



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2022-20698717- -APN-DCOMP#PSA - POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA – CAMBIO EN EL ENCUADRE LEGAL DEL PROCEDIMIENTO AUTORIZADO, LUEGO DE LA INTERVENCIÓN DEL SERVICIO PERMANENTE DE ASESORAMIENTO JURÍDICO – CONSULTA SOBRE CRITERIO A ADOPTAR.

SEÑOR DIRECTOR NACIONAL:

Me dirijo a usted en el marco de las actuaciones de la referencia, que ingresan para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitidas por la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (PSA).

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el presente acápite se reseñarán, sucintamente, los principales antecedentes de las actuaciones giradas en consulta.

En el orden 2, págs. 1-3, obra el IF-2022-20637318-APN-DGAJ#PSA de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA en el que realiza un análisis preliminar de las actuaciones que remiten para su consideración y advierte lo siguiente: “...1. El 15/10/21 esta instancia asesora se expidió por Dictamen IF-2021-98671088-APN-DGAJ#PSA respecto de la medida impulsada para autorizar la convocatoria, Pliego de Bases y Condiciones Particulares, y elección del procedimiento de selección por Licitación Privada en actuaciones tramitadas por EX-2020-61112224-APNDGSAP#PSA asociado al EX-2021-66590596-APN-SGA#PSA, considerando a tales fines el PLIEG-2021- 93010752-APN-DCOMP#PSA y acto administrativo IF-2021-93010072-APN-DCOMP#PSA proyectados por el Departamento de Compras, encuadre respecto del cual la Subsecretaría de Gestión Administrativa y la Secretaría de Coordinación Bienestar Control y Transparencia Institucional del MINISTERIO DE SEGURIDAD, se expidieron sin observaciones que formular (PV-2021-86421922-APN-SSGA#MSG y NO-2021-89141779-APNSCBCYTI#MSG).

2. El 27/10/21 el Departamento de Compras certificó la actualización del presupuesto respaldatorio y solicitud de gastos y modificó el encuadre a Licitación Pública (PV-2021-103321900-APN-DCOMP#PSA).

3. La Dirección General de Gestión Administrativa autorizó el gasto por la suma de PESOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SIETE CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 17.286.207,40) (IF-2021-104512540-APN-DGGA#PSA) y la prosecución de su trámite (IF-2021-104534561-APN-DGGA#PSA).

4. El 11/11/21 el Departamento de Compras proyectó el acto dispositivo estipulando que la convocatoria se autoriza bajo el régimen de Licitación Pública, y que “la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta Institución ha tomado la intervención que le compete” (IF-2021-109584715-APN-DCOMP#PSA).

5. Del mismo modo, proyectó el Pliego de Bases y Condiciones Particulares como Licitación Pública (PLIEG2021-109584815-APN-DCOMP#PSA).

6. En igual fecha envió el expediente a la Dirección de Despacho Administrativo (PV-2021-109585065-APNDCOMP#PSA, PV-2021-109630657-APN-DCOMP#PSA).

7. El 01/12/21 por Disposición DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100 se autorizó la convocatoria bajo el régimen de Licitación Pública, y se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones Particulares que como Anexo DI2021-116160923-APN-DDA#PSA integra la misma.

8. El 02/12/21 el Departamento de Compras forma el EX-2021-117068672-APN-DCOMP#PSA, desarrolla el procedimiento en el Sistema COMPR.AR como proceso N° 279-0009-LPUB21, difunde la convocatoria, envía la invitación a la U.A.P.E. y a la C.A.C., y solicita el informe técnico en el marco de la Licitación Pública N° 9/2021, informando que la apertura de ofertas operó el 22/12/21 (PV-2021-126985121-APN-DCOMP#PSA, PV2022-00428115-APN-DCOMP#PSA).

9. El Dictamen de Evaluación de Ofertas y su notificación refieren al proceso N° 279-0009-LUP21.

10. Proyecta el acto administrativo propiciando adjudicar y aprobar el procedimiento de Licitación Pública N° 9/2021 indicando en el segundo Considerando, que mediante Disposición DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100 se autorizó el procedimiento de Licitación Pública.”.

