

DICTAMEN ONC N° 357/2014.

Fecha de emisión: 23 de septiembre de 2014.

Referencias: Principio de sustentabilidad.

Incorporación de criterios de sustentabilidad en los pliegos. Incorporación de cláusulas vinculadas a exigencias de calidad.

Consulta: Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de un servicio complementario de mantenimiento edilicio por parte de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, una cláusula por la cual se exige a los oferentes presentar constancia de certificación en sistemas de gestión de calidad homologado según normas ISO 9001, así como también conforme normas ISO 14000 y/o 18000 referentes a sistemas de gestión ambiental y de salud y seguridad ocupacional.

Normativa examinada: ❖ Artículo 16 de la Constitución Nacional. ❖ Artículos 39, inciso d), 70 último párrafo, 84, último párrafo, 196 y 199 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

- I) La elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso del procedimiento llevado a cabo.
- II) En ese orden, cobran relevancia, en la etapa previa a la elaboración del respectivo Pliego, las previsiones del artículo 39, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Así, a partir de la norma previamente citada, referida a los requisitos de los pedidos que deberán formular las unidades requirentes, puede distinguirse la génesis y el contenido de cláusulas del futuro pliego que receptorán criterios de sustentabilidad, diferenciables de aquellas otras vinculadas con meras exigencias de calidad.
- III) Calidad y sustentabilidad representan distintos tipos de cláusulas, sin desconocer que en determinadas circunstancias una cláusula inserta en un pliego puede presentar una composición “híbrida”, en el sentido de

contener previsiones y/o exigencias tanto de sustentabilidad como relativas a normas de calidad.

- IV) El Título VI 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 de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente.
- V) Resulta jurídicamente viable incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares determinadas exigencias en materia de calidad, sustentabilidad, seguridad laboral, ecológica y/o medioambiental, etcétera, siempre y cuando ello se instrumente en forma razonable, transparente y fundamentalmente bajo ciertos recaudos que garanticen la no vulneración de los principios consagrados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- VI) El artículo 196 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 contempla expresamente la posibilidad de que esta Oficina Nacional: 1) Elabore modelos de pliegos de bases y condiciones particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes; 2) Exija que en los pliegos de bases y condiciones particulares que los organismos contratantes aprueben se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos.
- VII) En el marco del Dictamen ONC N° 21/2013 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que a través del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración se propició, entre otros extremos, dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social, un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de 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, entre otros.
- VIII) Ahora bien, sin desconocer los loables fines citados, no es posible soslayar que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado

para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Tal es así que en casos como el que nos ocupa deberán encontrarse adecuadamente fundamentados, 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.

- IX) 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.
- X) A su vez, no resulta ocioso recordar que el principio de concurrencia se entrelaza con los demás principios generales, entre ellos con el principio de igualdad, el cual se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurren al procedimiento de selección. Su fundamento descansa en el artículo 16 de la Constitución Nacional.
- XI) Ahora bien, tampoco el principio que establece la ‘igualdad’ entre interesados y oferentes es absoluto, sino que admite excepciones razonables. Desde luego, la igualdad, correctamente interpretada, no obsta para que se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas.
- XII) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC N° 21/2013).
- XIII) Un caso particularmente diferenciable se presenta cuando se incorporan en los pliegos determinadas exigencias relacionadas con estándares de calidad. En tales casos, el requerimiento de las mentadas certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. último párrafo del artículo 70 del mencionado Reglamento).
- XIV) En suma, para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia contrataciones públicas orientadas a una mayor ponderación de la calidad, se recomienda

incorporar en los pliegos particulares fórmulas polinómicas con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello implique un valladar insuperable de acceso a la convocatoria para quienes se encuentren interesados en ofertar pero cumplieren tales extremos (Cfr. Dictamen ONC N° 21/2013). En tal sentido, deberá tenerse presente que el último párrafo del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece que en los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de oferta que las que allí se establecen.

- XV) A similar conclusión corresponde arribar si se tratase de requisitos de sustentabilidad, máxime si se tiene presente que el artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 estipula, con carácter de pauta interpretativa general, que las ofertas que no cumplan los criterios de sustentabilidad fijados en el respectivo pliego no serán desestimadas por esa sola causal.
- XVI) Para el caso en que el organismo contratante considere pertinente incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares la exigencia de acreditar certificaciones en sistemas de calidad conforme a normas ISO, por citar un ejemplo habitual, se recomienda aclarar en forma expresa, en la respectiva cláusula, que se aceptarán certificaciones equivalentes y/o superiores extendidas por otras instituciones y/u organizaciones análogas con incumbencia específica en la materia. Es en ese entendimiento que la exigencia de contar con una determinada certificación (v. g. ISO 9001), deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida.
- XVII) Luego, en relación a las cláusulas relacionadas con exigencias/estándares de calidad, cabe igualmente tener por reproducido lo sostenido ut supra en lo atinente a la no vulneración de la igualdad, la transparencia y la concurrencia.
- XVIII) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares no podrá plasmarse en una decisión irrazonable ni conculcar los principios rectores de las contrataciones públicas (Cfr. Dictamen ONC N° 31/2013).