



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2018-45157770- -APN-GCYE#CNEA - CONSULTA SOBRE ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.

SEÑOR GERENTE:

Me dirijo a usted en el marco de las actuaciones de la referencia, en las que solicita la intervención de esta Oficina Nacional a fin de obtener información sobre la forma de llevar adelante un proceso de contratación que tenga como objeto seleccionar un interesado en participar en el DESARROLLO Y ESCALADO DE UN PANIFICADO DE ALTO VALOR NUTRICIONAL DE LARGA DURACIÓN.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el orden 2, páginas 1-11, luce agregada una presentación de la empresa ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS Y ACTIVOS FIDUCIARIOS S.A. (ANAF), fechada el 8 de agosto de 2018, en la que manifiesta su interés en producir y comercializar por sí, o través de una empresa del Grupo ANAF, un Pan Nutricional con posterior proceso de irradiación por Co60, con el objeto de llegar a poblaciones nutricionalmente comprometidas en nuestro país y en el exterior con un producto de alto valor proteico y larga vida. Dicha empresa solicitó una reunión con las autoridades de la Institución a fin de explorar la posibilidad de llevar adelante el proyecto y además, evaluar la viabilidad del otorgamiento de la exclusividad en la producción y comercialización del producto dada la inversión requerida (IF-2018-38354671-APN-GCYE#CNEA).

En el orden 9 obra el Informe N° IF-2018-52660709-APN-GCYE#CNEA, de fecha 18 de octubre de 2018, mediante el cual la GERENCIA COORDINACIÓN Y ENLACE elevó las actuaciones a la GERENCIA DEL ÁREA APLICACIONES DE LA ENERGÍA NUCLEAR, ambas instancia dependientes de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA, informando que realizaron la reunión solicitada y solicitando tenga a bien informar qué permisos de orden sanitarios, bromatológicos u otros, se requieren para llevar a cabo dicho proyecto.

En el orden 17, páginas 1-2, luce agregado el Informe N° IF-2018-57699512-APN-GAATN#CNEA, de fecha 9 de noviembre de 2018, por cuyo conducto la JEFATURA I de la GERENCIA DE ÁREA APLICACIONES DE LA TECNOLOGÍA NUCLEAR elevó a consideración del titular de la aludida Gerencia la respuesta en relación a la consulta sobre permisos de orden sanitarios, bromatológicos u otros considerados necesarios para llevar a cabo el proyecto propuesto sobre el DESARROLLO Y ESCALADO

DE UN PANIFICADO DE ALTO VALOR NUTRICIONAL DE LARGA DURACION, a ser desarrollado en conjunto entre CNEA (Gerencia Aplicaciones y Tecnología de la Radiaciones) y ANAF ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS Y ACTIVOS FIDUCIARIOS S.A.

En dicho pronunciamiento, se dejó constancia que la propuesta del Proyecto involucra la continuación de los estudios para el desarrollo de la composición base para definir al producto con su registro correspondiente ante la autoridad Regulatoria, llevar a cabo la etapa de escalado, la cual incluirá la optimización de la mezcla, ajuste de las variables de proceso de producción y logística, selección y ensayos del packaging mas adecuado para que sea compatible con la radiación y permita prolongar la vida útil del panificado, establecer las especificaciones del rango de dosis de irradiación y la validación del proceso de irradiación comercial, tanto en PISI como en IONICS S.A. En simultáneo se realizará la evaluación financiera de la producción del producto.

Ello así, se informó lo siguiente: “- *La empresa con la cual se quiere realizar la vinculación científica-tecnológica está asociada a una Empresa elaboradora de productos panificados y pastas. Dicha empresa cumple con los registros correspondientes para la elaboración de este rubro de producto y solamente deberían realizar el registro de producto como elaboradores del mismo. Para mayor información se deja el link correspondiente a SIFeGA (Sistema de información federal para la gestión del control de los alimentos) http://portal.anmat.gov.ar/Sifega_instructivos.html, donde están todos los trámites requeridos y también un documento general que es la GUÍA PARA LA AUTORIZACIÓN SANITARIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS EN EL SIFEGA, que resume los pasos a seguir.*

Este paso es responsabilidad de la Empresa productora, que debe tener Registro de Establecimiento y ellos realizar la inscripción del producto. Con respecto a este último punto, se deberá ver la posibilidad de que CNEA permita que se coloque en el Rótulo que fue desarrollado en conjunto con CNEA.

