

CAPÍTULO XXIX

LA CONFORMACIÓN PARTICIPADA DE LOS PLIEGOS Y SU IMPACTO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL

Por MARÍA PATRICIA MIRAVÉ

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	559
II. <i>La licitación como principio de las contrataciones del Estado</i>	562
A. Marco normativo y reglamentario	562
i. <i>Ámbito de aplicación</i>	564
ii. <i>La eficiencia como principio general</i>	565
B. <i>Análisis de Law & economics</i>	566
III. <i>Los pliegos</i>	570
A. Marco teórico y normativo	570
i. <i>Pliego General</i>	570
ii. <i>Pliegos Particulares</i>	571
iii. <i>Principios que deben respetar los Pliegos</i>	573
1. <i>Generalidad</i>	573
2. <i>Impersonalidad</i>	573
3. <i>Igualdad</i>	574
4. <i>Inalterabilidad</i>	574
iv. <i>La intervención de la ONC y Jefatura de Gabinete de Ministros en la elaboración de pliegos particulares como novedad</i>	574
a) <i>Facultades otorgadas a la ONC</i>	575
b) <i>Facultades otorgadas a la Jefatura de Gabinete de Ministros</i>	575
B. <i>Análisis de Law&economics</i>	576
i. <i>Pliego General</i>	576
ii. <i>Pliegos particulares</i>	577
C. <i>La conformacion de los pliegos particulares</i>	579

i. Consideraciones Preliminares.....	579
ii. Normativa Argentina	580
iii. Problemas detectados en la conformación de los pliegos particulares.....	584
iv. Herramientas consultivas para una conformación participada de los pliegos particulares. Propuesta.....	586
IV. <i>Conclusión</i>	588

Capítulo XXIX

LA CONFORMACIÓN PARTICIPADA DE LOS PLIEGOS Y SU IMPACTO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL¹

Por MARÍA PATRICIA MIRAVÉ

I. Introducción

Las normas nacionales e internacionales han establecido el procedimiento licitatorio como principio en las contrataciones públicas.

Dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en ese tipo de procedimientos.

Los procedimientos de selección requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, que mejoren las prácticas en esta materia con el propósito de cumplir cabalmente con los fines del Estado y a la vez permitan alcanzar la adecuada administración de los recursos públicos.

Es necesario entonces, destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para la realización de los fines que le son inherentes, por lo que resulta imprescindible que el Estado compre un bien o contrate un servicio necesario para satisfacer una necesidad con la menor cantidad de recursos posibles y de manera eficiente. Si además, las contrataciones públicas se desarrollan en un contexto de publicidad y acceso a la información, se posibilita su control social.

¹ Este escrito ha sido un trabajo de investigación elaborado por la autora para su tesis de graduación en la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad Torcuato DiTella, ha sido publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley el 23 de septiembre de 2011 y ha sido premiado con una mención especial por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En virtud de los cambios normativos producidos en la materia con posterioridad a su primera publicación y a los efectos de ser incorporado en este *Tratado*, se ha actualizado, con la salvedad de que en algunos aspectos aún no es posible analizar las implicancias prácticas de la nueva normativa.

Una de las partes fundantes y determinantes del proceso de contrataciones del Estado, consiste en la conformación de los *pliegos particulares* que rigen las pautas básicas de cada contratación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, algunas de las preguntas que se intentarán responder en este trabajo son las siguientes: ¿Por qué se establece la Licitación Pública como marco general para las contrataciones del Estado? En miras a lograr la mayor eficiencia en los procedimientos licitatorios, ¿Cómo impactan los pliegos de bases y condiciones para la obtención de dicho fin? Teniendo en cuenta la teoría de WILLIAMSON, respecto a los contratos incompletos, en el marco del procedimiento previsto para las contrataciones del Estado Nacional, ¿Es factible la incorporación de mecanismos que permitan que los efectos de los contratos incompletos puedan ser mitigados en vista a la obtención de mejores resultados y a la reducción de costos de los controles *ex post*?

Se analizará desde un punto de vista teórico y desde un enfoque de *Law & Economics*² las respuestas a dichas preguntas.

No obstante, cabe en forma preliminar a dicho análisis, hacer una mención especial a las conclusiones a las que ha arribado OLIVER WILLIAMSON,³ Premio Nóbel de Economía, respecto a los contratos de concesión.

El funcionamiento del mecanismo de licitaciones, en la práctica, ha presentado variadas dificultades. Conceptualmente, se espera que la licitación permita que se le adjudique al proveedor más eficiente la concesión, presentando las mejores condiciones para el país. Contra ello atenta la “naturaleza incompleta de los contratos.” Al respecto WILLIAMSON sostiene que es imposible que un contrato de concesión prevea todas las eventualidades que puedan afectarlo o que diseñe los mecanismos para hacer frente a todas las controversias que se puedan suscitar, de lo cual se derivan otros problemas identificados, que generan ineficiencias y costos de transacción *ex post*.⁴

Dicho autor destaca también que cuanto más complejo es el ambiente, más costoso es redactar un contrato completo. En algunos casos se puede tener el incentivo de reducir el grado de completitud o integración del contrato y ahorrar los costos de transacción *ex ante*. Pero al ahorrar costos *ex ante*, se puede producir una exposición al peligro de una conducta oportunista por parte de la proveedor.

² El análisis económico del Derecho (en inglés: *law & economics*) como corriente dentro de la teoría del Derecho que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico. El análisis económico incluye el uso de conceptos económicos para explicar el efecto de las leyes, con el objeto de determinar qué reglas legales son económicamente eficientes.

³ WILLIAMSON, OLIVER E., *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, 1ª ed.

⁴ Al respecto, WILLIAMSON identifica tres problemas principales: i) El criterio para otorgar inicialmente la concesión tiende a ser artificial y oscuro; ii) surgen problemas de ejecución en la relación de precios y costos, así como en otros aspectos, entre ellos los políticos, y iii) es improbable que haya equiparidad de licitación entre los tenedores de las franquicias y sus rivales potenciales en el momento de la renovación del contrato.

El oportunismo del proveedor aumenta el costo de transacción *ex post*. Lo que obliga al Estado a balancear entre los dos costos.

Siguiendo el análisis de OLIVER WILLIAMSON, se debe asumir que las contrataciones que logre concretar la administración pública, son por definición incompletas. Pero en el análisis de la regulación argentina de contrataciones con el Estado Nacional, y en la práctica, se puede observar que podría mejorarse aún más el proceso *ex ante* de la contratación, a través del proceso de conformación de pliegos, de forma tal de mitigar la falta de completitud de los contratos y los problemas que ello genera.

Entiendo que a través de mecanismos que permitan dotar al Estado y a las oficinas de contrataciones de mayor y mejor información para la conformación de pliegos, se podrían lograr contrataciones más completas y eficientes para el Estado. Téngase en cuenta que tal como se encuentra estructurado actualmente el procedimiento de conformación de los pliegos, son las oficinas de contrataciones de los organismos de la administración pública, que en forma totalmente descentralizada y sin un conocimiento técnico de cada materia, deben conformar los pliegos particulares para toda la variedad de bienes y servicios a contratar, de forma tal de satisfacer las necesidades del organismo al que pertenecen en particular y al Estado en general. Sin duda estas oficinas, agentes del Estado como parte contratante, padecen de una marcada *asimetría de información*⁵ con relación a los proveedores de bienes y servicios.

El procedimiento de elaboración de los pliegos, donde se establecen las condiciones de las contrataciones del Estado, se encuentra desprovisto de herramientas que permitan a los organismos contratantes hacerse de la información necesaria y suficiente para ello, lo que lleva a contrataciones más que incompletas, deficientes.

Es decir, teniendo en cuenta los problemas identificados por OLIVER WILLIAMSON, que se refieren a un control *ex post*, propongo analizar un paso previo que es la posibilidad que el Estado, cuente con un procedimiento que le permita lograr contratos lo más completos posible (a través de una correcta confección de

⁵Se dice que existe información asimétrica en un mercado cuando una de las partes que intervienen en una compraventa no cuenta con la misma información que la otra sobre el producto, servicio o activo objeto de la compraventa. Esta teoría supone una ruptura de la teoría de los precios en un sistema de competencia perfecta. Esta información asimétrica conduce a un fallo de mercado, que proporciona un resultado económico ineficiente. La información asimétrica existe porque el vendedor de un producto conoce más y mejor el producto que quiere vender que el comprador. En el mundo financiero se plantean también múltiples casos de información asimétrica porque un prestatario sabe más sobre su solvencia que el prestamista y los clientes de las entidades aseguradoras conocen mejor su riesgo particular que la entidad aseguradora. En los contratos financieros de préstamos, la asimetría nace de que el acreedor o prestamista no posee información suficiente sobre el uso que el deudor dará a los fondos objeto del crédito. Como los prestamistas saben claramente su desventaja aumentarán el tipo de interés y denegarán el otorgamiento del préstamo. En 2001 los economistas, Joseph Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence, recibieron el Premio Nobel de Economía por sus análisis de los mercados con información asimétrica. Otros destacados economistas como Kenneth Arrow, William Vickrey y James Mirrlees también han hecho importantes aportaciones al tema de la información asimétrica.

los pliegos licitatorios), en el entendimiento que ello resulta menos costoso que fortalecer el control *ex post* a través de la justicia.

Se ha analizado en profundidad el proceso de *conformación participada de pliegos* tal cual se ha previsto en la normativa argentina y las posibles soluciones a los problemas identificados.

