



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-05410517- -APN-DC#SPF – SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL – ADQUISICIÓN DE GAS LICUADO A GRANDEL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DE DIVERSAS UNIDADES PENITENCIARIAS – CONSULTA SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE CONTRATAR CON YPF

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted en el expediente de la referencia que ingresa para que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En primer lugar corresponde efectuar una reseña de los principales antecedentes obrantes en las presentes actuaciones.

En el orden 13, páginas 1-9, luce digitalizado un proyecto de Convenio (CONVE-2019-14115481-APN-DC#SPF), a ser suscripto entre el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y la empresa YPF GAS S.A. (CUIT N°: 30-51548847-9), para la provisión de gas licuado mediante la modalidad a granel durante un periodo de DOCE (12) meses, a los efectos de cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO” (U.35), en el marco de lo establecido en el artículo 25, inciso d), apartado 8) del Decreto N° 1023/01 y en el artículo 58 “trámite de adjudicación simple interadministrativa”, del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC N° 62/16 y sus modificatorios.

En el orden 16, páginas 1-2, la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CONTABLE de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se expidió mediante Dictamen N° 189/2019 D.A.C. (IF-2019-15965507-APN-DAC#SPF -), habiendo concluido lo siguiente: “...habida cuenta que el convenio que nos ocupa se enmarca en la esfera de las contrataciones interadministrativas por la naturaleza jurídica de ambas partes, de la lectura de las cláusulas que lo integran, consideramos que no habría reparos que oponer para su prosecución...”.

En el orden 18, páginas 1-3, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL Número: IF-2019-18503247-APN-DAUG#SPF, del 27 de marzo de 2019, oportunidad en la cual la aludida instancia asesora efectuó la siguiente observación: “...no se aprecia incorporado a los presentes constancia que acredite que se haya sometido a consideración de YPF GAS S.A. las cláusulas del anteproyecto de Convenio en análisis, tal como lo prevé el art. 58, inc. c) del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Disposición 62-E/2016). En función de ello, previo a la suscripción del aludido anteproyecto correspondería acompañar la conformidad de YPF GAS S.A.”.

En el orden 47, páginas 1-2, se encuentra incorporado el Informe de la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO Número: IF-2020-10843068-APN-DC#SPF, del 17 de febrero de 2020, en cuyo marco se puso de relieve que el convenio interadministrativo oportunamente proyectado para suscribirse con la empresa YPF GAS S.A. con el objeto de adquirir gas propano a granel se encuentra en esa Dirección desde marzo del 2019, conforme el siguiente detalle: “...se envió el día 23 de Marzo del 2019 el aludido Convenio al Sr. NOGUER ITHURRALDE, MARTIN (representante de la empresa YPF GAS S.A.) para que preste conformidad del mismo. Asimismo se informa que el Sr. NOGUER ITHURRALDE, MARTIN rectificó el Convenio con los montos actualizados solicitando que se agregue una cláusula de readecuación de precios para que se reformulen las tarifas a través de la utilización de la estructura de costos.

El día 23 de Mayo del 2019 se envió vía mail el Convenio actualizado para que se preste conformidad del mismo y así proceder con los actuados.

Es relevante destacar que en virtud de no haber obtenido respuestas telefónica ni vía mail hasta el día 17 de Septiembre del 2019 se volvió a reenviar el mail (...) desde esa fecha esta instancia se encuentra a la espera de la actualización de los montos en virtud al tiempo transcurrido.”.

A mayor abundamiento, la aludida instancia añadió: “...Corresponde señalar que en Diciembre esta U.O.C se comunicó telefónicamente con el Sr. ANIBAL RUBEN CARRASCO, el cual informó que no es posible enviar un presupuesto debido a las variaciones económicas que está sufriendo el país. Por lo antes mencionado, la Dirección de Contrataciones solicitó presupuestos a firmas comerciales con el mismo rubro inscriptas en el portal COMPR.AR con el fin de enviarnos presupuestos para proseguir con el trámite. Al respecto se informa que al no obtener respuestas de dichas firmas comerciales esta U.O.C procedió a buscar las variaciones económicas de Diciembre 2019 con respecto al mismo mes de 2018 en el INDEC - Dirección de Índices de Precios de Consumo ...”.

