Secretaría de Modernización Administrativa
Secretaría de Gobierno de Modernización

JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS

COMPENDIO DE DICTÁMENES DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES - ONC

EN MATERIA DE BIENES Y SERVICIOS.

Actualización - 2018

Secretaría de Modernización
Presidencia de la Nación

A raíz de los cambios acaecidos en los últimos años –muchos de ellos normativos, pero esencialmente tecnológicos y de gestión– y considerando, por otra parte, la recepción gratamente favorable que ha tenido el "Compendio de Dictámenes 2012-2015", esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha decidido renovar la iniciativa y actualizarlo mediante la incorporación de los principales pronunciamientos emitidos entre los años 2016 y 2018.

En cuanto a las principales innovaciones suscitadas recientemente interesa mencionar que, en el marco del Plan de Modernización del Estado instituido mediante el Decreto Nº 434/16, fueron delineados –entre otros– los objetivos específicos de implementar una plataforma horizontal informática de generación de documentos y expedientes electrónicos y, por otra parte, fortalecer el régimen de compras electrónicas e incrementar la información disponible sobre las contrataciones del Estado.

La instrumentación de este enfoque estratégico de modernización administrativa se puso en marcha mediante el Decreto Nº 561/16, por el cual se habilitó el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) que, en tanto plataforma unificada, permite gestionar de manera integral y electrónica la totalidad de documentos, expedientes y actuaciones administrativas, contribuyendo enérgicamente al objetivo de la "despapelización".

En sintonía con ello, la gestión de adquisiciones basadas en soporte papel fue quedando rápidamente atrás desde el dictado de la Disposición ONC 65/16, por cuyo conducto se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos contemplados en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En la actualidad la plataforma "COMPR.AR" es una herramienta transversal que cumple la doble función de ser un portal de difusión y un instrumento de gestión electrónica y a partir de tales cualidades ha contribuido a mejorar la eficiencia de las compras gubernamentales, agilizó los tiempos de la Administración y transparentó las operaciones entre el Gobierno Nacional y los privados, dotando a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil de herramientas de control, todo lo cual contribuye a reducir irregularidades, arbitrariedades y, por supuesto, a prevenir casos de lisa y llana corrupción.[1]

Por caso, desde su implementación gradual hasta el cierre del Ejercicio 2018, aproximadamente un total de 108 organismos tramitaron más de 18.110 procesos electrónicos para comprar bienes y/o contratar servicios por más de $184.445 millones, agilizando y permitiendo el seguimiento *online* de tales contrataciones.[2]. El desarrollo del mentado sistema ha permitido la obtención, explotación y análisis de datos que antes no estaban disponibles y ha aumentado la participación de oferentes en los procesos de contrataciones públicas.

[1] Cfr. PLAN NACIONAL ANTICORRUPCIÓN (2019 – 2023), aprobado como Anexo al Decreto N° 258/19. Págs. 20 y ss. Ver asimismo: MARTELLI, Eduardo Nicolás; CLUSELLAS, Pablo; MARTELO, María José. *Un gobierno inteligente: el cambio de la Administración Pública de la Nación Argentina 2016-2019*. 1a edición. Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2019. Págs. 70 y ss. Disponible en: https://www.boletinoficial.gob.ar/#!estatica/productos).

[2] Memoria del Estado de la Nación correspondiente al Ejercicio 2018, páginas 20 y 21, disponible para su consulta desde el sitio: https://www.argentina.gob.ar/jefatura/memoria-de-la-nacion).

De otra parte, también ha comenzado a materializarse un derecho administrativo en clara e irreversible transición hacia lo electrónico[3] (en lo inmediato) y vislumbrando, incluso, lo que más pronto que tarde será el marco normativo que constituya las bases para un modelo de gobierno inteligente (*smart government*). Si bien no es este el ámbito ni la ocasión para profundizar en dicha cuestión, basta con mencionar algunas normas, como los Decretos Nros. 1063/16, 1131/16, 336/17, 891/17, 894/17 y 27/18, que dan claro testimonio de ello.

No parece difícil entrever, en un horizonte cercano, un régimen jurídico totalmente diseñado para el mundo digital, en total armonía con el nuevo paradigma que poco a poco va volviéndose una realidad en la Administración Nacional y ha llegado para quedarse.

Por lo pronto, algunos de estos cambios comienzan a verse reflejados –de un modo incipiente y con algunas modulaciones– en los dictámenes que emite esta Oficina Nacional en respuesta a consultas sobre casos concretos, donde los aspectos jurídicos y operativos (propios del sistema electrónico de contrataciones) se amalgaman de un modo formidable.

Va de suyo que a la fecha en que se escriben estas líneas los dictámenes de la ONC que abordan las nuevas problemáticas inherentes al mundo digital son ciertamente escasos.

Ello justifica, en alguna medida, mantener en el presente compendio los pronunciamientos emitidos bajo regímenes anteriores y procurar luego adaptar las viejas soluciones a los nuevos escenarios, en cuanto fuere pertinente. Es decir, resulta razonable suponer que una cantidad considerable de las interpretaciones aquí compiladas podrán ser de aplicación *mutatis mutandi* a las nuevas reglamentaciones de la plataforma electrónica.

A su vez, si bien algunas normas han sido derogadas (v.g. el Decreto Nº 1188/12, la figura del trámite simplificado, etc.) se ha optado por no suprimir del presente trabajo los pronunciamientos en torno a ellas, en el entendimiento de que eventualmente pueden ser de utilidad para un análisis retrospectivo o incluso frente a la eventualidad de que, como resultado de nuevas valoraciones del interés público, normas que guarden alguna semejanza y/o puntos de contacto con las derogadas se restablezcan, total o parcialmente, en un futuro.

Siendo ello así, con la puesta a disposición de este compendio de dictámenes actualizado aspiramos nuevamente a facilitar, en alguna medida, la tarea diaria de los compradores públicos, asesores, funcionarios, público interesado en general, etc.

No albergamos mayores pretensiones que brindar una herramienta –cuya utilidad juzgará el lector– para quienes estén interesados en consultar aquellas posturas e interpretaciones del Órgano Rector que –a nuestro exclusivo juicio– resultan merecedoras de difusión, ya sea por presentarse como novedosas o, al contrario, por consolidar una posición afianzada en el tiempo o, incluso, por evidenciar cambios de criterio.

En algunos casos no se trata en sentido estricto de cambios sino de adecuaciones y/o ajustes propios de la experiencia que decanta con el tiempo; mientras que en otros los “golpes de timón” son fruto de las necesarias adecuaciones a los desafíos tecnológicos y/o a las modificaciones normativas.

En otro orden de cosas, es dable mencionar que hay dictámenes que se repiten bajo distintas referencias, al sólo efecto de facilitar su búsqueda y consulta, cuando abordan tangencialmente temas específicos que pueden no guardar relación directa con la temática principal.

[3] RIVOLTA, Mercedes. *El marco normativo de la administración electrónica* en *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Año 23 – Nº 33. Publicación de la Asociación de Administradores Gubernamentales. Págs. 147 y ss.

También resulta menester reincidir en la siguiente aclaración, tanto más obvia que antes precisamente por ser reiterativa, pero aun así necesaria: Los sumarios que aquí se ofrecen no suplen ni eximen de la lectura de los dictámenes completos, que con la identificación de su número pueden ser fácilmente consultados y/o descargados a través de la plataforma "GDE", mientras que para el público en general serán progresivamente difundidos en el portal: https://comprar.gob.ar/Dictamen/Dictamen/Buscar, facilitando además las búsquedas por tema, palabra clave, rango de fechas y organismo consultante o de origen.

Aclarado lo anterior y a modo de cierre, valga recordar las palabras del Procurador del Tesoro de la Nación, al afirmar: "…*Estamos ante una nueva fase de evolución del derecho* (…) *Si se mira con atención, los órdenes jurídicos actuales tienen tres planos: uno formado por normas estructurales y de duración, que se caracterizan por contener lo que en lógica se llaman 'definiciones reales', es decir, que refieren al objeto definido pero especialmente a sus posibilidades; no reglan minuciosamente sino que sugieren en términos de potencia. Otro plano son las normas de adaptación, que forman regímenes cambiantes, fragmentarios y de coyuntura, con 'definiciones nominales' que contemplan el objeto definido y poco y nada dicen sobre las posibilidades derivadas. El tercer plano es la jurisprudencia y la tarea interpretativa, que armoniza entre las normas estructurales y las de adaptación, dando flexibilidad y certeza jurídica* (…) *los dictámenes* (…) *Ubicados en el tercer plano, no son tan solo una referencia interpretativa. Su rol es mucho más profundo; son un aporte determinante al tesoro que cuidamos en tiempos del 'derecho de red': la seguridad jurídica…".*[4]

En sentido concordante, el catedrático español Carles RAMIÓ supo poner de resalto que: *"…no hay que perder de vista que las instituciones públicas no solo aportan, de forma directa o indirecta, servicios públicos sino que su primera gran función es proveer a la sociedad de seguridad jurídica para fomentar el desarrollo económico y, con el mismo, el desarrollo humano…".*[5]

No caben dudas que la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y, entendida en el sentido de "certeza sobre el derecho vigente", se vincula a final de cuentas con la previsibilidad de las decisiones jurídicas individuales.

Consecuentemente, he aquí lo que esperamos sea nuestra modesta contribución a tan caro fin. Pero, como no podría ser de otro modo, ningún aporte habrá de reputarse definitivo ni se encontrará exento –como quisiéramos– de la clase de vacilaciones que, eventualmente, suelen demandar replanteos y nuevas reflexiones.

Abog. Hernán Pagella.
COORDINADOR DE DICTÁMENES
OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES

[4] https://www.ptn.gob.ar/blog/2017/10/30/el-derecho-en-red/.

[5] RAMIÓ, Carles. *De la Administración Pública del pasado a la Administración Pública del futuro* en *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Año 23 – Nº 33. Publicación de la Asociación de Administradores Gubernamentales. Pág. 27).

ÍNDICE.

A.

- **ACUERDOS MARCO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.
- **ADHESIÓN VOLUNTARIA**…….
  - Dictamen ONC Nº 40/2013.
  - Dictamen ONC Nº 184/2015.
  - Dictamen ONC Nº 316/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09040121-APN-ONC#MM.
- **ADJUDICACIÓN POR GRUPO DE RENGLONES**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- **ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA APN**…….
  - Dictamen ONC Nº 444/2013.
  - Dictamen ONC Nº 110/2014.
  - Dictamen ONC Nº 404/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-27922992-APN-ONC#MM.
- **AMPLIACIÓN DEL CONTRATO (IUS VARIANDI)**……
  - Dictamen ONC Nº 212/2014.
  - Dictamen ONC Nº 214/2014.
  - Dictamen ONC Nº 230/2014.
  - Dictamen ONC Nº 320/2014.
  - Dictamen ONC Nº 321/2014.
  - Dictamen ONC Nº 13/2015.
  - Dictamen ONC Nº 14/2015.
  - Dictamen ONC Nº 60/2015.
  - Dictamen ONC Nº 176/2015.
  - Dictamen ONC Nº 224/2015
  - Dictamen ONC Nº 243/2015.
  - Dictamen ONC Nº 259/2015.
  - Dictamen ONC Nº 6/2016.
  - Dictamen ONC Nº 47/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00074070-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03037327-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

- **ANTICIPO FINANCIERO**.....
  - Dictamen ONC Nº 116/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00021530-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00438178-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00438198-APN-ONC#MM.

B.

- **BIENES A IMPORTAR**.....
  - Dictamen ONC Nº 918/2012.
  - Dictamen ONC Nº 994/2012.

C.

- **CASO FORTUITO**.....
  - Dictamen ONC Nº 32/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00656026-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09294907-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-24820039-APN-ONC#MM.
- **CERTIFICACIÓN DE DOCUMENTACIÓN POR PARTE DE ESCRIBANO PÚBLICO**.....
  - Dictamen ONC Nº 15/2013.
- **CERTIFICADO FISCAL PARA CONTRATAR (Y RÉGIMEN POSTERIOR)**.....
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
  - Dictamen ONC Nº 21/2013.
  - Dictamen ONC Nº 81/2013.
  - Dictamen ONC Nº 375/2014.
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 13/2015.
  - Dictamen ONC Nº 96/2015.
  - Dictamen ONC Nº 313/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-02331920-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-42576661-APN-ONC#MM.
- **CESIÓN DE DERECHOS**.....
  - Dictamen ONC Nº 263/2014.
- **CIRCULARES**.....

- Dictamen ONC Nº 19/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-02153221-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00035668-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-02901668-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-16944776-APN-ONC#MM.

❖ **CLÁUSULAS ACCIDENTALES O ACCESORIAS (V.G. CONDICIÓN RESOLUTORIA)**……..

- Dictamen ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

❖ **CLÁUSULAS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO**……

- Dictamen ONC Nº IF-2017-02684423-APN-ONC#MM.

❖ **COMISIÓN DE RECEPCIÓN**……

- Dictamen ONC Nº 958/2012.

❖ **COMISIÓN EVALUADORA**……..

- Dictamen ONC Nº 958/2012.
- Dictamen ONC Nº 1014/2012.
- Dictamen ONC Nº 226/2015.
- Dictamen ONC Nº 36/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

❖ **COMPETENCIAS DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (ONC)**……

- Dictamen ONC Nº 32/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-04239686-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-03448477-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-03488030-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-05245541-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

❖ **COMPETENCIAS PARA DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS**……

- Dictamen ONC Nº 78/2015.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00073953-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-02176428-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00165948-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-06756698-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-03147498-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-11055980-APN-ONC#MM.

❖ **COMPR.AR (SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES)**……

- Dictamen ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-17683087-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.

❖ **COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTABLES**……

- Dictamen ONC Nº 21/2013.
- Dictamen ONC Nº 357/2014.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

- **COMPRE TRABAJO ARGENTINO/COMPRE NACIONAL**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-03804644-APN-ONC#MM.
- **CONCESIÓN DE USO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013879-APN-ONC#MM.
- **CONCURSO PÚBLICO**……
  - Dictamen ONC Nº 4/2013.
- **CONCURSO PÚBLICO DE ETAPA MÚLTIPLE NACIONAL**……
  - Dictamen ONC Nº 187/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-17683087-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.
- **CONTRA-GARANTÍAS**……
  - Dictamen ONC Nº 116/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00438178-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00438198-APN-ONC#MM.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (DESARME, TRASLADO O EXAMEN PREVIO)**……
  - Dictamen ONC Nº 981/2012.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (ESPECIALIDAD)**……
  - Dictamen ONC Nº 4/2013.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (EXCLUSIVIDAD)**……
  - Dictamen ONC Nº 1005/2012.
  - Dictamen ONC Nº 366/2013.
  - Dictamen ONC Nº 383/2013.
  - Dictamen ONC Nº 400/2013.
  - Dictamen ONC Nº 426/2014.
  - Dictamen ONC Nº 83/2015.
  - Dictamen ONC Nº 93/2015.
  - Dictamen ONC Nº 315/2015.
  - Dictamen ONC Nº 25/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06324429-APN-ONC#MM.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (INTERADMINISTRATIVA)**……
  - Dictamen ONC Nº 1006/2012.
  - Dictamen ONC Nº 272/2013.
  - Dictamen ONC Nº 454/2013.
  - Dictamen ONC Nº 87/2014.
  - Dictamen ONC Nº 172/2014.
  - Dictamen ONC Nº 446/2014.
  - Dictamen ONC Nº 452/2014.
  - Dictamen ONC Nº 224/2015.
  - Dictamen ONC Nº 237/2015.
  - Dictamen ONC Nº 259/2015.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (COMO CONSECUENCIA DE DOS LLAMADOS DESIERTOS O FRACASADOS)**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00940859-APN-ONC#MM.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (SECRETA POR RAZONES DE SEGURIDAD O DEFENSA NACIONAL)**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-33831646-APN-ONC#MM.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (UNIVERSIDADES)**……
  - Dictamen ONC Nº 1005/2012.
  - Dictamen ONC Nº 4/2013.
  - Dictamen ONC Nº 101/2014.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA (URGENCIA)**……
  - Dictamen ONC Nº 105/2015.

- Dictamen ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

❖ **CONTRATACIONES EN EL EXTERIOR**……

- Dictamen ONC Nº 928/2012.
- Dictamen ONC Nº 61/2013.
- Dictamen ONC Nº 62/2013.
- Dictamen ONC Nº 80/2013.
- Dictamen ONC Nº 400/2013.
- Dictamen ONC Nº 113/2014.
- Dictamen ONC Nº 277/2014.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-03037750-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-03063907-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.

❖ **CONTRATOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DEL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA APN**…….

- Dictamen ONC Nº 444/2013.
- Dictamen ONC Nº 110/2014.
- Dictamen ONC Nº 404/2014.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-03037750-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-03063907-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-27922992-APN-ONC#MM.

❖ **CONVENIOS DE COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN**……

- Dictamen ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.

❖ **COTIZACIONES PARCIALES**……

- Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-05345495-APN-ONC#MM.

D.

❖ **DECLARACIÓN DE DESIERTO Y/O FRACASADO DE UN RENGLÓN O DEL LLAMADO**……

- Dictamen ONC Nº 66/2015.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.

❖ **DECLARACIÓN JURADA ANTICIPADA DE IMPORTACIÓN (DJAI)**……

- Dictamen ONC Nº 994/2012.
- Dictamen ONC Nº 32/2015.
- Dictamen ONC Nº 24/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-05053596-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.

❖ **DECLARACIÓN JURADA DE INTERESES (DECRETO Nº 202/17)**……

- Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

❖ **DEJAR SIN EFECTO PROCEDIMIENTO/RENGLÓN**……

- Dictamen ONC Nº 30/2016.

❖ **DESEMPATE DE OFERTAS**……

- Dictamen ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM.

- **DESESTIMACIÓN DE OFERTAS**……..
  - Dictamen ONC Nº 304/2013.
  - Dictamen ONC Nº 314/2014.
  - Dictamen ONC Nº 388/2014.
  - Dictamen ONC Nº 38/2016.
- **DISMINUCIÓN DEL CONTRATO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.
- **DIVISIÓN EN RENGLONES**……..
  - Dictamen ONC Nº 102/2013.
- **DOMICILIO ESPECIAL/DOMICILIO CONSTITUIDO**……..
  - Dictamen ONC Nº 958/2012.
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 178/2015.
  - Dictamen ONC Nº 203/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09293516-APN-ONC#MM.

E.

- **ELEGIBILIDAD (PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD)**……..
  - Dictamen ONC Nº 445/2013.
  - Dictamen ONC Nº 32/2015.
  - Dictamen ONC Nº 202/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04239686-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-01958585-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-17682235-APN-ONC#MM.
- **ENTREGA DE BIENES DISTINTOS A LOS COTIZADOS**.....
  - Dictamen ONC Nº 47/2013.
  - Dictamen ONC Nº 195/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.
- **ERRORES DE COTIZACIÓN**……..
  - Dictamen ONC Nº 453/2013.
  - Dictamen ONC Nº 314/2014.
  - Dictamen ONC Nº 388/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM.
- **EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00042428-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00035745-APN-ONC#MM.

F.

- **FONDOS ROTATORIOS Y CAJAS CHICAS**.....
  - Dictamen ONC Nº 33/2013.
  - Dictamen ONC Nº 62/2013.

G.

- **GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02931224-APN-ONC#MM.
- **GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN**.....
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
  - Dictamen ONC Nº 111/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-22702545-APN-ONC#MM.
- **GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE LA OFERTA**.....
  - Dictamen ONC Nº 187/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00870245-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-22702545-APN-ONC#MM.
- **GARANTÍAS (DEVOLUCIÓN)**.....
  - Dictamen ONC Nº 15/2016.
- **GARANTÍAS (EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUCIÓN)**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.
- **GARANTÍAS (FORMAS)**.....
  - **CESIÓN DE FACTURAS**.....
    - Dictamen ONC Nº 2/2014.
  - **PAGARÉ**.....
    - Dictamen ONC Nº 957/2012.
    - Dictamen ONC Nº 186/2015.
    - Dictamen ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.
  - **PÓLIZA/SEGURO DE CAUCIÓN**.....
    - Dictamen ONC Nº 15/2016.
    - Dictamen ONC Nº 39/2016.
    - Dictamen ONC Nº 58/2016.
- **GARANTÍAS (SUBSANACIÓN)**.....
  - Dictamen ONC Nº 58/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.
- **GARANTÍAS (SUSTITUCIÓN)**.....