[Cabe destacar que durante el año 2012 se han introducido importantes cambios en la normativa argentina relativa a contrataciones con el Estado Nacional, que en algunos aspectos aún se encuentra pendiente de reglamentación, como p ej. la elaboración del pliego general de aplicación obligatoria por parte de la Oficina Nacional de Contrataciones, lo que circunscribe el análisis a la normativa histórica y vigente recientemente.]

II. La licitación como principio de las contrataciones del Estado

A. Marco normativo y reglamentario

La norma básica que regula las contrataciones del Estado Nacional Argentino es el Decreto Delegado N° 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado Nacional), que prevé en su artículo 24 a la licitación pública o concurso público, según corresponda, como regla general para la contratación de bienes y servicios por parte del Estado Nacional. (Salvo ciertas excepciones.)

Durante la última década fue de aplicación el Decreto N° 436/2000 (Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional.) que seguía el principio de la licitación pública como procedimiento principal y, cuyos términos y condiciones estaban previstos en un Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (Res. 834/2000- PUByCG), aplicable a todas las contrataciones. Luego se contrataba de conformidad al Pliego Particular elaborado por el organismo contratante en función al bien o servicio a contratar.

Recientemente, el 7 de junio de 2012, se dictó el Decreto 893/2012 que deroga dichas normas y puso en vigencia la nueva reglamentación del Decreto Delegado N° 1023/2001, denominado "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", (el nuevo Reglamento) que propone en su artículo 15⁶ seguir el mismo principio manteniendo al procedimiento de licitación y/o concurso público como regla general para la contrataciones con el Estado Nacional. Sin embargo, introduce como novedad cierto margen de discrecionalidad a la aplicación de dicha regla general estableciendo como prioritario el uso del procedimiento que

⁶Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Cap. VI – ELECCION DEL PROCEDIMIENTO, Art. 15 "REGLA GENERAL. En virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, los procedimientos de licitación pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes..."

más favorezca al “logro del objeto establecido en el artículo 1 del Dto. 1023/01” y “que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”.

Es importante mencionar que a la fecha aún no se ha elaborado ni publicado el nuevo pliego general que será de aplicación obligatoria en reemplazo del derogado Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (Res. 834/2000).

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dependientes de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete, es el organismo rector del Sistema Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, y como tal es responsable de proponer las políticas y establecer las normas y sistemas tendientes a lograr que el Sector Público Nacional realice sus contrataciones con eficacia, eficiencia y transparencia.

Para cumplir con este objetivo, la ONC desarrolla sus actividades a través de 4 líneas de acción estratégicas:

1º) *Adecuación del marco legal*: Incluye todas las tareas de gestión jurídica y de elaboración de nuevas normativas, que buscan dotar a las contrataciones públicas de mayor eficacia, eficiencia y transparencia.

2º) *Implementación de sistemas y herramientas de gestión de compras*: La modernización de las compras públicas implica el diseño e implementación de nuevas formas de gestionarlas, realizando modificaciones en los procedimientos administrativos, en los comportamientos y en las rutinas de los agentes.

3º) *Vinculación del ciudadano con la administración*: La introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen un ámbito privilegiado de ejecución en las compras públicas, tanto en la gestión de la organización como en la comunicación y difusión de sus actividades.

4º) *Cooperación nacional e internacional*: El intercambio y conocimiento de experiencias internacionales y la colaboración entre organizaciones con fines similares, es un componente fundamental para la mejora de la gestión de las compras públicas.

La ONC regula, a través de circulares y disposiciones varias, los diversos aspectos procedimentales y de interpretación relativos a las contrataciones públicas, todas ellas disponibles en la página oficial www.argentinacompra.gov.ar

⁷Dto. 1023701 Art.1º “OBJETO. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.”

Asimismo, mediante el Decreto 893/2012 artículo cuarto, se ha delegado expresamente en la ONC las facultades de interpretación y aclaración del nuevo Reglamento.

Con relación a los aspectos tecnológicos que se han desarrollado en el marco de las contrataciones con el Estado Nacional, cabe tener presente que por el Decreto N° 436/2000, se creó el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), disponiendo que sería administrado por la ONC.

Dicho sistema ha significado un gran avance en el proceso para obtener la información de los proveedores del Estado Nacional en forma centralizada.

A través de la ONC, se han logrado una constante modernización del sistema de contrataciones con el Estado Nacional, tanto en lo relativo al SIPRO, como en lo referente a la introducción de nuevas herramientas informáticas que han permitido entre otras cosas realizar contrataciones a través de Internet, lograr la armonización a nivel internacional de criterios y lineamientos básicos para este tipo de procedimientos.⁸

Recientemente y continuando con las mejoras en dicho sistema se han dispuesto cambios en el sistema y nuevas formas para la actualización y administración de datos de los proveedores del Estado (véase la Disposición N 6/2012 de la Subsecretaría de Tecnología de Gestión)

Además, el nuevo Reglamento dedica todo el Capítulo I del Título VII a la reglamentación del SIPRO, disponiendo nuevas pautas para su utilización.

Existen asimismo otras normas vinculadas con el tema, entre las que se pueden destacar: Ley N° 13.064 (Obra Publica); Ley N° 24.156 (Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional); Ley N° 25.188 (Ética en la Función Pública); Ley N° 25.551 (Compre Trabajo Argentino); Decreto N° 1545/1994 (Creación de la Oficina Nacional de Contrataciones); Resolución S-GEN N° 79/2005 (Sistema de Precios Testigo); Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 24.759), en su artículo 5 inc. 3 (aplicabilidad de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia); Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 26.097), en su artículo 9. (Establece los valores mínimos que cada Estado parte, deberá considerar a la hora de establecer los sistemas de contratación pública basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos para la adopción eficaz de decisiones.)

i. Ámbito de aplicación

El régimen de contrataciones públicas es de aplicación obligatoria en los procedimientos de contratación, en los que sean parte las jurisdicciones y entidades

⁸Véase Informe de gestión 2010 de la Subsecretaría de Tecnología de Gestión respecto a la Oficina Nacional de Contrataciones en www.sgp.gov.ar

comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y sus modificaciones.

En ese sentido, el Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional se aplica a la administración central, organismos descentralizados, universidades nacionales y a las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Su ámbito de aplicación no alcanza, en cambio, a provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, ni a otros organismos que cuentan con un régimen específico, como el PAMI y la AFIP, los cuales suelen tener su propio sistema de contrataciones.

También se encuentran excluidas empresas y sociedades del Estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional, tales como Banco Nación, Banco Hipotecario y Banco Central y las compras financiadas con recursos de entidades multilaterales de crédito como el BID y el Banco Mundial.

No obstante, si bien se procederá a analizar la normativa de contrataciones del Estado Nacional, es importante destacar que dicho análisis y las conclusiones preliminares a las que se arribe en el presente trabajo, pueden tener una aplicación analógica a los procedimientos de contrataciones previstos en el ámbito provincial y municipal, donde la normativa es otra, pero receptan al procedimiento licitatorio como regla general.

Además, cabe tener presente que el artículo 4° del nuevo Reglamento prevé la posibilidad de ser aplicado a los contratos excluidos o a las entidades y jurisdicciones no comprendidas por “adhesión voluntaria.”

ii. *La eficiencia como principio general*

Los artículos 1 y 3 apartado a) del Decreto 1023/2001, prevén como objeto de las contrataciones y como uno de los principios generales a los que éstas deben ajustarse, el de la “*eficiencia*,” para cumplir con el interés público y el resultado esperado.

De esta forma, a través de dicha norma se ha introducido un nuevo paradigma que transforma la lógica del control sobre la acción administrativa, que ha permitido desplazar la de la ley como único parámetro mediante un nuevo enfoque, el que también considera la efectividad de la voluntad administrativa en términos de resultado.

En la misma línea, el reciente Decreto 893/2012 manifiesta entre sus fundamentos “*Que es prioridad introducir en dicha reglamentación, tratamientos diferenciales para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar las nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras*

y precisas, **a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia**, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales.”⁹

La doctrina por su parte, ha expuesto que “*La visión tradicional de las finalidades y principios a los que deben responder las contrataciones públicas debe ser superada, conforme las aludidas previsiones normativas, siguiendo las más modernas tendencias según las cuales se formula, se planifica y se resuelve llevar adelante tales contratos, así como los resultados alcanzados en ellos, incorporándose al concepto de juridicidad nociones como la eficiencia o la transparencia de la actuación de la Administración Pública.*”¹⁰

Este poderoso concepto induce a avanzar en el análisis jurídico y normativo.

En consonancia con ello, el *enfoque normativo* del análisis económico del derecho va más allá, y establece recomendaciones de carácter político basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción. El concepto central en esta materia es el de *eficiencia* y en particular, el de eficiencia en la distribución.

Un concepto común de eficiencia utilizado por el análisis económico del derecho es el de la “eficiencia de Pareto.” Una norma jurídica es eficiente según el óptimo de Pareto si no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra.

Así, tal como lo expresa el Dr. AGUSTÍN GORDILLO “*La eficiencia ha quedado transformada, de un simple requerimiento algo ingenuo de la ciencia de la administración, en principio jurídico de nivel supranacional, cuya aplicación y cumplimiento es jurisprudencialmente inexcusable para todos los funcionarios y agentes del Estado argentino. Es un principio jurídico indeterminado, que se transforma en facultad reglada cuando se configuran los hechos determinantes.*”¹¹

B. Análisis de Law & economics

¿Por qué se establece a la licitación como regla general para las contrataciones públicas?

En los trabajos de RONALD COASE¹² y GUIDO CALABRESI,¹³ seguidos por RICHARD POSNER¹⁴ y otros estudiosos del *law & economics*, se ha incorporado el concepto de “costos de transacción,” en el análisis de los abogados sobre las variadas instituciones jurídicas. Este potente concepto nos enseña que en el diseño de las

⁹ La negrita y la bastardilla me pertenecen.