Luego de dicha reseña, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen pone de manifiesto que: “De las constancias referenciadas surge que, con posterioridad a la intervención de este servicio asesor para la autorización de la convocatoria, Pliego y elección del procedimiento de selección por Licitación Privada, el Departamento de Compras modificó el encuadre de la contratación a Licitación Pública, de lo cual dio traslado a la Dirección General de Gestión Administrativa, y que no obstante lo consignado en el séptimo Considerando de la Disposición DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100: ‘Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta Institución ha tomado la intervención que le compete’, no se dio intervención a esta Dirección General respecto de la innovación efectuada, toda vez que el expediente fue remitido directamente a la Dirección de Despacho Administrativo.”.

La referida instancia letrada, en el informe en comentario, agrega que: “Del mismo modo, tampoco se vislumbra su comunicación a la Secretaría de Coordinación Bienestar Control y Transparencia Institucional del MINISTERIO DE SEGURIDAD.”.

Desde otro vértice, la referida asesoría jurídica indica que: “De ello resulta que, por la DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100 citada se autorizó la convocatoria y el Pliego de Bases y Condiciones Particulares que como Anexo integra la misma, bajo el régimen de Licitación Pública. En ese estado, la Unidad Operativa de

Contrataciones sustanció todo el procedimiento como Licitación Pública - proceso N° 279-0009-LPUB21, proyectó el acto administrativo propiciando adjudicar y aprobar el procedimiento de Licitación Pública N° 9/2021, y consignó que mediante DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100 se autorizó la convocatoria bajo el régimen de Licitación Pública.”.

En virtud de todo lo señalado concluye que: *“Por las razones apuntadas, y toda vez que las divergencias advertidas impiden tomar la intervención de competencia de este servicio asesor, se devuelve el expediente a efectos que las instancias técnicas actuantes tomen conocimiento y determinen el curso que corresponda otorgar al presente trámite.”.*

En el orden 8 luce agregada la PV-2022-21384154-APN-PSA#MSG mediante la que la DIRECCIÓN NACIONAL de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA remite el expediente de la referencia, con el objeto de que esta Oficina, en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones, se expida sobre las divergencias advertidas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de esa Institución mediante IF-2022- 20637318-APN-DGAJ#PSA en el proceso licitatorio N° 279-0009-LPU21, que tramita bajo el Expediente N° EX-2021-117068672-APN-DCOMP#PSA, y que tiene por objeto la Adquisición de Correaes, Esposas y Bastones Extensibles para Cadetes y Personal Policial del organismo.

En el estado expuesto ingresan los actuados para la intervención de esta Oficina.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en relación al curso que debe tomar el trámite del proceso licitatorio N° 279-0009-LPU21, que tramita bajo el Expediente N° EX-2021-117068672-APN-DCOMP#PSA, y que tiene por objeto la adquisición de correaes, esposas y bastones extensibles para cadetes y personal policial de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Concretamente se consulta sobre cómo proceder luego de verificar, en forma previa a la emisión del acto de conclusión del procedimiento, que luego de la intervención del servicio permanente de asesoramiento jurídico atinente al proyecto de acto administrativo de autorización de la convocatoria, pliego y elección del procedimiento de selección por licitación privada, se modificó el encuadre de la contratación a licitación pública, no dando nueva intervención al órgano de asesoramiento legal de la Institución de que se trata.

-III-

ÁMBITO DE APLICACIÓN

En forma previa a efectuar un análisis del caso planteado, corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así, y en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, cabe indicar que la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA es un órgano desconcentrado del MINISTERIO DE SEGURIDAD, y por lo tanto se encuentra incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En cuanto hace al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable puntualizar que el Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme se desprende de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

A su vez, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata de la adquisición de correaes, esposas y bastones extensibles para cadetes y personal policial del organismo, y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dicho contrato se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Por último, en cuanto a la reglamentación aplicable, cabe señalar que resultan de aplicación al caso el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16 y el Manual de Procedimiento del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”, aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

-IV-

ACLARACIONES PREVIAS

En forma liminar, ha de recordarse que este organismo no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16, IF-2016-02153221-APNONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APNONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APNONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APNONC#JGM, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, IF-2021-53459233-APN-ONC#JGM, IF-2021-65214312-APN-ONC#JGM, IF-2021-90727398-APN-ONC#JGM e IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

Por otra parte, el ejercicio de un control de legalidad genérico sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección excedería el umbral de análisis del Órgano Rector, por cuanto se estarían supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico, de la autoridad con competencia para aprobarlo y/o de los organismos de contralor dotados de competencias específicas para dichos fines (v. IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM).

