conceptos jurídicos indeterminados. Como en otro lugar se ha explicado, a través de la primera la norma le permite a la Administración pública elegir (por razones extrajurídicas) las razones o criterios de su decisión, en la medida que le corresponde ponderar lo que se adecua al interés público; mientras que, en los segundos, el criterio ha sido establecido en la norma, pero utilizando un concepto que a su vez implica un margen de apreciación al momento de aplicarlo¹⁷. En consecuencia, la diferencia radica en la distinta forma en que se reconoce el "margen de apreciación" a la Administración frente al legislador, y no tanto por el alcance de dicho margen frente al control judicial, aspecto en el que tienden (al menos en la práctica) a aproximarse¹⁸.

Por tanto, no creemos que la diferencia entre una y otra figura radica en la disyuntiva de una solución correcta o varias soluciones correctas, porque en los conceptos jurídicos indeterminados (al menos dentro del halo de incertidumbre) puede haber más de una solución posible. La diferencia estaría en que la argumentación de la Administración en los conceptos jurídicos indeterminados implicaría explicar por qué su decisión encaja dentro del concepto empleado por la norma, mientras que, en la discrecionalidad,

e incluso pueden ser alegados posteriormente por la entidad (como sucede el OECE, o antes el OSCE, pide la justificación de una decisión, durante la tramitación de las observaciones). Al respecto, véase Víctor Baca Oneto, "La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", *op. cit.*, pp. 193 y ss.; Eva Desdentado Daroca, "El principio de interdicción de la arbitrariedad", *op. cit.*, pp. 184-185.

17 No obstante, es preciso reconocer que esta diferencia tiene muchos críticos. Por todos, véase recientemente Gabriel Doménech Pascual, "La estructura del control de la discrecionalidad", *Revista de Derecho Público*, vol. 9, 2024, pp. 20 y ss.

18 Víctor Baca Oneto, "La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", *op. cit.*, p. 191. En palabras de José Carlos Laguna de Paz, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 186, 2017, p. 86: "el alcance del control judicial tiende a aproximarse en ambos casos [...] la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no se limita a una pura constatación de los hechos, sino que, con frecuencia, requiere su apreciación y valoración. Con frecuencia, su aplicación arroja un ámbito de certeza –positiva y negativa–, pero también un 'halo de incertidumbre' (Beurteilungsspielraum). Muchas veces, 'las valoraciones que se realizan para la aplicación de un concepto jurídico indeterminado y su resultado entran de lleno en lo que se considera opinable'. En el fondo, estos comportan también un *margen de decisión*, ya que son susceptibles de interpretaciones distintas, que serían igualmente lícitas" (bastardillas en el original). En consecuencia, si bien no reniega de la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, en tanto puede resultar útil, concluye que el margen de apreciación en los conceptos jurídicos indeterminados implica, en la zona de incertidumbre, un margen de discrecionalidad. José Carlos Laguna de Paz, *Tratado de derecho administrativo general y económico*, 5.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 467 y ss.

en sentido estricto, tendría que explicar por qué ha elegido un criterio de decisión y no otro¹⁹.

Esto explica otra de las peculiaridades del control jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados. Normalmente, se sostiene que en este caso no existiría la misma limitación para su control e incluso eventual sustitución judicial, porque se trata de una cuestión de interpretación normativa, la cual están habilitados los jueces a realizar. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la discrecionalidad, no hay un obstáculo conceptual para la plenitud del control judicial. Sin embargo, la existencia de dicho margen de apreciación generalmente conlleva que se reconozca una especie de "deferencia" del juez a la interpretación administrativa, de modo que esta se respete cuando resulte razonable²⁰. Por esta razón se suele afirmar que, al final, el control de una y otra figura termina en la práctica pareciéndose²¹. Además, algunos conceptos jurídicos indeterminados (como el interés público, por ejemplo) se utilizan para atribuir verdadera discrecionalidad²².

19 Sobre este tema, véase Mariano Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 270 y ss.

20 Así, en la sentencia Callegari se recoge que los conceptos jurídicos indeterminados serían aquellos en donde el derecho "concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada".

21 Nuevamente en palabras de José Carlos Laguna de Paz, "si se trata de conceptos que comportan un margen de apreciación, el juez solo podrá anular la decisión administrativa cuando resulte claramente errónea. Si se trata de criterios valorativos, para que el juez pueda rectificar la apreciación de la Administración tiene que acreditar que ha obrado de manera arbitraria o no razonable. El órgano judicial solo debe constatar el abuso de la discrecionalidad cuando el error sea claro y suficientemente probado. En resumen, si la concreción del concepto, aunque discutible, es una más de las posibles y entra dentro de lo aceptable, el juez no puede sustituir la apreciación de la Administración por la suya propia" (bastardillas en el original). José Carlos Laguna de Paz, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", op. cit., pp. 93-94.

22 Así lo sostiene, por ejemplo, Mariano Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, op. cit., pp. 280 y ss. Es interesante lo que sostiene este autor en relación al control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados, que encuentra limitaciones no solo por razones prácticas (la dificultad que tiene el juez para pronunciarse sobre problemas técnicos, que se podría sustituir con una pericia), sino también en razones competenciales. Así, la competencia para concretar los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre le "corresponde a la Administración siempre que su interpretación resulte jurídicamente justificable o, lo que es lo mismo, jurídicamente razonable. Es decir, el juez no ha de repetir la operación de aplicación del derecho que ha llevado a cabo la Administración pública, para confirmarla, si el resultado al que llega es el mismo al que llegó la Administración o para anularla en caso contrario, sino que ha de examinar en primer lugar si la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que ha hecho a Administración constituye una interpretación jurídicamente razonable de la norma" (pp. 303-304). En este caso,

Si bien un análisis a profundidad de esta materia excedería del objeto del presente trabajo, es importante mencionar que el alcance de esta "deferencia" en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido puesto recientemente en entredicho por la revocación del precedente Chevron en el caso Loper Bright²³. Al respecto, se ha mencionado en distintos trabajos que este cambio tendría profundas consecuencias en el alcance del control de la discrecionalidad, pero resulta importante recordar que –más bien– se refiere a la posibilidad de que los jueces reemplacen a los órganos administrativos en la interpretación de conceptos o normas ambiguas (es decir, algo más parecido a los conceptos jurídicos indeterminados), cuando la interpretación hecha por estos últimos resulte razonable. Sin embargo, se sigue limitando dicha posibilidad cuando el "encargo" de interpretar o aplicar la norma viene establecido por esta misma (lo que constituye, en estricto, una competencia discrecional)²⁴, al tiempo que se limita la

la diferencia con la discrecionalidad radicaría en la posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa, pues se invertiría la regla aplicable: "Estamos ahora ante un supuesto de aplicación del derecho, de modo que, si el juez o tribunal considera contraria a derecho la interpretación de la Administración, puede normalmente imponer la que considere jurídicamente correcta" (p. 305, nota a pie de página 160).

- 23 Entre otros, sobre esta sentencia y su relevancia, véase Carlos Reverón Boulton, "Aproximación al Estado administrativo: de la deferencia Chevron a la delegación Loper Bright", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 118, 2024, pp. 257 y ss.; y José Esteve Pardo, "Loper Bright: una conmoción que se veía venir. La Supreme Court de EE. UU. revoca la doctrina Chevron", *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 2, 2024, pp. 11 y ss.
- 24 Sobre el fallo Loper Bright y su importancia para una distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad en el sistema estadounidense, véanse los trabajos de José Ignacio Hernández González, "Después de Chevron: El margen de deferencia en el derecho administrativo de Estados Unidos y el caso Loper Bright". Disponible en: <https://www.joseignaciohernandezg.com/documents/despues-de-chevron-el-margen-de-deferencia-en-el-derecho-administrativo-de-estados-unidos-y-el-caso-loper-bright/>; "El caso Loper Bright, el control judicial de las agencias en Estados Unidos y la crisis constitucional del moderno Estado administrativo", *El Derecho Administrativo*, n.º 91, 2024, pp. 13 y ss.; y "Después del caso Loper Bright: El margen de deferencia en la justicia administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2024, pp. 65 y ss. Como se desprende de las afirmaciones de este autor, el precedente Loper Bright concluye algo que en nuestro país (o en otros del sistema continental europeo) no resulta novedoso: la discrecionalidad no surge de la ambigüedad de la ley, sino que es una forma de atribuir competencias. Es más, en opinión del mencionado autor, incluso este precedente permitiría mantener la deferencia en la interpretación de conceptos ambiguos, si es la ley la que le ha delegado a las agencias la facultad de dar sentido a determinado término legal. José Ignacio Hernández González, "Después de Chevron", *op. cit.*, pp. 23-24. Al respecto, nótese que el caso que da origen al precedente Loper Bright (una agencia establece que les corresponde a las empresas pesqueras pagar a los supervisores, pese a que ninguna norma lo establecía expresamente, debido a que esto resultaría razonable) se habría solucionado muy fácilmente en nuestro país, sobre la base del principio de legalidad, sin que haya atribución alguna de "discrecionalidad" que permita crear una nueva obligación de los administrados sin una ley previa.

sustitución judicial cuando la Administración (las "agencias", en realidad) tiene la facultad de elegir entre varias opciones (caso en el cual el control resulta esencialmente negativo).

Por otro lado, algunos autores diferencian entre discrecionalidad fuerte y una discrecionalidad instrumental. La primera sería la discrecionalidad en sentido estricto, en la cual la Administración tiene la potestad de valorar entre los distintos intereses en presencia para determinar qué es lo más conveniente para el interés público en base a razones extra-jurídicas, dentro de un ámbito de decisión propio reconocido por el ordenamiento jurídico. La segunda, por su parte, se refiere a los casos donde no se le ha reconocido dicho ámbito de decisión a la Administración, pero esta igualmente debe realizar elecciones al ejercer la potestad, como consecuencia de la existencia de un margen de apreciación en la norma, que excluya la existencia de una única solución correcta²⁵. Esta última se asemejaría a los conceptos jurídicos indeterminados, con las características de su control que hemos explicado.

Algo similar sucede con la llamada discrecionalidad técnica, que la sentencia Callegari define como "el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico". En realidad, no se trata de una verdadera discrecionalidad (en la cual se valora lo que resulta más conveniente)²⁶, sino que estamos más bien ante la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados o, en todo caso, ante una discrecionalidad instrumental, que igualmente exigen justificación²⁷ y que puede ser controlada por los jueces, muchas veces requiriendo una pericia técnica. Sin embargo, en la medida que exista un margen de apreciación en su aplicación, se admite que los criterios administrativos gozan de cierta preferencia sobre los judiciales o, si se quiere, de una presunción de corrección. El control judicial no es, por tanto, una nueva instancia de valoración, de modo que no queda el juez habilitado para anular la decisión administrativa cuando exista discrepancia técnica (natural en un terreno de esas características) entre la Administración pública y el eventual perito que fuese designado²⁸.