¹⁰ REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 1ª ed., cap. II “La licitación pública,” p. II-49.

¹¹ GORDILLO AGUSTIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XII “La Licitación Pública,” p. XII-47.

¹² COASE, RONALD, “The Problem of the Social Cost,” en castellano en *Revista Estudios Públicos*, N° 45, 1992.

¹³ CALABRESI, GUIDO, y otros, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral,” en castellano en *Revista Estudios Públicos*, N° 63, 1996.

¹⁴ POSNER, RICHARD, *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed.

instituciones no sólo se deben considerar los resultados directos de la acción deseada, sino también las consideraciones de eficiencia relativas al costo de lograr dichos resultados.

El ejercicio de una compra, aunque sea en un mercado competitivo, no está exento de costos de transacción.¹⁵ Algunos de estos costos son: Determinar exactamente la cosa (producto o servicio) requerida dentro de las opciones disponibles, gastar tiempo buscando al proveedor, elegir al proveedor más barato, negociar con el proveedor las condiciones del contrato, y finalmente otorgar los instrumentos legales requeridos.

La situación anterior se complica aún más cuando se trata de una “compra o contratación pública,” es decir, una compra donde una de las partes es el Estado. Esto se debe a que el Estado tiene que justificar y fundamentar la aplicación de los recursos públicos, que implican costos adicionales a los de una compra privada.

Justificar la decisión de compra es fundamental: Es decir, no basta con decidir cuál es el mejor producto a comprar desde un punto de vista técnico-económico, sino que es necesario además, tener la capacidad de explicar dicha decisión a los competidores no adjudicados, en justificar ante todos los interesados que se gasta adecuadamente el presupuesto del Estado y a responder las consultas de los ciudadanos en general.

Esta exigencia se basa en que la decisión de una compra pública se hace por todos y para todos, y es posible que en ella se produzcan conflictos de interés entre la persona u órgano que ejerce la decisión de compra, y el interés de los ciudadanos.

Resumiendo, la compra pública tiene involucrado dos tipos de costos de transacción principales previos a fijar los elementos esenciales del contrato:¹⁶ (a) Uno relativo al costo de obtener la información para tomar la decisión adecuada, y (b) uno relativo al costo del proceso que se debe seguir para poder demostrar a posteriori que ha sido una decisión debidamente fundada.¹⁷

¹⁵ COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed., p. 267.

¹⁶ Existen costos de fiscalización ex post que no son tratados en este trabajo y se asumen como una variable proporcional al monto de las compras. Los costos de fiscalización ex post son función inversa de los costos del proceso, es decir, a medida en que menos cuesta el proceso, más cuesta la fiscalización ex post y viceversa. Esto se debe a que un proceso llevado adecuadamente dejará todos los registros que permiten la fiscalización.

Para SCHOONER el ejercicio de acciones judiciales relativas las compras públicas, también es una forma de control eficaz. Ver SCHOONER, N. 12, p. 631. En Argentina, no existen alternativas judiciales efectivas para ejercer dicho control ex post. Incluso tampoco existe como en otros países un tribunal de compras.

¹⁷ SCHOONER, STEVEN, “The Open Market” en *Understanding the World Trade Organization*, 2003, citado en KINSEY, MEGAN, “Transparency in Government Procurement: An International Consensus?,” *Public Contract Law Journal*, Vol. 34, N° 1, 2004-2005, p. 158. Ambos son costos en que debe incurrirse antes de realizar una compra pública.

¿Qué pasa si el Estado decide no incurrir en los costos de obtener la información?

Se pueden generar trágicas consecuencias. Entre ellas, puede quedar con una mala posición negociadora y corre el riesgo de pagar un alto precio o de comprar algo innecesario.

¿Qué pasa si el Estado decide no incurrir en los costos del proceso?

Corre el riesgo de no prever los suficientes controles y ser acusado, con o sin fundamento, de amiguismo, favoritismo, mal uso del erario, y otras formas de falta de transparencia, etc.

¿Qué pasa si decide no incurrir en ninguno de los dos? El doble de males.

Para resolver los aspectos involucrados en una contratación pública y que se pueda optimizar la afectación del presupuesto destinado, lo ideal sería utilizar un sistema que: 1) Minimice los costos de obtener la información y 2) minimice los costos de un proceso “transparente” que sea capaz de responder a las exigencias del proceso democrático.¹⁸

Son estos dos aspectos los que motivan, desde el punto de vista interno, el sistema de licitación pública.

Al respecto, cabe destacar que los pliegos y el proceso de su conformación son esenciales, tanto para prever las pautas para que el organismo contratante pueda conocer la información necesaria, así como también para fijar el procedimiento que regirá cada licitación y en el contrato. Es decir prevé las pautas básicas de cada contratación, impactando así en los dos costos mencionados.

1º) *Respecto a la información.* El sistema de licitación pública tiene una gran ventaja: Traspasa al oferente la mayoría de los costos a los que hemos hecho referencia. Así, por ejemplo, es el oferente el que deberá entregar información de su producto, el que se presentará a la autoridad ahorrándole el costo de la búsqueda, el que competirá ofreciendo su propuesta de precio,¹⁹ y el que asumirá de antemano las condiciones establecidas en la licitación, de este modo el efecto inmediato es la reducción de los costos de la información.

Otro de los beneficios que otorga al Estado la licitación pública es generar consistencia en los precios que recibe. En efecto, si las licitaciones se mantienen abiertas y competitivas sin barreras de entrada, no habrá incentivos para que las

¹⁸ Esta minimización requiere que se establezca previamente un nivel mínimo de transparencia aceptable, pues esta es costosa. Mayor niveles de transparencia serán más costosos. Ver Informe BID, N. 1, p. 9, que señala: “La incorporación de la modalidad de contrato marco ha simplificado las operaciones con los consiguientes ahorros transaccionales y no ha sido obstáculo para la incorporación masiva de pequeñas empresas en diversos rubros de compras y contrataciones.”

¹⁹ Existe extensa literatura económica respecto de los mecanismos para lograr que los oferentes ofrezcan o desclasifiquen su precio. Basado en las estrategias, para casos de compradores informados, la licitación a sobre cerrado, o su equivalente electrónico, son el mecanismo que dejaría mayor excedente del consumidor, dado que involucra a un universo mayor de oferentes, especialmente aquellos pequeños o con mayor aversión al riesgo. TAN, GOUFU, “Optimal Procurement Mechanisms for an Informed Buyer,” *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 29, N° 3, 1996, p. 714.

empresas “inviertan” en clientelizar al Estado bajando inicialmente los precios para posteriormente subirlos, lo que sí podría suceder en casos de competencia reducida. Por su parte, el Estado tendrá que incurrir en los costos necesarios para diseñar las bases, es decir los pliegos, en los costos de cumplir con el ordenamiento legal, y de informar el concurso y de asignar el contrato, siendo el primero de ellos fundamental.

Por supuesto que existen casos en que los costos de diseño de los pliegos, de información sobre el concurso y de asignación del contrato, son más altos que el beneficio que se obtiene de realizar una licitación. Es por ello que existen en todo el mundo montos de compra bajo los cuales no es necesario realizar una licitación pública. Así lo discrimina también la normativa nacional.²⁰

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del sistema nacional de contrataciones, ha confirmado oportunamente en su Disposición N° 6/2010 (derogada por Dto. 893/2012).

“Que todos los procedimientos de selección cumplen en mayor o menor medida con requisitos de publicidad y transparencia, no obstante es a todas luces evidente que las licitaciones públicas o concursos públicos son los procedimientos que otorgan mayores garantías en cuanto al cumplimiento de los principios que deben regir en todo procedimiento administrativo,” y que por lo tanto *“constituyen la regla general en materia de Contrataciones Públicas.”*

En los casos de contratación de servicios de mayor complejidad es conveniente mejorar la calidad de los pliegos, incorporando sistemas de conformación participada de todos ellos, de modo tal que permita al organismo licitante tener una mayor información es vistas a obtener una contratación más eficiente.

2º) *Respecto a la transparencia.* La licitación pública, hecha correctamente, tiene ventajas indudables, se publican las bases de licitación para que todos los interesados puedan ver las condiciones de la contratación y los criterios de asignación. Además se publican los ganadores y los precios propuestos.

Se permite entonces justificar la decisión de la elección ante cualquier interesado que pretenda cuestionarla, deslindando con relativa facilidad los potenciales conflictos de interés, o denunciándolos, por ejemplo, cuando a igual precio se prefiere la compra a una empresa relacionada con quién adjudica el contrato.

²⁰ Dto. N° 893/2012, Art. 34: “MONTO ESTIMADO DE LOS CONTRATOS: Cuando el monto estimado del contrato sea el parámetro que se utilice para elegir al procedimiento de selección, se deberá considerar el importe total en que se estimen las adjudicaciones incluidas las opciones de prórroga previstas y se aplicará la siguiente escala: a) Contratación directa: 1.- Por trámite simplificado hasta SETENTA Y CINCO MÓDULOS (M75), 2.- Del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N 1023/01 y sus modificaciones hasta DOSCIENTOS MÓDULOS (M200), b) Licitación privada o concurso privado hasta OCHOCIENTOS MÓDULOS (M800), c) Licitación pública o concurso público más de OCHOCIENTOS MÓDULOS (M800)...”. ART 35: VALOR DEL MÓDULO. A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL (\$1000).

Una licitación abierta y competitiva, se presenta como mejor alternativa que mejorar el control y es un modo de evitar las compras ineficientes (ya sea por caras o por innecesarias) o para evitar el amiguismo.

