

PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES

Autor:

Cantero, Juan Carlos B.

Cita: RC D 1173/2012

Tomo: 2006 1 Contratistas del Estado. Procedimiento de selección.

Revista de Derecho Público

Sumario:

1. Concepto. 2. Finalidad y principios involucrados. 3. Contenido. 4. Clases. 5. Naturaleza jurídica. 6. Efectos jurídicos.

PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES

1. Concepto

Cuando hablamos de pliegos de bases y condiciones inmediatamente los asociamos con la contratación pública y la fuerza jurídica acordada a los mismos como "ley del contrato". Constituye el conjunto de normas jurídicas y técnicas, previamente establecidas por el Estado, vinculantes para la Administración y los concurrentes, destinadas a regir el procedimiento de selección del contratista particular con la finalidad de asegurar la elección de la propuesta más conveniente al interés público comprometido, en un marco de libre concurrencia e igualdad, y el propio contrato al que se incorporarán. Se lo define como el "...conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)" [1]. Y, en sentido más amplio, como "...el conjunto de documentos escritos que determinan las condiciones del contrato", noción comprensiva de los pliegos particulares de determinado contrato o de todos los de una misma índole, y de los pliegos generales en cuanto tengan vigencia en el caso concreto [2].

2. Finalidad y principios involucrados

Su elaboración constituye una de las etapas del procedimiento calificada como fase esencial y, ello es así, como advirtiera Revidatti, por la influencia que se le atribuye en las etapas subsiguientes al determinar en su mayor medida el desarrollo del procedimiento y la celebración y ejecución del contrato; por ello, debe primar y fiscalizarse el cumplimiento de la legalidad administrativa, porque pueden prepararse pliegos que aparentando una convocatoria pública acomoden una contratación directa [3]. Y, como observara Gordillo, "...es en los pliegos del llamado donde se cometen las verdaderas tropelías, los grandes costos al erario público, las grandes bases de la corrupción ulterior: lo demás es mera continuación de lo ya empezado mal..." [4]. La finalidad del establecimiento de estas condiciones previas es garantizar una amplia convocatoria para que, en condiciones de igualdad y sobre las bases previamente establecidas y debidamente publicadas, se logre seleccionar la oferta más adecuada desde el punto de vista económico, pero también de calidad y eficiencia. Y, en este camino, deben garantizarse los principios esenciales que, con variaciones según los autores, podemos resumir en dos que consideramos específicos: libre concurrencia e igualdad; los restantes constituyen presupuestos que los garantizan (publicidad, como derivación del principio republicano de gobierno) o que surgen como derivación de los mismos (estricto cumplimiento del llamado, posibilidad de fiscalización, estabilidad de los pliegos, etcétera, que hacen al trato igualitario y a las exigencias de amplia publicidad que garantizan la amplitud de la convocatoria), así como la aplicación ineludible de todos los principios generales aplicables al procedimiento administrativo.

3. Contenido

Siendo la ley del contrato, la matriz de la licitación y el contrato, y fuente de interpretación conforme a las cuales se resolverán todas las cuestiones que se susciten en el procedimiento, la adjudicación y la ejecución del contrato, se ha señalado que sus normas revisten interés general, son obligatorias para todos y su cumplimiento interesa al orden público [5]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Nación Argentina c/SRL Monte Aceval y Cherny" ya en el año 1958 ha reconocido en los pliegos ese valor de fuente de interpretación (Fallos: 241:313, en concordancia con lo resuelto en Fallos: 179:272; 305:826; 307:151; 311:491, etc.). Por ello, resulta fundamental su contenido en relación al objeto, la determinación clara y precisa del mismo que garantizará la libre concurrencia, los criterios objetivos de evaluación que tienden a garantizar la igualdad en el cotejo, los derechos y obligaciones de la Administración, oferentes y eventual contratista y las normas que integrarán el futuro contrato.

4. Clases

Se distinguen, según la sustancia de las normas, en administrativos y técnicos; según la extensión de las mismas, es decir el mayor o menor margen de discrecionalidad, en analíticos y sintéticos; según el objeto y ámbito de aplicación, en generales y especiales [6]. Por su parte, Marienhoff establece dos clases fundamentales de pliegos de condiciones: generales y particulares. Los primeros fijan las reglas jurídicas válidas para todos los contratos de la Administración, citando como ejemplo el Reglamento de Contrataciones del Estado (Reglamentación del art. 61 de la Ley de Contabilidad, hoy reemplazado por el dec. 1023/2001); los segundos establecen las condiciones específicas o particulares de cada contrato, completando las disposiciones del pliego general [7]. En la práctica, existen normas que se repiten entre las leyes (formales y materiales) que rigen el tipo de contrato (obra pública, concesión de servicios públicos, etc.), los pliegos de condiciones generales que surgen de reglamentaciones del Poder Ejecutivo, que suelen presentarse como pliegos tipo, a veces distinguiéndose Pliegos de Bases Legales generales y particulares, pliegos complementarios, o pliegos que son dictados por delegación sea a los ministerios o por las entidades licitantes y para cada tipo de obra (obras viales, agua y cloacas, hidráulicas, etc.) a los que se adicionan los pliegos de especificaciones técnicas generales y particulares, que se preparan o adoptan en cada caso particular, lo que hace necesario fijar un orden de prelación que esté claramente expresado pero, además, teniendo especial cuidado de que no se subvierta el principio de supremacía jurídica, es decir, siempre y cuando la inclusión de una cláusula o la modificación no importe violación del sistema jurídico esencial del país, supuesto en que sería "ilegal", nula, pudiendo los oferentes presentarse válida y eficazmente prescindiendo de dicha cláusula [8].

