



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

Informe

Número:

Referencia: EX-2020-28531333- -APN-ONC#JGM – SOLICITUD DE RENEGOCIACIÓN DE PRECIOS ADJUDICADOS - ACUERDO MARCO N° 999-1-AM20 - CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA CELULAR MÓVIL, RADIO Y TRANSFERENCIA DE DATOS – PROVEEDOR MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A.

SEÑORA SECRETARIA:

Me dirijo a usted en el expediente de la referencia por el que tramita la solicitud de renegociación de precios adjudicados en el Acuerdo Marco para la contratación del servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos N° 999-1-AM20, confirmada a través del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” por la firma MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A. (CUIT N° 33-71077625-9).

-I-

ANTECEDENTES

A título introductorio, resulta pertinente traer a colación que en el marco de las actuaciones individualizadas como EX-2018-61320751- -APN-ONC#JGM se emitió la Disposición de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° 10, de fecha 10 de diciembre de 2018 (DI-2018-10-APN-ONC#JGM), a través de la cual se autorizó la convocatoria a Licitación Pública Nacional de Etapa Única N° 999-0027-LPU18, bajo la modalidad Acuerdo Marco, para la contratación del servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos por parte de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 –v. orden 2–.

Asimismo, por el citado acto administrativo se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares que rige el procedimiento –v. PLIEG-2018-63904203-APN-ONC#JGM, vinculado en el orden 3–.

El día 21 de diciembre de 2018 tuvo lugar el acto de apertura de ofertas, habiendo sido confirmadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones (COMPR.AR) CINCO (5) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A. (CUIT 33-71077625-9), 2) TELEFÓNICA MOBILE ARGENTINA S.A. (CUIT 30-67881435-7), 3) AMX ARGENTINA S.A. (CUIT 30-66328849-7), 4) TELECOM ARGENTINA S.A. (CUIT 30-63945373-8) y 5) TECH DATA ARGENTINA S.A. (CUIT 30-71023570-4), de

acuerdo a la información contenida en el Acta de Apertura de Ofertas individualizada como IF-2018-67261222-APN-ONC#JGM (v. orden 4).

Luego, con fecha 22 de marzo de 2019 se emitió la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE MODERNIZACIÓN de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS N° 390 (RESOL-2019-390-APN-SGM#JGM), mediante la cual se aprobó el procedimiento realizado para la Licitación Pública N° 999-0027-LPU18 –v. artículo 1°– y, por conducto de su artículo 2° se procedió a la adjudicación de diversos renglones conforme el siguiente detalle: 1) MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A. Renglones Nros. 15 (oferta básica), 16 y 17; 2) TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. Renglones Nros. 1 y 2 (ofertas básicas y alternativas 1 y 2), 3 (oferta básica y alternativa 1), 4 (oferta básica y alternativa 1), 5 (oferta básica), 6, 9 a 13, 14 (oferta básica y alternativa 1 y 2) y 17 (oferta básica); 3) AMX ARGENTINA S.A. Renglones Nros. 1 a 5, 9 a 13, 14 (oferta alternativa 1 y 2) y 17; 4) TELECOM ARGENTINA S.A. Renglones N° 1 a 6, 9 a 14 y 17; y 5) TECH DATA ARGENTINA S.A. Renglones N° 15 (oferta básica) y 17 (v. orden 5).

Corresponde señalar que los precios unitarios oportunamente adjudicados fueron consignados en el informe que como Anexo I (IF-2019-08667139-APN-ONC#JGM) forma parte de la citada Resolución (v. orden 6).

Posteriormente, mediante la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE MODERNIZACIÓN de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS N° 1576, de fecha 24 de septiembre de 2019 (RESOL-2019-1576-APN-SGM#JGM), se aprobó la renegociación solicitada por la firma MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A., de acuerdo con las previsiones de la Cláusula N° 31 del pliego de bases y condiciones particulares.