Por los motivos expuestos se ha aceptado internacionalmente que la licitación es preferible para las contrataciones del Estado.

III. Los pliegos

A. Marco teórico y normativo

Es compartido en la doctrina el concepto de “pliego” como “*el conjunto de cláusulas y documentos, elaborados unilateralmente por el licitante, que especifican el objeto a contratar, las pautas que regirán el procedimiento de selección, los derechos y obligaciones de las partes y el mecanismo a seguir en la preparación y ejecución del contrato.*”²¹

Los pliegos determinan el conjunto de pautas que rigen tanto el proceso de la contratación como la contratación en sí misma. Así determinan el objeto de la contratación, las condiciones que deben reunir los oferentes, las pautas para determinar la oferta más conveniente, cuáles son las distintas etapas del procedimiento, etc.

También es importante destacar que los efectos de los pliegos trascienden al proceso de selección, ya que regulan y determinan el contenido del contrato a suscribir entre el sujeto licitante y el adjudicatario.

Desde un punto de vista amplio, tiene un efecto preparatorio de la voluntad administrativa que debe estar claramente contemplada por el procedimiento de selección propiamente dicho.

Existen variadas y diferentes interpretaciones respecto a la naturaleza jurídica de los pliegos, diferenciándose los pliegos generales de los pliegos particulares.

El pliego general tiene una naturaleza reglamentaria y contiene las cláusulas que rigen todas las contrataciones del ámbito de reglamentación, ya sea nacional, provincial o municipal. Los pliegos particulares regulan cada contratación. Cabe resaltar que el primero tiene mayor jerarquía que los segundos.

i. Pliego General

Estos pliegos tienen por objeto regular todos los procedimientos de selección fijando las pautas básicas para los procedimientos licitatorios y de contratación, tales como la garantía de oferta, inhabilidades, requisitos formales básicos de los oferentes, etc.

²¹ DANIEL GOMEZ SANCHÍS, “Pliego de condiciones,” cap. VI, en FARRANDO ISMAEL (H.), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, quien cita a SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, Acali, 1978.

El Decreto 436/2000 dispuso quienes eran las autoridades encargadas de elaborar el Pliego General aplicable a la Administración Pública Nacional. Fue la Oficina Nacional de Contrataciones con la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y sujeto a la aprobación final del Ministerio de Economía.²²

El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las contrataciones de Bienes y Servicios del Estado Nacional (PUByCG), fue aprobado por la Resolución 834/2000 del Ministerio de Economía, y establecía los principales lineamientos y requisitos como ser entre otros: Las garantías, los requisitos formales que deben cumplir las ofertas, las características y efectos jurídicos de las ofertas, los criterios básicos de evaluación de las ofertas, el régimen de impugnaciones y recursos posibles, las penalidades y sanciones por incumplimiento contractual, etc.

En ese mismo pliego general también se establecían en su artículo 35, los “Requisitos mínimos que deben contener los Pliegos Particulares,” es decir, el pliego general a su vez estipula el contenido mínimo que deben contemplar los Pliegos Particulares y que deben ser considerados por las autoridades responsables de la elaboración de los mismos.

Como se ha mencionado, ambas normas han sido recientemente derogadas por el Decreto N 893/2012, pero el nuevo Reglamento sigue el mismo principio estableciendo en su artículo 43 que “*El pliego único de bases y condiciones generales será aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones, y será de utilización obligatoria por parte de las jurisdicciones y entidades contratantes.*”²³ La diferencia con relación a la normativa derogada es que se delegó dicha atribución en forma plena a la ONC, no se ha exigido la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nacional ni la aprobación final del Ministerio de Economía. A la fecha, se encuentra pendiente de elaboración por parte de la ONC el nuevo pliego general que reemplazará al anterior.

ii. *Pliegos Particulares*

Los pliegos particulares son, en cambio, aquellos que en forma complementaria al pliego general fijan las disposiciones específicas para cada contrato y que se elaboran para cada licitación. Así los pliegos particulares regulan aspectos no contenidos en los pliegos generales y que son fundamentales para la materialización de cada contratación en concreto.

Y aquí la doctrina ha compartido ampliamente que “*Al igual que el caso de los pliegos generales, los pliegos particulares deben ser confeccionados por personal idóneo, y de su correcta elaboración depende en gran medida el éxito o el fracaso*

²² Dto. 436/2000 (derogado), Art. 44: “El Ministro de Economía aprobará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el cual será elaborado por la Oficina Nacional de Contrataciones dependiente de la Subsecretaría de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía, con la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación de la Presidencia de la Nación”.

²³ La bastardilla me pertenece.

*del procedimiento de selección, ya que su inadecuada redacción puede derivar en la falta de postulantes y el fracaso del procedimiento.*²⁴

En cuanto al contenido, entonces si bien complementan al pliego general, resultan tanto o más importante que este último, toda vez que sirve de base para la contratación del bien o servicio que deberá satisfacer la necesidad puntual del Estado.

De esta forma el Pliego General y el Pliego Particular conforman en conjunto los términos y condiciones de la contratación.

En cuanto al contenido de los Pliegos Particulares, el Decreto 436/2000 en su artículo 45,²⁵ establecía qué deben contener como mínimo los requisitos que a tal fin estipule el Pliego General. Consecuentemente, el mencionado artículo 35 del PUByCG establecía dichos requisitos mínimos que incluyen entre otros los siguientes aspectos de particular importancia: El objeto de la contratación, plazos y horarios de los actos, especificaciones técnicas del bien o servicio, moneda y forma de cotización, muestras, prórrogas, etc.

El Reglamento puesto en vigencia por el Decreto 893/2012 establece en su artículo 44. que los pliegos de bases y condiciones particulares deberán contener las especificaciones técnicas, las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que indicará el pliego único de bases y condiciones generales.

Asimismo, si bien aún no se ha elaborado el nuevo pliego general, el artículo 45 del nuevo Reglamento, prevé algunas pautas mínimas del contenido de los pliegos particulares. *“Las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deberán elaborarse de manera que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas.”* Continúa estipulando las condiciones que los pliegos de condiciones particulares deben establecer en forma precisa y en el último párrafo consagra el sentido de la existencia de este tipo de pliegos estableciendo que: *“Las especificaciones técnicas deberán ser lo suficientemente precisas para permitir a los oferentes determinar el objeto del contrato y formular una adecuada cotización y para permitir a las jurisdicciones y entidades contratantes evaluar la utilidad de los bienes y servicios ofertados para satisfacer sus necesidades y adjudicar el contrato.”*

Como puede observarse las cuestiones que deben ser previstas en los pliegos particulares son de especial importancia y están íntimamente relacionadas con la eficiencia de la contratación que se obtenga, debido a que influyen directamente

²⁴ DANIEL GOMEZ SANCHÍS, “Pliego de condiciones,” cap. VI, en ISMAEL FARRANDO (H.), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 214.

²⁵ Dto. 436/2000 (derogado) Art. 45: “Los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares serán elaborados y aprobados por las entidades estatales para cada procedimiento de selección y deberán contener los requisitos mínimos que indicará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales e incluirán las especificaciones técnicas.”

en los resultados. Al establecer cuestiones como el objeto y las características técnicas del bien o servicio, están persiguiendo un fin o resultado del procedimiento licitatorio.

Asimismo, establecen las pautas de cotización y evaluación de las ofertas, que son los parámetros básicos para facilitar una sana competencia.

Por lo expuesto, y toda vez que los pliegos licitatorios influyen directamente en la eficiencia de las contrataciones es que previamente a analizar otros aspectos, merecen una mención especial, los principios que deben primar en ellos.

iii. *Principios que deben respetar los Pliegos*

Los principios fundamentales previstos en la normativa arriba mencionada, que deben prevalecer en cualquier licitación pública, se traducen en los pliegos que al regular las compras también deben velar por su debido cumplimiento, y que la doctrina ha podido subsumir en *generalidad, impersonalidad e igualdad*, y en especial *la inalterabilidad*.²⁶

1. *Generalidad*

Los Pliegos deben estar compuestos por cláusulas que revistan carácter general, es decir, aplicables a todos aquellos interesados que decidan participar en el procedimiento de selección. Las previsiones del pliego no deben contemplar situaciones particulares, sino que deben prever las mismas exigencias y consecuencias jurídicas para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación. Este requisito se encuentra vinculado al principio de igualdad de trato hacia los potenciales proveedores y la imposibilidad de establecer discriminaciones arbitrarias, como así también al principio de concurrencia que debe primar en toda licitación para asegurar la competencia.

2. *Impersonalidad*

Este requisito también se encuentra vinculado a los principios de igualdad y concurrencia.

Sería la exigencia de que el pliego no se encuentre direccionado o que contenga cláusulas que puedan obstaculizar la participación de aquellos que, en igualdad de condiciones, se pudieran presentar para contratar con el sujeto licitante.

Serían válidas aquellas limitaciones objetivas que persigan la eficiencia en la contratación para el Estado, pero no aquellos “procedimientos a la medida” en vistas a beneficiar a algún proveedor en particular.

Es decir, que existen casos en los cuales por las características de productos o servicio a contratar, es posible que haya un solo integrante del mercado habilitado para ofertar. En tal caso, se debe seguir el procedimiento previsto de contratación

²⁶ DANIEL GOMEZ SANCHÍS, “Pliego de condiciones,” cap. VI, en ISMAEL FARRANDO (H.), *op. cit.*

directa, dando cumplimiento a los requisitos previstos por la normativa vigente. No se debe, en esos casos, intentar ocultar esa situación simulando una licitación.