25 Eva Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 22 y ss. En Perú, la noción de discrecionalidad instrumental y la identificación de los conceptos jurídicos indeterminados con esta ha sido defendida por Diego Zegarra Valdivia, "Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española)", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 1, 2006, pp. 43-44.

26 Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, op. cit., pp. 211-212.

27 Así, por ejemplo, en relación a los concursos públicos y la valoración de los candidatos, se ha afirmado, con razón, que no basta que en las evaluaciones se otorguen puntajes numéricos sin justificar las razones de su otorgamiento. *Ibid.*, pp. 217 y ss.

28 José Carlos Laguna de Paz, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa", op. cit., p. 97: "en algunos casos, existe un margen de apreciación que no puede

Así las cosas, la discrecionalidad implica el reconocimiento de un margen de apreciación a la Administración pública para determinar qué es lo más conveniente en el caso concreto. En este caso, los elementos discrecionales del acto pueden controlarse a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que impide las decisiones carentes de razonabilidad y de racionalidad. Por tanto, la decisión administrativa debe estar justificada; es decir, la decisión final debe ser coherente con la realidad que le sirve de sustento y con los criterios que esgrime la Administración pública, que por ello debe dar las razones de su actuación. Sin embargo, esto no habilita al órgano judicial a sustituir las razones de la Administración por las suyas propias ni tampoco permite anular la decisión simplemente porque existan otras posibles o plausibles, incluso si –a su criterio– podrían resultar mejores.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA BÚSQUEDA DE EFICACIA Y LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA CONCURRENCIA

2.1. EL CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. EL CASO ESPECÍFICO DE LOS CONTRATOS "PRESTACIONALES"

Como se ha explicado en otro lugar²⁹, los contratos públicos se definen por la presencia de una entidad de la Administración pública, que sigue

ser controlado con arreglo a criterios jurídicos, ni con la realización de pruebas o la solicitud de otros informes, que –por regla general– no añadirían mayor certeza al análisis, sino que simplemente ofrecerían una valoración alternativa. A este respecto, no puede dejar de reconocerse que las respuestas que ofrece la técnica no siempre son unívocas. La solución puede variar en función del método aplicado o, en último término, de la escuela de pensamiento a la que se adscriba su autor, sin que exista un consenso científico que permita reputar unos u otros resultados como equivocados. Esto explica que el juez deba respetar el inevitable margen de discrepancia que existe en todos los sectores de saber, siempre que la solución técnica, aunque discutible, resulte aceptable para un porcentaje significativo de la comunidad científica de que se trate [...]. En la práctica, si la actuación está debidamente motivada, existe una cierta presunción de corrección del criterio técnico de la Administración, que traslada al recurrente la carga de probar que concurre una patente ilegalidad o una aplicación no razonable o arbitraria de la norma. La consecuencia es que la actuación administrativa basada en el juicio técnico puede ser anulada, con ayuda de la prueba pericial, en caso de '*inequívoco y patente error técnico*', no manifestando una «simple opinión técnica diferente». Esto explica que '*las posibilidades reales de combatir con éxito las decisiones de la Administración sean en estos casos limitadas*'" (bastardillas en el original).

29 Al respecto, Víctor Baca Oneto, "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano", *Ius et Veritas*, n.º 48, 2014, pp. 270 y ss. En Perú, véase

actuando como un poder público —ejerciendo potestades— cuando contrata. En consecuencia, una entidad pública nunca goza de verdadera autonomía de la voluntad (tampoco cuando contrata³⁰) y siempre resulta aplicable el

también Ramón Huapaya Tapia, "Concepto, especies y criterios del contrato público", en Juan Carlos Morón Urbina y Jorge Danós Ordóñez (coords.), *Estudios de derecho administrativo. El derecho administrativo iberoamericano: innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, t. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 620 y ss. No obstante, a diferencia de estos autores, no compartimos con ellos su oposición a la distinción entre contratos administrativos y privados de la Administración, como especies de un género más amplio que abarcaría a todos los contratos públicos. Una visión "unitaria" del contrato público (como aquel del que es parte una Administración pública, que actúa en virtud de potestades públicas al momento de su nacimiento y, por ende, no tiene libertad) no implica negar que existan regímenes jurídicos diferenciados al momento de su ejecución, según la Administración pública goce de potestades o no; es decir, una visión unitaria no implicaría negar la diferencia entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración. En el caso peruano, sin embargo, es tradicional defender una tesis "unitaria", según la cual la distinción entre estos contratos no tiene demasiada utilidad, porque no se habría consagrado normativamente y no existiría las condiciones para reconocer la existencia de unos contratos administrativos frente a los privados de la Administración. Véanse, por ejemplo, Mario Linares Jara, *El contrato estatal*, Lima: Grijley, 2002, p. 158; Richard Martín Tirado, "El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 13, 2013, p. 316. No compartimos esta conclusión, pues desconoce un dato esencial de la legislación: existen contratos públicos en los que la Administración tiene reconocidas las "prerrogativas" típicas de los contratos administrativos (como la modificación unilateral en los contratos de procura o la terminación unilateral en las concesiones), mientras que en otros dichas prerrogativas están excluidas (como en los convenios de estabilidad), lo que nos llevaría a la figura del contrato privado de la Administración.

- 30 Es verdad, sin embargo, este es un tema sobre el cual ha habido distintas posiciones. Sin embargo, compartimos la expuesta por Rebollo Puig, para quien "la Administración no tiene autonomía de la voluntad en ningún caso [...]. Hay, más bien, peculiares manifestaciones de la discrecionalidad administrativa". Manuel Rebollo Puig, "Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública", en *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid: INAP, 2004, p. 42. En el mismo sentido, José Luis Martínez López-Muñiz, "La causa jurídico público de los contratos públicos", en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias al IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima: Palestra, 2010, p. 695. En este sentido, no es posible olvidar, finalmente, que la Administración pública ha de justificar toda su actuación en la satisfacción (o al menos en su persecución) del interés público, el cual constituye la causa del contrato público. De allí que, por ejemplo, nos resulte tan sorprende la redacción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 colombiana, según el cual "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación"; o del artículo 40 de la misma, el cual indica que "Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales

derecho administrativo al momento de la formación de la voluntad de la Administración: lo que se conoce como el contrato *in fieri* o procedimiento de contratación. La aplicación o no del derecho administrativo a la ejecución del contrato (la fase *in facto esse*) ha dado pie a la discusión sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, según tenga esta última o no prerrogativas aplicables en dicha etapa (como la interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato)³¹.

No es esta clasificación, sin embargo, la que nos interesa aquí. Dentro de la amplia y variada realidad contractual, en algunos casos la Administración pública adjudica a un sujeto en particular bienes o derechos a los que tienen igual derecho a optar. Se trata, por tanto, de un supuesto en el cual se ejerce una potestad de justicia distributiva³², razón por la cual el procedimiento debe estar abierto a la competencia o concurrencia, además de respetarse la igualdad entre todos los participantes. Es a este tipo de contratos a los que llamamos "prestacionales", a los que se refiere nuestra Constitución en

y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. [...] Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales [...]. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración". Sin embargo, esta supuesta autonomía se encuentra limitada en la misma ley, que ha establecido restricciones a la libertad de contratar. Al respecto, véase José Luis Benavides, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 263 y ss.

31 No confundir esta diferencia con el debate entre la substantivación de los contratos administrativos y la tesis de las meras "modulaciones" introducidas en un contrato, esencialmente igual en el derecho privado y en el derecho administrativo, la cual es "en sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre 'diferencia de naturaleza' y 'meras modulaciones' es tan relativa como discutir si un vaso que contiene solo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que solo puede resolver el derecho positivo". Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho administrativo general*, vol. II, Madrid: Iustel, 2004, p. 179.

32 Sobre los contratos públicos como actos en ejercicio de la justicia distributiva y, por tanto, actos en ejercicio de la potestad pública, solo esta puede otorgar y denegar lo que es "cosa pública". Véase José Luis Martínez López-Muñiz, "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias en derecho administrativo", en *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienboff*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 960.

el artículo 76^[33], y al que se ha referido el Tribunal Constitucional en alguna ocasión³⁴. Estos contratos incluyen, a su vez, los de asociación público privada (dentro de los cuales figuran los de concesión) y aquellos por los cuales la Administración adquiere bienes, servicios y la ejecución de obras, que son los que se encuentran regulados en el caso peruano en la LGCP y su reglamento, y que hemos llamado "contratos de procura".

Por último, también es importante la distinción entre los contratos de colaboración y los contratos de atribución³⁵. En el caso de los primeros, la prestación a cargo del contratista es la que define al contrato, y la que será utilizada por parte de la Administración pública para la satisfacción del interés público (en el caso de los contratos administrativos, será uno de la específica competencia de la Administración³⁶, lo que a su vez justificaría el posible ejercicio de potestades públicas en la ejecución del contrato, así como la modulación del principio de riesgo y ventura)³⁷. Por su parte, en los segundos, la prestación de la Administración pública es la que es esencial, mientras que la prestación del administrado no es más que la contrapartida o la consecuencia de la ventaja o beneficio que le ha sido conferido. Los contratos regulados en la LGCP serían así de colaboración, razón por la cual cabría denominarlos "contratos de gestión patrimonial de colaboración"³⁸.

2.2. LA FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO. LA DISCRECIONALIDAD APLICADA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antes de continuar, es importante recalcar que, en los contratos regulados por la LGCP, la razón por la que la Administración pública contrata

33 "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes".

34 Sentencia del 17 de mayo de 2004, recaída en el Exp. 020-2003-AI/TC (en adelante, sentencia Bolsa de Productos).

35 Henri Zühlen, "Le contrat de droit administratif", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 77, 1958, pp. 611 y ss. En derecho español, véanse Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid: IEP, 1962, p. 49 (afirmación que desde entonces se mantuvo sin cambios en las posteriores ediciones); José Luis Martínez López-Muñiz, "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español", *op. cit.*, p. 950.

36 José Luis Martínez López-Muñiz, "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español", *op. cit.*, p. 949.

37 Sobre el contratista como colaborador de la Administración en derecho peruano, véase Juan Carlos Morón Urbina, "La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la Administración", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 18, 2019, pp. 13 y ss.

38 Víctor Baca Oneto, "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano", *op. cit.*, p. 290.

es porque la prestación del privado es necesaria para la satisfacción de un interés público. Por esta razón, se trata de contratos de colaboración. Sin embargo, le corresponde a la Administración la delimitación del objeto de la contratación, en la medida que debe determinar qué es lo que necesita, es decir, qué es lo que satisfaría el interés público que justifica en última instancia la contratación³⁹.