- Dictamen ONC Nº IF-2016-00870245-APN-ONC#MM.

H.

- **HABILIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL**.....
  - Dictamen ONC Nº 938/2012.
  - Dictamen ONC Nº 9/2013.
  - Dictamen ONC Nº 375/2014.
  - Dictamen ONC Nº 427/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-01958585-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-02331920-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-15908893-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-42576661-APN-ONC#MM.
- **HECHO DEL PRÍNCIPE**.....
  - Dictamen ONC Nº 24/2016.
  - Dictamen ONC Nº 46/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00042428-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03567497-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-05053596-APN-ONC#MM.

I.

- **IMPUGNACIONES A DICTÁMENES DE EVALUACIÓN**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.
- **INFORMES TÉCNICOS**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM.
- **INTERESES (APLICACIÓN DE INTERESES)**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

L.

- **LICITACIÓN PÚBLICA DE ETAPA MÚLTIPLE**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.
- **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL**……..
  - Dictamen ONC Nº 234/2013.
  - Dictamen ONC Nº 383/2013.
  - Dictamen ONC Nº 114/2015.
  - Dictamen ONC Nº 223/2015.
- **LICITACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL**……
  - Dictamen ONC Nº 383/2013.
- **LOCACIÓN DE INMUEBLES**……
  - Dictamen ONC Nº 137/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-01823458-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-35632982-APN-ONC#MM.

M.

- **MANTENIMIENTO DE LA OFERTA/DESISTIMIENTO DE LA OFERTA**……
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 5/2015.
  - Dictamen ONC Nº 66/2015.
  - Dictamen ONC Nº 51/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013878-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00321947-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04800212-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-23864412-APN-ONC#MM.
- **MARCAS EN LOS PLIEGOS**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.
- **MEJORA DE OFERTA**……..
  - Dictamen ONC Nº 226/2013.
  - Dictamen ONC Nº 268/2013.
  - Dictamen ONC Nº 201/2014.
- **MODALIDADES**……

- **ACUERDOS MARCO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.
- **COMBINACIÓN DE MODALIDADES**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- **COMPRA CONSOLIDADA**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- **ORDEN DE COMPRA ABIERTA (OCA)**……
  - Dictamen ONC Nº 131/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- **PRECIO MÁXIMO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

❖ **MUESTRAS**……
- Dictamen ONC Nº 38/2016.

N.

❖ **NON BIS IN ÍDEM**……
- Dictamen ONC Nº 285/2015.
- Dictamen ONC Nº 55/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00075169-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00035745-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00036181-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00655966-APN-ONC#MM.

❖ **NOTIFICACIONES/COMUNICACIONES**……
- Dictamen ONC Nº 83/2013.
- Dictamen ONC Nº 32/2015.
- Dictamen ONC Nº 178/2015.
- Dictamen ONC Nº 203/2015.
- Dictamen ONC Nº 273/2015.
- Dictamen ONC Nº 20/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00074579-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-01020609-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-04238052-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-09293516-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-15432859-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-16335534-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-21462834-APN-ONC#MM.

O.

- **OBRA PÚBLICA (DESLINDE DE REGÍMENES)**……
  - Dictamen ONC Nº 40/2013.
  - Dictamen ONC Nº 316/2013.
  - Dictamen ONC Nº 386/2013.
  - Dictamen ONC Nº 184/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03515655-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09040121-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-15355564-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-23715003-APN-ONC#MM.
- **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO (ETAPA DE OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO)**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
- **OFERTA CONDICIONADA**……
  - Dictamen ONC Nº 994/2012.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00938210-APN-ONC#MM.
- **OFERTA INADMISIBLE/INCONVENIENTE**……
  - Dictamen ONC Nº 221/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.
- **OFERTA MÁS CONVENIENTE**……
  - Dictamen ONC Nº 221/2015.
- **OFERTA (MODIFICACIÓN – SUSTITUCIÓN)**……
  - Dictamen ONC Nº 47/2013.
  - Dictamen ONC Nº 195/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.
- **OFERTA (TEMAS VARIOS)**……
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
  - Dictamen ONC Nº 221/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06760341-APN-ONC#MM.
- **ORDEN DE COMPRA**……
  - Dictamen ONC Nº 32/2015.
  - Dictamen ONC Nº 200/2015.
  - Dictamen ONC Nº 54/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.

P.

- **PAGO**……
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
- **PAGO EN MONEDA EXTRANJERA**……..
  - Dictamen ONC Nº 268/2014.
  - Dictamen ONC Nº 278/2014.
  - Dictamen ONC Nº 338/2014.
  - Dictamen ONC Nº 385/2014.
  - Dictamen ONC Nº 437/2014.
  - Dictamen ONC Nº 118/2015.
  - Dictamen ONC Nº 245/2015.
- **PENALIDADES**……..
  - Dictamen ONC Nº 164/2014.
  - Dictamen ONC Nº 335/2014.
  - Dictamen ONC Nº 6/2016.
  - Dictamen ONC Nº 11/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00075169-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02931224-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04238052-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04538055-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-25799432-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-34197906-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.
- **PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES PARTICULARES**……
  - Dictamen ONC Nº 15/2013.
  - Dictamen ONC Nº 21/2013.
  - Dictamen ONC Nº 31/2013.
  - Dictamen ONC Nº 102/2013.
  - Dictamen ONC Nº 353/2014.
  - Dictamen ONC Nº 357/2014.
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 105/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06760341-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-25799432-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.
- **PRECIO DE MERCADO**……
  - Dictamen ONC Nº 249/2015.
- **PRECIO UNITARIO**……
  - Dictamen ONC Nº 453/2013.
  - Dictamen ONC Nº 388/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.
- **PRECIO VIL O NO SERIO**……..
  - Dictamen ONC Nº 253/2014.
  - Dictamen ONC Nº 32/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM.

- Dictamen ONC Nº IF-2018-20204891-APN-ONC#MM.

❖ **PREFERENCIAS (REGÍMENES)**……

- Dictamen ONC Nº 74/2015.
- Dictamen ONC Nº 162/2015.

❖ **PRESCRIPCIÓN**……

- Dictamen ONC Nº IF-2017-34197906-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

❖ **PRESENTACIONES DE PROVEEDORES ANTE LA ONC**……

- Dictamen ONC Nº IF-2017-03488030-APN-ONC#MM.

❖ **PRINCIPIOS GENERALES**……

- **BUENA FE**……
  - Dictamen ONC Nº 353/2014.
  - Dictamen ONC Nº 32/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.
- **CENTRALIZACIÓN NORMATIVA Y DESCENTRALIZACIÓN OPERATIVA**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM.
- **CONCURRENCIA Y COMPETENCIA**……
  - Dictamen ONC Nº 15/2013.
  - Dictamen ONC Nº 430/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.
- **IGUALDAD**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-16335534-APN-ONC#MM.
- **INFORMALISMO EN FAVOR DEL ADMINISTRADO**……
  - Dictamen ONC Nº 36/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.
- **INMODIFICABILIDAD/INALTERABILIDAD DE LA OFERTA**……
  - Dictamen ONC Nº 322/2013.
  - Dictamen ONC Nº 453/2013.
  - Dictamen ONC Nº 314/2014.
  - Dictamen ONC Nº 66/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM.
- **LEY PENAL MÁS BENIGNA**……
  - Dictamen ONC Nº 164/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.
- **PUBLICIDAD, DIFUSIÓN Y TRANSPARENCIA**……
  - Dictamen ONC Nº 995/2012.
  - Dictamen ONC Nº 61/2013.
  - Dictamen ONC Nº 389/2014.
  - Dictamen ONC Nº 288/2015.
  - Dictamen ONC Nº 4/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00074579-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02153248-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04540789-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00035668-APN-ONC#MM.

        - Dictamen ONC Nº IF-2017-16335884-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2018-16944776-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM.
    - **RAZONABILIDAD**……
        - Dictamen ONC Nº 226/2013.
    - **OTROS/VARIOS**……
        - Dictamen ONC Nº 226/2013.
        - Dictamen ONC Nº 268/2013.
        - Dictamen ONC Nº 313/2013.
        - Dictamen ONC Nº 357/2014.
        - Dictamen ONC Nº 402/2014.
        - Dictamen ONC Nº 36/2016.
        - Dictamen ONC Nº 58/2016.
        - Dictamen ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.
- **PROCEDIMIENTO EXCEPCIONAL DE DIFUSIÓN**……,…
    - Dictamen ONC Nº 403/2014.
    - Dictamen ONC Nº 74/2015.
    - Dictamen ONC Nº 93/2015.
    - Dictamen ONC Nº IF-2016-02153221-APN-ONC#MM.
- **PROGRAMA DE ORDENAMIENTO DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**……
    - **DECRETO Nº 1187/12**……
        - Dictamen ONC Nº 17/2013.
        - Dictamen ONC Nº 153/2013.
        - Dictamen ONC Nº 273/2014.
        - Dictamen ONC Nº 288/2014.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00074493-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2017-00526200-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2017-20193673-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2018-02333246-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2018-02674405-APN-ONC#MM.
    - **DECRETO Nº 1188/12**……
        - Dictamen ONC Nº 22/2013.
        - Dictamen ONC Nº 400/2013.
        - Dictamen ONC Nº 291/2014.
        - Dictamen ONC Nº 320/2014
        - Dictamen ONC Nº 403/2014.
        - Dictamen ONC Nº 176/2015.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00014822-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00074857-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00128095-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2017-27016602-APN-ONC#MM.
    - **DECRETO Nº 1189/12**……
        - Dictamen ONC Nº 71/2013.
        - Dictamen ONC Nº 109/2013.
        - Dictamen ONC Nº 118/2013.
        - Dictamen ONC Nº 227/2014.
        - Dictamen ONC Nº 219/2015.
        - Dictamen ONC Nº 220/2015.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00017558-APN-ONC#MM.
        - Dictamen ONC Nº IF-2016-00017561-APN-ONC#MM.

- **DECRETO Nº 1191/12**……
  - Dictamen ONC Nº 79/2013.
  - Dictamen ONC Nº 150/2013.

❖ **PROHIBICIÓN DE DESDOBLAMIENTO**……..
- Dictamen ONC Nº 59/2013.
- Dictamen ONC Nº 102/2013.
- Dictamen ONC Nº 217/2013.
- Dictamen ONC Nº 412/2013.
- Dictamen ONC Nº 298/2014.
- Dictamen ONC Nº 427/2014.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-04000711-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-00165948-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-06756698-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APN-ONC#MM.

❖ **PROHIBICIÓN DE PARTICIPAR EN MÁS DE UNA OFERTA**……..
- Dictamen ONC Nº 430/2013.
- Dictamen ONC Nº 1/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-17682235-APN-ONC#MM.

❖ **PRÓRROGA DEL CONTRATO**……
- Dictamen ONC Nº 74/2014.
- Dictamen ONC Nº 453/2014.
- Dictamen ONC Nº 106/2015.
- Dictamen ONC Nº 55/2016.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00013970-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00074070-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2016-03037327-APN-ONC#MM.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

❖ **PROVEEDORES EXTRANJEROS**…….
- Dictamen ONC Nº 366/2013.
- Dictamen ONC Nº 369/2014.
- Dictamen ONC Nº 394/2014.
- Dictamen ONC Nº 437/2014.
- Dictamen ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.

❖ **PUBLICIDAD OFICIAL/CAMPAÑAS PUBLICITARIAS INSTITUCIONALES**……..
- Dictamen ONC Nº IF-2016-00836271-APN-ONC#MM.

❖ **PYMES**……
- Dictamen ONC Nº 162/2015.
- Dictamen ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM.

R.

❖ **RECEPCIÓN DEFINITIVA**……..
- Dictamen ONC Nº 201/2015.

- Dictamen ONC Nº IF-2016-03571865-APN-ONC#MM.

- **RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS/RECOMPOSICIÓN DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL**……..……
  - Dictamen ONC Nº 205/2013.
  - Dictamen ONC Nº 446/2013.
  - Dictamen ONC Nº 36/2014.
  - Dictamen ONC Nº 209/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.
- **RENOVACIÓN DE LOCACIONES**…….
  - Dictamen ONC Nº 137/2013.
  - Dictamen ONC Nº 25/2016.
- **REGISTRO PÚBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL)**…….
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 17/2015.
  - Dictamen ONC Nº 106/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-15908893-APN-ONC#MM.
- **REVOCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y/O DEL CONTRATO POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD**……..
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-02153248-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-05245541-APN-ONC#MM.
- **REVOCACIÓN DEL CONTRATO POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO**……
  - Dictamen ONC Nº 446/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-04539091-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

S.

- **SEGUNDO LLAMADO**……
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00940859-APN-ONC#MM.
- **SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN (RECEPCIÓN DEFINITIVA)**……..
  - Dictamen ONC Nº 201/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03571865-APN-ONC#MM.
- **SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PROVEEDORES (SIPRO)**…….
  - Dictamen ONC Nº 957/2012.
  - Dictamen ONC Nº 15/2013.
  - Dictamen ONC Nº 60/2013.
  - Dictamen ONC Nº 174/2013.
  - Dictamen ONC Nº 467/2014.
  - Dictamen ONC Nº 93/2015.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34338906-APN-ONC#MM.

- **SISTEMA DE PRECIO TESTIGO**.....
  - Dictamen ONC Nº 201/2014.
- **SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**.....
  - Dictamen ONC Nº 162/2015.
  - Dictamen ONC Nº 185/2015.
  - Dictamen ONC Nº 222/2015.
  - Dictamen ONC Nº 317/2015.
- **SUBASTA JUDICIAL**.....
  - Dictamen ONC Nº 200/2014.
- **SUBASTA PÚBLICA**.....
  - Dictamen ONC Nº 400/2013.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM.
- **SUBSANACIÓN DE DEFICIENCIAS FORMALES NO ESENCIALES**.....
  - Dictamen ONC Nº 186/2013.
  - Dictamen ONC Nº 313/2013.
  - Dictamen ONC Nº 322/2013.
  - Dictamen ONC Nº 36/2016.
  - Dictamen ONC Nº 39/2016.
  - Dictamen ONC Nº 58/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.

T.

- **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**.....
  - Dictamen ONC Nº 36/2014.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-03508851-APN-ONC#MM.
- **TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**.....
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-27016602-APN-ONC#MM.
- **TRÁMITE SIMPLIFICADO**.....
  - Dictamen ONC Nº 62/2013.

U.

- **UNIDAD REQUIRENTE (UR)**…….
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM.
- **UNIONES TRANSITORIAS (UT)**…….
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34338906-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.
- **UNIVERSIDADES NACIONALES**…….
  - Dictamen ONC Nº 22/2013.
  - Dictamen ONC Nº 211/2014.
  - Dictamen ONC Nº 288/2014.
  - Dictamen ONC Nº 94/2015.
  - Dictamen ONC Nº 40/2016.
  - Dictamen ONC Nº IF-2016-00074493-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-00526200-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2017-20193673-APN-ONC#MM.
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-02333246-APN-ONC#MM.

V.

- **VENTA DE INMUEBLES DEL ESTADO NACIONAL**…….
  - Dictamen ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.
- **VISTA DE LAS ACTUACIONES (ACCESO AL EXPEDIENTE)**…….
  - Dictamen ONC Nº 93/2013.

Y.

- **YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO (YCRT)**…….
  - Dictamen ONC Nº 981/2012.

ACUERDOS MARCO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Acuerdos Marco. Características. Competencias para emitir y para autorizar órdenes de compra.

Alcance de la intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de dilucidar cuál es, o bien cómo se determina en cada caso, la autoridad competente para suscribir órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco".

A su vez se consultó si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16, resulta necesario el dictado de un acto administrativo o si, por el contrario, es suficiente la emisión de la orden de compra respectiva.

Normativa examinada:

- Artículos 9º, 25 inciso f) y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 34 y 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el cuadro anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 se detallan las competencias de los funcionarios según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

II) Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las

diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) Se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; Director Simple o funcionario de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente, Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

IV) En lo que respecta puntualmente a la orden de compra –entendida como el acto que, una vez notificado perfecciona el acuerdo de voluntades dando lugar al contrato–, la normativa vigente prevé que deberá ser "emitida" por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) y "autorizada" por el funcionario competente que hubiere aprobado el procedimiento de selección de que se trate o por aquél en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad. En efecto, la reglamentación aplicable diferencia la facultad de emitir la orden de compra, de la competencia para autorizarla; distinción que –a criterio de esta Oficina Nacional– debe ser interpretada con el siguiente alcance: "emitir" es asimilable a la actividad operativa –usualmente a través de medios electrónicos– de generación del documento "orden de compra" por parte de la UOC mediante la utilización de un determinado sistema (v.g. SLU, COMPR.AR, etc.), mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad.

V) Aclarado lo anterior, es posible abordar ahora la regulación específica de los denominados "Acuerdos Marco", en tanto herramienta utilizada en numerosos países con el fin de agilizar las contrataciones de bienes y servicios, incrementando los niveles de eficiencia operacional y sencillez.

VI) Conceptualmente, han sido definidos como: *"…una 'modalidad de contratación' por la cual la autoridad centralizada de compras públicas licita y adjudica un Acuerdo Marco a uno o más proveedores en el cual se establecen los términos y las condiciones (precios, cantidades, etc.) en que podrán proveerse bienes o servicios a un listado de entidades públicas, cada una de las cuales celebrará un 'acuerdo derivado', ya sea con la notificación de la Orden de Compra al adjudicatario o con la suscripción de un instrumento contractual."* (v. MURATORIO, Jorge I. Artículo disponible online en: http://www.abogados.com.ar/novedades-en-la-contratacion-publica-los-acuerdos-marco/142 53).

VII) Asimismo, se ha dicho que: "Los sistemas electrónicos de convenios marco (*framework contracts*) permiten adquirir bienes o servicios que se anticipa van a ser requeridos de manera recurrente por varios compradores. Mediante un contrato marco se selecciona a uno o más proveedores mediante un proceso competitivo (normalmente una licitación pública) y los compradores pueden luego adquirir los bienes o servicios en línea directamente de los proveedores seleccionados. Eventualmente, cuando los convenios marco se extienden a un

universo amplio de bienes y servicios, las plataformas electrónicas por las que los compradores adquieren en línea terminan convirtiéndose en verdaderas tiendas virtuales (*e-marketplaces*)." (v. VOLOSIN, Natalia. Promoviendo Compras Públicas Electrónicas para el Desarrollo. Poder Ciudadano, 2010. Págs. 34/35. Disponible online en: http://biblioteca.ricg.org/promoviendocompras-publicas-electronicas-para-el-desarrollo/publicacion/94/es/bs/).

VIII) En el contexto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se trata de una modalidad de contratación mediante la cual la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (de oficio o a pedido de parte), selecciona a proveedores para procurar el suministro directo de bienes o servicios a las jurisdicciones o entidades, en la forma, plazo y demás condiciones ya establecidas en tales acuerdos.

IX) La regulación de los acuerdos marco permite adoptar distintos modelos de convenio que se adapten a las coyunturas del mercado y a las políticas de contratación pública que se quieran adoptar. De hecho, existen diferentes mecanismos para celebrar este tipo de acuerdos, que varían, en general, según las condiciones del mercado del bien o servicio a contratar; a su vez, los tipos de acuerdo marco también pueden variar en virtud de la cantidad de proveedores que se seleccionen para cumplir la prestación, pudiéndose optar por adjudicar toda la prestación a un único proveedor o a varios.

X) A nivel nacional, esta particular modalidad –de aplicación exclusiva por parte de este Órgano Rector– se encuentra regulada en los artículos 9 y 25, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 y en los artículos 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16 y modificado por su similar Nº 47 del 5 de abril de 2017.

XI) En materia de asignación de competencias, el previamente transcripto artículo 9 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que en los procedimientos de selección que se realicen por la modalidad acuerdo marco, el titular de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES será competente –entre otras cuestiones– para autorizar la convocatoria, elegir el procedimiento de selección y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares; mientras que quedan reservadas al señor Ministro de Modernización las competencias para aprobar el procedimiento y adjudicar o, en su caso, declarar fracasado el llamado.