En el orden 49, páginas 1-3, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL Número: IF-2020-13932181-APN-DAUG#SPF, del 3 de marzo de 2020, donde se indicó: “...sin perjuicio de las sucesivas intervenciones de representantes de YPF GAS S.A., no surge de los presentes la conformidad de esta última respecto del convenio interadministrativo que se propone suscribir, tal como lo exige el art. 58, inc. c) del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Disposición 62-E/2016).

En otro orden, en cuanto a la actualización de precios, más allá de los eventuales presupuestos y/o índices de actualización que pudieran recabarse, se estima que los valores unitarios, en caso de haber sufrido variaciones, deberían ser proporcionados por la cocontratante, puesto que –en definitiva- es esta última la que deberá prestar conformidad sobre el convenio en general, y sobre los montos unitarios que se pacten en particular. En función de ello, se estima que la conformidad por parte de la potencial cocontratante, en este caso YPF GAS S.A. resulta ser

condición necesaria e ineludible para que se produzca el perfeccionamiento del contrato, por lo cual, por el área con competencia en la materia deberán arbitrarse los medios para obtener dicha conformidad.”.

En el orden 53 se adjuntó la Nota de la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO Número: NO-20202-16557092-APN-DC#SPF, del 12 de marzo de 2020, por la cual se consulta a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, lo siguiente: “*En virtud a la dilación de los tiempos de las actuaciones y que dicha adquisición resulta de una imperiosa necesidad para las Unidades del norte del S.P.F La consulta es si ¿el Servicio Penitenciario Federal está obligado a realizar una contratación directa con YPF. SA, o bien se puede llevar a cabo una licitación pública?.*”

Finalmente, en el orden 55, páginas 1-2, luce incorporada la Nota de la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO N° NO-2020-17742757-APN-DC#SPF, del 18 de marzo de 2020, donde se reiteró lo anteriormente consultado, en los siguientes términos: “*...es de suma importancia otorgar mayor precisión en cuanto al temperamento a seguir. Al respecto, se comunica que en Marzo del año 2019 se remitió vía mail a empresa YPF S.A., el convenio para su conformidad, el cual fue rectificado solicitando que se actualicen los montos y se agregue una cláusula de readecuación de precios para que se reformulen las tarifas a través de la utilización de la estructura de costos.*

Asimismo se informa que en Mayo del mismo año, se volvió a enviar dicho convenio actualizado, pero no se obtuvo respuesta alguna, por lo cual en Septiembre esta U.O.C se comunicó nuevamente con la mencionada firma comercial y nos informan que la persona que nos comunicábamos se encuentra trabajando en otro sector de la compañía. Es por ello que desde esa fecha esta Dirección se encuentra a la espera de la actualización de los montos.

En vista al tiempo transcurrido, corresponde señalar que en Diciembre esta UOC se comunicó telefónicamente con la empresa YPF S.A, la cual nos notificó que no es posible enviar un presupuesto debido a las variaciones económicas que está sufriendo el país.

Conforme al requerimiento planteado se comunica que nuestro órgano asesor jurídico nos dictaminó que en cuanto a la actualización de precios, más allá de los eventuales presupuestos y/o índices de actualización que pudieran recabarse, se estima que los valores unitarios, en caso de haber sufrido variaciones, deberían ser proporcionados por la cocontratante, como así también que la conformidad por parte de la potencial cocontratante, en este caso YPF GAS S.A. resulta ser condición necesaria e ineludible para que se produzca el perfeccionamiento del contrato.

Por lo antes mencionado se hace saber que en nuestra anterior intervención se realizó una consulta a Ustedes mediante Nota N° NO-2020-16557092-APN-DC#SPF, en la misma se solicitó se nos informe si el Servicio Penitenciario Federal está obligado a realizar una contratación directa con YPF. SA, o bien se puede llevar a cabo una licitación pública?.”

En ese estado ingresan los presentes actuados a consideración de este Órgano Rector.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que indique si el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se encuentra obligado a contratar en forma directa con YPF S.A. –o eventualmente con YPF GAS S.A.– la provisión de gas licuado mediante la modalidad a granel, a los efectos de

cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO” (U.35)

-III-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

A título introductorio, es dable recordar que el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL es un órgano desconcentrado del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS –jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central–, motivo por el cual se encuentra incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, corresponde afirmar, en primer lugar, que el Régimen General 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 surge 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.