5. Naturaleza jurídica

La importancia práctica de esta distinción es a los fines de determinar la naturaleza jurídica de los pliegos y, a partir de ello, las diferentes consecuencias jurídicas en torno a la competencia, la forma jurídica en su dictado que incidirá sobre su publicidad o notificación, en su estabilidad o posibilidad de modificación y, fundamentalmente, la impugnabilidad y legitimación. A este efecto, algunos autores formulan la diferencia entre los pliegos generales y los particulares. **Los pliegos de bases y condiciones generales son considerados como verdaderos reglamentos, leyes materiales que sólo pueden ser dictadas por el órgano superior de cada sistema administrativo, en forma unilateral y con carácter general y abstracto. Los particulares, en cambio, se consideran como acto particular sosteniendo que tienen una connotación objetiva y directa con relación a cada contrato y su aprobación es un acto administrativo particular y concreto [9].** Dromi sostiene la forma jurídica de reglamento de los pliegos de bases y condiciones generales en tanto constituyen una normativa jurídica general y abstracta, dictada unilateralmente por la Administración, subordinada a la ley y que produce efectos jurídicos directos, con contenido reglamentario sobre la ejecución y extinción de los contratos. Están dirigidos a un grupo o categoría indeterminada de personas y, por ese carácter, obligan tanto al licitante como a los licitadores pues de esa forma jurídica deriva su fuerza vinculante. Mientras que los pliegos de bases y condiciones particulares constituyen actos administrativos sujetos a las exigencias de validez y eficacia que corresponde a dicha categoría (arts. 7° y 8°, ley 19.549) [10]. Marienhoff formula la distinción en relación al objeto de las normas en tanto traducen el contenido del contrato celebrado, integrándolo, en cuyo caso son de naturaleza contractual, o se vinculan al procedimiento a seguir en la licitación donde constituyen el ejercicio del poder de policía, trasuntan una actividad normativa [11]. Barra le atribuye carácter normativo sin distinción, en tanto todos los pliegos son redactados con anterioridad al llamado a licitación por una imposición legal y, en forma general y abstracta, rigen una cantidad indeterminada de administrados, en cuanto a forma, contenido y demás condiciones [12]. Cassagne, por su

parte, sostiene que asume diferentes características según la etapa del procedimiento. Configuran actos internos antes de su publicación, normativos desde la publicación hasta la adjudicación y contractuales a partir de la adjudicación [13]. Otra posición, sosteniendo el carácter de reglamentos de los pliegos de bases y condiciones generales por su contenido normativo tanto respecto de las disposiciones atinentes a la selección como las que disciplinan el contrato por estar dirigidas a regular una pluralidad de casos indeterminados, con vocación de permanencia, es decir, a todos los contratos de la misma índole, los distingue de las disposiciones del pliego de bases y condiciones particulares a los que asigna carácter general pero no normativo [14]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Espacio SA c/Ferrocarriles Argentinos s/Cobro de pesos" [15], se expidió al respecto calificando a los pliegos de bases y condiciones como "reglamentos".