XII) En cuanto concierne al trámite procedimental específicamente contemplado para esta modalidad, el mismo presenta algunas particularidades que pueden sintetizarse del siguiente modo, conforme surge de la reglamentación: 1) Los procedimientos de selección por la modalidad Acuerdo Marco sólo podrán ser llevados a cabo por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, de oficio o a pedido de una o más jurisdicciones o entidades contratantes, pudiendo encuadrarse en cualquiera de los procedimientos previstos en el Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios (gestión centralizada del procedimiento de selección); 2) este Órgano Rector establecerá en cada Acuerdo Marco la forma, plazo y demás condiciones en que se llevará a cabo el suministro directo de bienes o la prestación de servicios a las jurisdicciones o entidades contratantes. La vigencia de los Acuerdos Marco será estipulada en los pliegos de bases y condiciones particulares; 3) los oferentes deberán indicar en sus ofertas, como mínimo, el precio unitario y las características del bien y/o servicio a contratar, pudiendo adjudicarse un mismo renglón a varios proveedores; 4) Los proveedores que suscriban un Acuerdo Marco no podrán ofrecer a los organismos los bienes y/o servicios objeto del

Acuerdo por fuera del mismo. Sí podrán mejorar los precios y las condiciones de entrega durante la vigencia del mismo; 5) la Comisión Evaluadora será en todos los casos la designada por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES; 6) los proveedores adjudicatarios sólo adquieren el derecho a ofrecer sus bienes y servicios a través del Acuerdo Marco, por lo que la no emisión de órdenes de compra durante el lapso de vigencia del Acuerdo, no generará ninguna responsabilidad para la Administración Pública Nacional, ni dará lugar a reclamo o indemnización alguna a favor de los adjudicatarios; 7) en forma previa a iniciar un procedimiento de selección, las jurisdicciones y entidades deberán consultar en la página de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones, la existencia de Acuerdos Marco vigentes que contemplen el objeto de la contratación, en cuyo caso estarán obligadas a adquirir los bienes o servicios a través del mismo, a menos que acrediten alguna de las excepciones expresamente previstas en la normativa; 8) en el caso de contratar a través del Acuerdo Marco, la autoridad competente del organismo contratante deberá fundamentar los motivos de su elección, verificar la disponibilidad de crédito y cuota y realizar la afectación preventiva y el correspondiente registro del compromiso presupuestario en forma conjunta, emitir la correspondiente orden de compra y notificarla al proveedor de que se trate; 9) el Órgano Rector podrá suspender o eliminar algún producto o servicio de un adjudicatario por razones debidamente fundadas. Asimismo, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la ONC podrá eliminar algún producto o servicio incluido en el Acuerdo Marco, y podrá incorporar nuevos productos mediante la realización de un nuevo llamado; 10) ante incumplimientos de las obligaciones contractuales por parte de un proveedor, las jurisdicciones o entidades contratantes deberán informar a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que ésta evalúe su exclusión del Acuerdo Marco, sin perjuicio de las penalidades y sanciones que además le correspondan.

XIII) Así las cosas, el primer interrogante planteado gira en torno a cómo determinar en cada caso, la autoridad competente para autorizar órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco". Al respecto, artículo 128 del Manual de Procedimiento habla de autoridad competente para "emitir" la orden de compra, remitiendo –a renglón seguido– a la escala prevista para aprobar procedimientos y adjudicar, en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

XIV) Sin embargo, una lectura atenta de los Considerandos de la Disposición ONC Nº 47/17 –a través de la cual se introdujeron modificaciones en el Manual de Procedimiento en relación a este tema, que culminaron con la redacción actual del mentado artículo 128– permite advertir que allí se menciona la necesidad de determinar las competencias para suscribir las órdenes de compra. Más precisamente, el décimo Considerando reza: *"…asimismo resulta necesario dejar expresamente sentado* (…) *cuál es la autoridad competente para suscribir la orden de compra en los procedimientos de selección que se lleven a cabo utilizando esta modalidad…"*.

XV) Una razonable exégesis de las normas en juego permite colegir, tal como se indicara más arriba, que la emisión de la orden de compra se vincula con la tarea operativa de creación o generación del documento por parte de la UOC, mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma o suscripción por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad. Desde esa óptica,

cuando una jurisdicción o entidad contrata a través de un acuerdo marco, debe interpretarse que la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario sin esta particular modalidad, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad.

XVI) Resulta oportuno aclarar, entonces, que en estos casos no interviene el Ministro de Modernización, salvo cuando así corresponda en razón de adquisiciones llevadas a cabo por la propia cartera ministerial a su cargo. Va de suyo que concluir lo contrario implicaría un dispendio administrativo irrazonable, en franca contradicción con los objetivos que se persiguen mediante el uso de esta modalidad contractual, en tanto la riqueza del mecanismo del acuerdo marco son las compras ágiles.

XVII) En sentido concordante, esta Oficina Nacional ha sostenido que la autoridad que en el procedimiento llevado a cabo bajo la modalidad Acuerdo Marco hubiere suscripto la orden de compra será la autoridad competente para rescindir la misma (v. IF-2017-29520504-APN-ONC#MM).

XVIII) Finalmente, en cuanto a la segunda consulta, si bien el artículo 128 del Manual de Procedimiento, modificado por la Disposición ONC Nº 47/17, exige la fundamentación de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio–, de ello no se desprende que dicha fundamentación deba necesariamente tener lugar a través del dictado de un acto administrativo. Por el contrario, en opinión de esta Oficina Nacional resulta suficiente la emisión de un informe, en tanto sea preciso, razonable y no adolezca de arbitrariedad aparente.

XIX) Nada obsta a la emisión de un acto administrativo, más no se trata de un requisito impuesto por la normativa vigente, resultando suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección y, por supuesto, de la orden de compra respectiva.

XX) En las contrataciones bajo la modalidad “Acuerdo Marco”, la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad, sin que para ello deba tomar intervención el Ministro de Modernización.

XXI) De acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16 y modificado por su similar Nº 47/17, no resulta necesario el dictado de un acto administrativo, siendo suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio– y, por supuesto, la suscripción de la orden de compra respectiva por la autoridad competente.

ADHESIÓN VOLUNTARIA.

DICTAMEN ONC Nº 40/2013.

Fecha de emisión: 8 de febrero de 2013.

Referencias: Adhesión voluntaria al Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Garantía.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO de la ARMADA ARGENTINA, solicitó asesoramiento en cuanto a la aplicabilidad del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 a los contratos de obra pública.

Específicamente, el organismo consultó si resulta jurídicamente viable la adhesión voluntaria al artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, para ser aplicado en una contratación directa interadministrativa cuyo objeto es una obra pública, considerando que la Ley N° 13.064 y sus normas complementarias no regulan expresamente un trámite específico para dichas contrataciones.

El objeto de la obra era la construcción, provisión, instalación, puesta en marcha y pruebas (HAT) y (SAT) de un radar secundario para el Rompe hielos ARA "ALMIRANTE IRIZAR", la que probablemente se llevara a cabo con INVAP S.E., en vista a su especificidad.

Consecuentemente, se requirió la opinión de esta Oficina Nacional sobre la posibilidad de adherirse voluntariamente a la aludida disposición del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, a los efectos de eximir a la empresa del Estado INVAP S.E. de la obligación de presentar garantías.

Normativa examinada.

- Artículos 4 y 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 prevé la posibilidad de adhesión voluntaria, en cuanto a los contratos excluidos y/o entidades y jurisdicciones no comprendidas en ese Reglamento, destacando que podrá aplicarse "en lo que fuera pertinente", y que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES brindará el soporte técnico y legal para su instrumentación. La instrumentación de esta adhesión voluntaria puede realizarse a través del dictado de un decreto mediante el cual se establezca la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 a los contratos de obra de pública.

II) Dicha adhesión podrá ser total o parcial, de acuerdo a las particularidades específicas de cada caso.

DICTAMEN ONC Nº 184/2015.

Fecha de emisión: 30 de junio de 2015.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 893/12. Diferencias. Obra Pública. Normas aplicables. Posibilidad de adherir voluntariamente y/o de aplicar en forma supletoria las disposiciones del reglamento aprobado por el Decreto 893/12 a los contratos de obra pública. Determinación del carácter de obra pública nacional.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el objeto de que emita opinión sobre la posibilidad de que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, ya sea a través de la adhesión voluntaria o bien por vía supletoria, aplique el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12, a procedimientos licitatorios llevados a cabo en diversas áreas protegidas situadas en zonas inhóspitas y/o alejadas de los centros urbanos, para la ejecución de contratos de obra pública de “menor envergadura”.

Es decir, en los términos planteados por la entidad consultante, la intención de aplicar el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –vía adhesión voluntaria o en forma subsidiaria–, a obras públicas de menor significación económica, tiene por fin implementar un marco normativo más adecuado a las particularidades de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPyME’s) locales, poniendo de manifiesto que bajo el estricto régimen de la Ley Nº 13.064 y sus normas complementarias, diversos procedimientos de selección han resultado desiertos o fracasados, principalmente en razón de que oferentes y/o posibles interesados no reunían los requisitos mínimos para inscribirse en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Vale resaltar que las razones esgrimidas por el organismo de origen como fundamento de la necesidad de aplicar el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se vinculaban, en mayor o menor medida, con el hecho de que diversos procedimientos de selección resultaron desiertos o fracasado en razón de que los oferentes no reunían los requisitos mínimos para inscribirse en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º, 5º, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º, 3º y 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156.
- Artículo 44 de la Ley Nº 25.997.
- Artículos 1º y 13 de la Ley de Obras Públicas N° 13.064.
- Artículo 1° del Decreto Nº 19324/49.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a dicho tipo de contrato, así como por los sujetos autorizados a llevarlas a cabo, están reguladas por la Ley Nº 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01, en la medida en que no se opongan a su régimen propio (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/11, 40/13, 316/13, 386/13, entre otros).

II) Si bien el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es más acotado que el del Decreto Delegado Nº 1023/01 –el primero sólo comprende a las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL–, igualmente alcanza a la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, por tratarse de una entidad autárquica actuante en la órbita del MINISTERIO DE TURISMO; 2) El ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 también es más acotado que la norma a la cual reglamenta, en tanto sólo resulta de aplicación a los contratos comprendidos en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado Nº 1.023/01. Más precisamente, en cuanto concierne al aludido ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, el artículo 3º inciso e) estipula expresamente que quedan excluidos, entre otros, los contratos de obras públicas enumerados en el artículo 4º inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus modificatorios.

III) En principio, las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no resultan de aplicación a los contratos de obra pública, sin perjuicio de la posibilidad de adhesión voluntaria y/o aplicación supletoria.

IV) Esta Oficina Nacional ha aceptado la posibilidad de que en el marco de un contrato de obra pública regido por la Ley Nº 13.064, puedan aplicarse determinados preceptos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ya sea por vía supletoria, analógica o bien mediante una adhesión voluntaria (v. Dictámenes ONC Nros. 386/13 y 387/13).

V) La adhesión voluntaria, prevista en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es un novedoso instituto tendiente a integrar lagunas o cubrir vacíos normativos. Tratándose en este caso de una entidad autárquica, la instrumentación de la adhesión podrá realizarse a través del dictado de una Resolución del HONORABLE DIRECTORIO de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

VI) Dicha adhesión podrá ser total o parcial, pero siempre bajo la premisa de no desnaturalizar, subvertir o desvirtuar la regulación propia y específica del tipo de contrato de que se trata. No es lícito procurar la adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento a eventuales oferentes de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico instituido por la Ley Nº 13.064, máxime si no se pierde de vista que es el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 el que mantiene incólume la vigencia de la Ley de Obras Públicas y se subordina a ella en dicha materia, al fijar su propia aplicabilidad de manera subsidiaria y en tanto no haya colisión.

VII) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 prevé expresamente la posibilidad de adhesión voluntaria para que resulte jurídicamente viable su aplicación –en particular– a contratos excluidos como los de obra pública, pero con una salvedad no menor: "en lo que fuera pertinente". Al respecto, esta Oficina Nacional ha dicho: *"…es posible sostener que la expresión 'en lo que fuera pertinente' contempla tanto la posibilidad de adhesión en forma total como parcial, de acuerdo a las particularidades específicas de cada caso."* (Dictamen ONC Nº 40/13).

VIII) La mentada frase no puede dejar de interpretarse, desde otro ángulo, como una clara limitante a la hora de evaluar la aplicación del Reglamento de que se trata a un régimen que no le es propio, en consonancia con lo regulado en el artículo 35 del Decreto Delegado Nº 1023/01, donde se enfatiza que las disposiciones de su Título I serán aplicables a los contratos de obras públicas, "en tanto no se opongan a sus prescripciones".

IX) Ello así, por cuanto las diversas normas que integran el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional bien pueden servir para integrar eventuales lagunas que presente la Ley Nº 13.064 –previo juicio de compatibilidad y adecuación–, pero de ningún modo podrían ser invocadas para desnaturalizar, subvertir o desvirtuar la regulación propia y específica del tipo de contrato de que se trata, máxime si no se pierde de vista que es el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 el que mantiene incólume la vigencia de la Ley de Obras Públicas y se subordina a ella en dicha materia, al fijar su propia aplicabilidad de manera subsidiaria y en tanto no haya colisión. Sólo así pueden interpretarse coherentemente las previsiones de los artículos 35 y 38 del aludido Decreto Delegado, junto con la expresión "en lo que fuera pertinente", receptada en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

X) A través del artículo 13 de la Ley Nº 13.064 se creó el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas contratantes para la ejecución de obras públicas nacionales. Importante es destacar, por consiguiente, que en los casos en que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES haya encuadrado legalmente un contrato en el marco de la Ley Nº 13.064, resultará exigible el requisito de incorporación en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, en los términos y con los alcances establecidos en la normativa vigente y conforme la interpretación que al respecto haga el MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS en su carácter de autoridad de aplicación.

XI) La adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 de ningún modo podría ser lícitamente utilizada como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico propio de la obra pública.

XII) Respecto de la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 a un contrato de obra pública, será jurídicamente viable en relación a todo lo no previsto y/o no vedado por el régimen de la Ley Nº 13.064. En sentido contrario, cuando las prescripciones del Reglamento –que pretendan aplicarse a un contrato de obra pública, por la vía que fuere– se opongan al régimen de la Ley Nº 13.064 o a sus normas modificatorias y/o complementarias, dicha aplicación por adhesión o supletoria deberá reputarse jurídicamente impertinente y no podrá llevarse a cabo.

XIII) Finalmente, dado el rol preponderante que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES reconoce desde siempre a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas (MIPyME's) dentro del modelo de crecimiento económico regional con inclusión social, así como también la trascendencia de los fines públicos comprometidos en los contratos que propicia celebrar la entidad consultante, se sugiere contemplar la posibilidad de encuadrar futuras contrataciones –especialmente las de bajo presupuesto o menor envergadura– dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento, cuando sea posible calificarlas como locaciones de obra o servicios, por ejemplo, siguiendo los lineamientos que a continuación se exponen. Ello, a fin de fomentar la participación de MIPyME's locales, en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social de la región y del país.

XIV) Si bien existe una ley específica para la obra pública, también es cierto que el Decreto Delegado N° 1023/01 contempla, entre otros, al contrato de locación de obra. La interpretación armónica de ambos regímenes debe buscarse, muchas veces, en una razonable relación entre el costo de los trabajos y el valor del inmueble objeto de los mismos, o en la circunstancia de que los trabajos a realizarse determinen o no una sustancial alteración del valor del edificio (Dictamen ONC Nº 265/07).

XV) Consecuentemente, en lo que respecta a la regulación jurídica a aplicar en cada caso, para enmarcar una determinada contratación en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional o en el de Obras Públicas deberán evaluarse simultáneamente (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 600/10, 633/10, entre otros):

<u>La naturaleza de las prestaciones involucradas.</u>

En el marco del Dictamen ONC N° 265/07 se sostuvo: "*La interpretación armónica de ambos regímenes, a nuestro juicio, impone distinguir entre 'mantenimientos menores' (servicios de reparación) y 'mantenimientos mayores' (trabajos comprendidos en el régimen de las obras públicas). El límite entre unos y otros, que no es demasiado preciso, debería buscarse en una razonable relación entre el costo de los trabajos y el valor del inmueble objeto de los mismos, o en la circunstancia de que los trabajos a realizarse determinen o no una sustancial alteración del valor del edificio.".*

Luego, en el Dictamen ONC Nº 314/07 se añadió: *"…se deben aplicar las previsiones de la Ley Nº 13.064 siempre que se encuentre comprometida la realización de una obra nueva, de infraestructura o una ampliación mejorativa de construcciones ya existentes, financiada por el Tesoro de la Nación "*.

Así, bajo el prisma del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por Ley Nº 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss). De darse alguno de estos supuestos, por citarlos de ejemplos, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable por la Administración consultante.

La clasificación del gasto. Mantenimientos menores y mantenimientos mayores.

Esta Oficina Nacional opinó en el Dictamen ONC N° 265/07 que: "*La partida parcial 333 del Manual de Clasificaciones Presupuestarias (Servicios No personales – Mantenimiento reparación y limpieza – Mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo) se define como 'Servicios de mantenimiento y reparaciones menores de equipos y maquinarias a efectos de su normal funcionamiento'. Estos trabajos son los que corresponde efectuar conforme con el régimen aprobado por el Decreto Nº 1023/2001.*

En cambio, se aplica la Ley de Obras Públicas Nº 13.064 cuando se trate de 'la realización de obras que permanecen con carácter de adherencia al suelo, formando parte de un todo indivisible, como así también las ampliaciones mejorativas, de construcciones ya existentes. Se consideran como tales: caminos, diques, puentes, edificios, canales de riego, desagues o navegación, sistemas de balizamiento, redes de comunicaciones, distribución de energía, de agua, fábricas, usinas, etc…'. (Descripción de la partida principal 42 del citado Manual).".

Frente a la necesidad de efectuar reparaciones, debería determinarse si se trata de reparaciones mayores –encuadrándose en la Ley Nº 13.064– o menores –en el Régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamento, como locación de obra o servicios–.

La fuente de financiamiento respectiva.

Finalmente, en relación a este punto, en el Dictamen ONC N° 633/10 se dijo: *"…no se encuentra asignada la fuente de financiamiento Nº 11 (correspondiente al Tesoro Nacional), según la Clasificación del Gasto por Fuente de Financiamiento, establecida por el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional"*, agregando que: *"…por aplicación de un criterio de exclusión, las labores, en el caso sub examine, se deberán realizar bajo el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional y, más específicamente, encuadrado bajo la figura de locación de obra.".*

En suma, esta Oficina Nacional entiende que, en futuras contrataciones, la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES podría considerar estos criterios a fin de dilucidar si se trata necesariamente de una obra pública –en cuyo caso quedará regulada por su normativa propia, pudiendo adherirse voluntariamente el organismo y/o aplicar supletoriamente sólo aquellos preceptos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 que resulten compatibles– o si, por el contrario, el objeto podría válidamente subsumirse en alguno de los tipos contractuales previstos en el artículo 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 316/2015.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2015.

Referencias: Adhesión voluntaria al Régimen de contrataciones. Organismo no comprendido dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado 1023/01 y su reglamento. Posibilidad de adherirse voluntariamente. Forma de instrumentarlo.

Consulta:

Se requirió la opinión de la ONC para que emita opinión sobre la posibilidad de que el INSTITUTO NACIONAL DE REASEGUROS SOCIEDAD DEL ESTADO (en liquidación) se adhiera voluntariamente al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01.

En efecto, el Instituto fue declarado en estado de disolución a partir del 31 de marzo de 1992 mediante el Decreto N° 171/92, no obstante lo cual, se veía en la necesidad de llevar a cabo contrataciones de bienes y servicios necesarios para la consecución de las actividades tendientes a su liquidación.

En virtud de ello, el liquidador del INSTITUTO NACIONAL DE REASEGUROS SOCIEDAD DEL ESTADO (en liquidación) solicitó la adhesión, dado que el Instituto no se encontraba obligado a aplicar el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Normativa examinada:

- Artículo 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 4° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 8º de la Ley N° 24.156.
- Ley N° 14.152.
- Decreto Nº 171/92.
- Resolución de la ex SECRETARÍA DE HACIENDA Nº 18/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El INSTITUTO NACIONAL DE REASEGUROS S.E. (en liquidación) se encuentra comprendido en el inciso b) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01. Tampoco se encuentra comprendido –por obvias razones– en el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

II) El artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 prevé la posibilidad de adhesión voluntaria, en cuanto a los contratos excluidos y/o entidades y jurisdicciones no comprendidas en ese Reglamento, destacando que podrá aplicarse "*en lo que fuera pertinente*", y que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES brindará el soporte técnico y legal para su instrumentación. En virtud de esta disposición, es posible sostener que la expresión "*en lo que fuera pertinente*" contempla tanto la posibilidad de adhesión en forma total como parcial, de acuerdo a las particularidades específicas de cada caso.

