

DICTAMEN ONC N° 31/2013.

Fecha de emisión: 4 de febrero de 2013.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas potencialmente limitativas de la concurrencia – Principios de concurrencia y sustentabilidad.

Consulta: Se requirió la intervención del Órgano Rector a efectos de que dictamine si, en el marco de un procedimiento de selección a celebrarse con miras a la adquisición de vehículos patrulleros con destino a las Fuerzas Policiales y de Seguridad, la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de una cláusula que exija que los bienes ofertados sean de producción nacional, resulta o no compatible con la normativa vigente en materia de contrataciones públicas.

Normativa examinada: ❖ Artículos 3° y 15 del Decreto Delegado N° 1023/01. ❖ Artículos 88 y 194 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. ❖ Ley N° 25.551. ❖ Decreto N° 1600/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

- I) El régimen instituido mediante la Ley N° 25.551 en sí mismo no impide la presentación de ofertas de bienes que no sean de producción nacional, sino que prevé una preferencia adicional a las ofertas de bienes de origen nacional (equivalente a un 7% o 5% en caso de que la oferente de los bienes nacionales se trate de una PyME o no, respectivamente).
- II) El régimen de “Compre Argentino” tiene por objeto utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como instrumento de promoción y protección de la Industria Nacional, con especial énfasis en las pequeñas y medianas empresas. En ese sentido, teniendo en miras tales objetivos puede válidamente sostenerse que, al margen del régimen de preferencia establecido por la Ley N° 25.551, nada obstaría –al menos en principio y previo cumplimiento de determinados recaudos– a la inclusión en los pliegos de bases y condiciones particulares de cláusulas tuitivas de la industria nacional, tendientes a la profundización y fortalecimiento de la política soberana y estratégica de adquirir bienes de producción nacional.
- III) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema

de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

- IV) No obstante ello, resulta oportuno poner de resalto que si bien el principio de concurrencia adquiere en la actualidad una dimensión de peso, debe conjugarse armónicamente con los demás principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente, prestando especial atención – como bien ha señalado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en reiterados precedentes– tanto a las circunstancias especiales como a los fines de interés público comprometidos en cada caso.
- V) En la actualidad el artículo 194 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito a uno de los principios directrices del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: el principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.
- VI) El concepto de desarrollo sustentable ha sido ampliamente difundido en las últimas dos décadas, sobre todo a partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en el año 1992, siendo incipiente –a la par que indudable– su aplicación en los procedimientos administrativos del Sector Público. Así, la noción de sustentabilidad se basa en el imperativo de garantizar –en cuanto aquí interesa– una gestión de recursos que contemple la justicia social y el desarrollo sostenido de la economía en nuestra comunidad, promoviendo la igualdad social y la reducción de la pobreza a través de la estimulación de los mercados locales.
- VII) Se trata de canalizar el poder de compra del Estado Argentino a efectos de influir positivamente sobre el mercado vernáculo, a través de la provisión de bienes y servicios que favorezcan el desarrollo sustentable, haciendo especial foco tanto en el consumo como en la producción. En tal sentido, en procura de fortalecer la industria argentina, resultaría jurídicamente viable la inserción en el pliego de bases y condiciones particulares de

cláusulas, por medio de las cuales se exija que los bienes ofertados sean de origen nacional, ello al margen o si se quiere como una forma de robustecer la política industrial tenida en miras por el legislador al establecer la preferencia prevista en la Ley N° 25.551.

- VIII) Tratándose de una cláusula limitativa de la concurrencia, va de suyo que debe resultar razonable y debidamente fundada. Así, deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. (Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 44).
- IX) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración del pliego de bases y condiciones particulares no podrá trasuntar una decisión irrazonable. Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que explican y –fundamentalmente– justifican la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas, debiendo, en su caso, fundamentarse en forma clara y concreta los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a los fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.
- IX) No existen reparos legales que formular en cuanto a la pretensión de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares cláusulas tuitivas de la industria argentina, por medio de las cuales se requiera que los bienes ofertados sean de producción nacional, ello con miras a utilizar el poder de compra del Estado como instrumento de fortalecimiento y profundización de la política soberana y estratégica de adquirir bienes nacionales. Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas, debiendo, en su caso, fundamentarse en forma clara y concreta los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.