Por su parte, mediante la Resolución de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS N° 17, de fecha 6 de febrero de 2020 (RESOL-2020-17-APN-JGM) se aprobó parcialmente la renegociación de precios oportunamente solicitadas por las firmas MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A. (CUIT N° 33-71077625-9), AMX ARGENTINA S.A. (CUIT N° 30- 66328849-7), TELECOM ARGENTINA S.A. (CUIT N° 30-63945373-8) y TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. (CUIT N° 30-67881435-7), con sujeción a lo dispuesto en la Cláusula N° 31 del pliego de bases y condiciones particulares (v. orden 7).

-II-

RENEGOCIACIONES DE PRECIOS ADJUDICADOS EN LOS ACUERDOS MARCO.

OPINIÓN DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

Como es sabido, los denominados “Acuerdos Marco” configuran una herramienta utilizada con el fin de agilizar las contrataciones de bienes y servicios, incrementando los niveles de eficiencia operacional y sencillez.

Con sustento en la normativa vigente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se encuentra facultada para sustanciar procesos a fin de seleccionar a los proveedores, siendo actualmente competencia del señor Jefe de Gabinete de Ministros tanto la adjudicación de los respectivos Acuerdos Marco, como así también pronunciarse con respecto a las eventuales renegociaciones de precios que sean solicitadas.

Aclarado ello, es dable destacar que, conforme se desprende de la reseña efectuada en el Acápite I del presente, tanto la solicitud de renegociación en curso, como así también las DOS (2) renegociaciones de precios adjudicados que tuvieron lugar con anterioridad, se fundan en las previsiones de la Cláusula N° 31 del pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública Nacional de Etapa Única N° 999-0027-LPU18, bajo la modalidad Acuerdo Marco, que estipula lo siguiente: “*CLÁUSULA 31.- RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL. El/los*

adjudicatario/s podrá/n solicitar a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en forma cuatrimestral, la renegociación de los precios adjudicados, cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. La solicitud deberá instrumentarse mediante el sistema electrónico COMPR.AR dentro del plazo de TRES (3) días de vencido cada cuatrimestre. Junto con la misma se deberá acompañar la documentación e información suficiente y necesaria que funde y acredite su petición de renegociar el precio, cuantificando y explicando la variación de cada uno de los componentes del precio, desde la fecha de la adjudicación y/o última mejora de precios y/o último período habilitado para presentar solicitud de renegociación contractual, hasta la del pedido de renegociación de que se trate. De resultar el acto administrativo favorable a la renegociación solicitada, los nuevos precios serán difundidos para conocimiento de todas las jurisdicciones y entidades contratantes, continuando vigente la difusión de los precios adjudicados inicialmente si la petición fuera rechazada. El reconocimiento de los nuevos precios en virtud de las renegociaciones no será retroactivo a la fecha de efectuada la solicitud, sino que entrarán en vigencia con la difusión de la aprobación de los mismos. Los precios que se renegocian son los correspondientes a Órdenes de Compra futuras motivo por el cual, una vez perfeccionada una Orden de Compra, los precios de la misma se mantendrán durante toda su vigencia.” (v. PLIEG-2018-63904203-APN-ONC#JGM, orden 3, págs. 21-22).

A su vez, dicha cláusula del pliego particular encuentra apoyatura o sustento normativo en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, el cual habilita expresamente el instituto de la renegociación, al establecer que: *“En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual.”*

Ahora bien, con fecha 3 de febrero de 2020, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN emitió el Dictamen N° IF-2020-07576220-APN-PTN, en cuyo marco opinó que se mantiene vigente la prohibición de introducir mecanismos indexatorios en los pliegos particulares. Al respecto concluyó: *“...las cláusulas por medio de las cuales se incorporan ab initio en los pliegos particulares mecanismos que permitan la actualización de precios resultan inaplicables y deben considerarse como no escritas ...”*.