III) Para llevar a cabo la adhesión voluntaria al mencionado Reglamento, la entidad consultante deberá emitir un acto emanado por la autoridad competente que corresponda, conforme su régimen, en el cual se instrumente la voluntad de adherir al Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, sin que para ello resulte necesaria la autorización previa por parte de esta Oficina Nacional. Asimismo, en el respectivo acto de adhesión deberá indicarse si la misma pretende llevarse a cabo en forma total o parcial, y en su caso, mencionar específicamente las normas a la cual adhiere.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09040121-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 17 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Adhesión voluntaria. Contrato de obra pública. Contratos de obras y servicios. Deslinde.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que brinde asesoramiento respecto de si existe un encuadre legal en la normativa actualmente vigente que le permita a la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES aplicar un instituto similar al de la adhesión voluntaria, anteriormente receptada en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 3º, inciso e) del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1251 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El encuadre legal de las contrataciones es una competencia del resorte exclusivo de la jurisdicción o entidad de que se trate (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/11 y 184/15, entre otros).

II) No es lícito procurar la adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento a eventuales oferentes de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico instituido por la Ley Nº 13.064.

III) En determinados supuestos, ciertas obras y/o trabajos a contratar por parte de las áreas protegidas de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES pueden, por sus características, subsumirse directamente en el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en cuyo caso dicha normativa resultará de aplicación directa –valga la redundancia–; es decir, no supletoria, ni subsidiaria ni por adhesión. La utilización del verbo “pueden” en lugar de “deben” no ha de interpretarse como si la determinación del encuadre legal se tratara de una decisión puramente discrecional de la autoridad competente, sino que se explica al reparar en la circunstancia –muchas veces señalada por este Órgano Rector, particularmente cuando se trata de obras menores– relativa a la existencia de un límite impreciso entre el ámbito de aplicación de la Ley Nº 13.064 y el correspondiente al Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, lo cual complejiza el deslinde entre ambos regímenes.

IV) Si bien asiste razón al servicio jurídico preopinante al señalar que el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional actualmente vigente no contempla el

instituto de la adhesión voluntaria no caben dudas –a la luz de lo expuesto– que en la anterior intervención de esta Oficina Nacional no se pretendió sugerir que la adhesión voluntaria fuese el único camino jurídicamente viable para aplicar el entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, sino que, en aquellos supuestos en que el organismo contratante haya encuadrado una determinada contratación bajo el régimen de la Ley Nº 13.064 –por entender ello ajustado a derecho–, el instituto de la adhesión podía ser utilizado con el fin de integrar lagunas o cubrir los vacíos que pudiere presentar dicha norma, siempre y cuando no se desnaturalice por esa vía el régimen propio de la obra pública. A su vez, a renglón seguido se sugirió contemplar la posibilidad de encuadrar futuras contrataciones –especialmente las de bajo presupuesto o menor envergadura– dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento, cuando fuese posible calificarlas como locaciones de obra o servicios. Pero dicho encuadre no sería "vía adhesión", sino por aplicación directa.

V) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a las locaciones de obras y servicios. En relación a estas últimas, bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss).

VI) A lo expuesto, el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación añade que: *"…Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega."*. En efecto, de darse alguno de estos supuestos el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional será plenamente aplicable en forma directa (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, de fecha 18 de noviembre de 2016).

VII) El instituto de la adhesión voluntaria no se encuentra contemplado en el actual Reglamento aprobado por el Decreto N°1030/16. Siendo ello así, esta Oficina Nacional considera que, en la medida en que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo tanto del Decreto Delegado N° 1023/01 como del Decreto N° 1030/16, deberá aplicar dicha normativa en forma directa y prescindir del régimen propio de la obra pública, en los casos en que existan argumentos atendibles para encuadrar las obras y/o trabajos como "locaciones de obra" o "locaciones de servicios", para lo cual deberá evaluarse en forma conjunta y motivada –bajo el prisma del principio de razonabilidad– la naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); la clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); la fuente de financiamiento respectiva, entre otros criterios.

VIII) Por el contrario, cuando corresponda encuadrar la contratación en el régimen de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064 deberá estarse a las previsiones de dicha normativa, junto con sus modificatorias y complementarias. En este último supuesto este Órgano Rector no advierte reparos para la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 en

relación a todo lo no previsto por la Ley Nº 13.064, siempre y cuando la pretendida aplicación subsidiaria del Reglamento no resulte incompatible con el régimen propio y específico de los contratos de obra pública, extremo que deberá examinarse en cada caso concreto.

ADJUDICACIÓN POR GRUPO DE RENGLONES.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Cotización y adjudicación por grupo de renglones. Cotizaciones parciales.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de diversos extremos, entre ellos la cotización de los renglones en forma agrupada y por renglón total, así como también sobre la posibilidad de efectuar cotizaciones parciales.

Normativa examinada:

- Artículos 9º y 31 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 16 inciso 4º y 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente permite ofertar y adjudicar por grupo de renglones, pero tratándose de una medida restrictiva de la concurrencia, debe necesariamente estar claramente establecido en el pliego de bases y condiciones particulares, con una adecuada explicación de la finalidad pública que se persigue con ello.

II) En cuanto a la posibilidad de efectuar cotizaciones parciales, la autoridad competente para aprobar el pliego de bases y condiciones particulares podrá disponer que no se aceptarán ofertas parciales, aunque deberá hacerlo fundadamente.

III) La normativa permite que en los pliegos de bases y condiciones particulares se prohíba la cotización parcial de renglones y asimismo permite que se fijen adjudicaciones por grupo de renglones o por el total. No obstante lo señalado, sobre la adopción de tales medidas en este procedimiento en particular, no corresponde que esta Oficina se expida por cuanto hace a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia de la autoridad llamada a decidir y asimismo tiene que ver con cuestiones técnicas del objeto contractual sobre las cuales esta Oficina tampoco tiene competencia para expedirse.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA APN.

DICTAMEN ONC Nº 444/2013.

Fecha de emisión: 17 de diciembre de 2013.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo. Contratos comprendidos. Contrato con una empresa extranjera con participación estatal mayoritaria del Estado de Israel. Contrato con estado extranjero. Contrato excluido del régimen.

Consulta:

Se requirió la intervención de la Oficina Nacional, a los efectos de dictaminar si el caso bajo análisis se encontraba comprendido dentro del ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 o, si por el contrario, se encontraba excluido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso c) del citado Decreto.

Es dable mencionar que en dichas actuaciones obraban documentación referida a reuniones mantenidas entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) y la empresa ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD. (IMI) –cuya propiedad era del Estado de Israel en su totalidad–, con el objeto de propiciar la celebración de un Acuerdo de Cooperación para adquirir las capacidades requeridas tendientes la producción nacional de la munición calibre 105 mm. para el Tanque Argentino Mediano.

Ergo, resultaba ineludible determinar si la figura de una empresa gubernamental de propiedad absoluta del Estado de Israel se encontraba subsumida en el concepto de "Estado extranjero", en los términos del artículo 5° inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Resulta ilustrativo mencionar que al tomar intervención diversas áreas de la entidad de origen, las mismas efectuaron las siguientes consideraciones:

1) En la medida en que los organismos cocontratantes sean entidades públicas conformadas exclusivamente por uno o más estamentos del Estado son, naturalmente, organismos públicos estatales (con indiferencia de tratarse de un organismo autárquico, descentralizado o bajo forma societaria, tal por caso, una Sociedad Anónima o una Sociedad del Estado. Sostener la postura del criterio amplio sería posible y admisible teniendo en cuenta la falta de norma expresa o dictamen que indique lo contrario.

2) La presente operación se inscribe en el marco de una relación bilateral preexistente de promoción de la cooperación en materia de Defensa entre el Estado de Israel y la República

Argentina, específicamente orientada al desarrollo conjunto y transmisión de capacidades militares industriales y tecnologías. Las bases de tal relación fueron sentadas con la celebración del citado Memorando de Entendimiento (MDE) entre los Ministerios de Defensa de ambas partes en diciembre de 2010.

Normativa examinada:

- Artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, el Régimen General de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado Nº 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 4º 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.

II) Por su parte, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos: 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 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 de contratos que la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control; d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.

III) Esta Oficina Nacional comparte el criterio amplio desarrollado por el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DGFM, en el sentido de considerar "Estado extranjero" a todo organismo público estatal, independientemente de que se trate de organismos autárquicos, descentralizados o bajo forma societaria. Ese mismo criterio es el adoptado a nivel local por la normativa al considerar como "Contrataciones Interadministrativas" no solo a las que se celebren con jurisdicciones o entidades del Estado Nacional, Provincial, Municipal o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sino también a las que se celebren con empresas o sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado.

IV) La contratación propiciada, en virtud de la naturaleza estatal de los organismos intervinientes, y por tratarse el cocontratante de una entidad perteneciente a un Estado extranjero, se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, por aplicación del artículo 5° inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 110/2014.

Fecha de emisión: 27 de marzo de 2014.

Referencias: Inaplicabilidad del Régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 a las contrataciones con financiamiento parcial de BID. Contratos con organismos multilaterales de crédito. Contratación parcialmente financiada por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). Contrato excluido del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por aplicación del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 292/14) mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba: 1) Aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 16/12 denominada "PROYECTO DE GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN CARLOS DE BARILOCHE Y DINA HUAPI, REMEDIACIÓN DEL BASURAL EXISTENTE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO"; 2) Adjudicar la ejecución de la obra a la firma OPS S.A., por la suma de PESOS VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL TREINTA CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 24.305.030,89.-), en el marco del "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos", parcialmente financiado por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

Se requería especialmente la opinión de la Oficina respecto a si el marco legal en el que correspondía encuadrar la contratación propiciada era el Régimen establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01 y su reglamentación o bien si se trataba de una operación excluida de dicho Régimen.

Normativa examinada:

- Artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante el dictado del Decreto Nº 1524 de fecha 6 de noviembre de 2007 se aprobó el Modelo de Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, destinado a la ejecución del mencionado Programa, con el propósito de apoyar la sustentabilidad ambiental en los municipios turísticos del país.

III) A través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) se comprometió a asistir financieramente a la REPUBLICA ARGENTINA, a fin de posibilitar la ejecución del PROGRAMA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS EN MUNICIPIOS TURISTICOS, por un monto de DOLARES ESTADOUNIDENSES SESENTA MILLONES (U$S 60.000.000)

IV) En ese marco se suscribió el Convenio de Adhesión de fecha 6 de septiembre de 2012, entre el MINISTERIO DE TURISMO y el Municipio de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, con el objeto de establecer las condiciones de ejecución de las obras y actividades previstas en el "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos" en jurisdicción del aludido municipio, en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA a través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR.

Corresponde, asimismo, tener presente que en el referido Convenio de Adhesión se establecieron las condiciones de licitación y de ejecución de las obras del mentado Programa en jurisdicción del MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con sujeción a las políticas para la adquisición de obras y bienes con financiamiento del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID).

V) La UNIDAD EJECUTORA DE PRÉSTAMOS INTERNACIONALES (UEPI) depende orgánicamente del MINISTERIO DE TURISMO y fue concebida con la finalidad de gestionar y ejecutar los Programas financiados por organismos de crédito internacional que tienen al MINISTERIO DE TURISMO como Organismo Ejecutor.

VI) Ninguna duda cabe en cuanto a que los trabajos de obra que se procuran contratar mediante el procedimiento de selección identificado como Licitación Pública Nacional Nº 16/2012 llevada a cabo por la UEPI serán parcialmente financiados por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

VII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, por encontrarse parcialmente financiada por una institución multilateral de crédito –BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO– , en los términos del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y, a su vez, por no advertirse cláusula contractual alguna por la cual la REPÚBLICA ARGENTINA y el BID hayan establecido de común acuerdo la sujeción voluntaria al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

DICTAMEN ONC Nº 404/2014.

Fecha de emisión: 20 de octubre de 2014.

Referencias: Contrato financiado parcialmente a través del Préstamo BID. Contrato financiado por instituciones multilaterales de crédito. Inexistencia de cláusula de sujeción voluntaria al Régimen de Decreto Delegado Nº 1023/01. Contratos excluidos. Ámbito de aplicación subjetivo.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2075/14), mediante el cual se propiciaba aprobar la redeterminación de precios solicitada por la firma DESLER S.A., por la suma de PESOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO CON DIEZ CENTAVOS ($ 7.826.665,10).

Resulta pertinente destacar que mediante la Decisión Administrativa Nº 142/14 se había aprobado lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 14/12 denominada “PROYECTO DE GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN CARLOS DE BARILOCHE Y DINA HUAPI, MÓDULO DE RELLENO SANITARIO, PROVINCIA DE RÍO NEGRO”, adjudicándose la ejecución de la obra de marras en favor de la firma DESLER S.A., en el marco del “Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios

Turísticos", parcialmente financiado por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

Así, mediante el dictado del Decreto Nº 1524 de fecha 6 de noviembre de 2007 se aprobó el Modelo de Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, destinado a la ejecución del mencionado Programa.

En ese marco se suscribió el Convenio de Adhesión, de fecha 6 de septiembre de 2012, entre el ex MINISTERIO DE TURISMO y el MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con el objeto de establecer las condiciones de ejecución de las obras y actividades previstas en el "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos" en jurisdicción del aludido municipio, en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA a través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR.

Corresponde, asimismo, tener presente que en el referido Convenio de Adhesión se establecieron las condiciones de licitación y de ejecución de las obras del mentado Programa en jurisdicción del MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con sujeción a las políticas para la adquisición de obras y bienes con financiamiento del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID).

Normativa examinada:

- Artículos 2º y 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 1º del Decreto Nº 1524/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Ninguna duda cabe en cuanto a que los trabajos de obra adjudicados a la firma DESLER S.A., en el marco del procedimiento de selección identificado como Licitación Pública Nacional Nº 16/2012 llevada a cabo por la UEPI, son parcialmente financiados por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

II) En consecuencia, siendo el BID un organismo multilateral de crédito, que en la actualidad se encuentra integrado por CUARENTA Y OCHO (48) países miembros, entre ellos la REPÚBLICA ARGENTINA (http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/informacion-basica,6550.html), esta Oficina Nacional coincide con las opiniones vertidas por los servicios jurídicos preopinantes en cuanto a que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 665/11 y Nº 873/12).

III) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en los términos del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01, por encontrarse parcialmente financiada por una institución multilateral de crédito –BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO–, máxime cuando, habiéndose compulsado la documentación, no se advierte cláusula contractual alguna por la cual la REPÚBLICA ARGENTINA y el BID hayan establecido de

común acuerdo la sujeción voluntaria al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

IV) Por las razones expuestas, esta Oficina Nacional carece de competencia para expedirse en torno al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2075/2014), mediante el cual se propicia aprobar la redeterminación de precios solicitada por la firma DESLER S.A.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de octubre de 2017.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo. Alcance del término "servicios". Convenios de colaboración y cooperación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiera en torno a si diversas actividades que fueron objeto de convenios celebrados por la ex AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (AFSCA) con diversas entidades, públicas y privadas–: *"…constituirían un servicio a la luz del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional."*.

Los convenios examinados presentaban –en líneas generales– las siguientes notas comunes:

a) Se trataba de figuras asociativas regidas por criterios de colaboración, cooperación y asistencia técnica, entre la AFSCA y diversas entidades, públicas y privadas (v.g. cooperativas, universidades nacionales, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles, una cartera ministerial), tendientes –directa o indirectamente– al cumplimiento de misiones propias de la AFSCA; más precisamente: la promoción de la comunicación como un servicio de carácter social, al desarrollo de mecanismos destinados a la desconcentración y democratización del derecho de expresar, recibir, investigar y difundir información, ideas y opiniones, etc., siendo estos unos de los fines primordiales de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522. En todos los casos se invocó el inciso 30) del artículo 12 de la referida ley, en tanto precepto normativo que facultaba a la entonces AFSCA a celebrar toda clase de contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas, pero con la expresa aclaración que tales competencias debían ejercerse "conforme la normativa vigente.". También se fundó la competencia en el apartado 5.24 del Reglamento Interno aprobado por Resolución AFSCA Nº 312/10, norma que habilitaba al Presidente del Directorio de la AFSCA a suscribir convenios con entidades públicas o privadas para el logro de los objetivos previstos.

b) Las prestaciones comprometidas tenían por fin la promoción de actividades (v.g. talleres de capacitación, ponencias, mesas de trabajo, encuentros, ciclos de intercambio, financiación de becas para una tecnicatura universitaria en gestión de medios comunitarios, producción de proyectos comunitarios de comunicación audiovisual, etc.) en favor de terceros

(v.g. integrantes de radios comunitarias, cooperativas constituidas a través de programas sociales, jóvenes de todo el país, actores del sector audiovisual comunitario, pueblos originarios, estudiantes universitarios), aspirando a que éstos obtuviesen determinados beneficios, tales como la inserción socio-laboral de jóvenes en situación de vulnerabilidad social de todo el país, la adquisición de saberes, habilidades y competencias vinculadas a la comunicación audiovisual comunitaria a través de estrategias de entrenamiento laboral, etc.

c) Entre las diversas obligaciones que en cada uno de los aludidos convenios asumió la AFSCA, se destacaban los aportes dinerarios –inciso 5, Partida Principal 1, Partida Parcial 7, transferencias a otras instituciones culturales y soc. s/ fines de lucro)–, que la referida entidad se comprometía a girar a las entidades firmantes para que éstas llevaran a cabo tales actividades y de este modo solventar los proyectos, en su totalidad o en algunos casos parcialmente. Esto es, salidas de fondos sin contraprestación, aplicados exclusivamente para la ejecución del objetivo previsto en cada convenio, ya sea que fueren transferencias de carácter intersectorial (del sector público a los sectores privado y externo) o intrasectorial (dentro del propio sector público), en los términos del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional. Sexta edición. 2013. Pág. 115 (disponible online en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/manuales/clasificador13.pdf).

d) Los cocontratantes se obligaron, en términos generales, a aportar su capacidad operativa, equipo de capacitadores y expertos, etc., en pos de la consecución del objetivo u objetivos propuestos. Entre las principales actividades a su cargo pueden citarse: intervenir en la definición de los contenidos y estructuras de los programas a implementar, llevar adelante capacitaciones, realizar seguimiento de tareas, etc.

e) Se contemplaron mecanismos de rendición de erogaciones y gastos aplicados, junto con informes de resultados, incluyendo –por caso– la obligación en cabeza del cocontratante de devolver las sumas de dinero que no hayan sido utilizadas.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 2°, 4º y 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 2º del Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º, 2º, 3º y 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la medida en que el –actualmente derogado– artículo 10 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522 creó a la entonces Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, cabe colegir que dicha entidad se encontraba incluida tanto en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01, así como también en el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A idéntica conclusión corresponde arribar respecto del actual ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM), en tanto se trata de una entidad descentralizada que funciona en el ámbito del MINISTERIO DE COMUNICACIONES (v. artículo 1º del Decreto Nº 267/15).

II) En cuanto respecta al ámbito de aplicación objetivo, queda claro que el Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente (cláusula residual).

III) El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado Nº 1023/01 a todos los contratos cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

IV) A su vez, el artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 establece que toda contratación que realice la Administración Nacional se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado. En cuanto a ello, autorizada doctrina tiene dicho que: *"En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa…",* a lo que se añadió: *"…el RCAN* [Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional] *configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación ('zona común de la contratación administrativa') a los contratos de objeto privado…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 11 y ss.).

V) En virtud de lo expresado, el principio es la aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 respecto de la totalidad de los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, sin perjuicio de las excepciones enumeradas en el artículo 5º. No ha de soslayarse que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contempla en su objeto tanto obras como bienes y servicios, mientras que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 circunscribía su aplicación únicamente a bienes y servicios; más precisamente a todas las contrataciones comprendidas en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones y a aquellas no excluidas expresamente.

VI) En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, esto es, a los tipos de contratos que se reglamentan, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 reenvía a los indicados en el art. 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01, que enuncia de modo no taxativo y que básicamente tienen por objeto la adquisición y/o prestación de bienes y servicios (Cfr. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Ábaco. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2013. Págs. 37 y ss.).