- Los controles sanitarios, entre ellos, los microbiológicos, de estabilidad y organolépticos para la optimización del proceso durante el escalado y la producción, serán realizados por el laboratorio de microbiología y de alimentos de esta Gerencia.

- Con respecto al encuadre de este producto en el Código Alimentario Argentino, cabe destacar que de acuerdo a gestiones realizadas por quien suscribe ante la Dirección de Gestión de Calidad, Dirección Nacional de Alimentos y Bebidas – Secretaría de Alimentos y Bioeconomía, de la Secretaría de Gobierno de Agroindustria del Ministerio de Producción y Trabajo, nos han informado que el producto terminado no pertenece a ninguna clase existente, pero recomiendan realizar la presentación conjunta con la Empresa para su tratamiento en la próxima reunión de la CONAL (Comisión Nacional de alimentos), de la cual ellos forman parte.

En el Artículo 174 - capítulo III “Condiciones Generales”- se especifican las Clases de Alimentos que pueden ser irradiados. La única categoría que se acercaría al producto en cuestión es “CLASE 3 – CEREALES Y SUS HARINAS, LEGUMBRES, SEMILLAS OLEAGINOSAS, FRUTAS SECAS”, pero cabe aclarar que solo involucraría las materias primas, es decir, se podría ionizar la harina y en todo caso la harina “fortificada”, pero no el panificado.

- La irradiación para las pruebas de optimización del desarrollo, serán llevadas a cabo en la PISI. La irradiación para la validación del proceso y el tratamiento comercial, será distribuido entre PISI e INICS S.A., para poder ampliar la capacidad de tratamiento.”.

En el orden 19 la GERENCIA DE ÁREA APLICACIONES DE LA TECNOLOGÍA NUCLEAR de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA brindó su conformidad al informe referenciado anteriormente.

En el orden 22 se elevan las actuaciones para realizar un proyecto de Licitación y enviarlo a la Presidencia para continuar con la tramitación correspondiente (v. IF-2018-59845464-APN-GCYS#CNEA).

Finalmente, en el orden 35 obra el IF-2019-01969858-APN-GAYF#CNEA mediante el cual la GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA gira las actuaciones en consulta a esta Oficina Nacional.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que se expida respecto del marco en que debería llevarse a cabo un proceso de contratación que tenga como objeto seleccionar un interesado en participar en el DESARROLLO Y ESCALADO DE UN PANIFICADO DE ALTO VALOR NUTRICIONAL DE LARGA DURACIÓN.

-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, en tanto la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA es una entidad descentralizada actuante en la órbita del MINISTERIO DE HACIENDA, 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 contratación del servicio de desarrollo y escalado de un panificado de alto valor nutricional de larga duración, 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 lo concerniente a la reglamentación aplicable, resultan de aplicación al caso el Reglamento 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 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, normas modificatorias y complementarias.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

A título introductorio, no resulta ocioso recordar que en virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –expresamente receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para determinar el procedimiento de selección que deberá utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad competente del organismo que llevará adelante la contratación (Cfr. Dictamen ONC Nros. 416/08, 513/09, 863/12, 383/13, 435/13 entre muchos otros).

Puntualmente, en los Dictámenes ONC Nros. 747/11 y 383/13 se sostuvo: “...con la finalidad de evitar suplir la labor que compete a cada entidad contratante y de acuerdo a sus atribuciones, no atañe a este Órgano Rector determinar el procedimiento de selección a implementar, sino que corresponde a las unidades operativas de contrataciones llevar adelante la gestión de las contrataciones, lo cual conlleva determinar el tipo de procedimiento a utilizarse, conforme las particularidades de cada contratación, de acuerdo a las definiciones establecidas por la normativa en cada caso.”.

No obstante lo expuesto, esta Oficina Nacional efectuará algunos lineamientos en torno al tema consultado.

Va de suyo que las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas en el particular resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento, el cual se limita a un escrutinio de los aspectos estrictamente jurídicos, vinculados con el objeto de consulta.

Por su parte cabe aclarar, que el organismo consultante, quien tiene competencia técnica en la materia, no ha brindado precisiones suficientes en torno al objeto contractual, así como tampoco ha planteado dudas puntuales sobre la aplicación de la normativa en relación con ciertas particularidades que pudiera tener la contratación que se pretende llevar a cabo, sino que se ha limitado a señalar que no cuentan con precedentes al respecto motivo por el cual no pueden determinar el procedimiento a seguir.