6. Efectos jurídicos

Señalamos que la trascendencia de esta calificación en acto reglamentario o acto administrativo particular de los pliegos de bases y condiciones está vinculada, en la faz práctica, a la competencia y forma jurídica, a la necesidad de publicación o notificación para que adquieran efectos jurídicos, a las posibilidades y límites para su modificación por la propia Administración y, esencialmente, para determinar el régimen de impugnación. En relación a su eficacia, tratándose de un reglamento, se requiere de la publicación a fin de que adquiera efectos jurídicos, lo que se produciría en la práctica con la publicidad a través del Boletín Oficial. En el supuesto de distinguirse los pliegos particulares de los generales y calificar a los primeros como actos administrativos particulares, su eficacia jurídica se adquiriría a través de la notificación que operaría con la adquisición de los pliegos. Esto incidirá, a su vez, en el cómputo de los términos para la eventual impugnación de los pliegos, por lo que debe garantizarse el conocimiento integro y completo del texto en cada caso. Concatenado con esto, se plantea la impugnabilidad de los pliegos y, en tal caso, la legitimación para formularla. En cuanto al régimen de impugnación, tampoco existe acuerdo en el orden nacional, en que la doctrina se separa en relación a la interpretación del alcance del sistema previsto en el artículo 24, incisos a, y b, de la ley 19.549 que, para algunos, sólo alcanza a los actos de alcance general de contenido normativo y para otros incluye, también, a los meros actos de alcance general. En este último sentido, y por entender que no existe diferenciación en el régimen, algunos autores sostienen que la distinción carece de utilidad [16]. De la posición que se adopte y, fundamentalmente, de la legislación y reglamentación local que en cada caso se enfrente, dependerá la determinación de la verdadera naturaleza jurídica conforme a los diversos pliegos que puedan presentarse y el régimen de impugnación aplicable [17]. Situaciones de emergencia ya habían producido alteraciones aun en contratos en marcha, como lo fue la aplicación del desagio. Más recientemente, con la derogación de los mecanismos de reajuste o variaciones de costos impuesta por la Ley de Convertibilidad. Situaciones que han determinado el recurso a las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo, como la teoría de la imprevisión, cuyo carácter de orden público y raíz constitucional constituye una valla infranqueable para su desconocimiento. Más recientemente, Mairal analiza críticamente dos nuevos regímenes que, entendemos, pueden incluirse en esta gama de ejemplos que venimos referenciando y que ponen en jaque permanente los principios tradicionales del Derecho Administrativo, a tal punto que a dicho autor le confirman su posición crítica sobre la teoría del contrato administrativo. Uno es el decreto 1099/00 que establece el Régimen de Infraestructura adoptando un particular sistema de financiación de proyectos; también viene a afectar las normas básicas sobre las prerrogativas de modificación de los contratos. El otro, es el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (dec. 1023/001) que, advierte, no sólo viene a reemplazar las normas del Reglamento de Contrataciones del Estado (art. 61 de la Ley de Contabilidad) sino que contiene normas de fondo (arts. 12 y 13) por las que confiere amplias potestades estatales en materia de modificación por razones de interés público que van desde el aumento o la disminución de hasta un 20%, control, penalidades, ejecución directa, prórrogas, disponer de bienes y medios, etcétera, hasta llegar a la rescisión o resolución mediante decisiones, restringiendo severamente los derechos tradicionalmente reconocidos del cocontratante que llegan incluso a limitar la aplicación de la teoría de la imprevisión, admitiendo la readecuación del contrato sólo frente a hechos de origen natural o la liberación de responsabilidad sólo en los supuestos de "imposibilidad" de ejecución, lo que -coincidimos- resulta de cuestionable constitucionalidad [18]. También la emergencia económica a partir de la devaluación ha venido a poner en marcha otros mecanismos, como la renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos que el Poder Ejecutivo encara en virtud de una delegación legal (leyes 25.790 y 25.820), donde adquiere relevancia el tema de las tarifas, cuyo carácter reglamentario y aspecto social se destacan y hacen imprescindible la determinación de una verdadera situación de emergencia que hubiere afectado a los contratos alcanzados, donde los mecanismos contractualmente previstos para sostener el