Como se ha explicado en otro lugar, la Administración pública no contrata con quien quiere, sino con quien puede⁴⁰. A esta afirmación habría que agregar que la Administración contrata *lo que necesita*: el procedimiento de selección de contratistas, que busca garantizar la obtención de la mejor oferta, no es un fin en sí mismo, sino que es instrumental para que la entidad pública de que se trate obtenga del contratista la prestación que requiere para la satisfacción del interés público⁴¹, cuya valoración le corresponde al momento de establecer el objeto del contrato y el llamado en otros lugares "pliego de condiciones", que se correspondería con las condiciones especiales de nuestras bases.

Por esta razón, existe acuerdo respecto de que en este caso la Administración pública goza de una potestad discrecional, conforme se ha explicado más arriba. La relación entre la discrecionalidad y la determinación del objeto del contrato está presente incluso en uno de los trabajos más clásicos sobre la materia. Así, Tomás Ramón Fernández utiliza el siguiente ejemplo para explicar la noción de discrecionalidad: "la Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a un número mayor

39 Véase José Luis Martínez López-Muñiz, "La causa jurídico pública de los contratos públicos", *op. cit.*, pp. 675 y ss. En Perú, Juan Carlos Morón Urbina, *La contratación estatal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 59 y ss.

40 Víctor Baca Oneto, "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 7, 2009, p. 70.

41 Es más, recientemente se ha insistido mucho en que a través de la contratación pública se pueden buscar otras posibles finalidades (sociales, ambientales, etc.), a través de lo que se llama contratación estratégica. Sin embargo, esto no debe llevarnos a perder de vista que el objetivo final de la contratación es que la Administración obtenga bienes y servicios que necesita, y que además lo haga al mejor precio posible. Véase al respecto Víctor Baca Oneto, "La contratación pública en el Perú y la eterna búsqueda de la piedra filosofal", en Juan F. Jiménez Mayor (dir.), *Buen gobierno y mejor gestión. Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempo de pandemia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 173-174.

de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber⁴².

Por otro lado, existen numerosos trabajos donde se ha puesto de manifiesto que existe una competencia discrecional al momento de la determinación del objeto contractual. Así, por ejemplo, Felipe Arriagada sostiene que: "En la etapa de elaboración de las bases de la licitación la Administración actúa con una potestad discrecional fuerte, puesto que el ordenamiento ha entregado un ámbito de elección propio, un núcleo de poder decisonal para determinar de forma idónea de dar con la oferta que satisfaga de mejor forma la necesidad pública"⁴³.

Por su parte, Marín Hernández sostiene que "en la medida en que los recién referidos dispositivos normativos confieren un amplio margen de libertad de valoración a la administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, tales preceptos consagran facultades de naturaleza discrecional que se atribuyen a quienes han de ejercerlas, mismas que habrán de concretarse en el señalamiento de las reglas, de los procedimientos, de las exigencias y de los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales deberá adelantarse el respectivo proceso de selección del contratista"⁴⁴.

42 Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, op. cit., p. 162.

43 Felipe Arriagada Zeta, "Manifestaciones de grados de discrecionalidad administrativa en el procedimiento licitatorio", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, n.º 278, 2020, p. 238. Líneas arriba, afirma que: "La Administración debe determinar los requisitos que deben cumplir las ofertas para ser aceptadas; determinar las especificaciones del bien o servicio que se requiere contratar y que impliquen una idoneidad para la satisfacción de la necesidad pública; las etapas, plazos y modalidades del procedimiento, y los plazos de adjudicación y firma del contrato, así como la duración del mismo; determinar los criterios objetivos en base a los cuales se realizará la evaluación de las ofertas y la forma en que se designarán los responsables de evaluar las ofertas".

44 Hugo Alberto Marín Hernández, "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones", op. cit., p. 4. Con expresa referencia a este autor, véase José Luis Benavides, "El pliego de condiciones", en *Contratos públicos. Estudios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 189 y ss. Sin ánimo exhaustivo, podría citarse también a Cristian Andrés Díaz Díez, "Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 24, 2020, pp. 152-153, para quien "En efecto, incluso con los pliegos de condiciones tipo que son obligatorios actualmente —en las licitaciones y selecciones abreviadas de menor cuantía para la celebración de contratos de obra pública de infraestructura de transporte—, las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para: (a) decidir si contratan; (b) determinar el objeto, plazo, valor y lugar de ejecución del contrato, de conformidad con los estudios previos; (c) establecer si desean estructurar o no el proceso por grupos o lotes; (d) fijar el cronograma del proceso según las disposiciones legales y reglamentarias; (e) definir qué experiencia solicitar como requisito habilitante o criterio de evaluación, respetando las directrices del pliego tipo; (f) señalar, según su justificación de necesidad en los estudios previos,

En el caso peruano, la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), reconocía la existencia de competencias discrecionales, las cuales incluirían la determinación del objeto del contrato. Inicialmente, el artículo 9.º original de la LCE establecía que "todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y su reglamento y los principios, *sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan*".

Posteriormente, el Decreto Legislativo n.º 1444 modificó esta norma (eliminando la referencia a la discrecionalidad en el artículo 9.º de la LCE) e introdujo una sexta disposición complementaria final en la LCE, según la cual "La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa"⁴⁵. Por tanto, se reconoce que existen competencias discrecionales, entre las cuales se encontrarían las que se ejercen al momento de la determinación del objeto de la contratación, conforme se ha explicado más arriba⁴⁶.

Por su parte, la cuarta disposición complementaria mencionada establece que "en los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios

si es conducente la visita al sitio de ejecución de la obra; (g) indicar si la forma de pago será por "precio global, llave en mano, precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos"; (h) elegir una entre varias opciones para la asignación de puntaje por el factor de calidad; e (i) establecer si deciden o no entregar anticipo o pago anticipado, entre otros aspectos" (bastardilla fuera del original).

45 Esta norma corresponde a la Quinta Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

46 En el caso peruano, Juan Carlos Morón Urbina (*La contratación estatal*, op. cit., p. 426) sostiene que la Administración tiene *discrecionalidad técnica* para configurar las reglas de las bases, dentro de los márgenes que le da la ley y las bases estándar. Más adelante, sostiene que "Dentro del marco del ordenamiento de las contrataciones del Estado, las entidades gozan de discrecionalidad para diseñar los procesos administrativos a convocarse. Pueden, dentro del marco legal, determinar los objetos contractuales, los requisitos mínimos que se exigirán a quienes pretendan ser proveedores, establecer el valor referencial, escoger los factores para la asignación de puntaje y determinar los puntajes que corresponderá a cada uno de estos factores" (p. 484).

expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia". Estos límites al control de la discrecionalidad remiten a los que hemos mencionado más arriba, aplicados en este caso a los órganos del Sistema Nacional de Control, sin perjuicio de que también serían aplicables al control jurisdiccional que podría ejercerse respecto de una decisión de tal naturaleza.

Por su parte, la LGCP se refiere también a la discrecionalidad, para lo cual es especialmente relevante el reconocimiento del principio de "valor por dinero", según el cual "las entidades contratantes maximizan el valor de lo que obtienen en cada contratación, en términos de eficiencia, eficacia y economía, lo cual implica que se contrate a quien asegure el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, considerando la calidad, la sostenibilidad de la oferta y la evaluación de los costos y plazos, entre otros aspectos vinculados a la naturaleza de lo que se contrate, y que no procure únicamente el menor precio". Nótese, por tanto, que el único criterio para la toma de la decisión de contratar no es el precio, sino que se pueden incorporar otros en las bases, para lograr la satisfacción de la finalidad que se busca a través de la contratación.

Además, se ha agregado una referencia expresa al actuar discrecional de los funcionarios, vinculándola a la satisfacción del interés público en la contratación, al principio del valor por dinero y a la existencia de motivación de la decisión⁴⁷. En un contexto como el actual en el Perú, donde muchos

47 Artículo 27 de la LGCP: "Discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones.

"27.1. La facultad para actuar discrecionalmente se fundamenta en el rigor técnico empleado por los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas para optar por la mejor decisión debidamente sustentada que permita el cumplimiento oportuno de los fines públicos.

"27.2. Dicha decisión debe ser la más conveniente para alcanzar la finalidad pública del contrato, de modo que garantice la contratación de bienes, servicios u obras que maximicen el valor de los recursos públicos. Esta decisión se toma en observancia del principio de valor por dinero, entre otros de la ley y a los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

"27.3. El control referido en el párrafo anterior se concentra en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad

funcionarios se resisten a tomar decisiones por temor a un eventual control posterior de la Contraloría General de la República, se indica expresamente que esta debe respetar los límites establecidos en la cuarta disposición complementaria de la Ley 29622^[48], y agregando que dicho control "se concentra en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan".

Finalmente, el artículo 26 de la LGCP establece, al regular la responsabilidades en el procedimiento de contratación, que "La organización, elaboración de la documentación y conducción del proceso de contratación, el cual incluye la ejecución del contrato hasta su conclusión, *así como la adopción de decisiones discrecionales cuando correspondan*, son responsabilidad de los funcionarios y servidores de la entidad contratante con independencia del régimen jurídico de su vínculo, habiendo priorizado los principios de publicidad y valor por dinero, así como los enfoques de la ley que cautelan la efectividad de los resultados de las decisiones adoptadas" (bastardillas fuera del original).

2.3. LA CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA E IGUALDAD

Lógicamente, la discrecionalidad no es ilimitada. Como hemos indicado, se encuentra limitada por los principios generales del derecho, en especial por el principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, en el caso específico de los contratos públicos regulados en la LGCP, existen algunos principios especiales, que implican también una limitación para la Administración. No olvidemos que, como se ha explicado más arriba, en estos casos se ejerce una potestad de justicia distributiva, en la medida que se adjudican bienes (el dinero público) a los que todos tienen igual derecho a optar.

técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan".

- 48 Cuarta Disposición Final Complementaria Final de la Ley 29622: "Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales. En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia".

Entre estos principios, para los efectos del presente trabajo, destacan los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y de competencia, así como el principio de eficacia y eficiencia. En virtud del primero, se promueve el libre acceso y participación de los proveedores, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias⁴⁹. Por su parte, el segundo prohíbe el trato discriminatorio entre los postores, de modo que solo procede un tratamiento diferenciado entre estos cuando haya una causa justificada⁵⁰. Además, según el principio de competencia, deben incluirse en los procedimientos de contratación disposiciones que permitan la competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación⁵¹.

