

Facultad de Ingeniería – UNaM
Cátedra: Legislación y Ejercicio Profesional

CONCEPTOS LEGALES DE OBRA PÚBLICA Y LICITACIÓN PÚBLICA

I. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

I.A) LICITACIÓN PÚBLICA, LICITACIÓN PRIVADA Y CONTRATACIÓN DIRECTA.

La **licitación pública** es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto con quien se celebrará un contrato. Es un pedido de ofertas efectuado **en forma general al público** o a cualquier **empresa inscrita en un registro**. Es el procedimiento de regla para el sistema de compras y contrataciones en el Estado, salvo excepciones previstas en la ley.

Por su parte, la **licitación privada** es un procedimiento de pedido de ofertas que es dirigido a **personas o empresas determinadas** (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), no siendo obligatorio, en algunos casos, efectuar la publicación en el Boletín Oficial, pero efectuando invitaciones a proveedores inscriptos en el registro de proveedores y difundiendo la convocatoria¹. En el sistema de licitaciones, tanto pública y privada, es establecido un sistema de reglas de juego que suponen la competencia o concurrencia a fin de escoger la mejor oferta.

En la **contratación directa**, no se realiza una compulsa de ofertas, dado que el estado elige directamente la empresa con quien desea contratar (**oferente predeterminado**) y celebra el convenio con ella.

La utilización y o admisibilidad de cada una de las modalidades de contratación descriptas, están definidas en función del **monto presunto** de la contratación. Dichos montos son establecidos mediante Decretos del Poder Ejecutivo Nacional (“PEN”) y varían anualmente (denominados “Justiprecios”).

I.B) LICITACION PÚBLICA

El procedimiento de las licitaciones se encuentra establecido en diferentes etapas:

¹ “Tratado de Derecho Administrativo”. Gordillo Agustín Cap. Licitación Pública, pág. 481.

(i) **Partida Presupuestaria.** En primer lugar, debe existir una previsión o partida presupuestaria con la estimación oficial del posible costo, con aprobación correspondiente (Ley de Presupuestos).

(ii) **Elaboración de Pliegos.** Se elaboran los llamados pliegos, que son el conjunto de reglas que constituyen las bases del llamado y son obligatorias para los oferentes y para la administración. Rigen desde la convocatoria, y presentación de las propuestas, su evaluación, el contrato y su ejecución.

(iii) **Avisos.** Debe publicarse el aviso correspondiente en el Boletín Oficial y en diarios privados.

(iv) **Inscripción en el registro.** Los oferentes deberán inscribirse en un registro especial de constructores de obras públicas o de proveedores del Estado.

(v) **Garantías.** Los oferentes deben constituir distintos tipos de garantías para participar del proceso licitatorio. Es así, que se pueden requerir garantías por mantenimiento de oferta, por cumplimiento de contrato, y por impugnación de evaluación. Cada una, es realizada por determinado por ciento del contrato y se constituyen con avales bancarios, seguros de caución, pagares, etc.

(vi) **Apertura de sobres.** Vencido el plazo para la admisión de las ofertas, se abren los sobres en acto abierto al público y se labra un acta donde se deja constancia de las ofertas presentadas y sus montos.

(vii) **Adjudicación.** La adjudicación recaerá sobre la oferta más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación.

Asimismo, existen ciertos **principios fundamentales** que deben regir en las licitaciones públicas:

-Principio de **libre competencia**: en los procedimientos de compras y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de oferentes potenciales.

-Principio de **concurrencia e igualdad**: todo oferente de bienes y/o servicios debe tener participación y acceso para contratar con las entidades y jurisdicciones en condiciones semejantes a la de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.

-Principio de **legalidad**: todo el proceso de contratación y posterior ejecución de los contratos que el sector público celebre con terceros debe estar positivamente sometido al ordenamiento jurídico en su totalidad.

-Principio de **transparencia**: la contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación.

-Principio de **publicidad y difusión**: la publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia suscitando en cada caso la máxima competencia posible, garantizando la igualdad de acceso a la contratación.