equilibrio dinámico de las prestaciones hayan perdido su capacidad de reflejar esa realidad económica o jurídica, circunstancia que, debidamente comprobada, justificará la renegociación de todas las obligaciones recíprocas cuidando de mantener el equilibrio original con las características propias del régimen específico aplicable [19]. Hasta cuándo y hasta dónde permanecerá la emergencia. Salimos del default, hay superávit y otros indicadores positivos que se informan oficialmente. Pero aparece nuevamente el flagelo de la inflación y se encuentra pendiente el tema de las tarifas que, huelga destacar, incidirán profundamente en los índices inflacionarios. ¿Dónde está el límite? Siempre estará en el respeto de los principios jurídicos específicos que deben regir el procedimiento de la contratación y los generales que se corresponden con un Estado de Derecho (juridicidad, razonabilidad, responsabilidad, buena fe, etc.), y frente a los excesos, una fuerte posición de la justicia que, a fuerza de reiterar los límites y hacer efectivas las responsabilidades, encauce el dictado y/o el ejercicio ilegítimo de ciertas prerrogativas en la excelsa función de control constitucional que le cabe y que, lejos de generar más litigiosidad, podría funcionar preventivamente al desalentar a unos y otros. Y en esa tarea debiera establecerse claramente el mentado equilibrio entre los principio de libertad y autoridad, aun en el contexto socioeconómico del país, pues ni la Administración Pública es tan ingenua como para verse sorprendida en su buena fe por los reclamos sobre realidades económicas que afectan a los contratistas particulares, ni todos éstos integran el sospechado sector de empresas poderosas que manejan el mercado con prácticas desleales (pools empresarios, privilegios, sobrepuestos, etc.) -sin perjuicio de que, en definitiva, ello no puede existir si no tiene cabida en funcionarios probos-. Existen contratistas que están tratando de emerger de la crítica situación e insertarse en el mercado, y respecto de las cuales debe tenerse presente que constituyen las tan ansiadas y genuinas fuente de trabajo y fuente de recursos para el Estado y no enemigas del interés público cada vez que se presenten reclamando por sus derechos. Como destaca Mairal, esta actitud autoritaria y desaprensiva frente a los intereses privados es de larga data en el país, y quienes defienden los intereses del Estado parecen pensar que cuanto menos derechos tenga el contratante mejor defendidos estarán los intereses públicos, posición simplista y de muy cortas miras. Los intereses privados son la riqueza nacional y por ello los países más adelantados los respetan cuidadosamente, y señala con anterioridad, citando el objetivo de la sanción del Régimen de Contrataciones, que no se combate la corrupción dejando jurídicamente indefenso al contratista privado, señalando que es contradictorio pretender apertura y transparencia para la selección del contratista y luego establecer normas sustantivas que disuadan a muchos de participar [20]. Finalmente, el tema aquí tratado de desarrollo teórico y doctrinario, y con interés práctico en función de casos particulares, como señaláramos precedentemente, hoy está en boca de toda la opinión pública y de los medios de comunicación que cuestionan "los pliegos" con una familiaridad antes inexistente, sea en materia de licitaciones públicas de obras, servicios públicos privatizados, renegociación de contratos públicos con el candente tema de las tarifas, la calidad de los servicios, el cumplimiento de los planes de inversión comprometidos, el efectivo y real control de los entes públicos reguladores, etcétera. Y esto es fruto de un creciente interés que se manifiesta en una mayor participación ciudadana que se enmarca constitucionalmente en el reconocimiento de los derechos de los usuarios y consumidores, la creación de organismos de control público, la formación e intervención invalorable de las ONG y, en gran parte, es consecuencia de la propia crisis que genera y pone en marcha estos mecanismos de autodefensa que bregamos porque se multipliquen, se imiten en todos los ámbitos provinciales y municipales y, fundamentalmente, resulten eficaces.

[1]

DROMI, José R., La licitación pública, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 194.

[2] MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 4^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. III-A, p. 209.

[3] REVIDATTI, Gustavo, Valoración de los sistemas de selección de contratistas, en Contratos públicos, 1980, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, ps. 201 y ss.

[4] GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Macchi, Buenos Aires, 1979, t. 2, XII-13.

[5] SAYAGUÉS LASO, Enrique, La licitación pública, B de F, Montevideo, 2005, p. 103.

[6] DROMI, ob. cit., ps. 197 y ss.

- [7] MARIENHOFF, ob. cit., p. 210; en sentido similar, COMADIRA, Julio Rodolfo, La licitación pública, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 113.
- [8] MARIENHOFF, ob. cit., ps. 213-214, en sentido similar SAYAGUÉS LASO, ob. cit., p. 111.
- [9] ABAD HERNANDO, Jesús L., Pliego de condiciones, en Contratos públicos cit., ps. 304 y ss.
- [10] DROMI, ob. cit., p. 204.
- [11] MARIENHOFF, ob. cit., p. 210.
- [12] BARRA, Rodolfo C., Contrato de obra pública, Depalma, Buenos Aires, t. 2, p. 485.
- [13] CASSAGNE, Juan Carlos, Los contratos de la Administración Pública, en Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1975, t. I.
- [14] GRECO, Carlos M., Impugnación de actos de alcance general, ps. 48; COMA-DIRA, ob. cit., ps. 116 y ss.
- [15] 22-12-93, en E. D. 159-41, con nota de HALPERIN, David A., Naturaleza de los pliegos de bases y condiciones en la contratación pública.
- [16] HUTCHINSON, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 449; GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo cit., t. III, Cap. IV, ps. 14 y ss.
- [17] Véase, en este sentido, la ambivalencia, destacada por Hutchinson, que pueden asumir las normas de los pliegos de bases y condiciones en los que, desde un cierto punto de vista, actúan como norma y, desde otro, del oferente desplazado en el procedimiento licitatorio... (en L. L. 2004-F-415).
- [18] MAIRAL, Héctor A., La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas, en L. L. Suplemento Especial de mayo de 2004, ps. 3 y ss.
- [19] PÉREZ HUALDE, Alejandro, Tarifas y renegociación de contratos, en L. L. Suplemento Especial de mayo de 2004, ps. 54 y ss.
- [20] MAIRAL, ob. cit., ps. 16 y 17.