Con relación a los principios de competencia y concurrencia, estos implican un deber de actuación positiva para las entidades, así como un deber de abstenerse de determinados comportamientos que limiten el acceso a los procedimientos de selección. Por esta razón, las exigencias técnicas y los factores de evaluación deben ser razonables y congruentes con el bien o servicio solicitado, así como su precio, descartándose aquellos que no lo sean⁵², y que solo puedan ser cumplidos por un único proveedor. Por su parte, el principio de igualdad se encuentra estrechamente vinculado a estos, en su vertiente de prohibición de discriminación, la cual se dará cuando se

49 Artículo 5 de la LGCP: "h. Libertad de concurrencia. Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias". La Ley 30225 agregaba que se encontraban prohibidas las prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores, lo que actualmente ya no se contempla. La exposición de motivos no explica este cambio, aun cuando podría deducirse que admitiría que, en ciertos casos, existan razones que limiten la concurrencia que se encuentran justificadas, de modo que no se encuentran *per se* prohibidas.

50 Artículo 5 de la LGCP: "k. Igualdad de trato. Las entidades contratantes deben garantizar a los proveedores las mismas oportunidades en todas las etapas de la contratación pública. Por tanto, está prohibido el otorgamiento de privilegios o el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que situaciones similares no se traten de manera diferenciada, y que situaciones diferentes no se traten de manera idéntica, siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, que favorezca el desarrollo de una competencia efectiva".

51 Artículo 5 de la LCE: "j. Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia".

52 Al respecto, véase Juan Carlos Morón Urbina, *La contratación estatal*, op. cit., pp. 209-210. También, del mismo autor, puede verse "Los principios inspiradores de la contratación Administrativa y sus aplicaciones prácticas", *Themis*, n.º 52, 2006, pp. 189 y ss. (en especial pp. 193 y ss.).

excluyan injustificadamente a determinados postores del procedimiento de selección⁵³.

Por último, el principio de eficacia y eficiencia exige que, tanto en el contrato *in fieri* como en el contrato *in facto esse* se adopten decisiones orientadas al cumplimiento de los fines públicos, priorizando estos por encima de formalidades no esenciales para sus objetivos. fines, metas y objetivos de la entidad. Normalmente, este principio se utiliza para enfatizar que los vicios formales no deben tener consecuencias invalidantes, en virtud de su reconocimiento por la LPAG⁵⁴. Sin embargo, su alcance en realidad es mayor⁵⁵, y nos debe llevar a entender que a través de la contratación pública la Administración busca satisfacer necesidades de interés público, en

53 El reconocimiento de estos principios no es exclusivo del Perú. En la Unión Europea, como corresponde a una organización que nació vinculada a la libre circulación de personas y capitales, los principios de competencia, igualdad y no discriminación en la contratación tiene una inequívoca relevancia, asociados al principio de transparencia. Algo similar sucede en España, donde han sido expresamente recogidos en la legislación. En relación al principio de igualdad y no discriminación, éste se considera como el "principio primario en la contratación pública" (Martín Razquin Lizárraga, "Los principios generales de la contratación pública", en Eduardo Gamero Casado y Isabel Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 193) o como un *primus inter pares* entre los demás principios, constituyendo la esencia de la contratación (José Antonio Moreno Molina, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2006, p. 33). En relación con el principio de competencia, este tendría una doble perspectiva, que se refleja justamente en el artículo 14 de la LCE: como un límite para los poderes adjudicadores, en tanto no deben impedir la competencia, y para los participantes, quienes deben evitar prácticas anticompetitivas. Al respecto, véase Martín Razquin Lizárraga, "Los principios generales de la contratación pública", *op. cit.*, p. 211; "Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y en España", *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 18, 2019, p. 311. Por otro lado, también se ha analizado la existencia de unos principios de la contratación pública en lo que se ha venido llamada derecho administrativo global, entre los cuales se encuentran por supuesto los que se refieren a la competencia y concurrencia. Véase Jaime Rodríguez Arana, "Los principios del derecho global de la contratación pública", en *Derecho PUCP*, n.º 66, 2011, pp. 43 y ss.

54 Artículo IV.1.10, LPAG.

55 Al respecto, puede verse Juan Carlos Morón Urbina, *La contratación estatal*, *op. cit.*, p. 212. Como lo indica este autor, "el principio de eficacia en las compras estatales está referido a que los bienes, servicios u obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega que exige la entidad, y además deben efectuarse en las mejores condiciones para su uso final. Como se puede apreciar, el cumplimiento de este principio apunta los estándares u objetivos que se consideran aptos para la determinación de la eficiencia de la adquisición: (i) la calidad del bien, servicio u obra entregado; (ii) el precio adecuado (no necesariamente el más barato); (iii) la oportunidad de ejecución y entrega del bien, servicio u obra; (iv) condiciones de operatividad para su uso final; a lo cual agregaríamos; y (v) la oportunidad en el uso y aprovechamiento de los bienes, servicios u obras adquiridas por la Administración".

consonancia con el principio de valor por dinero. Como decíamos antes, el procedimiento de selección no es un fin en sí mismo, sino un medio, que permite contratar con la mejor oferta, *que permita satisfacer el interés público*. Por tanto, es necesario determinar cuál es el interés que busca satisfacer la Administración pública (la finalidad del contrato, que se plasma en el objeto de este) y las bases deben estar orientadas a su satisfacción.

Por tanto, el respeto de los citados principios resulta muy importante en la contratación pública, tomando en cuenta que la efectiva competencia, a través de la participación de más postores, es un mecanismo para lograr una contratación pública eficiente. Sin embargo, también es importante indicar que no cualquier limitación a la concurrencia constituye necesariamente una afectación a los referidos principios. En ocasiones, los límites que se impongan pueden resultar justificados, si resultan necesarios para satisfacer el interés público que se busca a través del contrato y son racionales. En palabras del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias⁵⁶:

debemos partir de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y *sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate*. Y es que la mayor o menor apertura de los contratos públicos a la competencia no supone, en todo caso, una infracción de los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato cuando la supuesta menor apertura encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate y dichas necesidades están además debidamente justificadas en el expediente, excepción hecha de aquellos supuestos en que las prescripciones técnicas se definan en términos tales que solo exista un licitador que pueda cumplirlas, todo lo cual exige una prueba adecuada y el examen objetivo de la concurrencia que haya podido existir en la licitación de que se trate (bastardillas fuera del original)⁵⁷.

56 Resolución 183/2021, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

57 En este caso, sin embargo, se consideró que el requisito de un empaquetado de cinco unidades para las máscaras KN95 exigido por la entidad contratante constituía una limitación ilegal, en la medida que no se indicó justificación objetiva alguna para este requerimiento, ni siquiera cuando este le fue requerido en el procedimiento de impugnación.

En similar sentido, podemos citar también la Resolución 468/2018, del 11 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la cual se indica que "el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP".

Es más, en esta resolución se sostiene que "gozando el órgano administrativo de discrecionalidad técnica para elegir los criterios que mejor se adapten a las necesidades a satisfacer, no cabe el reemplazo que pretende el recurrente, pues únicamente desea sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio". Es más, luego se afirma que "Expuesta la confrontación entre el recurrente y el criterio de la Administración, se aprecia claramente que se trata de apreciaciones subjetivas, frente a las cuales debe prevalecer el criterio técnico de la Administración, que se nos aparece como suficientemente motivado y razonable". Y se concluye que: "De nuevo, se incurre en una discusión técnica que el Tribunal no puede ni debe llevar a cabo. La discrecionalidad técnica de la Administración solo habrá de ser corregida en caso de error manifiesto, arbitrariedad o infracción de elementos reglados. No invocando el recurrente ninguno de estos aspectos, el motivo no puede ser estimado"⁵⁸.

Nótese, por tanto, que los criterios de adjudicación empleados resultan "llamativos". Sin embargo, esto no los convierte en arbitrarios, en la medida que no ha quedado acreditado que exista un error manifiesto o una arbitrariedad en la decisión, que corresponde probar a quien la cuestiona. En este caso, habría prevalecido el criterio técnico de la Administración pública contratante, en la medida que es la titular de la competencia discrecional, que le permite determinar el objeto del contrato. En consecuencia, no cualquier medida que pueda implicar una restricción a la competencia será

58 En este caso, es además interesante la sumilla que aparece en la página web del TACRC al buscar dicha resolución, indicándose en la descripción lo siguiente: "Recurso contra pliegos en contratos de servicios, TRLCSP. Desestimación. Se realiza la impugnación del PCAP de un procedimiento de suministro a través de arrendamiento financiero. Se cuestionan los criterios de adjudicación por considerar que se han configurado de modo que benefician a una empresa en concreto. Siendo ciertamente llamativos los criterios de adjudicación, no obstante, no se aporta ninguna prueba de que se haya producido restricción de la concurrencia, por lo que debe primar la discrecionalidad técnica de la Administración en la libre configuración de los pliegos". Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/TACRC/Paginas/BuscadordeResoluciones.aspx>.

necesariamente ilegal o contraria a los principios rectores de la contratación, si se encuentra justificada y no resulta irracional o desproporcionada⁵⁹.

Al respecto, resulta de interés la posición de Albert Sánchez Graells, quien, refiriéndose al derecho europeo, señala que a partir de la Directiva 2014/24 se ha consolidado la aplicación del principio de competencia. Sin embargo, cuestiona que esta norma presente elementos subjetivos (como la intención) al momento de definir las limitaciones a la competencia, por lo que propone una objetivación del precepto, "mediante el establecimiento de una presunción de intención restrictiva en los casos en que, de hecho, se haya diseñado una licitación restrictiva de la competencia"⁶⁰.

Sin embargo, continúa este autor y afirma que "La negación de esta presunción *iuris tantum* requeriría que la entidad adjudicadora justificara la existencia de razones objetivas, lícitas y proporcionales para la adopción de los criterios restrictivos de la competencia (esto es, que proporcionara una justificación plausible para la imposición de condiciones restrictivas de la competencia en la licitación del contrato que excluyera la explicación simple y llana de que se pretendía limitar la competencia por el mismo). Dicho de otro modo, si puede justificarse que una 'entidad contratante razonable y desinteresada' (en el sentido de libre de intenciones restrictivas de la competencia) hubiera adoptado la misma decisión relativa al diseño de la licitación de forma restrictiva de la competencia, la presunción de intención restrictiva dejaría de ser de aplicación y, en definitiva, la licitación sería compatible con el artículo 18 de la Directiva 2014/24". Por tanto, como hemos indicado, una medida que limite la concurrencia no puede entenderse por sí misma como

59 Como habitualmente se indica en las opiniones del OSCE, las entidades no pueden, bajo ningún concepto, establecer restricciones *irracionales* al acceso a las contrataciones que convocan (p. ej., opinión n.º 121-2018/DTN). A modo de ejemplo, cabría mencionar uno de los supuestos que Juan Carlos Morón Urbina (*La contratación estatal*, op. cit., pp. 211-212) menciona como un caso en que podría transgredirse el principio de competencia: "la inclusión de plazos de entrega reducidos que permita estar en ventaja a quien posea en stock el producto". Sin embargo, nos preguntamos, ¿podría considerarse contrario a dicho principio un supuesto en donde el plazo de entrega se encuentre justificado en la necesidad de la entidad de contar con dicho producto para una fecha determinada, más aún si hecho el análisis de mercado, existen distintos proveedores que podrían satisfacer su demanda? Seguramente un plazo mayor permitiría contar con más postores, pero la prestación ya no permitiría satisfacer el interés público que justifica la contratación.