-Principio de **economía**: en toda compra o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos.²

² "Transparencia de la contratación pública en Argentina. Armonización con la normativa prevista internacionalmente." BAGATTINI - María Verónica. Revista: 925 (jul - sep 2016)

II. OBRAS PUBLICAS

La Ley 13.064 del Régimen de Obras Publicas es una ley del año 1947. Es una ley de jurisdicción exclusivamente nacional. Las provincias toman como base esta ley para dictar las propias (Ley 83 de Obras Publicas de la provincia de Misiones).

Esta ley considera a la obra pública nacional como *“...toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares...”*. (art. 2). Se establece que lo que define o no, a una obra pública nacional es la noción “financiera”, lo que equivale a decir que “... se ejecuta con **fondos del tesoro de la Nación...**”.

El estado tiene tres maneras de realizar obras públicas:

-Obra realizada por la administración: la propia administración realiza la misma sin contratar a terceros.

-Concesión de obra pública: El estado concede la obra, y el contratista recupera la inversión con el cobro de una tarifa a usuarios de esta.

- Contrato de obra pública: El estado elige un contratista para que desarrolle el objeto del trabajo mediante un contrato, y el pago se realiza con fondos del tesoro.

La Ley 13.064 contempla esta última, y es así que establece en su art. 3 que si el estado decide *“...realizar obras públicas **por intermedio de personas o entidad no oficial**, procederá conforme con lo establecido en la presente ley...”*.

Son contratos de obra pública todas las locaciones de obra celebradas en nombre y por cuenta propia por el Estado nacional, centralizado o descentralizado, con otro sujeto de derecho.³

El contrato de obra pública nacional se caracteriza entonces por los siguientes elementos: **a)** Es un contrato de obra, **b)** puede referirse a inmuebles, muebles, u objetos incorporeales; **c)** no requiere tener ningún fin público especial; **d)** es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia.

A). PROYECTO Y ANTEPROYECTO

La preparación de los pliegos y del proyecto técnico de la obra es la “...actividad más difícil, y también más trascendente que debe encarar la Administración, por sí o contratándola con terceros, antes de formular el llamado a la presentación de ofertas.

Consiste en el desarrollo de un programa funcional, sintetizado mediante el diseño y llevado a cabo con las técnicas propias de cada caso, a través de un conjunto de documentos que habrá de definir de modo suficiente, en todos sus aspectos, la obra a ejecutar, de forma que pueda servir de base técnica bastante para la formalización de esta.

Tanto el anteproyecto como el proyecto resultan de vital importancia para la obra, pues determinan el objeto de esta, la calidad y cantidad de trabajos a realizar, materiales, maquinarias, planos y costos, los que forman el presupuesto global estimativo que es base del presupuesto oficial de la posterior licitación.

El profesional (sea arquitecto, ingeniero o maestro mayor de obra, según el caso) que crea toda esta serie de documentos que integran el proyecto, se denomina proyectista y se entiende que en esta creación realiza una obra intelectual, tanto artística como técnica.⁴

B) CREDITO LEGAL

Cada contrato de obra pública tiene una etapa preparatoria inicial que es la de la obtención de **crédito legal** suficiente. Es decir, que el gasto que importe la obra este presupuestado, y legalmente autorizado por las autoridades competentes.

El Poder Legislativo, mediante la **Ley de Presupuestos**, es quien debe fijar y aprobar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional. Por lo que los gastos que la administración efectúe como consecuencia de la ejecución de contratos adjudicados mediante el procedimiento de licitación pública, conforman parte de dicho gasto público.

Es así que la norma es clara al establecer tanto en el art. 4 “... *Antes de sacar una obra pública a licitación pública o de contratar directamente su realización, se requerirá la **aprobación** del proyecto y **presupuesto** respectivo, por los organismos legalmente autorizados...*” y el art.7 de la Ley se establece que “... *No podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan **crédito legal**...*”. Podemos decir que mientras el primero hace referencia a la autorización legislativa contenida en la Ley de Presupuesto, el segundo se refiere a la dotación financiera de una determinada obra en concreto, la que naturalmente cuenta con el respaldo del crédito legal o habilitación presupuestaria por la Ley.⁵

A su vez, el mismo art. 7 establece los casos de **excepción** en los que no es necesario contar con el crédito legal correspondiente, ni someterse al proceso licitatorio. Las excepciones están relacionadas a casos de urgencias como pandemias, catástrofes en la que lógicamente las ayudas o asistencias – y por ende erogaciones públicas – no pueden esperar. Igualmente en el caso de que una persona posea la patente de algo que el Estado necesite o en definitiva, que una persona tenga la propiedad intelectual de lo que se necesite a favor del bien común. También en los casos en que se necesite la habilidad o conocimiento específico de una persona (sea física o jurídica). La posibilidad de disponer de fondos frente a la emergencia no significa que posteriormente no deban ser avaladas las cuentas por las autoridades competentes.