Por las razones apuntadas, la presente intervención se circunscribe exclusivamente al planteo efectuado por el organismo de origen, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector, ni en aquéllas que no fueron objeto de una consulta específica.

-V-

NORMATIVA APLICABLE

A título introductorio y para una mejor elucidación de la cuestión traída a estudio, deviene útil realizar una reseña de las principales normas que resultan de aplicación al caso bajo examen.

En primera instancia debe mencionarse que el artículo 11 del Decreto Delegado N° 1023/01 estipula, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: *“FORMALIDADES DE LAS ACTUACIONES. Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario:*

a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección.

b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares...”

Por su parte, el regular el trámite procedimental, el artículo 5 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16 establece: *“ARTÍCULO 5°.- PROCEDIMIENTO BÁSICO. El procedimiento establecido en este título será aplicable a todos los procedimientos de selección, cualquiera sea la clase o modalidad elegida, siempre que no se disponga de otra manera en las normas específicas contenidas en este Manual, para cada uno de ellos o para cada una de las modalidades de contratación.”*

Luego el artículo 13 del aludido manual, que se encuentra dentro del mismo título que el artículo 5° antes citado, dispone: *“ARTÍCULO 13.- ACTO ADMINISTRATIVO DE INICIO. La Unidad Operativa de Contrataciones proyectará el acto administrativo de autorización de la convocatoria, elección del procedimiento y aprobación del pliego de bases y condiciones particulares y lo remitirá a la autoridad competente para dictarlo, de acuerdo a las pautas sobre competencia establecidas en el artículo 9° del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. En el caso en que se hubiera realizado la etapa de observaciones al proyecto de pliego, en el acto administrativo de inicio se deberá efectuar una evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas.”*

-VI-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

De la normativa transcrita en el acápite anterior se desprende que a la licitación pública le resulta aplicable el procedimiento básico regulado en el título II del Manual aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, por cuanto no existen normas específicas que lo dispongan de otra manera.

Ello así, queda claro que, tratándose de una licitación pública, el acto administrativo de autorización de la convocatoria, elección del procedimiento y aprobación del pliego de bases y condiciones particulares –vulgarmente denominado “acto uno”–, constituye una etapa que debe cumplirse en forma previa a la publicidad de la convocatoria, tal como lo establece el artículo 13 antes transcrito.

Como puede observarse en el caso traído a consideración de este Órgano Rector, dicho requisito se encuentra cumplido, y se verifica con la emisión de la Disposición DI-2021-116909926-APN-PSA#MSG N° 1100 mediante la que se autorizó la convocatoria bajo el régimen de licitación pública.

Ello así por cuanto la citada disposición fue dictada con fecha 1 de diciembre de 2021 mientras que la apertura operó el día 22 de diciembre de 2021.

Ahora bien, el artículo 11 del Decreto Delegado N° 1023/01, también estipula que el acto administrativo respectivo deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549.

En tal sentido, en lo que aquí interesa, el artículo 7° de la Ley N° 19.549 prescribe *“ARTICULO 7. Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.”*

Ello así, cabe reiterar que el servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo tomó intervención sobre un proyecto de acto administrativo que no consistió en el que finalmente se terminó firmando, por consiguiente, puede entenderse que la Disposición DI-2021-11690926-APN-PSA#MSG N° 1100, carece del dictamen al que hace referencia el inciso d) del artículo 7 de la Ley N° 19.549.

Aclarado lo anterior, corresponde indicar que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si se ha incurrido en una irregularidad o vicio menor –entendiendo por tal a aquel que no llega a impedir la existencia de alguno de los elementos o requisitos esenciales del acto– susceptible de ser saneado o si, por el contrario, estamos en presencia de un vicio grave que torna al acto administrativo como nulo, de nulidad absoluta e insanable.