60 Albert Sánchez Graells, "El 'nuevo' principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un nuevo juego de presunciones?", 9 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.obcp.es/opiniones/el-nuevo-principio-de-competencia-en-la-directiva-201424-un-nuevo-juego-de-presunciones>.

ilícita, sino que esto dependerá de su alcance y de la existencia o no de una justificación, en el caso concreto⁶¹.

Así, por ejemplo, podríamos pensar en un contrato que contemple unos plazos determinados para la ejecución del servicio (o para la ejecución de la etapa preoperativa, en la cual el proveedor realiza las acciones previas y necesarias para ejecutar la prestación). Lógicamente, es posible que esto limite la competencia, al reducir el número de postores que pueden comprometerse a cumplir con dicho plazo. Es más, puede que en ciertas ocasiones además resulte ilegal⁶². Sin embargo, esto no implica que necesariamente lo sea en todos los casos⁶³, pues la respuesta dependerá de la justificación que pueda tener dicho plazo conforme se ha explicado más arriba. En este

61 No obstante, en alguna opinión el OSCE ha utilizado un lenguaje particularmente riguroso, que consideramos requiere una explicación adicional. Así, en la opinión 138-2017/DTN, se afirma que "la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, a efectos de formular el Requerimiento para la contratación de bienes, servicios u obras, orientado al cumplimiento de una finalidad pública a cargo de una entidad, se debe incluir la descripción objetiva y precisa de las características, requisitos y condiciones que resulten necesarios para dicho fin, de acuerdo al objeto de la contratación, prohibiéndose la incorporación de exigencias que limiten o restrinjan la participación de la pluralidad de postores, en atención a los Principios de Libertad de concurrencia y Competencia". Una lectura literal de este párrafo nos podría llevar a concluir que cualquier exigencia que implique una restricción de la competencia es ilegal. Sin embargo, consideramos que esta afirmación debe ser leída en conjunto con la que se encuentra en el párrafo superior de la misma opinión, según la cual "En adición a lo expuesto, resulta oportuno indicar que, al definir el requerimiento no deberá incluirse exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias, referidas a la calificación de los potenciales postores, que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia alguno de ellos; de conformidad con lo establecido en el numeral 8.3 del artículo 8 de la Ley" (bastardillas en el original). Así, las exigencias que se entiende limiten o impiden la concurrencia (y que están prohibidas) serán aquellas desproporcionadas, irrazonables o innecesarias, y no cualquier medida que, de manera justificada, restrinja el universo de potenciales proveedores, ya sea al establecer porque se exija algún requisito para estos o al definir el alcance del requerimiento.

62 Así lo han sostenido, por ejemplo, Castro y Villavicencio en un reciente trabajo, en el que recogen ejemplos (referidos a factores de evaluación) en donde, a su criterio, esto habría ocurrido. Alberto Castro Barriga y Fernando Villavicencio Benites, "El buen gobierno en las contrataciones del Estado: La metodología del *total cost of ownership* como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas", *Ius et Veritas*, n.º 62, 2021, pp. 67-68.

63 Es más, en alguna ocasión se ha sostenido que un plazo demasiado largo de ejecución podría resultar cuestionable, en tanto limita la posibilidad de futuras licitaciones: Julio Tejedor Bielsa, "El principio de competencia en la contratación pública. Delimitación, riesgos y garantías", en *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Pamplona: Aranzadi, 2018, pp. 409-410. Sin embargo, esto no implica que exista una regla para determinar cuándo un plazo resulta excesivo (dentro de los topes legales, claro está), sino que debe justificarse adecuadamente la decisión.

sentido, como hemos indicado más arriba, la Administración no solamente contrata con quien puede y no con quien, sino que contrata *lo que necesita*. De este modo, si la limitación (como puede ocurrir con aquellas referidas al plazo) tiene una justificación, no se debería entender como ilegal (como sucede, en general, con el ejercicio de las competencias discrecionales).

3. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN DERECHO PERUANO: LA FASE INTERNA Y LA FASE EXTERNA, DE CARA A LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL Y LA GARANTÍA DE LA CONCURRENCIA

En los procedimientos de selección, es posible diferenciar entre dos fases: una interna y otra externa. En la primera, la Administración determina la necesidad y objeto de la contratación, así como establece las reglas que serán aplicables para la segunda. En este momento, tiene especial relevancia la elaboración de las bases, que incluyen las condiciones especiales para la contratación y los términos de referencia. Por su parte, la fase externa va desde la convocatoria hasta la eventual culminación del procedimiento, e incluye la presentación de consultas y observaciones a las bases por parte de los participantes, tema al que nos referiremos más adelante.

3.1. LA FASE INTERNA: LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO Y LOS MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA CONCURRENCIA

En la fase interna —o de actuaciones preparatorias— se determina, en primer lugar, la necesidad de la contratación y las características del bien a contratar, lo que se debe hacer en el "requerimiento", a cargo del área usuaria. Se trata de una fase "interna" porque se realiza antes de la convocatoria. Como se ha explicado, en este momento la entidad debe determinar cuál es el objeto de la contratación, que permita satisfacer el interés público que la justifica. Se trata, por tanto, de una potestad discrecional, la cual, ciertamente, no es ilimitada.

Así, conforme lo exigen los principios enunciados, el artículo 8.º del RLCE/2015 proscribía que se hiciera referencia a "fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización debidamente autorizado por su titular, en cuyo caso se agregan las palabras 'o equivalente' a continuación de dicha referencia". Más adelante,

el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF modificó esta norma⁶⁴ e incluyó unas presiones adicionales, al establecer que "Al definir el requerimiento no debe incluirse exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos". Esta misma regulación se mantuvo en el artículo 29 del RLCE/2018. En el mismo sentido, el artículo 46.3 de la LGCP indica que "El requerimiento permite el acceso de los proveedores al proceso de contratación en condiciones de igualdad, sin obstaculizar la competencia o direccionar el proceso de contratación a un determinado proveedor", lo que se ve reforzado por el artículo 44.6 del RLGCP⁶⁵.

Por otro lado, dentro de esta fase interna, el RLGCP ha desarrollado la llamada interacción con el mercado, a través de la cual "las entidades contratantes determinan la existencia de oferta y competencia, perfeccionan su requerimiento, estiman el presupuesto requerido para la contratación y el mecanismo de contratación estratégica o procedimiento de selección más idóneo para proveerse de bienes, servicios u obras" (artículo 47 de la LGCP)⁶⁶. Esta interacción puede darse a través de la indagación (que permite solicitar información a los potenciales proveedores del rubro del objeto de la convocatoria) y de las consultas al mercado, que "propicia el intercambio de información de manera abierta y transparente con los proveedores". Dentro de las herramientas de consulta al mercado se incluyen las consultas escritas o las reuniones con proveedores, ya sean individuales o grupales. Dentro de las consultas escritas se ha regulado la difusión del requerimiento, previa a la convocatoria, que "permite identificar posibles proveedores interesados

64 Esta norma fue publicada el 19 de marzo de 2017 y entró en vigor a los 15 días contados a partir de su publicación.

65 Artículo 44.6, RLGCP: "El requerimiento no incluye exigencias desproporcionadas e innecesarias que limiten la concurrencia o favorezcan a determinado proveedor ni hace referencia a procedencia, fabricante, marca, patente, origen o tipos de producción, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la autoridad de la gestión administrativa haya aprobado el correspondiente proceso de compatibilización del requerimiento, conforme a las disposiciones que establezca la DGA mediante directiva".

66 Al respecto, el artículo 47 del RLGCP establece que dicha interacción "consiste en un conjunto de actividades que sirven de insumo y forman parte de la estrategia de contratación y permite a la entidad contratante perfeccionar su requerimiento, actualizar la cuantía de la contratación considerada en el [Plan Anual de Contrataciones del Cuadro Multianual de Necesidades], medir la existencia de oferta existente en el mercado y competencia y el riesgo de la frustración del procedimiento de selección, pudiendo considerar la capacidad, tamaño y tendencias del mercado".

y recibir retroalimentación de los proveedores respecto del requerimiento, a través de consultas técnicas que son absueltas obligatoriamente" (artículo 51 del RLSCP).

Esta interacción con el mercado, previa a la contratación e incluso previa a la convocatoria del procedimiento de selección, recuerda a las llamadas "consultas preliminares al mercado" previstas en el derecho español, que pueden ser previas a la redacción del pliego de condiciones⁶⁷. Al respecto, se han puesto de relieve los beneficios de estos mecanismos, que le permiten a la Administración contar con información para afinar el requerimiento, saber qué soluciones ofrece realmente el mercado, su eventual costo y la existencia o no de distintos proveedores interesados, quienes a su vez pueden disponer de más tiempo para preparar su oferta, lo que a su vez aumenta la competencia⁶⁸. Pero también es verdad que pueden implicar algunos riesgos, que exigen poner algunos límites a dichas interacciones, para evitar posibles

67 Es más, en la LGCP y el RLGLP se ha regulado en nuestro país la "compra pública de innovación", en la cual hay una interacción con el mercado que "es siempre mediante consulta avanzada e incluye de manera obligatoria la herramienta de difusión del requerimiento. Tiene como objetivo investigar qué tipo de soluciones innovadoras a la necesidad de la entidad contratante puede ofrecer el mercado, así como acudir a fuentes de vigilancia tecnológica para determinar la existencia de la referida solución, por lo que la DEC coordina con el área usuaria durante la interacción con el mercado" (artículo 248.2, RLSCP). Sobre este procedimiento, sus ventajas y riesgos, véase en España, José Antonio Tardío Pato, "La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, pp. 265 y ss. En Perú, hace algunos años, había analizado este mecanismo de contratación Eduardo Ortega Sarco, "La contratación pública como herramienta para fomentar la investigación, desarrollo e innovación: el procedimiento de Asociación para la Innovación en la Unión Europea", 26 de marzo de 2018. Disponible en: <https://ius360.com/la-contratacion-publica-como-herramienta-para-fomentar-la-investigacion-desarrollo-e-innovacion-el-procedimiento-de-asociacion-para-la-innovacion-en-la-union-europea/>.