3. *Igualdad*

Los pliegos no pueden contener cláusulas que deriven en un desigual tratamiento a los oferentes.

El pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismos hacia unos en perjuicio de otros, sus cláusulas deben ser respetadas por todos.

No debe, sin embargo caer en un formalismo extremo. La igualdad debe observarse teniendo en vistas también la preeminencia de la competencia, a favor de una mayor eficacia en el procedimiento de selección.

4. *Inalterabilidad*

Los pliegos una vez elaborados y puestos a disposición de los interesados como consecuencia del llamado a licitación, son inmodificables, aún cuando el procedimiento en cuestión se presente un sólo oferente.

Algunos autores distinguen 3 etapas en el proceso de selección, diferenciando así sus efectos: i) Previa a la presentación de las ofertas, ii) posterior a ella y anterior a la adjudicación y iii) posterior a la adjudicación.

Se admite la modificación en la primera, se sostiene que la modificación durante la segunda implica un nuevo llamado, y se veda tal posibilidad en la tercera.

Otra parte de la doctrina no admite esta posición entendiendo que la puesta a disposición del pliego cierra el proceso interno de la administración de elaboración y aprobación de los pliegos, y que a partir de ese momento son inalterables, salvo supuestos excepcionales.

Ello demuestra la importancia del trabajo preliminar que debe realizarse para la correcta conformación de los pliegos. La corrección posterior resulta mucho más complicada y costosa para el Estado, ya que en muchos casos inclusive implica dar por caído o agotado el llamado y la convocatoria a través de un pliego nuevo.

No obstante este principio persigue resguardar, que se generen cambios que puedan afectar la igualdad y la concurrencia, de aquellos interesados que no accedieron a los cambios y podrían haberse presentado.

iv. La intervención de la ONC y Jefatura de Gabinete de Ministros en la elaboración de pliegos particulares como novedad

Cabe mencionar como incorporaciones novedosas a la normativa vigente, las previstas en el artículo 44 del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que a) otorga a la Oficina Nacional de Contrataciones la facultad de elaborar modelos de pliegos y b) habilita a la Jefatura de Gabinete

de Ministros a establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio con fines de desarrollo de políticas publicas.

a) *Facultades otorgadas a la ONC*

Tal como se ha mencionado la normativa vigente otorga a la ONC la facultad de elaborar pliegos modelos de bases y condiciones particulares para “determinados objetos contractuales específicos, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes que el Órgano Rector determine.”

Es decir, que en algunos casos y para algunos objetos contractuales que aún no han sido determinados, la ONC podría establecer un pliego particular obligatorio, por los que revestiría una naturaleza similar a la reglamentaria del pliego general.

En este sentido hubo casos similares con anterioridad, como p ej. las “BASES PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PARA EL PAGO DE HABERES” que consistía en un pliego modelo aprobado por la Resolución N° 505/97 de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía.

De esta forma, se delegaría en la ONC, para determinados objetos, la reglamentación de la contratación a través de la elaboración de pliegos particulares obligatorios.

Considerando el gran caudal de información valiosa respecto a servicios y a proveedores que a través de las herramientas informativas ha podido relevar la ONC, es posible que esta facultad reglamentaria sirva para realizar pliegos modelos más eficientes.

b) *Facultades otorgadas a la Jefatura de Gabinete de Ministros*

La segunda incorporación novedosa realizada a través del mencionado artículo del Reglamento dedicado a la elaboración de los pliegos particulares, es la facultad de la Jefatura de Gabinete de establecer en los pliegos particulares “criterios de selección de ofertas” con el fin de “desarrollar políticas públicas” que generen como efecto una gran cantidad de efectos deseados como ser, entre otros: el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de el crecimiento en determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables.

Nótese la importancia que se ha dado en la nueva reglamentación a los pliegos particulares, que pareciera que fueran una herramienta para lograr los fines más fundamentales del Estado Nacional.

Sin dudas, se ha considerado a los pliegos particulares como un vehículo más a través de los cuales el Estado puede ejecutar las políticas públicas que defina orientando las contrataciones según “los criterios de selección de ofertas” que establezca discrecionalmente.

B. *Análisis de Law&economics*

Así como existe, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, una distinción de los pliegos generales y particulares, también es factible una diferenciación desde el punto de vista de *law&economics*.

i. *Pliego General*

El pliego general como se ha expresado previamente, es aquel elaborado por la autoridad superior para su aplicación a todas las contrataciones de un determinado ámbito de aplicación, por ejemplo fue a nivel del Estado Nacional la mencionada Resolución 834/2000 del Ministerio de Economía aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las contrataciones con el Estado Nacional. De la misma manera se estipula en el nuevo Reglamento, artículo 43, que será la ONC la encargada de generar el pliego único de bases y condiciones generales “de utilización obligatoria” para todas las contrataciones.

Así los pliegos generales establecen las pautas básicas para contratar con el Estado, las condiciones y requisitos mínimos que cualquier proveedor debe cumplir, las garantías básicas que se deben ofrecer, el procedimiento que debe garantizarse para cualquier contratación, los tipos de contrataciones posibles según importe, tipo de servicio o situación fáctica, entre otras pautas básicas antes mencionadas.

Posee una naturaleza reglamentaria desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista de *law & economics*, que permiten principalmente reducir los costos de transacción determinando de antemano el marco de las contrataciones. La regulación de las bases a través del pliego general reduce los costos de transacción por “*hacer elecciones repetitivas*,” es decir establece las pautas básicas que resultarían de una negociación racional. Negociar dichas pautas caso por caso en cada contratación generaría un costo excesivo para el Estado.

De este modo la reglamentación del pliego general, fija las pautas básicas para la contratación pública, cuyo principio como se ha expresado es la contratación a través de la Licitación Pública, fuerzan de alguna forma al Estado Nacional y a los organismos públicos a ser racionales en el proceso de contratación, ya que establece el procedimiento básico, las pautas generales de cotización y elección de los proveedores.

Los *pliegos generales* fijan un procedimiento básico, haciendo pasar a los potenciales proveedores por un sistema de búsqueda exhaustivo con el fin de que a través de ese camino se logre encontrar las mejores ofertas. La estandarización de ciertos aspectos del procedimiento a través de los pliegos generales permite a su vez reducir los costos para los oferentes que no deberán adecuarse a procedimientos diferentes para cada contratación o eventuales requisitos que pudieran establecer las oficinas de contrataciones de cada organismo, salvo en los aspectos

puntuales previstos en los pliegos particulares, resultando de esta forma más fácil la preparación de las ofertas.

Un ejemplo claro que puede mencionarse y cuya estandarización colabora a asegurar el cumplimiento por parte del Estado y a reducir costos de cumplimiento por parte de los proveedores, es la regulación de la documentación obligatoria que debe presentar cualquier proveedor del Estado Nacional para poder contratar con éste y las condiciones de habilidad que se preveía en la Resolución 834/2000, artículo 12 del PUByCG.

El mencionado artículo requería una cantidad de documentación, estados contables, estatutos, nómina de autoridades, certificaciones de cumplimiento impositivo y previsional, entre otros.

Si la documentación fuera diferente para cada proceso, el costo de la elaboración de las ofertas sería mucho mayor. Un gran avance en este sentido ha sido la regulación de la presentación por única vez de dicha documentación a través del SIPRO, que permite comprobar tanto por parte de la administración como por los proveedores del Estado allí registrados, el correcto cumplimiento de la presentación de dicha documentación por parte de cada proveedor. Sin duda, la implementación del SIPRO ha contribuido en la mejora de los procedimientos licitatorios, proporcionando información, mayor transparencia y por ende más eficiencia. Actualmente dichos requisitos se han incluido en el nuevo Reglamento.

Quedará por analizar las pautas que se introduzcan al régimen de contrataciones con el Estado Nacional a través del nuevo Pliego General que será elaborado por la ONC, y que deberá estipular el contenido mínimo de los pliegos particulares.

ii. *Pliegos particulares*

Los *pliegos particulares*, reducen los costos de transacción en el mismo sentido que lo hacen los pliegos generales, pero además pueden observarse otros efectos desde el punto de vista *law & economics*.

Los *pliegos particulares* completan las bases del pliego general estableciendo las pautas de cada contratación en particular. De su correcta confección depende el éxito de la contratación en términos de resultado. Deben establecer el objeto de la contratación, las condiciones específicas del producto o servicio a contratar.

Desde un punto de vista de *law & economics*, se puede analizar teniendo en cuenta varios conceptos que intentaré describir y analizar a continuación, teniendo en vista posteriormente demostrar como la participación en la conformación de los pliegos puede mejorar varios aspectos:

i) Un primer punto a tener en cuenta, es el impacto que pueden generar los pliegos particulares en la concurrencia y competencia de los potenciales proveedores. El pliego debe establecer claramente la forma de cotización y de pondera-

ción o evaluación de las ofertas, es decir la forma de evaluación que determina la adjudicación, en otras palabras, las *bases de la competencia*.

ii) El segundo punto a tener en cuenta, es que para su elaboración, principalmente para contratación de productos y servicios de mayor complejidad, se requiere un adecuado conocimiento de lo que se va a contratar, cuáles son las características específicas y técnicas de ello, estudios, curvas financieras, el uso que se desea dar, entre otros aspectos, de forma que lo que resulte adquirido sea el mejor producto o servicio para el fin que el Estado persigue con ello. Es en este punto donde resulta de singular importancia que se cuente con la suficiente información para fijar las bases, ya que desde un punto de *law & economics* suele haber una *asimetría de información*²⁷ entre los prestadores del servicio y la oficina de contrataciones de cada organismo al momento de conformar el pliego particular.

iii) Otros aspectos a considerar, son las *externalidades*²⁸ que pudieran generar la errónea o incompleta confección de los pliegos particulares, porque éstos establecen las especificaciones del producto, la forma de evaluación, la forma de posterior control teniendo entonces un impacto directo en el resultado de la licitación.