En tal sentido, esta Oficina tiene dicho que: *“En efecto, la interpretación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y/o de su reglamento compete, en primera medida, al servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen o bien, llegado el caso, a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en tanto máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL.”* (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2019-107806226-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, IF-2022-32035058-APN-DNCBYS#JGM, entre otros)

Ello así, se estima pertinente hacer referencia a la doctrina sostenida por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en lo referido a la omisión de dictamen jurídico previo y la posibilidad de saneamiento. Sobre el particular el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL sostuvo en reiteradas oportunidades que: *“...no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente. Los dictámenes posteriores purgan el vicio de la omisión del dictamen previo. Todo ello, obviamente, si la cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho y, por lo tanto, la omisión formal resulta salvable.”* (conf. Dict. 144:148; 193:110, 197:162, 236:325)

En virtud de lo expuesto, cabe destacar que en el IF-2022-20637318-APN-DGAJ#PSA, que luce en el orden 2, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA, pone de manifiesto que por las divergencias advertidas en el proceso se ve impedida de tomar la intervención de su competencia.

Ahora bien, de la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN antes citada, se desprende que para poder sanear el vicio advertido resulta menester la intervención del servicio jurídico permanente del organismo con posterioridad, ya que justamente no procede la nulidad de un acto por la falta de dictamen previo, si luego resulta subsanada en el caso en que la cuestión estuviera ajustada a derecho.

En el presente caso, si bien esta Oficina no realizó un control de legalidad genérico sobre la totalidad del trámite, por cuanto –como ya se expuso en el acápite IV– la presente intervención se circunscribe exclusivamente al planteo realizado por el organismo, no puede dejar de señalarse que el procedimiento finalmente seleccionado fue el de licitación pública.

Ello así, no resulta ocioso recordar que el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece que la selección del cocontratante para la ejecución de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación deberá hacerse, por regla general, mediante licitación pública o concurso público, según corresponda.

Por su parte, el artículo 10 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece: “*REGLA GENERAL. En virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, 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.*”

El procedimiento de licitación pública se realizará cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos, mientras que el de concurso público cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda.

No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos...” .

De lo expuesto surge claramente que la regla general, en materia de selección del cocontratante del Estado, es el procedimiento de la licitación pública o del concurso público, según corresponda, lo que no implica perder de vista lo dispuesto en el citado artículo 10, *in fine*, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional en cuanto a que deberá propiciarse la aplicación del procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y que se presente como el más apropiado para satisfacer los intereses públicos (v. Dictamen ONC N° IF-2020-13166284-APNDNCBYS#JGM).

Va de suyo que la elección del procedimiento de selección es del resorte exclusivo de la autoridad competente, teniendo en cuenta, amén de la regla general, la contribución al cumplimiento del objetivo previsto en lo que respecta a la economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos, las características de los bienes o servicios a contratar, el monto estimado del contrato, las condiciones de comercialización y configuración del mercado, razones de urgencia o emergencia, etc., según corresponda (v. Dictamen ONC N° 245/15, entre muchos otros).

No obstante lo expuesto, en el presente caso el procedimiento seleccionado fue el de licitación pública que constituye la regla general y resulta ser el más apropiado para lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser el que –junto con el concurso público–, *a priori*, mejor resguarda el cumplimiento de los principios generales de promoción de la concurrencia, publicidad y transparencia.

-VII-

CONCLUSIONES

En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas reseñadas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en el presente caso debería tomar intervención el servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo, emitiendo su dictamen, en el que deberá analizar si el acto

administrativo de autorización de la convocatoria, elección del procedimiento y aprobación del pliego de bases y condiciones particulares estuvo ajustado a derecho.

Para ello podrá tener en cuenta las consideraciones efectuadas previamente en cuanto al procedimiento finalmente seleccionado.

Asimismo deberá efectuar el debido control de legalidad, en el entendimiento que, en materia de contrataciones públicas de bienes y servicios, la Administración Pública Nacional se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y reglamentado por el Decreto N°1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos (v. IF-2021-78103713-APN-ONC#JGM).

La alternativa de nulificar el procedimiento licitatorio, sin realizar en forma previa ese análisis, no sólo constituiría un excesivo rigorismo formal, sino que a la vez significaría desconocer la pacífica e inveterada doctrina legal emanada de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en orden a que las nulidades deben analizarse de modo restrictivo y prefiriendo –en principio– la validez y subsistencia del acto atacado (v. en sentido concordante Dictámenes PTN 278:239, entre muchos otros).

Saludo a usted atentamente.

AL

DIRECTOR NACIONAL

DE LA POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA

Lic. José Alejandro GLINSKI

S. _____ / _____ D.