68 En palabras de Silvia Diez Sastre, "Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico", *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 17, 2023, p. 49: "La contratación pública contemporánea es un escenario de información asimétrica y escasa de los órganos de contratación. Los entes del sector público, en especial, las Administraciones públicas, tienen dificultades para conocer el mercado, las soluciones que ofrece y las condiciones en que lo hace, en especial, el precio. El contacto previo con agentes conocedores del mercado o participantes en él, puede colmar las lagunas informativas de los entes adjudicadores sobre la oferta disponible en el mercado para diseñar y tramitar mejor la licitación. Del mismo modo, los operadores económicos (especialmente las pymes) pueden superar las barreras de acceso a la contratación pública si tienen información previa sobre las necesidades y requerimientos de las entidades del sector público, al tener más tiempo para preparar sus posibles ofertas, de ese modo se podría asegurar una mayor competencia en los procedimientos de licitación".

vulneraciones del principio de transparencia, pero también del principio de competencia⁶⁹.

Por esta razón, tanto la legislación española como la comunitaria alertan que este proceso de diálogo entre la entidad y los proveedores debe realizarse sin afectar los principios de transparencia, igualdad y transparencia, estableciendo reglas al respecto, que en un caso extremo incluso podrían llevar a excluir la participación de aquellos privados que, al haber colaborado con la Administración al determinar el objeto de la contratación, puedan tener alguna ventaja en el procedimiento de selección. En el caso peruano, este es uno de los aspectos que será necesario desarrollar, pues la regulación se limita a establecer que se encuentran impedidos de participar en los procedimientos de selección quienes hayan intervenido en la "Determinación del requerimiento o la estimación del presupuesto, salvo que se trate de la participación en la etapa de interacción con el mercado, prevista en el Título IV de la presente ley" (bastardillas fuera del original).

En este sentido, es lógico que no se impida participar a los potenciales proveedores que colaboran con la Administración en la interacción de esta con el mercado, pero al mismo tiempo es necesario tener especial cuidado en este momento, para que al momento de determinar la necesidad y el mecanismo para satisfacerla (en el cual existe un margen de discrecionalidad, como se ha explicado), la Administración lo haga sin afectar a los principios de competencia y concurrencia. Si bien no hay una solución mágica, lo más parecido a la piedra filosofal que se podría llegar a identificar es la transparencia⁷⁰, que en este caso además implica una adecuada justificación.

3.2. LA FASE EXTERNA: LA PRESENTACIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES Y LA POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN. LAS COMPETENCIAS DE LA ENTIDAD Y DEL OECE PARA GARANTIZAR LA CONCURRENCIA

Lógicamente, la existencia de ciertas reglas al momento de la elaboración del expediente de contratación, incluyendo restricciones para aquellos términos que limiten injustificadamente la competencia o la exigencia de transparencia, servirían de poco si no existen mecanismos que permitan a los posibles interesados reaccionar frente a las actuaciones que los desconozcan.

69 Al respecto, en el derecho español, véase Carmen de Guerrero Manso, "Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública", en José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona: Aranzadi, 2018, pp. 1047 y ss.; Isabel Gallego Córcoles, "Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones", en *Observatorio de los contratos públicos*, Pamplona: Aranzadi, 2018, pp. 131 y ss.

70 Víctor Baca Oneto, "La contratación pública en el Perú y la eterna búsqueda de la piedra filosofal", *op. cit.*, pp. 165-166.

La discrecionalidad con control deviene en arbitrariedad. Por tanto, ¿qué pueden hacer, en ese caso, las entidades involucradas –como la que tramita el procedimiento de selección y el OECE– para garantizarlas?

Como se ha explicado, la fase externa del procedimiento de selección de contratistas empieza a partir de la convocatoria, que permite el posterior registro como participantes de aquellos que estuvieran interesados. Además de poder presentar más adelante ofertas, quienes se hubieran registrado oportunamente pueden presentar consultas y observaciones a las bases. Mediante las primeras, se solicitan aclaraciones a las bases u otros pedidos con relación a las bases. Por su parte, mediante las segundas se cuestiona la legalidad de las bases, por vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra que tenga relación con el objeto de la contratación. En ambos casos, se presentan, en primer lugar, ante la misma entidad que ha convocado el procedimiento de selección, debiendo resolverlas el oficial de compra, el comité o la dependencia encargadas de las contrataciones, en coordinación con el jurado (en caso corresponda precisar o ajustar el requerimiento, se necesita la no objeción del área usuaria⁷¹). En caso la respuesta dada siga sin satisfacer al participante, en los procedimientos de selección que permiten cuestionar el pliego de absolución de consultas y observaciones, y las bases integradas, este puede solicitar que sus consultas u observaciones sean elevadas ante el OECE, el cual las resolverá a través de un pronunciamiento, contra el cual no cabe recurso administrativo alguno⁷².

Una de las peculiaridades de nuestra legislación es que no contempla propiamente un mecanismo para presentar un “recurso” administrativo contra las bases⁷³. La razón es que se pretendió evitar que los procedimientos de selección se vean interrumpidos, primero por el recurso administrativo y más adelante por el eventual proceso contencioso administrativo, durante su tramitación⁷⁴. De este modo, la regla general es que solo cabe propiamente

71 En este caso, el RLGCP establece que, en caso el área usuaria “objete la modificación del requerimiento de manera sustentada, indicando que esta no satisface su necesidad, los evaluadores pueden optar por modificar el requerimiento conforme lo solicitado por el área usuaria, o devolver el expediente de contratación a la DEC a fin de que se evalúe la nulidad del procedimiento de selección por no satisfacer la necesidad de la entidad contratante y, por ende, su finalidad pública”.

72 Véanse los artículos 67.1 y 67.7 del RLGCP.

73 Conforme al artículo 303.3 RLGCP, no son impugnables “Las bases y/o su integración”. Al respecto, esta regulación proviene de las normas precedentes, no es en modo alguno una novedad de la actual LGCP y el RLGCP.

74 En algunos pronunciamientos y resoluciones de años atrás, el OSCE había entendido que las bases no eran impugnables porque no eran actos administrativos, sino que tenían naturaleza reglamentaria (así, por ejemplo, véase la Resolución n.º 1445/2007-TC-S4 y la Resolución n.º 1231-2009-TC-S2). Sin embargo, no compartimos esta afirmación, pues si bien las bases constituyen un acto de alcance general, esto no las convierte en

recurso contra los actos definitivos, que ponen fin al procedimiento, como sucede con la adjudicación de la buena pro o la cancelación del procedimiento. Existen, sin embargo, algunas excepciones de actos que, sin ser definitivos, son impugnables. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de desierto, que según diversas opiniones del OSCE no pone fin al procedimiento de selección⁷⁵. Podría ser el caso también de la declaración de nulidad de oficio de la adjudicación o la declaración de pérdida de la buena pro a un postor en caso de no suscripción del contrato. En estos supuestos, no se pone fin al procedimiento de selección de contratistas convocado, pero se permite la impugnación de estos actos, porque se entiende que de otro modo se dejaría en indefensión a los postores.

Sin embargo, el hecho de que no quepa un recurso contra las bases, no significa que no existan mecanismos para cuestionarlas (además de la eventual nulidad, apreciada de oficio por el Tribunal de Contrataciones): este papel le corresponde, justamente, a la presentación de consultas y observaciones⁷⁶. Conforme se ha indicado, estas pueden llegar hasta el OECE (que ha sustituido al OSCE). Sin embargo, las observaciones no son formalmente un recurso, pues la norma expresamente establece que las bases no son impugnables⁷⁷.

Al no ser formalmente un recurso, se ha sostenido que el pronunciamiento del OECE no puede ser objeto de control judicial⁷⁸. Sin embargo, se ha sostenido también que esta prohibición resultaría contraria a la Constitución⁷⁹.

normas reglamentarias, en tanto no innovan el ordenamiento jurídico. Sobre el concepto de reglamento, véase Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, "El reglamento, ¿acto administrativo en el derecho peruano?", *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 11, 2010, pp. 71 y ss.

75 Véase, por todas, Opinión 018-2019/DTN.

76 En palabras de Juan Carlos Morón Urbina (*La contratación estatal*, op. cit., p. 484), las consultas y observaciones constituyen mecanismos para controlar la discrecionalidad de la Administración al diseñar los procedimientos de selección. Es más, la similitud material entre las observaciones y los recursos es tal, que este autor afirma que "las reglas [establecidas en las bases] son *impugnables* preliminarmente por los interesados mediante las observaciones" (p. 426, cursiva fuera del original).

77 Uno de los cambios de la LGCP respecto de la normativa precedente es que ya no se contemplan las infracciones previstas en los incisos n) y o) del artículo 51.1 LCE, por presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas u observaciones y presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados.

78 Marco Antonio Martínez Zamora, "El régimen de impugnaciones en la nueva ley de contrataciones y adquisiciones del Estado. Las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección conforme al Decreto Legislativo n.º 1017", *Revista Jurídica del Perú*, n.º 90, 2008, p. 125.

79 En este sentido, Víctor Baca Oneto, "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento", op. cit., p. 76.

Al respecto, nótese que el artículo 67.7 del RGLCP establece que contra el pronunciamiento del OSCE no cabe recurso *administrativo* alguno, no se refiere a la acción contencioso-administrativa. No obstante, a partir de la regulación de esta última, cabría entender que la norma busca limitar que se pueda al juez para impugnar un pronunciamiento del OECE, en la medida que solo se puede interponer una acción contencioso-administrativa contra los actos que agoten la vía administrativa (artículo 317.2 del RLGCP), y la agota la resolución del tribunal o entidad que resuelve el recurso de apelación o la denegatoria ficta (artículo 317.1 del RLGCP)⁸⁰. En consecuencia, si no se presenta un recurso, no se puede agotar la vía administrativa y no sería posible acudir al poder judicial. Sin embargo, esta conclusión resulta ciertamente discutible, más aún si al mismo tiempo se limita la posibilidad de alegar los vicios de las bases, una vez estas quedan integradas, en la medida que quien participa habría consentido en ellos.

En este sentido, cabe preguntarse si, una vez integradas las bases, los interesados ya no pueden cuestionarlas, más aún si las observaciones no son, en estricto, un recurso administrativo. Al respecto, el artículo 52 del RLCE/2015, establecía que "Las bases integradas no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del titular de la entidad, salvo las acciones de supervisión a cargo del OSCE. Esta restricción no afecta la competencia del tribunal para declarar la nulidad del procedimiento por deficiencias en las bases"⁸¹. Sin embargo, el RLCE/2018 eliminó la referencia a la imposibilidad de cuestionar las bases integradas (y a la competencia del OSCE para supervisarlas y del Tribunal de Contrataciones para declarar la nulidad de oficio por deficiencias en las bases, aun cuando sí se refería a la potestad de la propia entidad para anular su propio pronunciamiento). En el mismo sentido, el RLGCP mantiene la regulación del RLCE/2018. ¿Significa esto que existe algún mecanismo para cuestionar las bases una vez integradas? Como se ha indicado antes, ni las bases, ni la integración de las bases ni el pronunciamiento que emita el OECEE pueden ser objeto de un recurso administrativo, y se entiende que tampoco el que emita la propia entidad cuando no cabe elevarlo ante el OECE.