²⁷Se dice que existe información asimétrica en un mercado cuando una de las partes que intervienen en una compraventa no cuenta con la misma información que la otra sobre el producto, servicio o activo objeto de la compraventa. Esta teoría supone una ruptura de la teoría de los precios en un sistema de competencia perfecta. Esta información asimétrica conduce a un fallo de mercado, que proporciona un resultado económico ineficiente. La información asimétrica existe porque el vendedor de un producto conoce más y mejor el producto que quiere vender que el comprador. En el mundo financiero se plantean también múltiples casos de información asimétrica porque un prestatario sabe más sobre su solvencia que el prestamista y los clientes de las entidades aseguradoras conocen mejor su riesgo particular que la entidad aseguradora. En los contratos financieros de préstamos, la asimetría nace de que el acreedor o prestamista no posee información suficiente sobre el uso que el deudor dará a los fondos objeto del crédito. Como los prestamistas saben claramente su desventaja aumentarán el tipo de interés y denegarán el otorgamiento del préstamo. En 2001 los economistas, Joseph Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence, recibieron el Premio Nobel de Economía por sus análisis de los mercados con información asimétrica. Otros destacados economistas como Kenneth Arrow, William Vickrey y James Mirrlees también han hecho importantes aportaciones al tema de la información asimétrica.

²⁸LAFFONT, J.J., “externalities,” *The New Palgrave Dictionary of Economics*, second edition, eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume, Palgrave Macmillan, 2008. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, Palgrave Macmillan, 29 March 2011 http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000200 Una definición de uso común es proveída por Jean-Jacques Laffont: “Las externalidades son efectos indirectos de las actividades de consumo o producción, es decir, los efectos sobre agentes otros que el originador de tal actividad (y) que no funcionan a través del sistema de precios. Técnicamente eso se interpreta como: “Cualquier efecto indirecto que ya sea una actividad de producción o consumo tiene sobre una función de utilidad o sobre un “conjunto de consumo” o “conjunto de producción.” Las externalidades son generalmente clasificadas en externalidades negativas, cuando una persona o una empresa realiza actividades, pero no asume todos los costes, efectivamente traspasando a otros, posiblemente la sociedad en general, algunos de sus costos; y externalidades positivas, cuando esa persona o empresa o no recibe todos los beneficios de sus actividades, con lo cual otros —posiblemente la sociedad en general— se benefician sin pagar.

A continuación, se detallarán algunos de los efectos que han sido identificados en varios trabajos oficiales de la Oficina Anticorrupción y demás estudios realizados por la Oficina Nacional de Contrataciones.

C. La conformación de los pliegos particulares

A nivel nacional corresponde destacar que el nuevo Reglamento puesto en vigencia por el Decreto 893/2012 establece en su artículo 44 que *“Los pliegos de bases y condiciones particulares serán elaborados para cada procedimiento de selección, por las respectivas unidades operativas de contrataciones de las jurisdicciones y entidades contratantes sobre la base de los pedidos efectuados por las unidades requirentes y deberán ser aprobados por las autoridad que fuera competente[...]. Deberán contener las especificaciones técnicas, las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que indicará el pliego único de bases y condiciones generales.”*

i. Consideraciones Preliminares

Existen mecanismos en la normativa vigente para realizar observaciones o incluso impugnaciones a los pliegos, una vez que éstos han sido publicados.

Entiendo que estos mecanismos o recursos administrativos, que son posteriores a la publicación definitiva del los pliegos, sirven sólo en la medida que se demuestre un error grave que justifique la modificación del pliego, en vistas a respetar el principio de inalterabilidad antes mencionado o que afecte de alguna forma los principios del procedimiento licitatorio. Pero no parecen ser las vías indicadas para proveer de información a los organismos, previamente a la publicación definitiva de los pliegos, respecto del bien o servicio a contratar de forma de lograr un pliego claro y competitivo.

Resulta más costoso, tanto para la administración, como para los proveedores realizar cambios a los pliegos una vez publicados. Por tal motivo y dada la asimetría de información que resulta lógica para el caso de servicios de mayor complejidad es probable que previamente se solicite a los prestadores de dichos servicios, colaboración para la confección de pliegos o se tomen modelos de otros organismos. De esta forma pueden verse pliegos orientados o no ajustados en todo al servicio que se desea contratar.

Compartimos lo expuesto por el Dr. GORDILLO que manifiesta, al expedirse sobre la participación de los oferentes en la elaboración de los pliegos, que *“Una forma de solucionar estos graves inconvenientes e introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato, como se hace p. ej. En los E.E.U.U.: Se indican los objetivos que se buscan y se piden ideas acerca de su racionalidad o viabilidad y cómo concretarlos, sin aún pedir ofertas ni comparar precios; recién cuando la administración y los*

*potenciales interesados están de acuerdo en la factibilidad y racionalidad del pliego, se piden las ofertas.”*²⁹

Por todo lo expuesto, para determinado tipo de servicios sería conveniente establecer un mecanismo de conformación participada, que permita la incorporación previa de proveedores especializados en la confección de los pliegos de forma de mitigar los efectos aparejados de la asimetría de información.

Sería una forma de anticipar la competencia de los potenciales oferentes, ya que todos aquellos interesados en participar van a tener la oportunidad previa de informar, advertir errores, cuestionar requisitos y hacer llegar al organismo responsable sus comentarios, que sin duda son un valor agregado para la correcta conformación del pliego. De esta forma, una vez que se llega a un texto final, dichos proveedores no podrán realizar los mismos comentarios entorpeciendo el proceso posterior. Asimismo, los antecedentes servirían de control posterior en el procedimiento, no pudiendo la administración actuar en forma contradictoria.

ii. *Normativa Argentina*

a) *Antecedentes:*

La normativa argentina ha incorporado distintos procedimientos y mecanismos de participación ciudadana.

El recientemente derogado Decreto reglamentario N° 436/2000, en sus arts. 11 y 12, preveía un procedimiento denominado “tramite de las observaciones,” para el proyecto de pliego según la complejidad de la contratación.

Dicho artículo, si bien incorpora un mecanismo de conformación de los pliegos con participación ciudadana, no establece claramente cuando procede, sino que queda librado a la discrecionalidad administrativa, expresando que “podrá” convocar a reuniones para recibir observaciones. La práctica indica que en muy pocos casos la administración considera que es necesario realizar este procedimiento.

En este orden de ideas, el Decreto N° 1172/2003, a fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad, establece diversos mecanismos de transparencia en la gestión de los actos de gobierno, haciendo hincapié en la participación comunitaria.

La audiencia pública constituye una instancia en los procesos de toma de decisiones, a cuyo efecto cualquier persona afectada o que tenga un interés particular o general, podrá poner en conocimiento o manifestar en forma individual, grupal o colectiva su perspectiva respecto a la decisión a adoptarse, que deberá ser considerada, no obstante no poseer carácter vinculante.

Por otra parte, se han suscripto convenios mediante los cuales se acordó la intervención de la Oficina Anticorrupción (Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia), en su función de organizador y coordinador de las audiencias

²⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, op. cit., cap. XII, p. XII- 23.

públicas destinadas a la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones recojiendo las observaciones y evaluaciones efectuadas en tal audiencia.

Los mismos son:

- Convenio entre el Ministerio de Infraestructura y Vivienda (actual Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios) y Poder Ciudadano como Capítulo Nacional de TI, suscripto el 25/01/2000.

- Convenio entre el Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Oficina Anticorrupción, suscripto el 27/04/2000.

- Convenio entre la Oficina Anticorrupción y Poder Ciudadano Capítulo Nacional de TI, suscripto el 20/10/2003.

Un marcado avance respecto a la conformación participada de pliegos, según mi criterio, ha sido el que ha incorporado la Resolución 587/2003 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, fundándose en el objetivo de incrementar la transparencia en las contrataciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad, mediante mecanismos *“que permitan facilitar la libre concurrencia de oferentes, impulsar la difusión y publicidad de las contrataciones, y mejorar la gestión de las adquisiciones.”*

Dicha Resolución, en su artículo 4^{o30} establece la obligatoriedad de que todos los pliegos deben someterse a la consulta pública para la recepción de observa-

³⁰Resol. 587/2003, art. 4^o: “Consulta Pública sobre los proyectos del pliegos. Todos los proyectos de pliegos de bases y condiciones particulares y especificaciones técnicas nuevos no aprobados, incluyendo los correspondientes a contrataciones directas, deben someterse a consulta pública para la recepción de observaciones y sugerencias de la sociedad, mediante su publicación en el sitio de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, pudiendo ser difundidos asimismo en la página web de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES y de la FUERZA respectiva. Quedan exceptuadas las contrataciones declaradas secretas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, las que se realicen por trámite simplificado, las contrataciones directas por razones de urgencia o emergencia o aquellas que expresamente determine el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. La convocatoria a consulta pública sobre el proyecto de pliego se publicará en la página de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD. El plazo para plantear observaciones y comentarios se fijará teniendo en cuenta la complejidad de la contratación y no podrá ser inferior a TRES días. Los interesados podrán remitir los comentarios al PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, por correo electrónico a la siguiente dirección electrónica admcivil@jus.gov.ar, en soporte papel a la siguiente dirección: Sarmiento 329 - 9° piso, -1041- Buenos Aires, Argentina, o mediante el formulario que a tal efecto se habilitará en la página de Internet del PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD. Las unidades operativas de contrataciones y el PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, en su caso, podrán convocar a reuniones para recibir comentarios y observaciones sobre el proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. De los temas tratados en esas reuniones y de las propuestas recibidas se labrará acta que firmarán los asistentes que quisieren hacerlo. Los comentarios y observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas que formularen por escrito los interesados, por correo electrónico o en soporte papel, así como también las actas mencionadas, se agregarán al expediente. No se

ciones y sugerencias por parte de la sociedad mediante su publicación mediante una página oficial en Internet, al menos por 3 días.