Pues bien, en primer lugar es dable traer a colación que el artículo 4º, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01 incluye expresamente a los servicios entre los contratos comprendidos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Siendo ello así, resulta oportuno poner de relieve que el Decreto Delegado N° 1023/01 prevé, en su artículo 1º, un principio directriz conforme al cual el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional tiene por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

Luego, el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 estipula, en cuanto aquí concierne, lo siguiente: “SELECCION DEL COCONTRATANTE. La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el artículo 4º de este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, por aplicación del inciso a) apartados 1. y 2. del artículo 25.

La selección del cocontratante mediante subasta pública, licitación o concursos privados, o contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los incisos b), c) y d) del artículo 25, respectivamente...”.

En sintonía con ello, el artículo 10 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 expresamente establece que: “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 a logro del objeto establecido en el artículo 1º 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.” (el subrayado no corresponde al original).

De tal modo, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 ratifica –como no podía ser de otro modo– la prevalencia de la licitación pública o concurso público, pero sin desconocer que, dadas las particularidades de cada caso concreto, deberá aplicarse en cada ocasión el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.

En suma, ninguna duda cabe en cuanto a que la regla general en materia de procedimientos de selección del contratista es la licitación pública o concurso público, según corresponda. Tal es el criterio consagrado en el Decreto Delegado N° 1023/01, recogiendo además en su artículo 3° los principios generales que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido sosteniendo a lo largo de los años como basamento de dicha regla.

No obstante ello, –sin llegar al punto de provocar un menoscabo en la regla general– mantiene vigencia lo señalado por esta Oficina en reiteradas oportunidades, con respecto a que: “...*si bien la licitación o el concurso público constituyen la regla general, la selección del co-contratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se cumplieren los requisitos que al respecto determina la normativa vigente*” (v. Dictámenes ONC Nros. 200/06, 205/06, 747/11, entre muchos otros).

Habiendo llegado a este punto es dable mencionar que los presentes actuados se originaron a raíz de la presentación efectuada por la empresa ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS Y ACTIVOS FIDUCIARIOS S.A. (ANAF), fechada el 8 de agosto de 2018, en la que manifestó su interés en producir y comercializar por sí, o través de una empresa del Grupo ANAF, un Pan Nutricional con posterior proceso de irradiación por Co60, con el objeto de llegar a poblaciones nutricionalmente comprometidas en nuestro país y en el exterior con un producto de alto valor proteico y larga vida.

Siendo ello así, deviene ilustrativo poner de resalto -en primera medida- que el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 prescribe en su tercer párrafo que: “...*las contrataciones podrán realizarse con modalidades, conforme con su naturaleza y objeto, las que serán establecidas en la reglamentación...*”.

En cuanto concierne a las modalidades de contratación, interesa puntualmente destacar que el artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla lo siguiente: “*MODALIDADES. Las contrataciones podrán realizarse con las siguientes modalidades: a) Iniciativa privada: cuando una persona humana o jurídica presente una propuesta novedosa o que implique una innovación tecnológica o científica, que sea declarada de interés público por el Estado Nacional a través de la jurisdicción o entidad con competencia en razón de la materia.*”.

La aludida modalidad de iniciativa privada se encuentra regulada como mayor detalle en el Capítulo I del Título V del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, bajo las siguientes características:

I) La propuesta debe ser novedosa u original o implicar una innovación tecnológica o científica y debe contener los antecedentes del autor de la iniciativa, el plazo de ejecución, el monto estimado de la inversión, la fuente de recursos y financiamiento, los lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así como los elementos que permitan demostrar su viabilidad jurídica, técnica y económica (v. artículo 104 del Manual de Procedimiento).

II) El área que corresponda de la jurisdicción o entidad con competencia en razón de la materia de la propuesta incluida en la iniciativa privada, una vez verificados los requisitos de admisibilidad, realizará la evaluación de la presentación efectuada, debiendo emitir un informe circunstanciado en el que recomiende la declaración de interés público o la desestimación de la propuesta, en el plazo de TREINTA (30) días, prorrogable por otros TREINTA (30) días, si la complejidad del proyecto lo exigiese, y lo elevará a la máxima autoridad (v. artículo 105 del Manual de Procedimiento).

III) La máxima autoridad de la jurisdicción o entidad, en un plazo de TREINTA (30) días, prorrogable por otros TREINTA (30) días, si la complejidad del proyecto lo exigiese, deberá declarar de interés público la

iniciativa reconociendo al proponente como autor de la iniciativa o bien desestimar la propuesta. En caso de desestimarse el proyecto, el autor de la iniciativa no tendrá derecho a percibir ningún tipo de compensación por gastos, honorarios u otros conceptos (v. artículo 105 del Manual de Procedimiento).