³ “Tratado de Derecho Administrativo”. Gordillo Agustín Cap. Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo, pág. 26

⁴ “APUNTES SOBRE EL PROYECTO EN LA OBRA PÚBLICA” Dr. Nicolás Bonina. 2013-E, 819 Publicación: Editorial La Ley.

II.B) SISTEMAS DE CONTRATACIÓN

El art.5 de la Ley establece que “...la licitación y/o contratación de obras públicas se hará sobre la base de uno de los siguientes sistemas: a) Por unidad de medida; b) por ajuste alzado; c) por coste y costas, en caso de urgencia justificada o de conveniencia comprobada; d) por otros sistemas de excepción que se establezcan. En todos los casos la contratación podrá hacerse con o sin provisión de materiales por parte del Estado...”.

A- Sistema de Precios Unitarios. En esta la obra se divide en unidades técnicas, donde a cada una de las cuales se les adjudica un precio. Por lo que el precio total de la obra resulta de la suma de todas las unidades mencionadas.

B- Sistema de Coste y Costas. Consiste en determinar el precio abonándole al contratista todo el **coste** de la obra, es decir todo lo que invierte en la ejecución de la misma. A ser: mano de obra, materiales, energía y combustibles, desgaste de maquinarias, equipos, seguros, impuestos, etc. Todo ello más las **costas**, es decir el beneficio del contratista. Este generalmente es determinado como un porcentaje del coste, o puede ser una suma fija. Ellos según lo determine la administración en los respectivos pliegos. Este sistema debe ser adoptado mediante una resolución fundada.

C- Sistema de Ajuste Alzado. Se da cuando se conviene un precio global, total y previo para la realización total de la obra. En este caso el precio es fijo, invariable y no revisable.

II. C) LICITACION DE OBRA PUBLICA

Las etapas, los principios y la admisibilidad de modalidades expuestos en punto I A y B son aplicables a las licitaciones de obra pública, ello con algunos puntos característicos.

-Publicidad: El aviso debe ser publicado en el Boletín y otros medios de comunicación masiva. Esto le da la característica y cumple con el principio de transparencia antes mencionado. Puede ampliarse o disminuirse el plazo de acuerdo a conveniencia. (Art. 10)

-Disponibilidad: La documentación referente a la licitación debe estar a disposición de todos los posibles contratistas, tanto la relacionada con la obra, como la relacionada con el oferente (Art. 12)

-Registro Nacional de Constructores de Obra Pública: Los oferentes deben estar inscriptos en el registro mencionado. Mediante esta se determinan las capacidades de los oferentes (jurídicas, técnicas, económicas, financieras) (Art. 13)

- Garantía de Mantenimiento de Oferta: Corresponde al momento de entrega de la oferta, y se le exige el oferente junto con la oferta mediante títulos o un seguro bancario. Tiene como finalidad que el oferente en el momento de la apertura de la licitación, no deje de cumplir con su obligación de mantener su oferta. En caso de querer retirarse de la licitación, pierde la garantía de oferta, que corresponde al 5% del presupuesto oficial, sin perjuicio suspensión en el registro mencionado.

(Art. 14)

- **Acto Licitatorio:** Es un acto jurídico que formaliza la apertura de las ofertas, y debe realizarse a la fecha, hora y lugar señalados en los avisos. (Art. 16)

- **Adjudicación:** Es el acto por el cual se determinación el ganador del pliego. Esta se adjudica de acuerdo a la ley de contabilidad, la oferta más conveniente y conforme con las condiciones establecidas para la licitación. (Art.18 y 19)

- **Oferta:** La regla del más bajo precio entre las ofertas no es un patrón automático para adjudicar las licitaciones. Es por ello que, se requiere una decisión que tome en cuenta todos los factores que inciden en la elección del contratista, siempre que esté debida y razonablemente fundada.