Frente a dicho pronunciamiento y en virtud de tratarse de una temática –prohibición de indexar– que excede el ámbito propio de las contrataciones públicas, esta Oficina consideró oportuno y conveniente realizar una consulta formal al referido organismo asesor, a fin de que emitiera opinión con respecto a la posibilidad de incluir en el pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública Nacional de Etapa Única N° 999-0001-LPU20 una cláusula análoga a la que aquí nos ocupa, tendiente a habilitar, en dicho acuerdo marco, renegociaciones periódicas de precios frente a acontecimientos externos –en el sentido de ajenos a los proveedores– y sobrevinientes a la celebración del acuerdo marco que afecten de modo decisivo el equilibrio de las prestaciones. Ello así, a fin de consolidar una interpretación definitiva que permita disipar toda duda residual.

Concretamente, mediante IF-2020-19664363-APN-ONC#JGM, de fecha 30 de marzo de 2020, se consultó respecto de la validez de la Cláusula 26 del proyecto de pliego de bases y condiciones particulares cuyo objeto es la contratación del servicio de suministro de agua potable y provisión de dispensers de pie y de mesada frío/calor bajo la modalidad acuerdo marco. Dicha cláusula es, como se mencionó previamente, de contenido sustancialmente idéntico al de la Cláusula 31 previamente transcrita.

En ese marco, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se expidió recientemente a través del Dictamen N° IF-2020-25420179-APN-PTN, de fecha 13 de abril de 2020, en el que concluyó: *“...estimo improcedente la inclusión de una cláusula de renegociación de los precios adjudicados como la contenida en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares aplicable a la Licitación Pública Nacional de Etapa Única en trámite,*

puesto que tal previsión supone un apartamiento de la normativa aplicable (...).

La factibilidad de abrir una instancia renegociadora en forma cuatrimestral, sumada a que tales solicitudes se resolverían en base a una metodología que se basa en la aplicación de índices oficiales que reflejan las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de las estructuras de costos presentadas por el proveedor para cada uno de los bienes y/o servicios que conforman la contratación (...) aparece cercana a la instrumentación encubierta de mecanismos indexatorios prohibidos por el artículo 10 de la Ley N.º 23.928 (B.O. 28-3-91) y sus modificaciones (...).

Adicionalmente, no puede soslayarse que el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto N.º 1023/16, y su reglamentación, prevén el derecho del contratista a solicitar la recomposición de los precios adjudicados frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, cada vez que ello acontezca durante la vigencia del contrato y sin sujeción a plazos predeterminados ni a metodologías de cálculo específicas, sino en base al espíritu del sacrificio compartido; esto último, a la luz de los principios en los que se sustenta el instituto de la teoría de la imprevisión (el subrayado no corresponde al original).

Como puede advertirse, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL consideró inviable, desde el punto de vista jurídico, la inclusión de una cláusula como la proyectada –es decir, que habilite renegociaciones periódicas mediante la sola acreditación de circunstancias “externas” y “sobrevinientes” que afecten decisivamente el equilibrio de las prestaciones–, más no obtuvo totalmente la posibilidad de renegociar los precios adjudicados en un Acuerdo Marco, sino que limita dicha posibilidad al previo cumplimiento y verificación de los presupuestos de la denominada “teoría de la imprevisión”.

En tal sentido, la propia PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN expresó en su dictamen que la teoría de la imprevisión: “...es el medio que el Derecho proporciona para que ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, es decir, posteriores a la celebración del contrato y que alteran su ecuación económico-financiera, el contratista pueda solicitar la ayuda pecuniaria de la Administración (...).

Se trata de un paliativo frente al álea anormal, también llamada álea económica que pueda sufrir el particular pero que solo puede dar lugar a un resarcimiento parcial, por cuanto, como bien lo ha dicho la doctrina de manera conteste, la regla básica es que la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de éstas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese álea económica entre ambas (...) resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia (...).