VII) Ninguna de las citadas normas brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por "servicios". Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas, las cuales se limitan a enumerar los contratos excluidos –entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los de empleo público en tanto servicios a título personal en relación de dependencia–, y a enunciar los

contratos comprendidos, con la salvedad de que deberán considerarse incluidos todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

VIII) El artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé –en sintonía con lo contemplado en el artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía. Desde esa atalaya, resulta útil indagar el sentido jurídico que se le otorga al término "servicio" y a la figura del "contrato de servicios" en el derecho privado.

IX) Bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (v. Artículo 774 CCyC).

X) Al respecto, se ha sostenido que: *"…Para el Diccionario de la Lengua Española, servicio (que es un vocablo multívoco) es, en su vigésima acepción, 'prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales'* (…) *En materia económica, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto como elemento determinante…"* (LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo V. Rubinzal-Culzoni Editores. 1era. edición. Santa Fe, 2015. Págs. 162 y ss.).

XI) Por otra parte, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación, hay contrato de servicios cuando una persona –el prestador de servicios–, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a proveer un servicio mediante una retribución.

XII) Las prestaciones involucradas en los convenios examinados presentan naturaleza heterogénea y/o compleja, circunstancia que dificulta la tarea de encuadrarlas jurídicamente en la normativa aplicable. No obstante ello, no se advierten fundamentos de índole jurídica que permitan afirmar –enfática y categóricamente– que se trata de supuestos excluidos del ámbito de aplicación objetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Por el contrario, ante la duda corresponde considerarlos incluidos.

XIII) Se presenta una relación tripartita: Por un lado, la que vinculó a la AFSCA con los cocontratantes (cooperativas, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles) en el marco de contratos *sui generis*, a excepción de los siguientes: "Convenio Cooperación Técnica en Materia de Comunicación Audiovisual entre la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Universidad Nacional de Quilmes" y "Convenio de Asistencia Técnica y Colaboración entre el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata". Estos últimos, dada la naturaleza de las partes intervinientes se incardinan dentro de las denominadas relaciones interadministrativas entre

entes públicos, las que se encuentran normativamente contempladas en el artículo 25, inciso d) apartados 8º y 9º del Decreto Nº 1023/01 y que se caracterizan por: *"…carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado…"* (Dictámenes PTN 121:32; 201:229; 225:71).

XIV) Por otra parte, el eventual vínculo entre la AFSCA y los terceros beneficiarios de los distintos planes de acción podría llegar a enmarcarse en las denominadas "relaciones de fomento", sin que sea objeto del presente dictamen adentrarse en el análisis de las diversas modulaciones susceptibles de configurarse en dicho marco, en tanto se trata de una materia que excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

XV) Si bien es cierto que la Ley Nº 26.522 otorgaba a la ex Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual la facultad de celebrar contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas (art. 12, inc. 30), tal competencia debía ser ejercida "conforme la normativa vigente" y ahí es donde cobra relevancia la cláusula residual prevista tanto en el Decreto Nº 1023/01 como en su reglamentación. De este modo, sólo estarían excluidos aquellos acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos mencionados en el artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01, lo cual no se verifica en el presente caso.

XVI) Desde esa óptica, no ha de perderse de vista que ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional ni su reglamentación excluyen de su ámbito de aplicación a los convenios objeto de consulta, ni existe una regulación específica sobre la materia, como sí acontece en otras latitudes.

XVII) Esta Oficina Nacional se ha expedido en el marco del Dictamen ONC Nº 446/09, donde se trajo a consideración un Convenio Marco de Cooperación Técnica suscripto con fecha 2 de julio de 2007 por la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, la ex SUBSECRETARÍA DE TIERRAS PARA EL HÁBITAT SOCIAL de la mencionada Secretaría y la UNIVERSIDAD POPULAR DE RESISTENCIA, de la Ciudad de Resistencia, Provincia de Chaco. En dicha oportunidad se opinó que: *"…las características de las prestaciones a cargo de la Universidad Popular de Resistencia conforme con el Proyecto de Capacitación glosado a fs. 132/157 no se corresponden con ninguna de las figuras jurídicas enumeradas en el artículo 5 del Decreto Nº 1023/2001 y, por lo tanto, no resultaría un contrato excluido del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública en razón del objeto de la contratación* (…) *En atención a lo expuesto, corresponde concluir que el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública resultaría aplicable al convenio celebrado en los presentes actuados.".*

XVIII) Posteriormente, en el marco del Dictamen ONC Nº 510/09 la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA solicitó asesoramiento con respecto a la celebración de un Convenio Marco de Cooperación y Asistencia con la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA NACIONAL. En dicha oportunidad se expresó: *"…La relación entre el organismo contratante y la Universidad Tecnológica Nacional, por aplicación de dicho principio, podría instrumentarse mediante un convenio interadministrativo* (…) *Lo expuesto resulta aplicable a los Programas de Asistencia Técnica que surjan de ese convenio, por cuanto también se enmarcan en la esfera de las*

contrataciones interadministrativas por la naturaleza pública de las partes (…) *El Convenio Marco de Cooperación y Asistencia entre la Universidad Tecnológica Nacional y la Gendarmería Nacional Argentina, y los Programas de Asistencia Técnica que de este surjan, se podrán encuadrar en el artículo 25, inc d), apartado 9° del Decreto N° 1023/01.".*

XIX) Por otra parte, que las prestaciones de los cocontratantes hayan redundado exclusivamente en beneficios para terceros tampoco implica, por esa sola circunstancia, que deba estarse fuera del régimen, en la medida en que buena parte de los contratos administrativos denominados "de colaboración" presuponen que el contratista particular colabora con la Administración para lograr un cometido público y que la prestación a cargo del cocontratante se relaciona, directa e inmediatamente, con alguna función esencial del Estado.

XX) En suma, sin desconocer la existencia de un margen abierto a discusión, esta Oficina entiende que los "convenios" sometidos a estudio –ya sea que se los considere de servicios o bien contratos innominados– no se corresponden, en principio, con ninguno de los supuestos de exclusión expresamente previstos, motivo por el cual ha de estarse por la interpretación que incluya tales contrataciones dentro del régimen general establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01. Téngase presente, sin embargo, que el hecho de afirmar que esta clase de convenios deben entenderse insertos en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no implica *per se* que las prerrogativas de poder público del Estado allí contempladas, al igual que el régimen de penalidades y sanciones, resulten en todos los casos de aplicación y/o que rijan del mismo modo o con el mismo vigor con el que lo hacen en el contexto de un contrato administrativo típico.

XXI) Corresponderá eventualmente efectuar modulaciones –vía hermenéutica– con el objeto de adaptar tales prerrogativas, morigerarlas o incluso declararlas inaplicables cuando sea necesario, según el caso, en virtud de las particularidades que presentan estos contratos. En este orden de ideas, autorizada doctrina tiene dicho que: *"…Para realizar los cometidos estatales, la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación con el grado y naturaleza del interés público tutelado en cada caso* […] *el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado cuyo grado de aplicación depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato* […] *c) contratos interadministrativos, cuyas características diferenciales no excluyen los puntos de conexión ni las notas que resultan comunes a todos los contratos que celebran los órganos o sujetos estatales* […]. *A su vez, en el campo típico del contrato administrativo, aparece la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos contienen modalidades y características que admiten una diferente modulación dentro de la especie contrato administrativo* […] *Por lo tanto, resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto"* (CASSAGNE, Juan Carlos. Op Cit. Págs. 18 y ss).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-27922992-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de junio de 2018.

Referencias/voces: Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional – Ámbito de aplicación – Servicio de Delivery – Encuadre Legal.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación al encuadre legal que corresponde dar a la contratación de un servicio de proveedurías externas –expendio de productos de almacén, lácteos, panadería, limpieza, librería, higiene personal, verdulería y kiosco para los internos del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y sus visitantes–, del tipo "Delivery". Ello, a los efectos de dilucidar si el mentado objeto contractual resulta subsumible en el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

En caso de respuesta afirmativa, se solicita adicionalmente: 1) "Indicar tipo de procedimiento en el que correspondería encuadrar el servicio de proveedurías externas, bajo la modalidad de Servicio Delivery.";

2) *"…se nos indique si es posible lograr establecer un 'canon de exclusividad', el mismo otorga exclusividad al concesionario quien será el único que podrá desarrollar la actividad de proveeduría externa del tipo Delivery.".*

De tal modo, la consulta se circunscribía al encuadre legal que correspondía dar a la contratación de un servicio de proveeduría externa destinada al expendio de productos de almacén, lácteos, panadería, limpieza, librería, higiene personal, verdulería y kiosco para los internos y sus visitantes, en distintas unidades penitenciarias.

Dicho servicio de proveeduría para internos implicaría, según explica el organismo consultante, la contratación de una persona humana o jurídica a fin de que provea los bienes que se le soliciten, los entregue en el lugar y se retire, similar a lo que comúnmente se conoce como "delivery".

Es decir, el proveedor de los bienes no explotaría un espacio físico dentro del establecimiento penitenciario, sino que acercaría la mercadería al ingreso del establecimiento, a efectos de que los internos alojados en los establecimientos penitenciarios puedan adquirir artículos de uso y consumo personal autorizados y afrontar su costo con fondos propios disponibles o bien depositados por sus familiares. No estarían comprometidos fondos públicos sino el dinero de los propios internos.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º y 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Artículo 127 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24.660.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación al ámbito de aplicación material u objetivo, debe tenerse presente que el Decreto Delegado Nº 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional.

II) El Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente. Dicho carácter residual implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

III) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 resultan de aplicación, entre otros, a los contratos de servicios (anteriormente denominados por el Código Civil locaciones de servicios).

IV) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por "servicios"; es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas. Sin embargo, el artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía (v.g. artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación).

V) 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 Nº 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias, por cuanto prima el deber de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos. Desde esa óptica, toda contratación de bienes y/o servicios que lleve a cabo dicho organismo en pos de satisfacer las necesidades públicas a su cargo debe necesariamente ampararse en las previsiones de los Decretos Nros. 1023/01 y 1030/16, a menos que se trate de alguno de los supuestos expresamente excluidos.

VI) El artículo 127 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24.660 y el Artículo 110 inc. a) del Reglamento General de Procesados establece un fondo disponible a la orden del interno para la adquisición de artículos de uso y consumo personal que autoricen los reglamentos mediante la vía de cantina y/o proveeduría de internos.

VII) El esquema aquí analizado podría sintetizarse del siguiente modo: internos que solicitan determinados productos y lo abonan con fondos propios o facilitados por sus familias; proveedores externos (en el sentido de que no se trataría de concesionarios de cantina) que brindan un servicio tipo "delivery" hasta el ingreso al establecimiento penitenciario y finalmente, la intermediación del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en la entrega y el pago.

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no resulta de aplicación a la contratación propiciada. Ello así, tomando en consideración que, de acuerdo a la información que surge de los presentes actuados, el contrato tenido en miras no implicaría la utilización de fondos públicos sino el dinero de los

propios internos y que, en rigor de verdad, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no sería el adquirente de los bienes en cuestión sino un mero intermediario entre el proveedor y el interno solicitante, al recibir los bienes y liberar el pago autorizado por los internos –intermediación ciertamente necesaria y razonable a fin de posibilitar la operatoria en cuestión, dada las condiciones de reclusión y/o de privación de la libertad de quienes integran la población carcelaria–.

IX) No se trataría, en puridad, de un contrato de la Administración Nacional y/o atribuible a la Administración Nacional, desde que esta última no es parte –a la luz de lo informado por el organismo de origen–. Es así que no podría asignársele el carácter de contrato administrativo, desde el momento en que no sería celebrado por una persona jurídica estatal, lo cual explica que ni siquiera se encuentre previsto entre las causales de exclusión del artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

AMPLIACIÓN DEL CONTRATO (IUS VARIANDI).

DICTAMEN ONC Nº 212/2014.

Fecha de emisión: 30 de mayo de 2014.

Referencias: Ampliación de un contrato. Porcentaje de ampliación. Tiempo para ejercer la facultad. Rechazo del proveedor antes de suscribir el acto administrativo y notificar la orden de compra.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida en torno a lo señalado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en el marco del Dictamen Nº 336119/14.

Resulta oportuno traer a colación que se propiciaba la ampliación por un VEINTE POR CIENTO (20%) de la Orden de Compra Nº 880/13, oportunamente emitida en favor de CASA REIG S.A.

Ahora bien, luego de que el organismo contratante pusiera al tanto al proveedor –vía correo electrónico– de la existencia de un procedimiento interno de la Administración tendiente a ampliar la Orden de Compra de que se trata, la firma CASA REIG S.A. manifestó su disconformidad con la medida en ciernes, alegando un incremento en los costos que tornaría antieconómica la operación, en perjuicio suyo.

Frente a esta circunstancia, se solicitó opinión a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, instancia que, aun poniendo de resalto la inexistencia de un acto administrativo aprobatorio de la ampliación, consideró viable: *"…rechazar la presentación efectuada por CASA REIG S.A. y proceder a ejecutar la garantía de cumplimiento del contrato proporcional al monto de ampliación previsto".*

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 14, inciso g) y 124, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado, sin perjuicio de lo cual, a los fines de que la Administración exteriorice su voluntad de ejercer la prerrogativa en cuestión, se presenta como ineludible la emisión de un acto administrativo orientado en tal sentido, cuya validez y eficacia, en la esfera nacional, se encuentran regidas principalmente por la Ley Nº 19.549, junto a sus respectivas normas modificatorias y complementarias.

II) Habiéndose compulsado las presentes actuaciones, no surge de las mismas acto alguno por el cual la autoridad competente haya efectivamente aprobado la ampliación, conforme lo exige el artículo 14, inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 1039/13. Siendo ello así, todo hace presumir que la voluntad de la Administración de ampliar la Orden de Compra Nº 880/13 no llegó a plasmarse en un acto administrativo susceptible de surtir efectos a partir de su notificación al interesado; como así tampoco se emitió la correspondiente Orden de Compra de Ampliación. Por el contrario, el correo electrónico cursado a CASA REIG S.A. el 12 de febrero de 2014 no es más que una comunicación al proveedor de lo que hasta entonces era una mera "intención" del Ministerio.

III) Por lo expuesto, resulta improcedente la aplicación a la firma CASA REIG S.A. de una penalidad por manifestar su disconformidad respecto de una ampliación que no era tal, en tanto no había sido aprobada por la autoridad con competencia para ello, ni surtido efecto alguno en los términos del artículo 11 de la Ley Nº 19.549.

IV) No corresponde proceder a la ejecución parcial de la garantía de cumplimiento de contrato integrada por CASA REIG S.A., por cuanto el acto que así lo decidiera adolecería de un vicio en su causa, en tanto faltaría el antecedente de hecho que dé lugar a la aplicación de la respectiva penalidad, a saber: La aprobación de la ampliación por autoridad competente en legal tiempo y forma, la notificación de dicho acto y la emisión de la respectiva Orden de Compra, por un lado, junto al consiguiente rechazo o incumplimiento por parte del proveedor, por otro.

V) Con relación al límite temporal para hacer uso de la prerrogativa de aumentar el contrato, debe tenerse presente que la facultad de la jurisdicción o entidad contratante encuentra una limitante de tiempo en TRES (3) meses desde que se cumplió el contrato original.

VI) No resulta jurídicamente viable proceder a la ampliación de la Orden de Compra Nº 880/2013, emitida en favor de la firma CASA REIG S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 56/13 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, por cuanto dicha prerrogativa se encuentra condicionada, entre otros extremos, a que la Administración la ejerza, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el contrato original. Dicho plazo, a juzgar por las constancias obrantes en autos, en consonancia con las propias manifestaciones de la jurisdicción de origen, feneció el día 12 de marzo de 2014.

DICTAMEN ONC Nº 214/2014.

Fecha de emisión: 2 de junio de 2014.

Referencias: Ampliación de un contrato. Porcentaje de ampliación. Tiempo para ejercer la facultad. Rechazo del proveedor antes de suscribir el acto administrativo y notificar la orden de compra. Tiempo para ampliar se cuenta por cada renglón.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida en torno a la ampliación por un VEINTE POR CIENTO (20%) del Renglón Nº 4, correspondiente a la Orden de Compra Nº 780/13, oportunamente emitida en favor de CASA REIG S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 08/2013 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Luego de que el organismo contratante pusiera al tanto al proveedor –vía correo electrónico– de la existencia de un procedimiento interno de la Administración tendiente a ampliar el Renglón de que se trata, la firma CASA REIG S.A. manifestó su disconformidad, alegando un incremento en los costos que tornaría antieconómica la operación, en perjuicio suyo.

Frente a esta circunstancia, se solicitó opinión a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, instancia que, aun poniendo de resalto la inexistencia de un acto administrativo aprobatorio de la ampliación, sostuvo que: "…*la manifestación expuesta por CASA REIG S.A. en su presentación de fs. 21, cabe equipararla al desistimiento de oferta y proceder a ejecutar la garantía de cumplimiento del contrato proporcional al monto de ampliación previsto.".*

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos artículo 14, inciso g) y 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No es técnicamente correcto asimilar la presentación efectuada por la firma CASA REIG S.A. –en respuesta a la comunicación de que se hallaba la ampliación en trámite–, con el desistimiento de oferta, por cuanto la ampliación no es un contrato nuevo o distinto, sino una circunstancia accidental del mismo contrato. Ergo, siendo ello así, mal podría desistirse de la oferta con fecha 14 de febrero de 2014, encontrándose el vínculo contractual perfeccionado desde el día 11 de octubre de 2013, oportunidad en que el proveedor retiró la Orden de Compra Nº 780/2013.

II) No cabe duda que la ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento, conformidad o aceptación del cocontrante privado, sin perjuicio de lo cual, a los fines de que la Administración exteriorice su voluntad de ejercer la prerrogativa en cuestión, se presenta como ineludible la emisión de un acto administrativo orientado en tal sentido, cuya validez y eficacia, en la esfera nacional, se

encuentran regidas principalmente por la Ley Nº 19.549, junto a sus respectivas normas modificatorias y complementarias.

III) Es una exigencia en nuestro ordenamiento jurídico que toda actuación material que practique la Administración, en la medida en que incida en la esfera de los particulares, deba estar precedida de una declaración formalizada a través de un acto administrativo.

IV) Habiéndose compulsado las presentes actuaciones, no surge de las mismas acto alguno por el cual la autoridad competente haya efectivamente aprobado la medida en ciernes, conforme lo exige el artículo 14, inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 1039/13. Todo hace presumir que la voluntad de la Administración de ampliar el Renglón Nº 4 de la Orden de Compra Nº 780/13 no llegó a plasmarse en un acto administrativo susceptible de surtir efectos a partir de su notificación al interesado; como así tampoco se emitió la correspondiente Orden de Compra de Ampliación. Por el contrario, el correo electrónico cursado a CASA REIG S.A. el 12 de febrero de 2014 no es más que una comunicación al proveedor de lo que hasta entonces era una mera “intención” del Ministerio.

V) Por lo expuesto, resulta improcedente la aplicación a la firma CASA REIG S.A. de una penalidad por manifestar su disconformidad respecto de una ampliación que no era tal, en tanto no había sido aprobada por la autoridad con competencia para ello, ni surtido efecto alguno en los términos del artículo 11 de la Ley Nº 19.549.

VI) Luego, no resulta jurídicamente viable proceder a la ampliación del Renglón Nº 4 correspondiente a la Orden de Compra Nº 780/2013, emitida en favor de la firma CASA REIG S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 8/13 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, por cuanto dicha prerrogativa se encuentra condicionada, entre otros extremos, a que la Administración la ejerza, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el contrato original, de conformidad con lo establecido en el artículo 124, inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VII) Una interpretación armónica de los diversos apartados que integran el mentado inciso a) del artículo 124, permite colegir que el límite temporal aludido debe considerarse en relación al Renglón que se pretende ampliar –en este caso el Renglón Nº 4–. Es decir, aunque la norma no lo aclara expresamente, tratándose de un plazo excepcional, ulterior al cumplimiento total y de conformidad de la prestación original, se presenta como la opción más razonable interpretar que el plazo en cuestión corre en forma independiente para cada Renglón, en concordancia con lo dispuesto para el tope cuantitativo de aumento o disminución.