En todos los casos, cuando la oficina de contrataciones lo estime conveniente también podrá convocar reuniones para recibir sugerencias y observaciones que deberán ser transcriptas en un acta.

No podrán aprobarse los pliegos que no hayan sido previamente publicados en Internet y sujetos a comentarios y observaciones.

Cabe destacar, que las Fuerzas Armadas y de Seguridad poseen una importante participación en el gasto público y por su envergadura y dispersión suelen realizar contrataciones grandes en importe y cantidad.³¹

Evidentemente, este mecanismo se ha visto también como una forma de control y transparencia.

La Oficina Anticorrupción ha colaborado en la implementación de este sistema y ha realizado varios estudios respecto al impacto de esta metodología.

Así en uno de sus trabajos de investigación ha manifestado que *“En el caso de los procesos de licitación la Oficina estima que una mayor concurrencia de actores en el mercado sumado a la posibilidad de colaborar con los interesados en la confección de pliegos que respeten los principios de igualdad y transparencia permite aumentar los niveles de eficiencia en la gestión, dando mejores servicios con ahorro en los costos.”*³²

En dicho trabajo, titulado “Análisis Económico del Mecanismo de Elaboración Participada de Pliegos Licitatorio,” ha demostrado cómo el Servicio de Comidas del Servicio Penitenciario N° 1 ha logrado disminuir los costos y mejorar la calidad de la contratación de comidas.

realizará ninguna gestión, debate o negociación ni intercambio de opiniones entre funcionarios de las unidades operativas de compras e interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos, a los que tendrán igual acceso todos los interesados. Las unidades operativas de contrataciones elaborarán el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a su juicio correspondan, teniendo en cuenta las observaciones vertidas por los interesados en la medida en que sean pertinentes a juicio de la Fuerza respectiva, a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios establecidos en el Decreto N° 1023/01. Las Unidades Operativas de Contrataciones de la POLICIA FEDERAL ARGENTINA, de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA, de la PREFECTURA NACIONAL ARGENTINA y del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, incluyendo las de los organismos que les dependen, deberán remitir los proyectos de pliegos de bases y condiciones que aún no hayan sido autorizados, al PROGRAMA DE ADMINISTRACIÓN CIVIL DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD, en un plazo de CUARENTA Y OCHO horas. No podrán, aprobarse las convocatorias ni los pliegos que no hayan sido sometidos al procedimiento de consulta previsto en el presente artículo, salvo aquellos que el MINISTRO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, haya exceptuado específicamente.”

³¹ Ver estadísticas de la página oficial de la ONC, www.argentinacompra.gov.ar

³² Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, Oficina Anticorrupción, Análisis Económico del Mecanismo de Elaboración Participada de Pliegos Licitatorios, “El caso de la Licitación del Servicio de Comidas del Complejo Penitenciario N° 1 (Ezeiza),” marzo 2000.

Asimismo, se han hecho varios estudios de campo donde se puede inferir las externalidades que pueden generar la incorrecta elaboración de los pliegos que detallaremos a continuación a fin de arribar a una conclusión al respecto.

b) *Normativa vigente:*

El Reglamento que ha entrado en vigencia recientemente, prevé en su artículo 32 la posibilidad de realizar observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, en un texto muy similar al de la anterior reglamentación.

“Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, en el procedimiento en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.”

La nueva fórmula si bien mantiene la posibilidad de una participación *ex ante* en la confección de los pliegos, que por los motivos antes mencionados sería más eficiente, continúa sin resultar claro para qué casos aplicaría. Por una parte estipula que sería viable para aquellos casos de mayor monto o complejidad, que se mantuvo de la anterior redacción. Pero, acto seguido introduce la posibilidad de una etapa previa de observaciones para aquellos casos en los cuales *“no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o cláusulas particulares completas”*, es decir, cuando por alguna razón no especificada, no se justificaría el trabajo previo de la elaboración del pliego particular por parte de la administración pública. Esta última parte resulta ambigua y de variadas interpretaciones posibles y antagónicas. ¿Cuáles serían los casos en los cuales no sería conveniente elaborar el pliego anticipadamente? Una primera interpretación posible podría ser que se encuentra ligado a la complejidad y por lo tanto sería muy costoso para el estado trabajar en un proyecto de pliego. También podría ser porque no se cuenta con la información necesaria para poder elaborar el proyecto de pliego, como ya hemos mencionado entre las oficinas de contrataciones y los proveedores existe una inevitable *asimetría de información* con relación a las especificaciones técnicas del servicio o producto a contratar. Por último, también podría interpretarse que sería posible para aquellos casos en los cuales el costo de realizar el pliego no se justificaría o sería excesivo con relación al monto de la contratación, dejándolo en manos de los mismos proveedores el trabajo de elaboración del pliego.

Como se puede observar, el texto de la nueva norma no clarifica el texto del anterior artículo 11 del Decreto reglamentario N° 436/2000, por el contrario agrega una pauta de conveniencia que podrá ser sujeta a variadas interpretaciones y por lo tanto de una inevitable aplicación discrecional

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el nuevo Reglamento, artículo 41³³, incorpora una mejora en el procedimiento para llevar a cabo esta etapa de observaciones previas a los proyectos de pliego, exigiendo la difusión del proyecto de pliego en la página web de la ONC con diez días de anticipación para que cualquier persona pueda realizar observaciones de conformidad a lo previsto en el artículo 54 al cual remite.

Esto se alinea con el mecanismo de la mencionada Resol. 587/2003 y con la propuesta de mejora objeto de este trabajo, teniendo en cuenta que la publicación en internet es una excelente forma de difusión sin grandes costos para la administración.

El procedimiento para la etapa de observaciones previsto en el artículo 41 antes mencionado, mantiene también como posibilidad la de realizar reuniones para discutir los proyectos de pliegos particulares.

Por último, también es importante mencionar que el artículo 42 del nuevo Reglamento exige que, en los casos en que se haya realizado la mencionada etapa previa de observaciones, el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo de bases y condiciones particulares deberá efectuar una “*evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas*”.³⁴ De esta forma se asegura un análisis de cada una de las observaciones recibidas por parte de los interesados y una fundamentación razonada que erradica la arbitrariedad en los casos que las observaciones no fueran tenidas en cuenta.

iii. Problemas detectados en la conformación de los pliegos particulares

La Oficina Anticorrupción, en sus trabajos de investigación ya ha manifestado que el pliego es decisivo en las contrataciones: “Es la base para comprar bien” por parte del Estado y “es el arma para cotizar bien” para el privado. Por eso cada repartición tiene que “especificar exactamente” lo que desea obtener. La parte técnica debe ser precisa y clara para que los oferentes puedan cotizar de forma adecuada. Pero en la práctica los pliegos no suelen ser suficientemente claros, con lo cual se vuelve muy complicado para los proveedores poder estimar la cotización.

³³ Dto. N° 893/2012, Art. 41.- “TRAMITE DE LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO. Cuando se realice la etapa prevista en el artículo 32, la convocatoria a formular observaciones al proyecto de pliego se difundirá de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 54 del presente. Durante el lapso previsto para la formulación de las observaciones, la unidad operativa de contrataciones podrá convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. De los temas tratados en esas reuniones y con las propuestas recibidas, se labrará acta que firmarán los asistentes que quisieran hacerlo. No se realizará ninguna gestión, debate o intercambio de opiniones entre funcionarios de las jurisdicción o entidad contratante e interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos, en los que tendrán igual acceso todos los interesados.”

³⁴ La bastardilla me pertenece.

Un problema fundamental que resulta de la vaguedad de los pliegos es que vuelve a las ofertas incomparables entre sí. De esta manera, la falta de pautas claras no sólo dificulta la cotización para el sector privado, sino que también entorpece la evaluación por parte del organismo, al presentar en un mismo procedimiento bienes disímiles.

Además, la excesiva “apertura” o indefinición de los pliegos genera la presentación de bienes o servicios muy distintos, algunos de los cuales son llamativamente baratos pero de muy mala calidad. En estas ocasiones, es difícil para las unidades de compras desestimar ofertas en base a criterios que no se establecieron claramente en el pliego; y por esta imposibilidad de fundamentar sus elecciones, el Estado termina “comprando mal.”

Del relevamiento llevado a cabo por la Oficina Anticorrupción (en un trabajo del 2007)³⁵ se ha llegado a las siguientes conclusiones con relación a la construcción del Pliego de Bases y Condiciones:

- El diseño de los pliegos de bases y condiciones particulares es considerado como una etapa clave para la transparencia en las contrataciones públicas tanto por parte de los responsables de gestionarlas como de los órganos de control y los proveedores.

- Las opiniones de los entrevistados a su vez coinciden en que la falta de reglas claras en los Pliegos de Bases y Condiciones no sólo dificulta la cotización para el sector privado, sino que también entorpece la evaluación y adjudicación por parte del organismo contratante.

- Las opiniones destacan que en muchos pliegos se excluyen determinados datos importantes, lo que permite que sólo los proveedores habituales coticen, vulnerando de esta forma el principio de concurrencia que debe estar presente en las contrataciones públicas.