4. Finalmente, la renegociación resulta jurídicamente viable tanto si se trata de un contrato administrativo perfeccionado como si se refiere al reajuste de los precios adjudicados en un procedimiento bajo la modalidad acuerdo marco, ya que, tanto en uno como en otro, está presente, a tenor de la normativa en juego, la garantía reconocida al contratista frente a posibles desequilibrios, sin que ello implique excluir el riesgo empresario, ni asegurar al cocontratante un nivel de rentabilidad predeterminado, o convertir al Estado en garante de malos negocios...”.

-III-

SOLICITUD DE RENEGOCIACIÓN EFECTUADA WORKERS DE ARGENTINA S.A.

En virtud de todo lo señalado en el acápite precedente, este Órgano Rector entiende que no corresponde dar curso a la solicitud de renegociación de los precios adjudicados en el Acuerdo Marco para la contratación del servicio de telefonía celular móvil, radio y transferencia de datos N° 999-1-AM20, incoada por la firma MOBILE WORKERS DE ARGENTINA S.A.

Ello así, en la medida en que dicha solicitud se funda en la Cláusula 31 del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2018-63904203-APN-ONC#JGM), cuyo contenido y alcances son análogos a la Cláusula 26, objetada por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, criterio al que corresponde adherir en razón de la jerarquía de dicho organismo y de la armonía que debe reinar entre los distintos órganos del Estado Nacional, entre otras razones.

Sin perjuicio de lo expuesto, nada obstaría a rencauzar dicha pretensión bajo el prisma de la teoría de la imprevisión, en cuyo caso la renegociación sólo sería posible en los términos y con los alcances delineados en el Dictamen PTN N° IF-2020-25420179-APN-PTN, de fecha 13 de abril de 2020 y en Dictámenes ONC Nros. 1048/12, 1049/12, 1051/12 y 36/14, entre otros.

Desde esta óptica, frente a la eventual falta de acreditación de los extremos pertinentes por parte de la firma interesada corresponderá rechazar el plateo o, en su caso, si se cumplen los presupuestos, admitirlo con las limitaciones propias de la teoría de la imprevisión y del principio de esfuerzo compartido (v.g. distribuyendo proporcionalmente, entre las partes, el esfuerzo patrimonial).

Como alternativa a lo previamente señalado y frente a potenciales escenarios litigiosos que puedan presentarse, se eleva a consideración de esa Secretaría la posibilidad de dejar sin efecto el Acuerdo Marco N° 999-1-AM20 para la contratación del Servicio de Telefonía Celular Móvil, Radio y transferencia de Datos, cuya vigencia se encuentra prevista hasta el día 27 de septiembre de 2020.

Es dable resaltar, al respecto, que si bien la facultad de dejar sin efecto un procedimiento bajo la modalidad Acuerdo Marco no se encuentra expresamente prevista en la normativa vigente, no se advierten reparos para encuadrar dicha medida en lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto establece lo siguiente: “...*PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación.*”

Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes.” (el subrayado no corresponde al original).

Téngase presente que en los procedimientos bajo la modalidad “acuerdo marco”, los contratos propiamente dichos quedan perfeccionados en el momento en que cada una de las citadas jurisdicciones y entidades notifican al/los proveedor/es seleccionado/s las respectivas órdenes de compra, quedando de tal modo anudado/s el/los vínculo/s contractual/es entre el/los proveedor/es de que se trate y cada uno de dichos organismos.

Luego, en el hipotético caso en que se opte por dejar sin efecto el acuerdo marco de marras, la Cláusula 37 del pliego de bases y condiciones particulares que nos ocupa expresamente aclara, en cuanto aquí concierne, lo siguiente: “...*La extinción del Acuerdo Marco no actuará a modo de resolución de las contrataciones vigentes celebradas a su amparo entre el proveedor seleccionado y los Organismos, continuando éstas plenamente vigentes...*”.

Sin otro particular, saludo a usted atentamente.

HP

VM

A LA

SECRETARIA DE INNOVACIÓN PÚBLICA

DE LA JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS

Lic. Micaela SÁNCHEZ MALCOLM

S. _____ / _____ D.