VIII) A juzgar por las constancias obrantes en autos, el plazo de TRES (3) meses antes mencionado feneció el día 22 de febrero de 2014, encontrándose desde entonces excedido el límite temporal estipulado por la normativa vigente para proceder a la ampliación proyectada.

IX) No corresponde proceder a la ejecución parcial de la garantía de cumplimiento de contrato integrada por CASA REIG S.A., por cuanto el acto que así lo decidiera adolecería de un vicio en su causa, en tanto faltaría el antecedente de hecho que dé lugar a la aplicación de la respectiva penalidad, a saber: La aprobación de la ampliación por autoridad competente en legal

tiempo y forma, la notificación de dicho acto y la emisión de la respectiva Orden de Compra, por un lado, junto al consiguiente rechazo o incumplimiento por parte del proveedor, por otro.

DICTAMEN ONC Nº 230/2014.

Fecha de emisión: 9 de junio de 2014.

Referencias: Ampliación de Contrato. Monto límite del procedimiento. Posibilidad de ejercer la facultad. Artículos 34 y 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en torno a si es posible llevar a cabo una ampliación, en el marco del artículo 124 inciso a) apartado 1 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, para una Licitación Privada Nacional de Etapa Única cuya adjudicación original fuera por un importe tal que, en caso de adicionarse al importe de la ampliación que se pretende tramitar, superaría el monto establecido en el artículo 34 inciso b) del citado Decreto.

Normativa examinada:

- Artículos 34 y 124 inciso a) apartado 1 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Tal como surge de la letra del artículo 34 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, el mismo refiere expresamente a que el procedimiento de selección elegido será válido cuando el total de las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, no superen el monto máximo fijado para encuadrar a cada tipo de procedimiento de selección. Por el contrario, nada dice respecto del supuesto de ampliación o disminución del monto total del contrato contemplado por el artículo 124 inciso a) apartado 1 del respectivo cuerpo reglamentario.

II) Este Órgano Rector entiende que no surge impedimento legal alguno para llevar a cabo una ampliación en el marco del artículo 124 inciso a) apartado 1 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 para una Licitación Privada Nacional de Etapa Única cuya adjudicación original fuera por un importe tal que la suma de aquella más la ampliación que se pretende tramitar supere el monto establecido en el artículo 34 inciso b) del citado Reglamento.

DICTAMEN ONC Nº 320/2014.

Fecha de emisión: 22 de agosto de 2014.

Referencias: Ampliación de convenios de leasing. Prerrogativas de la Administración. Contratación interadministrativa. Principio de cooperación y unidad.

Consulta:

Los actuados fueron remitidos a consideración de la Oficina Nacional, a efectos de que emita opinión sobre la posibilidad de autorizar la ampliación de hasta un TREINTA Y CINCO (35%) de los Convenios Nros. 4004 y 4005 celebrados con NACIÓN LEASING S.A. aprobados por la Disposición de la AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL N° 316/2014.

Normativa examinada:

- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares" (v. Dictámenes PTN 252:209).

II) En el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula a la AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado.

III) La prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas. Las partes involucradas en el contrato interadministrativo de que se trata deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido.

DICTAMEN ONC Nº 321/2014.

Fecha de emisión: 22 de agosto de 2014.

Referencias: Ampliación. Prerrogativas de la Administración. IUS VARIANDI. Límite cuantitativo; límite temporal. Posibilidad de ampliar luego de haber ejercido la opción a prórroga.

Consulta:

Los actuados fueron remitidos a consideración de la Oficina Nacional, a efectos de que se sirva interpretar el artículo 124, inciso b), apartado 2º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en los siguientes términos: Dado el supuesto en que habiéndose ejercido la

prerrogativa de aumentar el contrato no se hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 ¿Sería posible volver a realizar un aumento, una vez que se ha perfeccionado la prórroga? En caso afirmativo ¿Cuál sería el tope de ese nuevo aumento?

De tal modo, se solicitó al Órgano Rector que se expida sobre la viabilidad de volver a aumentar un contrato, habiéndose hecho uso previamente de la facultad de prorrogar y que, en caso de ser afirmativa la respuesta, se determinase el tope del nuevo aumento.

Normativa examinada:

- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado.

II) En relación al límite temporal para hacer uso de la prerrogativa de aumentar el contrato, debe tenerse presente lo sostenido por esta Oficina Nacional en cuanto a que: "…de la lectura de la norma [artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12] surge que la facultad de la jurisdicción o entidad contratante encuentra una limitante de tiempo en TRES (3) meses desde que se cumplió el contrato original […] En virtud de todo lo expuesto, este Órgano Rector entiende que el cumplimiento de la condición estipulada por la norma bajo análisis, en cuanto establece un plazo de TRES (3) meses 'después de cumplido el contrato original' deberá computarse desde la emisión de la recepción definitiva por parte de la Comisión de Recepción o desde que se produzca la aceptación tácita por el cumplimiento de los plazos para que opere la recepción" (v. Dictámenes ONC Nros. 112/13, 254/13, 165/14 y 212/14).

III) La facultad de la jurisdicción o entidad contratante para instrumentar la ampliación contractual encuentra una limitante de tiempo de TRES (3) meses desde que se cumplió el contrato original, por lo tanto se deberá verificar, en todos los casos, que para ampliar un contrato no haya transcurrido dicho plazo, contado desde que se emitió la conformidad de los bienes o servicios prestados por el cocontratante, otorgada por la Comisión de Recepción o desde que se haya producido la aceptación tácita por el cumplimiento de los plazos para que opere la recepción (conf. artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12). Sin perjuicio de ello, si el organismo contratante verificara lo manifestado en el párrafo precedente y existiere la posibilidad de realizar una nueva ampliación, el límite porcentual para realizarla no podrá exceder el VEINTE (20) PORCIENTO, según lo estipulado en el artículo 124, inciso b), apartado 2 del Decreto N° 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 13/2015.

Fecha de emisión: 13 de enero de 2015.

Referencias: Ampliación de renglones de órdenes de compra. IUS VARIANDI. Facultades de la autoridad administrativa; límite cuantitativo; límite temporal.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de un proyecto de Decisión Administrativa mediante la cual se propiciaba ampliar hasta un TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) las Órdenes de Compra Nros. 305/14, 306/14, 307/14, 308/14, 310/14, 311/14, 312/14, 314/14, 315/14 y 316/14, emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 45/2013 del registro del MINISTERIO DE SALUD.

Se trataba, en consecuencia, de revisar los límites de la aplicación del mentado "*ius variandi*".

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En cuanto concierne al límite cuantitativo para ejercer la facultad de aumentar el contrato, de las constancias obrantes en los presentes actuados surge que las ampliaciones proyectadas no superan –respecto de ningún Renglón– el límite del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) previsto en el artículo 124, inciso a) apartado 1º, segundo párrafo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, contándose asimismo en todos los casos con la conformidad de los respectivos proveedores, motivo por el cual no habría reparos que oponer en relación a dicho extremo.

II) Con relación al límite temporal para hacer uso de la prerrogativa de marras, este Órgano Rector entiende que el plazo de TRES (3) meses "después de cumplido el contrato original" deberá computarse desde la emisión de la recepción definitiva por parte de la Comisión de Recepción o desde que se produzca la aceptación tácita por el cumplimiento de los plazos para que opere la recepción" (v. Dictámenes ONC Nros. 112/2013, 254/2013, 165/2014, 212/2014, 214/2014 y 340/2014). En lo que al caso respecta, parece razonable interpretar que en relación a los diversos Renglones correspondientes a las Órdenes de Compra Nros. 305/14, 306/14, 307/14, 308/14, 310/14, 311/14, 312/14, 314/14, 315/14 y 316/14, la jurisdicción contratante ha iniciado el trámite de ampliación dentro del plazo exigido por el artículo 124, inciso a) apartado 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) Finalmente, no se advierten variaciones en las condiciones y los precios unitarios oportunamente adjudicados (v. Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y artículo 124, inciso a), apartado 2º del Decreto Nº 893/12). Por todo lo expuesto, este Órgano Rector carece de reparos que oponer, en tanto entiende que las ampliaciones propiciadas resultan jurídicamente viables.

DICTAMEN ONC Nº 14/2015.

Fecha de emisión: 15 de enero de 2015.

Referencias: Licitación Privada Nº 2/13. Servicio de desinfección. Ampliación. Límite cuantitativo. Límite temporal. Ius variandi. Facultades de la autoridad administrativa. Contrato original. Prórroga. Desde cuando se cuenta el límite temporal.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita dictamen respecto de la posibilidad de ampliar en un VEINTE POR CIENTO (20%) el objeto de la Licitación Privada Nº 2/13, en cuyo marco se contrató el servicio de desinfección, desinsectación y desratización con destino a diversas dependencias de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Puntualmente, se solicitó la opinión del Órgano Rector respecto de la viabilidad jurídica de la ampliación propiciada, a la luz de la normativa vigente, en tanto se encontraba en trámite la prórroga de la contratación en cuestión y habían transcurrido más de TRES (3) meses desde el cumplimiento del contrato original.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo referente al límite cuantitativo para ejercer la facultad de aumentar el contrato, de las constancias obrantes en las presentes actuaciones surge que la ampliación propiciada asciende al VEINTE POR CIENTO (20%) del total adjudicado, encontrándose hasta dicho porcentaje configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio no depende del consentimiento del cocontrante privado, motivo por el cual no habría objeciones que oponer.

II) La facultad de la jurisdicción o entidad contratante para instrumentar la ampliación contractual encuentra una limitante de tiempo de TRES (3) meses desde que se cumplió el contrato original, por lo tanto se deberá verificar, en todos los casos, que para ampliar un contrato no haya transcurrido dicho plazo, contado desde que se emitió la conformidad de los bienes o servicios prestados por el cocontratante, otorgada por la Comisión de Recepción o desde que se haya producido la aceptación tácita por el cumplimiento de los plazos para que opere la recepción (conf. Dictamen ONC Nº 321/14).

III) Si bien esta Oficina Nacional tiene dicho que la prórroga de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/06 y 205/13, entre otros), cierto es que en el caso que nos ocupa resulta razonable interpretar que la utilización de la locución “contrato original” en el artículo 124, inciso a) apartado 4) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 apunta a limitar la prerrogativa de ampliar el contrato, en el sentido de que la misma sólo pueda ser ejercida válidamente, en última instancia, dentro de los TRES (3)

meses desde que se cumplimentó el plazo inicialmente previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

IV) La Comisión de Recepción del organismo contratante certificó, con fecha 10 de julio de 2014, el cumplimiento total de la Orden de Compra Nº 18/2013. En consecuencia, el plazo de TRES (3) meses que contempla el artículo 124 inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 feneció el día 10 de octubre de 2014, encontrándose desde entonces excedido el límite temporal estipulado por la normativa vigente para proceder a la ampliación intentada.

V) A criterio de este Órgano Rector no resulta jurídicamente viable proceder a la ampliación de la Orden de Compra Nº 18/2013, emitida en favor de la firma COPLAMA S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 2/13 del registro de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, por cuanto dicha prerrogativa se encuentra condicionada, entre otros extremos, a que la Administración la ejerza, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el contrato original. Dicho plazo, a juzgar por las constancias obrantes en autos, en consonancia con las propias manifestaciones de la jurisdicción de origen, expiró el día 10 de octubre de 2014.

DICTAMEN ONC Nº 60/2015.

Fecha de emisión: 27 de febrero de 2015.

Referencias: Decisión administrativa para aprobar la ampliación de un contrato para la adquisición de patrulleros. Requisitos para la procedencia de la ampliación. Incidencia del 35% sobre el total del contrato y cada uno de los renglones de la orden de compra.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 4219/14), mediante el cual se propiciaban ampliar hasta un TREINTA Y CUATRO CON OCHENTA Y SEIS POR CIENTO (34, 86%) diversos renglones de la Orden de Compra Nº 127/2014.

En el marco de la Licitación Pública Nº 16/2014 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD, la aludida Orden de Compra había sido emitida con fecha 14 de noviembre de 2014 en favor de la firma IGARRETA S.A.C.I.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Es dable recordar que la ampliación debe respetar un doble límite, esto es, no exceder, el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) que se pretende ampliar en cada uno de los renglones, así como tampoco debe superar el citado porcentaje el monto total de la Orden de Compra que

se pretende ampliar, conforme lo determina el artículo 124 inciso a) apartados 1º y 3º *in fine* del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

II) En este sentido, considerando que el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) es el límite establecido no sólo para el monto total del contrato sino también para el importe de cada Renglón, de ampliarse por la cantidad de CIENTO VEINTIDOS (122) patrulleros se estaría superando dicho límite en alguno de los Renglones. En consecuencia a lo expuesto, el organismo contratante podrá ampliar la Orden de Compra 127/2014 en la cantidad máxima de CIENTO VEINTIÚN (121) patrulleros.

III) Con relación al límite temporal, de la compulsa de las actuaciones surge que la Orden de Compra Nº 127/2014 fue notificada con fecha 14 de noviembre de 2014 y que el último plazo de entrega es de CIENTO TREINTA Y CINCO (135) días hábiles, plazo que a la fecha no se encuentra vencido.

IV) Finalmente, no se advierten variaciones en las condiciones y los precios unitarios oportunamente adjudicados (v. Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y artículo 124, inciso a), apartado 2º del Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº 176/2015.

Fecha de emisión: 15 de junio de 2015.

Referencias: Decreto Nº 1188/12. Excepción. Ampliación. No es exigible la tramitación de una nueva excepción como requisito para proceder a la ampliación.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto del alcance que debe darse a la excepción oportunamente concedida por el Señor Jefe de Gabinete de Ministros para la adquisición de DOCE (12) vehículos tipo camioneta 4x4 doble cabina, con sustento en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12.

Resulta pertinente resaltar que mediante la Disposición PSA N° 1033/14 se aprobó la ampliación de la Orden de Compra N° 80/14, habiéndose emitido en consecuencia la Orden de Compra de Ampliación N° 82/14 para la adquisición de CUATRO (4) camionetas 4x4 doble cabina, la que fue notificada a la firma IGARRETA S.A.C.I. con fecha 18 de noviembre de 2014.

Ahora bien, una vez perfeccionada la ampliación en cuestión, se plantea el dilema si la misma requería la tramitación, en forma previa, de una nueva excepción, en los términos del artículo 3º del Decreto Nº 1188/12 o si, por el contrario, la excepción oportunamente otorgada por el Señor Jefe de Gabinete el día 18 de diciembre de 2013, con sustento en el Dictamen ONC Nº 428/13, puede entenderse abarcativa de esta nueva adquisición.

Normativa examinada:

- Artículo 124, inciso a) apartado 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Decreto Nº 1188/12.
- Punto 9 del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 10/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A la luz de la normativa vigente, las únicas razones que pueden válidamente justificar el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12 no son otras que las previstas en el punto 9 del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 10/12. Es decir, corresponderá el otorgamiento de la excepción requerida cuando, frente a una determinada necesidad pública vinculada con la contratación de automotores, la jurisdicción o entidad contratante justifique en debida forma –a través de los informes pertinentes– los motivos por los cuales no resulta conveniente para los intereses del Estado suscribir convenios de leasing con NACION LEASING S.A.

II) En esa inteligencia, cabe destacar que las razones que justifican el otorgamiento de una excepción al régimen del Decreto Nº 1188/12 no se circunscriben –en sentido estricto– a las características técnicas de los vehículos que se busca adquirir ni a la cantidad puntual de automotores requeridos, sino que se trata de acreditar debidamente la inconveniencia –frente a cada caso concreto–, de proceder a la adquisición de determinados vehículos a través de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A.

III) Este Órgano Rector tiene dicho que la ampliación de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/06, 205/13, 14/15 y 81/15, entre otros). Ergo, una razonable exégesis de la normativa vigente lleva a concluir que la excepción oportunamente otorgada por el Señor Jefe de Gabinete el día 18 de diciembre de 2013 para la adquisición, entre otros vehículos, de DOCE (12) camionetas 4x4 doble cabina –fundada en el Dictamen ONC Nº 428/13–, debe considerarse comprensiva de aquellas facultades y prerrogativas con las que cuenta la Administración durante la ejecución contractual, tales como la ampliación del respectivo contrato.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que en el caso girado en consulta no es exigible la tramitación de una nueva excepción, como requisito para proceder a la ampliación de la Orden de Compra N° 80/14, emitida en el marco de la Licitación Nº 2/14 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA. Ello así, en el entendimiento de que se trata de la interpretación que mejor se concilia con los principios de eficacia y eficiencia en las contrataciones, máxime si se toma en consideración el breve tiempo con que cuenta la jurisdicción o entidad contratante para instrumentar una ampliación, en los términos del artículo 124, inciso a) apartado 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) La ampliación de la Orden de Compra N° 80/14 pudo válidamente llevarse a cabo sin previa intervención de esta Oficina Nacional, en tanto no importa la celebración de una nueva contratación.

DICTAMEN ONC Nº 224/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Contratos interadministrativos. Relaciones interadministrativas. Ampliación.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida sobre la posibilidad de llevar a cabo la ampliación de un convenio de leasing automotor celebrado entre el MINISTERIO DE DEFENSA y la firma NACIÓN LEASING S.A., en el marco del Decreto 1188/12.

Normativa examinada:

- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La facultad de ampliación o disminución es una prerrogativa de la Administración, limitada por la conformidad del cocontratante en el caso de que dicha ampliación o disminución exceda del VEINTE POR CIENTO (20%) del monto total del contrato.

II) Sin perjuicio de lo expuesto, es dable recordar que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sostenido que: *"…las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares"* (v. Dictámenes PTN 252:209).

III) Las mencionadas vinculaciones de carácter contractual entre reparticiones públicas se rigen por normas de Derecho Público Administrativo. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado.

IV) En el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula al MINISTERIO DE DEFENSA con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71). Por lo tanto, la prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas.

V) Por lo expuesto en el punto que antecede, la prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas. Serán las partes involucradas quienes deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido (Dictámenes ONC Nº 320/14, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 243/2015.

Fecha de emisión: 26 de agosto de 2015.

Referencias: Autoridades competentes. Ampliación. Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 1039/13, con el objeto de dilucidar si la autoridad con competencia para adjudicar un procedimiento de selección tiene igualmente competencia –en todos los casos– para aprobar la ampliación del contrato de que se trate.

Más precisamente, el EJÉRCITO ARGENTINO consultó –a la luz de lo establecido en los incisos c) y g) del referido artículo–, si sería posible que un determinado funcionario que adjudicó una contratación proceda a ampliarla, cuando el ejercicio de dicha prerrogativa implique superar el monto máximo establecido para adjudicar, conforme su nivel competencial.

Normativa examinada:

- Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1º del Decreto Nº 1039/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, conforme su redacción, pareciera regular únicamente las competencias vinculadas a los actos administrativos dictados durante un procedimiento de selección, cierto es que se regulan todas las etapas de la contratación, incluyendo la ejecución contractual y sus contingencias.

II) El inciso a), *in fine*, aclara que, a los fines de determinar la autoridad competente para autorizar la convocatoria y la elección del procedimiento de selección, el monto estimado a considerar, será el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas. Nada dice respecto de las eventuales ampliaciones.

III) En lo atinente a las competencias para la aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación, en el inciso c) se estipula como regla el principio de paralelismo de formas y de competencias, pero con una importante y expresa restricción para los casos en que el monto a adjudicar exceda el monto límite sobre el que la autoridad tuviere competencia para autorizar un procedimiento o para el supuesto en que la suma a adjudicar superara el importe que represente VEINTIUN MIL SETECIENTOS SESENTA MODULOS (M 21.760). Lo expuesto se explica en razón de que las adjudicaciones revisten mayor trascendencia en materia de ejecución presupuestaria que los actos de autorización del procedimiento, lo cual justifica que el nivel competencial corresponda al funcionario con facultades para comprometer el gasto.

IV) Respecto de la competencia para ampliar, ninguna duda puede caber en cuanto a que se mantuvo la aplicación del mentado “principio de paralelismo de las formas y de las competencias”, introduciéndose la aclaración relativa a la posibilidad de que la competencia en cuestión haya sido delegada, pero sin preverse ninguna restricción o límite, como sí se contempló, por ejemplo, en el inciso c). Es decir, respecto de las competencias para aprobar el

procedimiento de selección y adjudicar, si bien el inciso c) del artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 también aplica el principio de paralelismo de formas y de competencias, establece para estos supuestos una salvedad o límite expreso, que no se ve reproducido ni encuentra correlato en el inciso g) del referido artículo.