Por tanto, pareciera que, en nuestro país, una vez integradas las bases, los vicios de estas ya no podrían ser alegados en un recurso por parte de los

80 En realidad, el RLGCP establece otro supuesto en el que expresamente se contempla la acción contencioso administrativa: las resoluciones del Tribunal de Contrataciones que imponen una sanción o las que se pronuncian sobre el recurso de reconsideración contra la sanción impuesta.

81 El RLCE/2018 mantiene en gran parte esta redacción, sin hacer referencia a la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del procedimiento por deficiencia en las bases. Sin embargo, esto no significa que no lo pueda hacer.

postores, sin perjuicio de las competencias de la Administración para apreciarlos de oficio. ¿No queda nada que hacer, entonces, si hay un vicio en las bases? Es decir, ¿no hay forma de controlar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en este caso, al punto que incluso sería imposible llegar al poder judicial para cuestionarla? Al respecto, al momento de presentar un recurso contra el acto de otorgamiento de la buena pro, debería ser posible plantear los vicios de las bases en virtud de las cuales se participó, sin que sea posible alegar para negarlo una especie de consentimiento de los postores ni tampoco utilizar la figura de los actos propios (que además nunca implican una convalidación de los vicios de nulidad)⁸².

Así, en el caso de los vicios de nulidad (los más graves) es habitual reconocer que se pueden alegar, incluso si no se hubieran impugnado las bases, afirmación que se cuestiona más cuando se refiere a los vicios de anulabilidad, ya sea que estén referidos a los criterios de adjudicación o a las cláusulas que constituyen el contenido del acto. No obstante, consideramos que la condición de acto de trámite del acto que aprueba las bases debería permitir que se impugne junto con el acto definitivo, salvo que una norma excluya esta posibilidad de manera expresa. Nótese que estamos hablando de la impugnación o no de las bases (o del acto de integración), sino de la alegación de los vicios de estas al momento de cuestionar la buena pro. En el caso peruano, la normativa establece que contra el pronunciamiento que resuelve las observaciones, integrándose la bases, no sabe recurso alguno, y es de obligatorio cumplimiento para la entidad y los proveedores. Si bien no hay una norma expresa respecto de los vicios que puedan ser alegados en el recurso que se presenta contra la adjudicación, normalmente se cuestiona la posibilidad de que se cuestionen aquellos aspectos que en su momento no fueron materia de observaciones. Es más, las bases estándar peruanas exigen una declaración al postor respecto a su conocimiento y sometimiento a las condiciones y reglas del procedimiento.

Sin embargo, en algún caso el Tribunal del entonces Consucode sostuvo que "debe tomarse en cuenta que sostener que las bases no pueden ser cuestionadas luego de precluidas las etapas de consultas y observaciones no es lo adecuado, pues trae implícito consigo dos consecuencias que la normatividad sobre contratación pública no permite y, en cambio, rechaza: la primera, que el acto de integración de las bases pueda significar la ulterior convalidación de cualquier defecto o vicio de fondo o de forma en que ellas pudieran haber incurrido, sin que dicha anomalía pudiera ser corregida, aun con la interposición de recursos administrativos; y la segunda, que la competencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se vea

82 Véase, al respecto, Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 108 y ss.

limitada por todas aquellas circunstancias que ocurran luego de integradas las bases" (Resolución 072-2003-TC-S1, del 22 de enero de 2003).

Por su parte, Morón Urbina afirma que la regla general es que la participación del postor en el proceso implica el acatamiento de las bases y, por tanto, su renuncia a impugnarlas, en aplicación de la regla *venire contra factum proprium non valet*. Sin embargo, el mismo autor considera que esta limitación no debe ser aplicada de manera automática e irreflexiva en todos los ordenamientos, sino que se necesitan ciertas condiciones para hacerlo: (1) la posibilidad efectiva previa de impugnación para el postor; (2) el cuestionamiento no verse sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad de una regla del proceso (como que las bases contengan una marca específica o una condición que dirija el proceso a algún postor), en tanto el derecho a recurrir contra un acto arbitrario del poder no es renunciable; (3) que la regla del procedimiento permita una interpretación unívoca y que esta sea conforme a derecho; y (4) la inexistencia de dolo de la autoridad convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de la regla invocada⁸³.

En consecuencia, a partir de estos presupuestos, cabrá entender que en el caso peruano en general y en un supuesto como el que nos ocupa en particular, los postores podrían cuestionar la adjudicación alegando la ilegalidad de las bases. En el caso español, se sostiene que la regla es que las bases son la "ley del contrato", por lo que no se admitirá un recurso extemporáneo contra ellas; pero al mismo tiempo se admite un recurso indirecto, para cuestionarlas al momento de la adjudicación, cuando se trate de vicios de nulidad (entre los cuales se incluye un supuesto en que un criterio de valoración resulta contrario al principio de competencia y libre concurrencia), conforme lo regula la normativa española⁸⁴. No obstante, las barreras existentes en nuestra legislación para la interposición de recursos (como la restricción en la legitimación solo a los postores y la necesidad de presentar una garantía⁸⁵) hacen difícil que se pueda plantear un recurso únicamente basado en la ilegalidad de las bases.

83 Juan Carlos Morón Urbina, *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 389 y ss.

84 Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del 28 de octubre de 2019, Recurso n.º 904/2019, Resolución n.º 1207/2019.

85 Desde hace unos años, la legislación peruana establecía que para presentar un recurso de apelación (o pedir la nulidad de oficio), debía presentarse una garantía del 3 % del monto del contrato, con un tope de 300 unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT). Esta exigencia fue considerada como constitucional por la sentencia 201/2022, del 15 de junio de 2022, recaída en el Exp. 00002-2021-PI/TC. Sin embargo, con buen criterio, el texto original de la LGCP redujo esta garantía, indicando que sería del 0,5 % de la cuantía del procedimiento de selección y que en ningún caso sería mayor a 50 UIT, salvo para el caso de las micro y pequeñas empresas, en que el límite sería de 25 UIT. Sin embargo, mediante la Ley 32187, apenas unos meses después, se

En cualquier caso, una de las cuestiones que, justamente, se pueden plantear al cuestionar las bases a través de las observaciones es que estas implican una barrera para la competencia, al introducir requisitos que no se encuentran justificados. Es más, conforme a la redacción original del artículo 14.2 de la LCE, "cuando el OSCE advierta que un requisito establecido en los documentos del procedimiento de selección podría afectar la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la entidad que lo sustente y/o elimine, según corresponda. Si, adicionalmente, el OSCE advierte la existencia de indicios de colusión, en los términos del artículo 384 del Código Penal, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público".

Esta norma fue modificada posteriormente por el Decreto Legislativo n.º 1341, manteniendo lo esencial. Así, el OSCE ya no ordenaría la sustentación, sino únicamente la eliminación, de los requisitos contrarios a los principios de libertad de concurrencia y competencia, agregándose que lo hará también respecto de las reglas del proceso. Además, la obligación de presentar una denuncia se mantiene, si entiende que podría haber un delito. Nótese que esta competencia era distinta y adicional a la que establece el artículo 14.1 de la misma norma, que se refiere a la denuncia de las prácticas anticompetitivas al Indecopi, vinculadas esencialmente a las prácticas colusorias.

Finalmente, la disposición complementaria final 24 de la LGCP ha regulado en una sola norma la obligación del OECE de remitir la información que tenga al Indecopi cuando verifique la existencia de una práctica anticompetitiva, y su obligación de ordenar la eliminación de aquellos requisitos o reglas en los documentos del procedimiento de selección que afecten la competencia, contraviniendo los principios de publicidad, libertad de concurrencia y competencia, de los que tome conocimiento en ejercicio de sus funciones.

Por tanto, si el OECE entiende que existen algunos requisitos o reglas contrarios a los citados principios, debe ordenar a la entidad de que se trate su eliminación. Como corresponde a la naturaleza discrecional de las bases y al carácter muchas veces técnico del requerimiento⁸⁶, esta competencia se ejerce con algunas limitaciones. Sin embargo, existen diversos casos

volvió al monto del 3 % del procedimiento de selección, estableciendo el RLGP que el tope es de 300 UIT (salvo para el caso de las micro y pequeñas empresas, en que el porcentaje de la garantía es del 0,5 % de la cuantía del procedimiento, con un límite de 25 UIT).

86 En ocasiones, el OSCE ha sostenido sostiene que el control que hace de las bases está limitado, en tanto no es un perito técnico. Así, por ejemplo, sucede en el pronunciamiento 001-2016-DGR, en el cual el OSCE indica que le corresponde a la entidad justificar y publicar un informe técnico que sustente la necesidad de una norma ISO para asegurar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos del bien requerido.

en donde así se ha hecho. En relación con el objeto de la contratación, se entiende que exigir una determinada marca constituye una práctica contradictoria con la libre concurrencia y competencia. Además, también se ha declarado lo mismo en otros casos, esencialmente referidos a requisitos de experiencia para los postores⁸⁷ o a la presentación de documentos para la admisión de la oferta⁸⁸.

En consecuencia, si bien el OECE podría limitarse a dar por buena la explicación de la entidad (más aún cuando del estudio de posibilidades se desprenda que hay distintos proveedores en el mercado⁸⁹), en ocasiones, cuando esta le parece carente de justificación real, puede ordenar la eliminación de aquellas exigencias que resulten manifiestamente contrarias a los principios mencionados. De este modo, si bien la determinación de las características técnicas y del requerimiento son de responsabilidad de la entidad convocante, el OECE debe emitir un pronunciamiento dentro del ámbito de su competencia, que incluye la verificación de cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones, cuya evaluación debe hacer. Al respecto, corresponde recordar que dicho pronunciamiento "incluye la revisión de oficio de los aspectos trascendentes de las bases" (artículo 67.4 del RLCGP). Es más, al momento de absolver las observaciones, el OECE podría requerir información adicional a la entidad convocante, a otras entidades, a entes especializados u otras instituciones, lo que le permitiría realizar un

87 Así, por ejemplo, el pronunciamiento 115-2013/DSU ordenó eliminar la exigencia de que la experiencia del residente de obra en gobiernos locales, en tanto resultaba contraria a los principios de libre concurrencia y competencia, así como de trato justo e igualitario.