Por su parte, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos: *“Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público”*.

En otro orden de cosas, esta Oficina Nacional ha señalado en numerosos precedentes que, en materia de selección del contratista del Estado, la regla general es la licitación pública o concurso público, según corresponda, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser los procedimientos de selección que, *a priori*, mejor tutelan los principios generales receptados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nros. 383/2013, IF-2017-01823458-APN-ONC#MM, IF-2017-19243954-APN-ONC#MM, IF-2018-35632982-APN-ONC#MM, IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM, entre muchos otros.).

Así se encuentra previsto en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01, lo que no implica perder de vista lo dispuesto en el artículo 10, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, en cuanto prescribe que: *“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.”*

Ahora bien, en relación a la consulta efectuada –la cual se vincula con la provisión de gas licuado a granel– resulta oportuno traer a colación que el Decreto N° 1189/12 establece que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 deberán contratar con YPF SOCIEDAD ANÓNIMA la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales, debiendo utilizar a tales fines el procedimiento de selección previsto en el artículo 25, inciso d), apartado

8º, del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios e instrumentar la relación entre las partes mediante un convenio interadministrativo (v. artículos 1º y 3º).

Es decir, la citada norma establece un ámbito de aplicación subjetivo que comprende a toda la Administración Nacional, central y descentralizada, con lo cual el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se encuentra claramente alcanzado por las prescripciones del referido Decreto.

Sin perjuicio de ello, no es posible soslayar que el Decreto N° 1189/12 circunscribe su ámbito de aplicación material u objetivo exclusivamente a la adquisición de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales.

Ergo, en el presente caso no resultaría de aplicación el Decreto en cuestión, por cuanto la contratación propiciada por el organismo de origen no encuadra dentro de su ámbito de aplicación material u objetivo, en la medida en que se pretende la adquisición de gas propano a granel para cubrir las necesidades de diversas unidades penitenciarias (PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO” (U.35) y no para ser utilizado por la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales del organismo consultante.

En sentido concordante, resulta ilustrativo traer a colación lo señalado en el Dictamen ONC N° 272/2013, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación, para mejor ilustrar: *“...en el presente caso no resultaría de aplicación el referido Decreto [1189/12], por cuanto la contratación propiciada por el organismo de origen no encuadra dentro de su ámbito de aplicación material u objetivo, en la medida en que se pretende la adquisición de gas propano a granel para ser utilizado en las instalaciones de los cuarteles, como por ejemplo, en cocinas, casinos de oficiales y/o suboficiales, alojamientos de soldados, sistemas de calefacción, entre otros (v. fs. 88) y no para ser utilizado por la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales del organismo consultante...”*

De ahí que no pueda encuadrarse la contratación para la adquisición de gas propano a granel bajo el régimen del Decreto N° 1189/12, en virtud de que el fin para el cual se adquirirá el combustible difiere del previsto en dicha normativa.

Asimismo, en el Dictamen ONC N° 272/2013 se aclaró que el Decreto N° 1189/12 se refiere a YPF S.A., es decir, a un sujeto de derecho distinto a YPF GAS S.A., motivo por el cual no resultaría jurídicamente viable celebrar contrataciones directas con YPF GAS S.A. en el marco del referido decreto.

-IV-

CONCLUSIONES

En razón de lo previamente expuesto en el Acápite IV, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no se encuentra obligado a contratar en forma directa con YPF S.A. ni con YPF GAS S.A. la provisión de gas licuado a granel, a los efectos de cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO” (U.35).

Siendo ello así, el organismo de origen podrá elegir el procedimiento de selección que le resulte más conveniente y eficaz en cuanto concierne al cumplimiento de sus objetivos institucionales, teniendo en cuenta que la regla general en materia de selección del cocontratante estatal es la licitación pública.

Saludo a usted atentamente.

ky

AL

DIRECTOR DE CONTRATACIONES

DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL

Jorge QUINTRAMAN

S. _____ / _____ D.