V) Si la norma claramente establece que la autoridad con competencia para aprobar las ampliaciones de los contratos será la misma que adjudicó el procedimiento o la autoridad en la que se hubiese delegado dicha facultad, sin fijar restricciones –como sí se establecen en otros incisos–, no corresponde al intérprete tampoco hacerlo.

VI) No cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean. Esta Oficina Nacional entiende que no sería posible crear por vía interpretativa restricciones que no fueron expresamente previstas en la norma en estudio, en tanto no es dable presumir el error u omisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria que titulariza el PODER EJECUTIVO NACIONAL.

VII) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que la autoridad con competencia para aprobar las ampliaciones de los contratos será –en todos los casos– la misma que adjudicó el procedimiento o la autoridad en la que se hubiesen delegado dicha facultad, en virtud de lo establecido en el inciso g) del artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 –conforme la redacción dada por el Decreto N° 1039/13–, precepto normativo que implícitamente recepta el principio de paralelismo de las formas y de las competencias. La conclusión propiciada es, a criterio del Órgano Rector, la que mejor se condice con los principios de economía, eficiencia y eficacia, expresamente receptados en el Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 259/2015.

Fecha de emisión: 15 de septiembre de 2015.

Referencias: Contratos interadministrativos. Relaciones interadministrativas. Ampliación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 1584/2015), debidamente individualizado en el Acápite I del presente.

El proyecto de acto administrativo sometido a consideración de la ONC propiciaba la ampliación de diversos Convenios oportunamente aprobados mediante la Decisión Administrativa N° 905/14 en el marco de la Contratación Directa Interadministrativa N° 16/2014 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA, para la “Adquisición de vehículos mediante NACIÓN LEASING S.A. a fin de ser proporcionados al EJÉRCITO ARGENTINO – PACID 2014”.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares*" (v. Dictámenes PTN 252:209).

II) El régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado (Cfr. Dictamen ONC Nº 320/2014, entre otros). En efecto, en el marco de una relación interadministrativa, la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71).

III) En atención a las consideraciones vertidas anteriormente, esta Oficina Nacional entiende que en el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula al MINISTERIO DE DEFENSA con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado correspondiendo, a las partes involucradas concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido (v. Dictamen ONC N° 172/14, entre muchos otros).

DICTAMEN ONC Nº 6/2016.

Fecha de emisión: 21 de enero de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. HILANDERIA ALDEANA SA. No es antecedente válido para aplicar sanción. Rescisión de orden de compra de ampliación. Ampliación perfeccionada fuera del plazo reglamentario.

Antecedentes.

En el marco de la Licitación Pública N° 57/13, se decidió ampliar la Orden de Compra N° 926/13 oportunamente emitida en favor del proveedor HILANDERÍA ALDEANA S.A., para la adquisición de frazadas y sábanas de UNA (1) y DOS (2) plazas, a fin de asistir a las poblaciones con alto nivel de vulnerabilidad que habitan en distintas regiones de nuestro país.

En ese orden de ideas se emitió la Orden de Compra de Ampliación N° 244/2014 por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL ($ 150.000,00.-), la cual fue notificada a la firma en cuestión vía correo electrónico el día 6 de mayo de 2014.

En tales circunstancias, el proveedor no cumplió con la nueva Orden de Compra que le fuere emitida. Luego, frente a dicho incumplimiento, el organismo resolvió rescindir la Orden de Compra Nº 244/14, aplicándole asimismo la penalidad de pérdida de garantía de cumplimiento del contrato por la suma de PESOS QUINCE MIL ($ 15.000,00.-).

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 124, 131, 242, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Corresponde aclarar, en primer lugar, que la rescisión de la ampliación de la Orden de Compra no importa la rescisión total del contrato, sino la rescisión parcial, ello por cuanto el proveedor ya había cumplido con la primera orden de compra emitida por el organismo. En efecto, no resulta ocioso destacar que esta Oficina Nacional tiene dicho que la prórroga de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/2006, 205/2013 y 14/2015, entre otros).

II) De la compulsa de los presentes actuados surge que la Orden de Compra Nº 926/13, fue cumplida totalmente dentro del plazo establecido, y de conformidad en cuanto a cantidad y calidad, emitiéndose, en consecuencia, el Acta de Recepción Definitiva el día 14 de enero de 2014. Siendo ello así, el plazo de TRES (3) meses que contempla el artículo 124, inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 feneció el día 14 de abril de 2014, encontrándose desde entonces excedido el límite temporal estipulado por la normativa vigente para proceder a la ampliación proyectada.

III) No obstante ello, la Orden de Compra Nº 244/14, mediante la cual se instrumentó la ampliación del contrato en cuestión, fue notificada a la firma HILANDERÍA ALDEANA S.A. recién con fecha 6 de mayo de 2014.

IV) A partir de lo expuesto, forzoso es colegir que el organismo de origen ha realizado el trámite de ampliación fuera del plazo reglamentariamente previsto al efecto, es decir, de manera extemporánea. En virtud de ello, a criterio de este Órgano Rector las presentes actuaciones no constituyen un antecedente válido para sancionar a la firma HILANDERÍA ALDEANA S.A., por cuanto no es jurídicamente viable imputar al proveedor las gravosas consecuencias de incumplir una ampliación cuya orden de compra fue notificada en forma extemporánea, esto es, después de pasados TRES (3) meses desde la finalización del contrato original.

DICTAMEN ONC Nº 47/2016.

Fecha de emisión: 27 de abril de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. GUERREIRO MURTA CLAUDIO JAVIER Y NADER HUGO ANDRÉS S.H. Rescisión de la ampliación de la orden de compra. Corresponde rescisión parcial. Ejercicio de la prerrogativa de ampliación en forma extemporánea. No se configura antecedente valido para aplicar sanción.

Antecedentes.

En el marco de la Licitación Pública N° 19/14, se decidió ampliar la Orden de Compra N° 662/14 oportunamente emitida en favor del proveedor GUERREIRO MURTA CLAUDIO JAVIER Y NADER HUGO ANDRÉS S.H., para la adquisición de herramientas de ferretería con el fin de asistir a los pequeños productores y/o emprendedores familiares de escasos recursos e impulsar su inclusión en la economía social.

En ese orden de ideas se emitió la Orden de Compra de Ampliación N° 30/15 por la suma de PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL VEINTIDÓS ($ 57.022.-), la cual fue notificada a la firma en cuestión vía correo electrónico el día 29 de enero de 2015.

En tales circunstancias, el proveedor no cumplió con la nueva Orden de Compra que le fuere emitida, en tanto de los Considerandos de la Resolución SCyMI Nº 13528/15 surge que: *"…se rechazó la mercadería entregada en el marco de la Orden de Compra Nº 30/2015, por no cumplir con lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares…".*

De este modo, frente a dicho incumplimiento el organismo resolvió finalmente rescindir la Orden de Compra Nº 30/15, aplicándole asimismo la penalidad de pérdida de garantía de cumplimiento del contrato por la suma de PESOS CINCO MIL SETECIENTOS DOS CON VEINTE CENTAVOS ($ 5.702,20.-).

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La rescisión de la ampliación de una orden de compra no importa la rescisión total del contrato, sino la rescisión parcial, ello por cuanto el proveedor ya había cumplido con la primera Orden de Compra emitida por el organismo (Nº 662/14). En efecto, no resulta ocioso destacar que esta Oficina Nacional tiene dicho que la ampliación de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/2006, 205/2013 y 14/2015, entre otros).

II) En cuanto concierne al límite temporal para hacer uso de la prerrogativa de marras, debe tenerse presente lo sostenido por esta Oficina Nacional en cuanto a que: *"…de la lectura de la norma [artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12] surge que la facultad de la jurisdicción o entidad contratante encuentra una limitante de tiempo en TRES (3) meses desde que se cumplió el contrato original* […] *En virtud de todo lo expuesto, este Órgano Rector entiende que el cumplimiento de la condición estipulada por la norma bajo análisis, en cuanto establece un plazo de TRES (3) meses 'después de cumplido el contrato original' deberá computarse desde la emisión de la recepción definitiva por parte de la Comisión de Recepción o desde que se produzca la aceptación tácita por el cumplimiento de los plazos para que opere la recepción"* (v. Dictámenes ONC Nros. 112/2013, 254/2013, 165/2014, 212/2014, 214/2014 y 340/2014).

III) De la compulsa de los presentes actuados surge que la Orden de Compra Nº 662/2014 fue cumplida totalmente dentro del plazo establecido, y de conformidad en cuanto a cantidad y calidad, emitiéndose, en consecuencia, el Acta de Recepción Definitiva el día 6 de octubre de 2014. Siendo ello así, el plazo de TRES (3) meses que contempla el artículo 124, inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 feneció el día 6 de enero de 2015, encontrándose desde entonces excedido el límite temporal estipulado por la normativa vigente para proceder a la ampliación proyectada.

IV) La Orden de Compra Nº 30/2015, mediante la cual se instrumentó la ampliación del contrato en cuestión, fue notificada a la firma GUERREIRO MURTA CLAUDIO JAVIER Y NADER HUGO ANDRÉS S.H. recién con fecha 29 de enero de 2015. A partir de lo expuesto, forzoso es colegir que el organismo de origen ha ejercido la prerrogativa de ampliación en forma extemporánea, es decir, fuera del plazo reglamentariamente previsto al efecto.

V) En virtud de ello, a criterio de este Órgano Rector las presentes actuaciones no constituyen un antecedente válido para sancionar a la firma GUERREIRO MURTA CLAUDIO JAVIER Y NADER HUGO ANDRÉS S.H., por cuanto no es jurídicamente viable imputar al proveedor las gravosas consecuencias de incumplir una ampliación cuya Orden de Compra fue notificada en forma extemporánea, esto es, excedidos los TRES (3) meses desde la finalización del contrato original.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074070-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Ampliación servicio. No procede la ampliación para extender el plazo de un servicio. Ampliar el plazo de un servicio se asimila a prórroga. Requisitos prórroga. No se encuentran reunidos los requisitos para prorrogar la O/C.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiera sobre la viabilidad jurídica de ampliar la Contratación Directa por Exclusividad N° 6/15 del registro del INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN PSICOFÍSICA DEL SUR “DR. JUAN OTIMIO TESONE”, a fin de continuar con la prestación del “SISTEMA TANGO GESTIÓN” por UN (1) mes adicional.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado.

II) En un caso análogo –aunque regido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00– esta Oficina Nacional sostuvo lo siguiente: *"…teniendo en consideración que se trata de un servicio, sólo sería posible ejercer la facultad de prórroga establecida en el apartado g) del referido artículo 12, con anterioridad a que haya vencido el plazo del contrato original* […] *esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente ampliar la contratación de que se trata, por tratarse de un servicio. El mismo sólo puede ser prorrogado en los casos en que así estuviera previsto en el pliego que rigió la contratación"* (v. Dictamen ONC Nº 46/2004).

III) La prerrogativa de ampliar o aumentar el monto total del contrato no puede ser utilizada para aumentar y/o ampliar el plazo del mismo, porque ello configuraría en sí una "prórroga" del plazo de duración del contrato, en los términos del artículo 124 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IV) A fin de que proceda la facultad de prorrogar un contrato por parte de la autoridad administrativa, deberán encontrarse previamente acreditados los siguientes extremos, a saber: 1) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación que se pretende prorrogar; 2) Debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo, ya que aquellos en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega no son susceptibles de prórroga; 3) A los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario; 4) Sólo se podrá hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. En caso de contratos plurianuales, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional; 5) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades; 6) La prórroga no procederá si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir dicho contrato, siempre que en tal caso el aumento o la disminución del mismo hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

V) Si bien esta Oficina Nacional no cuenta con la totalidad de antecedentes, de la compulsa de los presentes actuados se desprende que tampoco resultaría procedente la prórroga de la Orden de Compra Nº 11/15 en tanto el contrato originario se encontraría vencido y, además, la facultad de prorrogar no se encontraría contemplada en el pliego de bases y condiciones particulares.

VI) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que a la luz de la normativa vigente no resulta jurídicamente viable ampliar –por UN (1) mes adicional– la Orden de Compra Nº 11/15. A su vez, en este caso concreto el servicio en cuestión tampoco podría ser objeto de

prórroga, por encontrarse vencido el contrato originario y por no haberse contemplado dicha opción en el pliego que rigió la contratación de que se trata.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03037327-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 7 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Servicios pendientes de órdenes de compra vencidas. Improcedencia de la ampliación y/o de la prórroga.

Antecedentes:

La DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN solicitó asesoramiento respecto de la utilización de las órdenes de compras destinadas a cubrir el servicio de enlaces para transportar señales de audio y video, desde los estadios hasta el control central, en ocasión de los encuentros de fútbol organizados por la ASOCIACIÓN DE FUTBOL ARGENTINO (A.F.A.) y otros eventos deportivos trasmitidos en el marco del programa FÚTBOL PARA TODOS.

Puntualmente, se sostuvo que: *"…Si bien los servicios se encontraban cubiertos por las órdenes de compra N° 111/2015, 112/2015 y 113/2015, adjudicadas a las empresas PRENSA SATELITAL SA, BMS SRL y TRANSVIDEO ARGENTINA SA respectivamente, las mismas cumplieron su plazo anual el día 24 de septiembre del corriente, pero cuentan aún con servicios disponibles para realizar las prestaciones requeridas* (…) *Asimismo, y en vista de la complejidad de la adjudicación de la Licitación mencionada, se iniciaron los trámites bajo el expediente N° EX-2016-01260845- -APN-DDMYA#SGP para proceder con la ampliación de las órdenes de compra citadas, y no incurrir en la modalidad de legítimo abono o reconocimiento de gasto.".*

De lo informado surgía que las Órdenes de Compra Nros. 111/15, 112/15 y 113/15 se encontraban vencidas y a raíz de ello se consultó si resultaba jurídicamente posible continuar utilizando los servicios pendientes de las órdenes de compra vencidas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a si resultaba jurídicamente viable utilizar servicios pendientes de órdenes de compra cuya vigencia había expirado.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El cumplimiento del plazo de duración de las órdenes de compra Nros. 111/15, 112/15 y 113/15 oportunamente adjudicadas a las empresas PRENSA SATELITAL S.A., BMS S.R.L. y TRANSVIDEO ARGENTINA S.A., configura la terminación normal del procedimiento de contratación. Siendo ello así, en la medida en que el plazo originario de vigencia del contrato se encuentra actualmente vencido y no consta que el organismo contratante haya hecho uso de la opción de prórroga –en tanto estuviere prevista–, esta Oficina Nacional entiende que no resulta jurídicamente viable la posibilidad de continuar utilizando los servicios de las órdenes de compra vencidas.

II) De igual modo, este Órgano Rector entiende que las ampliaciones propiciadas resultan improcedentes, máxime teniéndose en consideración que la prerrogativa de aumentar el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Ampliación servicio. Prórroga. Renegociación. Adecuación de precios.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiera respecto al pedido de adecuación de precios en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 3/2014 adjudicada a la firma MURATA S.A.

Es dable mencionar que de las constancias de autos se desprendía lo siguiente: a) la relación contractual entre la empresa MURATA S.A. y el SISTEMA FEDERAL DE MEDIOS Y CONTENIDOS PÚBLICOS de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (para la prestación de un servicio de seguridad) había culminado con fecha 19 de junio de 2017, fecha de finalización de la Orden de Compra N° 17/2015 y b) el organismo contratante no hizo uso de la opción a la prórroga del contrato perfeccionado con la empresa MURATA S.A., no obstante lo cual pretendía “ampliar” la Orden de Compra N° 17/15 por un plazo de TRES (3) meses.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Resulta oportuno poner de manifiesto, en primer lugar que el contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/2015 ha finalizado con fecha 19 de junio de 2017, quedando imposibilitada toda acción de renegociación alguna frente a un contrato extinguido.

II) La Administración Pública Nacional en materia de adquisición o contratación de bienes y servicios se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto N° 1023/01, con los alcances

que este decreto establece, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos, se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente el patrimonio público.

III) No cabe duda que la ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado.

IV) En un caso análogo –aunque regido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00– esta Oficina Nacional sostuvo lo siguiente: *"…teniendo en consideración que se trata de un servicio, sólo sería posible ejercer la facultad de prórroga establecida en el apartado g) del referido artículo 12, con anterioridad a que haya vencido el plazo del contrato original* […] *esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente ampliar la contratación de que se trata, por tratarse de un servicio. El mismo sólo puede ser prorrogado en los casos en que así estuviera previsto en el pliego que rigió la contratación"* (v. Dictamen ONC Nº 46/04).

V) La prerrogativa de ampliar o aumentar el monto total del contrato no puede ser utilizada para aumentar y/o ampliar el plazo del mismo, porque ello configuraría en sí una "prórroga" del plazo de duración del contrato, en los términos del artículo 124 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) A fin de que proceda la facultad de prorrogar un contrato por parte de la autoridad administrativa, deberán encontrarse previamente acreditados los siguientes extremos, a saber: 1) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación que se pretende prorrogar; 2) debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo, ya que aquellos en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega no son susceptibles de prórroga; 3) a los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario; 4) sólo se podrá hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. En caso de contratos plurianuales, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional; 5) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades; 6) La prórroga no procederá si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir dicho contrato, siempre que en tal caso el aumento o la disminución del mismo hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VII) En el caso traído a estudio se ha podido corroborar que el vencimiento del contrato originario acaeció con fecha 19 de junio de 2017, ello así por cuanto, conforme lo dispuesto en el artículo 1.15 del pliego de bases y condiciones particulares, la vigencia del contrato de que se trata ha sido prevista en VEINTICUATRO (24) meses, contados a partir de la recepción de la Orden de Compra, circunstancia que tuvo lugar el día 16 de junio de 2015, es decir que el contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/15 no se encuentra vigente. Así las cosas, si la jurisdicción contratante quisiera intentar hacer uso de la opción a prorroga dispuesta

en el artículo 21 del pliego de bases y condiciones particulares, no sería jurídicamente factible, toda vez que no se encuentra en condiciones para dar cumplimiento con la emisión la Orden de Compra de la prórroga antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario, exigencia impuesta por el artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VIII) En conclusión, no resulta jurídicamente viable ampliar –por TRES (3) meses adicional– la Orden de Compra Nº 17/15, así como tampoco resulta jurídicamente procedente ejercer la opción a prórroga.

ANTICIPO FINANCIERO.

DICTAMEN ONC Nº 116/2013.

Fecha de emisión: 14 de mayo de 2013.

Referencias/voces: Adelanto financiero. Contra-garantía.

Consulta:

Se solicitó opinión a la ONC respecto de diversos interrogantes en torno a los adelantos financieros.

Opinión del Órgano Rector:

I) La normativa no establece un mínimo o un máximo sobre los montos de los adelantos, determinando únicamente que la contragarantía deberá ser por el valor total adelantado, por lo que en el caso de adelantarse el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del contrato deberá requerirse una contragarantía también por el valor del CIEN POR CIENTO (100%).

II) El organismo consultante podrá adelantar el importe que considere pertinente debiendo exigir una contragarantía por el mismo valor adelantado. la decisión de adelantar el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del contrato encuadra dentro de la esfera de las decisiones que en virtud del mérito, oportunidad y conveniencia, debe adoptar el organismo contratante al momento de redactar los pliegos de bases y condiciones particulares, siempre que se resguarden los principios generales aplicables al procedimiento contractual.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00021530-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de junio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. CONSTRUCTORA PREMART S.R.L. Incumplimiento de pago del adelanto financiero no ejecutado.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA del entonces MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA Nº 8 de fecha 10 de febrero de 2015 se resolvió, entre otras cuestiones, rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, el contrato perfeccionado con la firma CONSTRUCTORA PREMART S.R.L., en virtud del incumplimiento de los Renglones Nros. 1 y 2 de la Orden de Compra 39/13, en el marco de la Licitación Pública N° 5/13.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 50.436,66.-) y se intimó al proveedor al pago de dicha suma en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Finalmente y en cuanto aquí interesa, por conducto del artículo 2º de la Disposición SSCTyA Nº 8/15 se formuló cargo a la firma CONSTRUCTORA PREMART S.R.L. por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIEZ CON DIECINUEVE CENTAVOS ($ 151.310,19.-), equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado.