- Los entrevistados apuntaron la existencia de dificultades para evaluar las ofertas por excesiva ambigüedad de los pliegos de bases y condiciones particulares, circunstancia que afecta el análisis de las objetivo, claro e imparcial de las propuestas.

- Según los entrevistados, los mecanismos consultivos de discusión y elaboración participada de pliegos no se utilizan con frecuencia debido a las características sencillas de los bienes o servicios a contratar o bien por falta de conocimiento respecto de la aplicación e implementación de tales mecanismos.

Los proveedores relatan que en algunos casos se entiende perfectamente, qué es lo que el organismo requiere (en general éstos son los organismos que disponen de áreas técnicas especializadas) y en otros en cambio, “parecen hechos por alguien

³⁵ El Estado de las Contrataciones - Mapa de condiciones de Transparencia y Accesibilidad en las Contrataciones Publicas - Oficina Anticorrupción 2007 y 2008.

que no tiene conocimiento” de lo que se necesita comprar ni de las características básicas que debe tener un pliego.

La falta de datos relevantes para realizar la cotización es un problema que perturba al sector privado. En este sentido, manifiestan que en ciertos pliegos abundan en detalles innecesarios y se omite información importante.

En síntesis, los entrevistados manifestaron que existen organismos que hacen muy bien los pliegos y otros que los elaboran de manera muy insuficiente. (“Hay de todo,” afirman.) Cuando esto último ocurre, los problemas en las contrataciones se multiplican, siendo la instancia del pliego, decisiva para todo el procedimiento.

iv. Herramientas consultivas para una conformación participada de los pliegos particulares. Propuesta

La Oficina Anticorrupción también ha investigado respecto de la utilización de herramientas consultivas, resultando de ello escasas respuestas afirmativas al respecto. Particularmente, se estima que la consulta con los proveedores es un excelente mecanismo promotor de la transparencia. Cuando estas consultas se realizan de manera formal se publica un pre-pliego sobre el que los proveedores pueden hacer observaciones o sugerencias, como es el caso de las Fuerzas Armadas y de Seguridad mencionado más arriba. Cuando se llevan a cabo de manera informal suele contactarse a los proveedores para solicitarles detalles o sugerencias sobre las especificaciones técnicas. De todas formas, esta práctica es muy poco frecuente. Gran parte de los que opinaron al respecto, sostienen que este tipo de consultas no son necesarias porque conocen adecuadamente las características de las contrataciones que realizan constantemente y ellas no ofrecen mayores complejidades. En este sentido, consideran la posibilidad de utilizarlas si hubiese una contratación extraordinaria, aunque existe un desconocimiento sobre cuáles serían estas potenciales herramientas consultivas.

Por su parte, los proveedores aseguran haber realizado alguna recomendación a organismos, aunque todos recalcan la falta de frecuencia en las que lo han hecho.

De lo expuesto también cabría concluir que la carencia de aplicación de estas herramientas se debe a un desconocimiento de su existencia y de su modo de implementación en la práctica cotidiana, así como de los provechos que podrían implicar para las contrataciones del Estado.

Ciertamente, es en los pliegos de condiciones particulares y en las especificaciones técnicas donde está la clave de la contratación administrativa.

Con el objetivo de encontrar una herramienta tendiente a disminuir o, en el mejor de los casos, eliminar las deficiencias —intencionales o no— en la elaboración de dichos pliegos, cabe proponer un mecanismo de publicidad de los proyectos de pliego, de carácter informal, que sea la regla general en los procedimientos de selección del contratista. De este modo se invertiría la regla, estableciendo la obligatoriedad de la publicación del proyecto de pliego elaborado por las Unidades

Operativas de Contrataciones, por ejemplo, en el sitio de Internet de la ONC, por un plazo determinado, Cabe tener presente, que esta parte de la propuesta ha sido receptada en el nuevo Reglamento en sus artículos 32 y 41. Que establecen la obligatoriedad de publicar En la pagina web de la ONC los proyectos de pliegos cuando ser haya dispuesto una etapa previa de observaciones.

Previo a ello, se podrían enviar comunicaciones por vía electrónica a las asociaciones de proveedores del bien o servicio a contratar, para su difusión entre los interesados, a fin de brindarles oportunidad de formular observaciones o comentarios al proyecto también por vía electrónica.

Estas observaciones, efectuadas por un medio sencillo e informal, permiten otorgar más elementos de juicio a la UOC para elaborar el pliego definitivo, pero sin necesidad de evaluar por escrito la pertinencia, o no, de aquéllas; y, por otro, poner en evidencia un posible direccionamiento de los pliegos o advertir la deficiente confección de aquellos, antes de que se apruebe el texto definitivo.

Las observaciones efectuadas por vía electrónica, deberían imprimirse e incorporarse a las actuaciones, de modo que queden constancias de ellas, como un mecanismo de control del pliego definitivo. Tal como se ha mencionado en el punto anterior, el nuevo Reglamento exige en su artículo 42, que el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo de bases y condiciones particulares deberá efectuar una *“evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas*

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario avanzar con la propuesta de mejora del procedimiento de elaboración participada de los pliegos particulares. Parece aconsejable limitar la multiplicidad de interpretaciones respecto a la conveniencia y la discrecionalidad del funcionario competente para decidir el sometimiento a dicho procedimiento tal como se encuentra previsto en el artículo 32 del nuevo Reglamento por ejemplo, mediante la determinación de un monto mínimo de la contratación a partir del cual la publicación del proyecto y el trámite de las observaciones resulte obligatorio.

Dicho monto mínimo podría ser de \$ 1.000.000, que es el establecido en el art. 10 de la Resolución SIGEN N° 79/05, para habilitar a los organismos contratantes a solicitar al órgano contralor el análisis de los pliegos de bases y condiciones particulares, como mecanismo complementario al de Precio Testigo. Es necesario recordar, que dicha intervención también puede solicitarse con fundamento en la complejidad de la contratación, sin atender, en este caso, al monto estimado de la misma.

Como ya expresamos, el diseño de los pliegos de bases y condiciones resulta determinante para garantizar la transparencia en la contratación. Pese a ello, se requiere un mayor desarrollo de esta idea transformadora del criterio clásico dominante, que concluye su análisis en el segundo segmento del proceso.

Ahora bien, la propuesta consiste reglamentar para todas las contrataciones del Estado Nacional un mecanismo de elaboración participada de pliegos de bases y condiciones que rigen los procedimientos de selección de bienes y servicios, teniendo en cuenta la naturaleza normativa de los mencionados pliegos y del notorio beneficio en términos de eficiencia y transparencia que su discusión pública puede otorgarles.

Para ello, podría dictarse una norma específica versada exclusivamente sobre la “Elaboración Participada de pliegos de bases y condiciones,” que además estableciera un procedimiento claro y operativo, y determinara taxativamente el tipo de contratación alcanzado así como las excepciones en las cuales no se aplicaría este procedimiento.

Podría inclusive ampliarse el ámbito de aplicación de la Resolución 587/2003, que prevé un mecanismo de consulta previa por Internet para los pliegos elaborados por las Fuerzas Armadas y de Seguridad, que ha demostrado ser un mecanismo eficiente, realizándole las mejoras y adaptaciones pertinentes para que pueda utilizarse para todas las contrataciones del Estado Nacional.

Sin perjuicio de ello, tal como expresa la Oficina Anticorrupción, cabe aclarar que no es tan sencillo generar la “participación” con la sola sanción de una norma, sino que resulta imprescindible, además, llevar a cabo un proceso de “concientización” del funcionamiento de este mecanismo para alcanzar óptimos resultados en la utilización e implementación del mismo.

IV. Conclusión

Habiendo realizado un análisis de la normativa vigente en la materia y teniendo en cuenta los inconvenientes detectados en el procedimiento de preparación de los pliegos particulares, desde un punto de vista de Law & Economics cabría concluirse que la incorporación de un mecanismo de conformación participada de pliegos redundaría en varios beneficios. Entre los beneficios podrían mencionarse (i) la anticipación de la competencia entre los potenciales oferentes, donde además se podría visualizar el nivel de compromiso de éstos en la prestación del producto o servicio a contratar, (ii) la eliminación o reducción de los problemas generados por la asimetría de información entre la unidad operativa de contrataciones de los organismos y los proveedores, (iii) la mejora en la calidad y claridad de los pliegos particulares y por lo tanto en la voluntad de la administración pública; (iv) un mejor resultado de la contratación del Estado, pudiendo ser éstas más eficientes en términos de resultado; (v) la reducción de los costos de los controles posteriores, toda vez que teniendo en cuenta los antecedentes en la conformación de pliego no cabría cambios o cuestionamientos innecesarios o ya planteados en esa instancia y (vi) la reducción de recursos administrativos y juicios presentados por la falta de claridad de los pliegos.

Cabe realizar un análisis más profundo para la reglamentación específica de los distintos tipos de contrataciones. Posiblemente este tipo de mecanismos de conformación participada de pliegos sea de mayor utilidad en las contrataciones de servicios de mayor complejidad, debido a que en esos casos la falta de información y precisiones técnicas generan un mayor impacto en el resultado de la contratación. No obstante realizar una publicación del pre-pliego por Internet y por un corto plazo podría también realizarse para todo tipo de productos y servicios, como se realiza en el caso de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Así, siguiendo con el razonamiento planteado en la introducción y a lo largo de este trabajo, si bien por definición los contratos son incompletos tal como expone OLIVER WILLIAMSON, la introducción de este tipo de mecanismos de conformación participada de pliegos podría contribuir para que los contratos del Estado sean más completos, y por lo tanto más eficientes.