IV) Dentro del plazo de SESENTA (60) días de efectuada la declaración de interés público, la jurisdicción o entidad que la hubiese declarado deberá convocar a licitación o concurso público para la ejecución del proyecto, utilizando preferentemente la modalidad concurso de proyectos integrales y confeccionar el pliego de bases y condiciones particulares, conforme los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de Iniciativa Privada (v. artículo 106 del Manual de Procedimiento).

V) Si la diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese de hasta en un VEINTEPOR CIENTO (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas. Para ello se deberá fijar día, hora y lugar y comunicarse a los oferentes llamados a mejorar y se labrará el acta correspondiente. En los casos en que, recibidas dichas mejoras, las ofertas fueran de conveniencia equivalente, será preferida la del autor de la iniciativa (v. artículo 107 del Manual de Procedimiento).

VI) El autor de la Iniciativa Privada, en el supuesto de no ser seleccionado, tendrá derecho a percibir de quien resultare adjudicatario, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del UNO POR CIENTO (1%) del monto de la oferta que resulta finalmente adjudicada. El ESTADO NACIONAL, en ningún caso, estará obligado a reembolsar gastos ni honorarios al autor del proyecto por su calidad de tal (v. artículo 108 del Manual de Procedimiento).

VII) El autor de la iniciativa privada conservará los derechos referidos por el plazo máximo de DOS (2) años a partir del primer día de la primera convocatoria efectuada para la ejecución del proyecto (v. artículo 109 del Manual de Procedimiento).

Por otra parte, la modalidad de concurso de proyectos integrales se encuentra prevista en el artículo 25, inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en los artículos 133 a 135 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, con sujeción a las siguientes directrices:

I) Los procedimientos de selección con modalidad concurso de proyectos integrales se podrán efectuar cuando la jurisdicción o entidad contratante no pueda determinar detalladamente en el pliego de bases y condiciones particulares las especificaciones del objeto del contrato y se propicie obtener propuestas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades.

II) El procedimiento de selección para estos casos deberá ser siempre el de concurso o licitación pública y se deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Consignar previamente los factores que se considerarán para la evaluación de las propuestas y determinar el coeficiente de ponderación relativa que se asignará a cada factor y la manera de considerarlo; b) Efectuar la selección del cocontratante tanto en función de la conveniencia técnica de la propuesta como de su precio.

En cuanto a la posibilidad de combinar las diversas modalidades de contratación, esta Oficina tiene dicho que: *“...si bien es cierto que la normativa vigente no habilita en forma expresa la combinación –como sí lo hacía el actualmente derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 en su artículo 200–, tampoco la prohíbe ni la restringe. En consecuencia, no se advierte impedimento, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que imposibilite combinar las modalidades (...) va de suyo que será menester en cada caso analizar la compatibilidad y coherencia –en términos eminentemente operativos y/o de sistema– de la combinación propiciada...”* (v. Dictamen ONC N° IF-2018-03793461-APN-ONC#MM).

Ahora bien, si por el contrario, el organismo consultante pretendiera realizar la contratación con un proveedor determinado, existen procedimientos de excepción regulados por la normativa, los que serán de aplicación en los casos que se cumplimenten con los requisitos allí consignados, los que –en su caso– resultan de interpretación restrictiva.

En tal sentido, las causales de contratación directa por adjudicación simple son aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto contratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

Ello así, para contratar con una persona determinada los organismos contratantes deberán cumplir con los requisitos establecidos en los citados apartados y en la reglamentación aplicable, así como en las normas complementarias.

En cada caso corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante valorar las circunstancias particulares y optar por el procedimiento de selección que estime más apropiado para satisfacer el concreto interés público comprometido, dentro de las posibilidades que la normativa habilita de acuerdo a los requisitos exigidos y/o limitantes previstas en cada caso.

En todos los casos deberá llevarse a cabo un procedimiento razonable –en términos de economía, eficacia y eficiencia–, atendiendo al fin público perseguido y a las particulares aristas que presente el objeto contractual. Se trata de armonizar los principios que informan las contrataciones estatales, para cumplir en forma adecuada con el interés público comprometido y el resultado esperado.

V

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido debidamente desarrolladas en el Acápite IV del presente Dictamen, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente.

AL

GERENTE DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA

Ricardo Daniel ADDIS

S. _____ / _____ D.