88 Así, por ejemplo, en el pronunciamiento 328-2021/DSU se consideró como contrario al principio de libertad de concurrencia exigir una carta de garantía por defectos de fabricación como requisito para la admisión de la propuesta, cuando no se tiene aún la certeza de ganar. Esta documentación, por tanto, debería presentarse al momento de la suscripción del contrato. Lo más interesante en este caso es, en realidad, que el OSCE hizo este análisis *de oficio*.

89 Al respecto, tiene especial interés el pronunciamiento 553-2013/DSU. En este caso, se había cuestionado la duración de la etapa pre-operativa de un procedimiento convocado por la ONP, alegando que esta limitaba la competencia. En este supuesto, el OSCE respondió "considerando que la determinación de los requerimientos técnicos mínimos es competencia de la entidad, incluyendo la determinación del plazo de la ejecución del servicio a contratar, así como sus respectivas etapas, este organismo supervisor ha decidido no acoger la presente observación. Sin perjuicio de lo señalado, con motivo de la integración de bases, *deberá cumplirse con registrar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado del cual se desprenda la existencia de pluralidad de proveedores en la capacidad de cumplir con el plazo de ejecución establecido, así como el sustento de que dicho plazo cubre las fases conformantes de la prestación de manera razonable*" (bastardillas fuera del original). Por tanto, el OSCE exige que se realice un sustento *razonable* del plazo y, además, el registro del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, del cual se desprenda que existen diversos proveedores en condiciones de cumplir con dicho plazo.

análisis más profundo del que en ocasiones se limita a hacer⁹⁰. No obstante, la brevedad de plazo con que cuenta para emitir su pronunciamiento dificulta que se realicen estas consultas.

CONCLUSIONES

A pesar de la extensión, seguramente excesiva, de este trabajo, sus conclusiones pueden resumirse brevemente. Así, en los contratos de procura, la Administración pública contrata no con quien quiere, sino con quien puede, pero lo que necesita. En este momento, al establecer las características y condiciones del requerimiento, que debe satisfacer una necesidad de interés público, la Administración goza de un margen de discrecionalidad, recogido expresamente en nuestra legislación y que es parte integrante del principio de valor por dinero. Evidentemente, esto no implica arbitrariedad o que dicha discrecionalidad no tenga límites para su ejercicio, pues justamente principios como los de competencia o concurrencia cumplen dicha función. Sin embargo, no todo requerimiento que implique una reducción de la competencia es *per se* ilegal, sino que será necesario analizar si está justificado o no, en función del caso concreto.

Por esto mismo, resultan tan relevantes los mecanismos para controlar dicha discrecionalidad. Así, la transparencia resulta trascendental, pero en sí misma es insuficiente, porque es necesario darle a los posibles interesados la oportunidad de cuestionar las decisiones administrativas. En nuestro caso, las bases no pueden ser objeto de un recurso administrativo, sino únicamente de consultas y observaciones, e incluso la legislación parece no admitir la posibilidad de que la respuesta dada sea cuestionada judicialmente. Por eso resulta tan importante que los vicios de las bases puedan ser cuestionados a través del recurso administrativo en materia de contratación pública, de modo que no pueda alegarse que el postor que participa en el procedimiento, una vez integradas las bases, las ha consentido. Sin embargo, el ejercicio del derecho a recurrir las decisiones administrativas muchas veces resulta muy

90 Sobre esta materia, la Directiva 009-2019-OSCE/CD recoge expresamente la responsabilidad de la entidad convocante respecto de la determinación de las características técnicas y del requerimiento, la responsabilidad del OSCE para pronunciarse respecto de la posible afectación a los principios de las contrataciones y la posibilidad de que solicite información a otras entidades, si resulta indispensable para emitir el respectivo pronunciamiento. Sin embargo, la Directiva 023-2016-OSCE/CD, previa a la arriba mencionada, no contenía una disposición similar. Al respecto, consideramos que última posibilidad no deriva exclusivamente de la Directiva 009-2019-OSCE/CD, sino que esta se limita a reconocerla y ponerla de manifiesto. En la actualidad, nos encontramos todavía a la espera del dictado de una nueva directiva, dictada ya en aplicación de la Ley 32069.

difícil, debido a las dificultades previstas en nuestra legislación, como es la imposición de una garantía para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abruña Puyol, Antonio, y Víctor Baca Oneto. "El reglamento, ¿acto administrativo en el derecho peruano?". *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 11, 2010.
- Arriagada Zeta, Felipe. "Manifestaciones de grados de discrecionalidad administrativa en el procedimiento licitatorio". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 70, n.º 278, 2020.
- Arroyo Jiménez, Luis. "Control judicial y deferencia en el derecho administrativo". *Revista de Derecho Público*, vol. 9, 2024.
- Baca Oneto, Víctor. "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano". *Ius et Veritas*, n.º 48, 2014.
- Baca Oneto, Víctor. "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 7, 2009.
- Baca Oneto, Víctor. "La contratación pública en el Perú y la eterna búsqueda de la piedra filosofal". En Juan F. Jiménez Mayor (dir.), *Buen gobierno y mejor gestión. Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempo de pandemia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Baca Oneto, Víctor. "La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 11, 2012.
- Baca Oneto, Víctor. *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Benavides, José Luis, "El pliego de condiciones". En *Contratos públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Bullinger, Martin. "La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial". *La Ley*, vol. VII, 1986.
- Castro Barriga, Alberto, y Fernando Villavicencio Benites. "El buen gobierno en las contrataciones del Estado: La metodología del *total cost of ownership* como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas". *Ius et Veritas*, n.º 62, 2021.

- Chang Chuyes, Guillermo. "Motivación e inteligencia artificial". En Patricia Valcárcel Fernández y Francisco L. Hernández González (coords.), *El derecho administrativo en la era de la inteligencia artificial. Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2025.
- Desdentado Daroca, Eva. "El principio de interdicción de la arbitrariedad". En Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997.
- Díaz Díez, Cristian Andrés. "Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 24, 2020.
- Diez Sastre, Silvia. "Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico". *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 17, 2023.
- Doménech Pascual, Gabriel. "La estructura del control de la discrecionalidad". *Revista de Derecho Público*, vol. 9, 2024.
- Esteve Pardo, José. "Loper Bright: una conmoción que se veía venir. La Supreme Court de EE. UU. revoca la doctrina Chevron". *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 2, 2024.
- Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*, 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1999.
- Fernández, Tomás Ramón, "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional". *Revista de Administración Pública*, n.º 187, 2012.
- Gallego Córcoles, Isabel. "Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones". En *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo* vol. I, 15.ª ed. Madrid: Civitas, 2011.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 2.ª ed. Madrid: IEP, 1962.
- Guerrero Manso, Carmen de. "Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública". En José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi, 2018.

- Hernández González, José Ignacio. "Después de Chevron: El margen de deferencia en el derecho administrativo de Estados Unidos y el caso Loper Bright", 2024. Disponible en: <https://www.joseignaciohernandezg.com/documents/después-de-chevron-el-margen-de-deferencia-en-el-derecho-administrativo-de-estados-unidos-y-el-caso-loper-bright/>.
- Hernández González, José Ignacio. "Después del caso Loper Bright: El margen de deferencia en la justicia administrativa". *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2024.
- Hernández González, José Ignacio. "El caso Loper Bright, el control judicial de las agencias en Estados Unidos y la crisis constitucional del moderno Estado administrativo". *El Derecho Administrativo*, n.º 91, 2024.
- Huapaya Tapia, Ramón. "Concepto, especies y criterios del contrato público". En Juan Carlos Morón Urbina y Jorge Danós Ordóñez (coords.), *Estudios de derecho administrativo. El derecho administrativo iberoamericano: innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, t. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- Laguna de Paz, José Carlos. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 186, 2017.
- Laguna de Paz, José Carlos. *Tratado de derecho administrativo general y económico*, 5.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.
- Linares Jara, Mario. *El contrato estatal*. Lima: Grijley, 2002.
- Magide Herrero, Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2001.
- Marín Hernández, Hugo Alberto. "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2009.
- Martín Tirado, Richard. "El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 13, 2013.
- Martínez López-Muñiz, José Luis. "La causa jurídico pública de los contratos públicos". En *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias al IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2010.
- Martínez López-Muñiz, José Luis. "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias en derecho administrativo". En *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienboff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

- Martínez Zamora, Marco Antonio. "El régimen de impugnaciones en la nueva ley de contrataciones y adquisiciones del Estado. Las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección conforme al Decreto Legislativo n.º 1017". *Revista Jurídica del Perú*, n.º 90, 2008.
- Moreno Molina, José Antonio. *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2006.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Morón Urbina, Juan Carlos. "La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la Administración". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 18, 2019.
- Morón Urbina, Juan Carlos. "Los principios inspiradores de la contratación Administrativa y sus aplicaciones prácticas". *Themis. Revista de Derecho*, n.º 52, 2006.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- Ortega Sarco, Eduardo. "La contratación pública como herramienta para fomentar la investigación, desarrollo e innovación: el procedimiento de asociación para la innovación en la Unión Europea", 26 de marzo de 2018. Disponible en: <https://ius360.com/la-contratacion-publica-como-herramienta-para-fomentar-la-investigacion-desarrollo-e-innovacion-el-procedimiento-de-asociacion-para-la-innovacion-en-la-union-europea/>.
- Razquin Lizárraga, Martín. "Los principios de la contratación pública en la Unión europea y en España". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 18, 2019.
- Razquin Lizárraga, Martín. "Los principios generales de la contratación pública". En Eduardo Gamero Casado y Isabel Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Rebollo Puig, Manuel. "Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública". En *La contratación pública en el horizonte de la integración europea, V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2004.
- Reverón Boulton, Carlos. "Aproximación al Estado administrativo: de la deferencia Chevron a la delegación Loper Bright". *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 118, 2024.
- Rodríguez Arana, Jaime. "Los principios del derecho global de la contratación pública". *Derecho PUCP*, n.º 66, 2011.

- Sánchez Graells, Albert. "El 'nuevo' principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un nuevo juego de presunciones?", 9 de mayo de 2014, 2024. Disponible en: <http://www.obcp.es/opiniones/el-nuevo-principio-de-competencia-en-la-directiva-201424-un-nuevo-juego-de-presunciones>.
- Sánchez Morón, Miguel. "Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa". *Ius et Veritas*, n.º 43, 2011.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, vol. II. Madrid: Iustel, 2004.
- Tardío Pato, José Antonio. "La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016.
- Tejedor Bielsa, Julio. "El principio de competencia en la contratación pública. Delimitación, riesgos y garantías". En *Observatorio de los contratos públicos 2018*. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- Vignolo Cueva, Orlando. *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. Lima: Palestra, 2011.
- Zegarra Valdivia, Diego. "Control judicial de la discrecionalidad administrativa: viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la doctrina española)". *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, n.º 1, 2006.
- Zwahlen, Henri. "Le contrat de droit administratif". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 77, 1958.