III. CONTRATO DE OBRA PUBLICA

III.A) FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación de la adjudicación al oferente seleccionado, pero la ley establece otros recaudos. En el contrato de obra pública, el vínculo jurídico se perfecciona con la firma del contrato y con el cumplimiento de los demás preceptos enunciados como lo es la constitución de garantía de cumplimiento de contrato (10% del monto) y la entrega del comitente de la documentación técnica, planos, presupuesto y demás elementos del proyecto.⁶

El contrato de obra pública estará conformado por los documentos que se describen en art. 21 como son las bases de licitación, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y demás documentos de la licitación. Dentro de estos documentos encontramos el proyecto, los planos, el presupuesto de la obra, las planillas de cálculos, cómputos métricos y memorias descriptivas.

III.B) CERTIFICADOS DE OBRA

Los certificados de obra son *“Todo crédito documentado que expida la administración al contratista con motivo del contrato de obra pública.”* Es una constancia de realización de la obra (una porción de esta), cuyo pago se corresponde. Sobre la base del certificado la administración pública realiza el pago pertinente. La emisión de los certificados de obra no implica la conformidad o calidad de la obra verificada y certificada, dado que estos se obtienen mediante las recepciones tanto parciales como definitivas. El art. 36 establece que, frente a los incumplimientos de leyes y pagos a los trabajadores por parte del contratista, impedirá el pago de estos certificados de obra.

III.C) RECEPCION DE OBRA

La recepción de la obra es un derecho del contratista que implica la conformidad de la obra que se realizó. Es un acto donde se documenta la expresa recepción de la obra, y puede ser:

- **parcial y total** y cualquiera de los dos tipos de recepción, se puede recibir en forma **provisional o definitiva**. El art. 40 establece *“...las obras podrán recibirse parcial o totalmente, conforme con lo*

establecido en el contrato...”, es decir que puede existir una recepción de parte o unidad de la obra, o la recepción de la totalidad de la obra. Por su parte, la recepción **provisional** implica que está sujeta a un plazo de prueba establecido y donde el contratista sigue siendo responsable, por lo que el plazo de garantía comienza a correr. Por su lado, la **definitiva** implica el fin del plazo de fianza de garantía, en la cual se comprueba el buen funcionamiento y donde se transfieren los riesgos a la administración.

La recepción de la obra y la necesidad de que los profesionales ingenieros, - cuando ejerzan la profesión ya sea en el ámbito público como privado -, tengan especial cuidado en formalizar las distintas entregas y el carácter de ellas, es de suma importancia. Ello, debido a que, frente a un reclamo de cualquier tipo respecto a la construcción de la obra o su funcionamiento, dependerá de la vigencia o no de los plazos de garantía (provisional o definitiva) para determinar de quién es la responsabilidad y quién responderá por aquellas avería o mal funcionamiento.

III.D) IUS VARIANDI

El denominado *ius variandi* dentro de la esfera de la contratación pública no es absoluto, pues no forman parte del riesgo empresario las alteraciones que se originen en actos propios del comitente y sus consecuencias sobre la economía del contrato.

Es así, que la norma reconoce a favor del contratista la posibilidad de rescindir cuando el monto de las modificaciones supere o disminuyan en más de un el veinte por ciento del valor de las obras contratadas como contrapartida de los derechos afectados. Ello por cuanto se remite al art. 53, que regula los supuestos en que el contratista puede solicitar la rescisión del contrato.

Asimismo, y en cuanto a la indemnización por el ejercicio del ius variandi de parte del comitente, el art. 30 prevé expresamente que no se reconoce al contratista el derecho a reclamar indemnización en concepto de beneficio dejado de percibir en virtud de la modificación del contrato.

⁵ “Licitación de obra pública sin crédito legal. El Fallo “Libedinsky””, Bosch Martín Fecha: 28-05-2010
Publicación: IJ Editores.

⁶ “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II. Gordillo Agustín Cap. XII La defensa del usuario y del administrado pag. 526