Opinión del Órgano Rector: En torno al incumplimiento de pago, por parte del proveedor CONSTRUCTORA PREMART S.R.L. de la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIEZ CON DIECINUEVE CENTAVOS ($ 151.310,19.-), equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado, resta decir que no es un supuesto típico pasible de sancionar, a la luz del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00438178-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. NIRO CONSTRUCCIONES S.R.L. Incumplimiento de pago de la contragarantía de anticipo financiero

Antecedentes.

Mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA N° 534, de fecha 20 de agosto de 2015, se resolvió rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 33/2013 emitida a favor de la firma NIRO CONSTRUCCIONES S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 36/12.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TREINTA Y SIETE CON CATORCE CENTAVOS ($ 471.037,14) y se intimó al proveedor al pago de dicha suma en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

A su vez, por conducto del artículo 2º de la Resolución ex MAGyP Nº 534/15 se formuló cargo a NIRO CONSTRUCCIONES S.A. por la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TRECE

MIL CIENTO ONCE CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 1.413.111,44.-), equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado.

La Resolución del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA N° 534/15 fue notificada al proveedor NIRO CONSTRUCCIONES S.A. conjuntamente con la intimación al pago de la penalidad dispuesta, el día 26 de agosto de 2015.

Finalmente, la COORDINACIÓN DE TESORERÍA del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA informó con fecha 16 de septiembre de 2015 lo siguiente: *"…ni en esta Coordinación ni en la Tesorería General de la Nación* […] *consta acreditación alguna por la suma de $ 471.037,14 y $ 1.413.111,44 por parte de la firma NIRO CONSTRUCCIONES S.A.".*

Opinión del Órgano Rector:

I) La doctrina conceptualiza la contragarantía del siguiente modo: *"La garantía por anticipo o contragarantía es, al igual que las anteriores, una obligación accesoria a otra principal (obligación de ampliar el anticipo al cumplimiento del contrato), por la cual, el contratista o un tercero, garantiza a la Administración la adecuada aplicación de la ayuda financiera recibida como adelanto de una porción del precio para el normal desarrollo del contrato y a su eventual devolución, en caso de incumplimiento o de extinción anormal del contrato. Por ello, si se determina que el contratista no ha utilizado el adelanto para el cumplimiento adecuado del contrato, sino que le ha dado un destino diferente, la Administración debe solicitar su restitución, con más sus intereses desde el momento del incumplimiento. En caso que el contratista no restituyera dichos montos de manera voluntaria, la Administración ejecutará la contragarantía…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. Pág. 341/342).

II) En torno al incumplimiento de pago de la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO ONCE CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 1.413.111,44) equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado, una interpretación literal de lo establecido en el artículo 145, inc. b) apartado III, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 podría llevar a concluir que la no integración de la suma correspondiente a la contragarantía por anticipo financiero, habiendo sido debidamente intimado al efecto, podría dar lugar a UNA (1) sanción de suspensión por UN (1) AÑO para contratar con el Estado Nacional. Ahora bien, cabe considerar si el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 puede ser aplicado para establecer una sanción menor en virtud del principio de la ley penal más benigna.

III) No correspondería aplicar una sanción al proveedor penalizado toda vez que el antecedente en este punto analizado no es un supuesto típico pasible de sancionar, a la luz del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En suma, se advierte que para el caso de falta de pago de la contragarantía en concepto de reintegro por anticipo financiero, resulta más beneficioso para el proveedor la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en virtud de que la cuestión aquí planteada no está tipificada como causal de sanción en el mencionado Reglamento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00438198-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Proveedor R.D.S. S.A. Incumplimiento de pago de la contragarantía de anticipo financiero.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la DIRECCIÓN NACIONAL DE GENDARMERÍA Nº 381, de fecha 23 de abril de 2013, se resolvió rescindir totalmente –por culpa del proveedor– la Orden de Compra Nº 118/12, emitida en favor de la firma R.D.S. S.A., en el marco de la Licitación Pública Nº 7/12 de la aludida jurisdicción.

Asimismo se aplicó al proveedor R.D.S. S.A. la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato y se ordenó al DEPARTAMENTO DE CONTRATACIONES del organismo de origen tramitar la ejecución de las garantías de "Cumplimiento de Contrato" y "Por Anticipo Financiero".

Opinión del Órgano Rector:

I) En torno al incumplimiento de pago de la suma de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS ONCE CON VEINTE CENTAVOS ($ 1.559.611,20) equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto total del contrato, oportunamente otorgado al cocontratante en concepto de adelanto financiero, no resulta ocioso traer a colación que la función de la contragarantía por anticipo financiero es asegurar a la Administración la restitución del importe adelantado cuando el proveedor no lo hubiera utilizado para el fin propuesto. La Administración asegura así, a través de esta garantía, el recupero del dinero total adelantado al proveedor para el caso de que éste no cumpla con el contrato.

II) La doctrina conceptualiza la contragarantía del siguiente modo: *"La garantía por anticipo o contragarantía es, al igual que las anteriores, una obligación accesoria a otra principal (obligación de ampliar el anticipo al cumplimiento del contrato), por la cual, el contratista o un tercero, garantiza a la Administración la adecuada aplicación de la ayuda financiera recibida como adelanto de una porción del precio para el normal desarrollo del contrato y a su eventual devolución, en caso de incumplimiento o de extinción anormal del contrato. Por ello, si se determina que el contratista no ha utilizado el adelanto para el cumplimiento adecuado del contrato, sino que le ha dado un destino diferente, la Administración debe solicitar su restitución, con más sus intereses desde el momento del incumplimiento. En caso que el contratista no restituyera dichos montos de manera voluntaria, la Administración ejecutará la contragarantía…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. Pág. 341/342).

III) La falta de pago de sumas reclamadas por la Administración que no tengan origen en una penalidad pecuniaria prevista en el reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como sucede en el caso bajo examen, no configura la figura sancionatoria precedentemente transcripta, en tanto no se verifica la concurrencia de uno de los extremos/elementos típicos

(penalidad aplicada) individualizados por la normativa para que proceda la sanción de suspensión allí contemplada.

IV) El presupuesto de hecho bajo examen no está previsto como causal de sanción en el mencionado Reglamento.

BIENES A IMPORTAR.

DICTAMEN ONC Nº 918/12.

Fecha de emisión: 29 de agosto de 2012.

Referencias: Bienes a importar. Art. 73 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12. Estándar de diligencia del oferente y del proveedor: buen hombre de negocios. Forma de pago: usos del mercado. Nacionalidad u origen del oferente.

Consulta:

La consulta efectuada por el EJÉRCITO ARGENTINO se encontraba ligada a las contrataciones de material bélico a importar. Específicamente se solicitó a esta Oficina Nacional asesoramiento sobre:

a) Pautas que permitan al organismo contratante "*normalizar criterios en la confección de Pliegos de Bases y Condiciones Particulares"* en las contrataciones con cotizaciones de productos a importar.

b) Utilización del instrumento "carta crédito" como medio de pago para este tipo de contrataciones.

c) Si necesariamente el cocontratante, productor o vendedor de los bienes a importar debía ser una firma radicada fuera del país pero con un representante en el mismo o si, por el contrario, podía aceptarse a un oferente nacional que importe los bienes que la Fuerza adquirirá mediante la contratación, y que en tal condición, pueda tramitarse el ingreso de dichos bienes al país al amparo del régimen de excepción de importación de material bélico establecido por la Ley Nº 19.348, por los Decretos Nº 2921/70 y N603/92 y por la Resolución Conjunta (MD-AFIP) 663/2006-2092

Normativa examinada:

- Ley Nº 19.348.
- Artículos 73, 117 y 118 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Con respecto a los alcances de la Ley 19.348 y demás normas concordantes sobre la aplicación o no de los beneficios impositivos que otorga esa normativa, dicha función excede las competencias propias atribuidas a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES toda vez que la cuestión es de carácter estrictamente impositivo. No obstante lo anterior, la temática se analizará en torno a la aplicación de las disposiciones vinculadas a las cotizaciones de bienes a importar en el marco de las contrataciones amparadas por el Decreto Delegado N° 1023/01, considerando específicamente el tipo de bien.

II) Si el objeto del contrato y el organismo licitante se encuentran comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo y personal del Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto N° 1023/01, y a su vez, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siempre que se requieran bienes a importar se deberá aplicar lo dispuesto por el artículo 73 de este último decreto.

III) Con respecto al punto a) del objeto de la consulta cabe señalar que en cada procedimiento de selección del contratista los organismos tendrán que elaborar y comunicar a los potenciales oferentes e interesados las especificaciones técnicas y condiciones generales de la contratación, de acuerdo a la necesidad que se presente, pudiendo acompañar las normativas complementarias de acuerdo al objeto del contrato.

IV) En cuanto a la comunicación de las condiciones de la contratación adviértase que los plazos de publicidad y difusión para la etapa de la convocatoria establecidos por el Régimen de Contrataciones y sus normas concordantes son plazos mínimos, pudiendo cada organismo contratante establecer plazos superiores en la medida en que estime que por la complejidad del procedimiento los potenciales oferentes e interesados necesiten más tiempo para el conocimiento de las condiciones del llamado y la preparación de su oferta.

V) Por otro lado, si bien el derecho se presume conocido, nada impide que el organismo facilite en forma general la información legal sobre el mecanismo de importación de material bélico a los oferentes a modo de colaboración.

VI) No sólo se presume conocido el derecho sino que además los proveedores tienen un estándar de diligencia propio del “buen hombre de negocios”, que si bien es más conocido en el ámbito del derecho privado, varía con el tiempo y hasta puede ser complejo determinar los alcances exactos de ese estándar, lo cierto es que también puede aplicarse al campo de las contrataciones públicas toda vez que el oferente, a diferencia del simple administrado, pretende realizar un acto de comercio con el Estado del cual obtendrá un beneficio en la medida en que resulte adjudicatario. Ello, por tanto, exige un estándar de diligencia mayor que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales para poder comercializar material bélico importado a las Fuerzas Armadas Argentinas.

VII) En la medida en que todos tengan la oportunidad de acceder al conocimiento de los requisitos de la contratación, el hecho de que algunos oferentes se comporten de manera más organizada y previsible que otros no viola el principio de igualdad de tratamiento con respecto a aquellos que cumplan con ese mínimo estándar. La circunstancia anterior es propia de otro de los principios generales aplicables a la materia que es el de la competencia entre proponentes,

que hará que el procedimiento premie a aquellos oferentes más idóneos que realicen la mejor oferta.

VIII) Con respecto a la utilización del instrumento "carta crédito" como único medio de pago para este tipo de contrataciones, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no establece medios de pago específicos, sino sólo un plazo para el pago de facturas que puede modificarse en los pliegos de bases y condiciones particulares y la moneda en la que éste deberá efectivizarse –arts. 117 y 118 respectivamente–, y lo dispuesto en el inciso g) del artículo 73 de ese cuerpo legal. De allí el organismo consultante podrá utilizar la forma de pago que estime más conveniente, considerando especialmente los usos del mercado, estableciéndolo en el pliego de bases y condiciones particulares que regirá el llamado.

IX) Finalmente, en cuanto al punto c), corresponder señalar que el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no determina si el oferente debe ser nacional o extranjero, con o sin sucursal, por lo que se aplica a cualquier procedimiento en el que el proponente tenga que realizar una cotización en dichos términos, sin importar su nacionalidad u origen. Ello, sin perjuicio de los establecido en el artículo 18 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 con respecto a la clase del procedimiento de licitación o concurso, toda vez que dicho artículo sí establece condiciones de acceso con respecto a la nacionalidad del oferente.

DICTAMEN ONC Nº 994/2012.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2011.

Referencias: Bienes a importar. Oferta condicionada. Elaboración del pliego de bases y condiciones particulares.

Consulta:

Se consultó a la ONC si resultan inadmisibles las ofertas de bienes a importar que contemplen alguna previsión sobre eventuales inconvenientes en sus trámites aduaneros y los plazos de entrega de los productos.

Al respecto, en el organismo de origen fueron receptados planteos, por parte de proveedores, respecto a que los tiempos para la obtención de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI) no les permite garantizar la disponibilidad de los bienes a una determinada fecha, lo que implicaría no cumplir con el plazo de entrega establecido en los pliegos de bases y condiciones particulares.

Luego, la segunda cuestión consultaba radicaba en desentrañar si la situación descripta puede entenderse o no, como una oferta que contuviere condicionamientos.

Normativa examinada:

- Resolución General AFIP Nº 3252/12.
- Artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme el artículo 2º de la Resolución General AFIP Nº 3252 los importadores, en forma previa a la emisión de la Nota de Pedido, Orden de Compra o documento similar para concertar sus operaciones de compra en el exterior, deberán producir la información que se indica en el micro-sitio "DECLARACION JURADA ANTICIPADA DE IMPORTACION (DJAI)", disponible en el sitio "web" de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (http://www.afip.gob.ar), relacionado con las destinaciones definitivas de importación para consumo.

II) Si al 1º de febrero de 2012 no fueron oficializadas las destinaciones definitivas de importación para consumo, dicha operación de importación queda sujeta a las disposiciones de la Resolución General AFIP Nº 3252, conforme lo dispuesto en los artículos 5º, 8º y 9º de la norma analizada.

III) Se está frente a una oferta condicionada cuando la misma *"se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido."* (conf. Artículo 528 Código Civil). En igual sentido la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido que la oferta está condicionada cuando el precio ofertado dependerá del *"…acaecimiento de un acontecimiento futuro e incierto…"* (en Dictámenes PTN, 254:63).

IV) La Administración no puede quedar sujeta al cumplimiento de un acontecimiento incierto y futuro, establecido por el oferente, en contradicción con las regulaciones legales y con las condiciones del pliego de bases y condiciones, pues la oferta estaría condicionada a la voluntad de aquél. Sin embargo, hay casos o situaciones en las que no es posible presentar una oferta sin "condicionamientos", es decir que su cumplimiento depende de una condición de índole, por ejemplo, administrativo. Son situaciones donde la inclusión o el surgimiento de condicionamientos se impone de hecho, pero que no son atribuibles a la voluntad del oferente, rasgo esencial de una oferta condicionada.

V) La existencia de una pirámide normativa que conlleva la obligación de cumplir e interpretar las normas a partir de un determinado orden de prelación, contiene la obligación de elaborar un pliego de bases y condiciones particulares que considere no sólo la normativa específica de contrataciones sino también las normas especiales que regulan en este caso, la materia aduanera e impositiva.

VI) En este caso, para que sea factible la presentación de una oferta no condicionada es preciso que, el organismo contratante considere la normativa impositiva y aduanera, la cual es obligatoria para todos los interesados en realizar importaciones de bienes, por lo que constituye un imperativo también para todos aquellos que intervienen en un procedimiento de compra de bienes importados y, por ende, debería ser tenido presente por los organismos a la hora de elaborar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación. Rescisión contractual. Penalidades. Caso fortuito. Fuerza Mayor. Declaraciones juradas anticipadas de importación (DJAI). Principio de buena fe. Diligencia. Principio de continuidad del contrato.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Junto con las actuaciones se acompañó la nota presentada por el proveedor con fecha 29 de julio de 2014 a través de la cual solicitó la aplicación del artículo 120 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 ante la imposibilidad de entregar los bienes por supuestos inconvenientes en la importación de los mismos, circunstancia que consideró acreditada con el correo electrónico que le remitiera su distribuidor.

Normativa examinada:

- Artículos 119, 120, 122, 126 inciso b) apartado 1º e inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Resolución General AFIP Nº 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del caso de fuerza mayor o caso fortuito, en tanto el proveedor no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente las razones esgrimidas.

II) No acompañó constancia de la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI), sino que, por el contrario, únicamente adjuntó una impresión de un correo electrónico remitido por su distribuidor en el cual menciona supuestas demoras en las importaciones de los tóner.

III) La obligación de presentar las DJAI fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012, es decir que el régimen ya estaba vigente a la fecha del llamado a Licitación Pública en cuestión, por lo que debió ser tenido en cuenta por el oferente al momento de realizar sus propuestas. Lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/2011).

IV) Atento que el organismo consultante ya intimó al proveedor a la entrega de los bienes bajo apercibimiento de rescindir el contrato, de conformidad con la normativa aplicable, correspondería proceder en tal sentido y ejecutar la garantía de cumplimiento del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00656026-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. Ley penal más benigna. Caso fortuito/Fuerza mayor. Proveedor REVAH JUAN IGNACIO.

Normativa examinada:

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 120, 131, inciso b), apartados 2.2 y 3.1; 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 104; 106 inciso b) apartados 1.2 y 1.3 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El proveedor planteó en su defensa que debido al contexto inflacionario por entonces imperantes en el país resultó imposible dar cumplimiento al contrato anudado con el ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN, suceso que –a su criterio– lo eximiría de responsabilidad por su inejecución, por tratarse lo acontecido de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

II) El caso fortuito y la fuerza mayor se caracterizan en doctrina por ser sobrevinientes al momento de celebración del contrato, no imputables a las partes e imprevisibles y/o irresistibles.

III) No basta con invocar una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación prometida para excusarse de su cumplimiento -como pretende el proveedor-, sino que, en todo caso, correspondía al cocontratante acreditar circunstancias imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del acuerdo que hayan producido una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas, extremos no acreditados en el *sub examine*. En efecto, el proveedor no acompañó elementos de juicio que permitan tener por acreditado que el incremento de precios denunciado, constituyó un hecho imprevisible o sobreviniente a la constitución del contrato, que impidiera su ejecución.

IV) Desde otra perspectiva, es dable señalar que el incremento de precios invocado en el descargo, lejos de resultar una información ajena a su conocimiento al momento de presentar su oferta en el procedimiento de selección, constituía una circunstancia previsible para el proveedor, y que, por lo tanto, debió ser tenida en cuenta a fin de efectuar una evaluación seria para la formulación de su oferta.

V) El hecho de presentar una oferta para intervenir en una contratación pública presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la diligencia del postulante que excede la común al efectuar un estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son la base de la contratación, de modo tal que el proveedor debe comportarse con diligencia, prudencia, y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración para la realización de un fin público.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09294907-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Caso fortuito. No se configura causal para sancionar.

Antecedentes.

En el marco de la Licitación Pública N° 10/2015 del registro de la ANLIS –llevada a cabo para la adquisición de productos químicos con destino al INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES VIRALES HUMANAS “DR. JULIO I. MAIZTEGUI”–, se adjudicaron a la firma QUÍMICA EROVNE S.A. varios de los renglones que conformaban el objeto contractual.

Oportunamente se emitió la Orden de Compra N° 280/15 por la suma total de PESOS CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE ($ 436.429,00), la cual fue notificada a la firma en cuestión el día 1° de septiembre de 2015, encontrándose establecido en el pliego de bases y condiciones particulares un plazo de cumplimiento de NOVENTA (90) días hábiles a partir de la aludida fecha.

Posteriormente, con fecha 30 de diciembre de 2015 QUÍMICA EROVNE S.A. efectuó una presentación en sede del organismo contratante a través de la cual informó que: *“…las 2*

(dos) unidades de 'analizador de enzimas' detallado en el renglón Nº 12 (…) 'ha dejado de producirse…". En dicho contexto, la citada firma comercial invocó el acaecimiento de una situación de caso fortuito y solicitó, en consecuencia, la rescisión respecto del renglón en cuestión, sin penalidad alguna.

Frente a dicho planteo, el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la AMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRAN" concluyó que la firma interesada no había acreditado debidamente los presupuestos necesarios para admitir la procedencia del eximente de responsabilidad invocado; recomendando, ante la falta de entrega de los bienes comprometidos en el Renglón N° 12 de la Orden de Compra N° 280/15, que se dispusiera la rescisión parcial del contrato, con la pérdida parcial de la garantía de cumplimiento.

Finalmente, el organismo resolvió rescindir parcialmente la Orden de Compra Nº 280/15, aplicándole al cocontratante la penalidad de pérdida parcial de garantía de cumplimiento del contrato por la suma de PESOS DOCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA ($ 12.490,00.-).

El acto de penalidad fue notificado al proveedor QUÍMICA EROVNE S.A. con fecha 30 de marzo de 2016, mientras que con fecha 8 de abril de 2016 el proveedor QUÍMICA EROVNE S.A. hizo efectivo el pago correspondiente a la penalidad impuesta.

Normativa examinada:

- Artículos 13 inciso c) y 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5 y 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 6º de la Disposición ex-SSTG Nº 6/12.
- Comunicación General ONC Nº 31/15.
- Artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Delegado Nº 1023/01 estableció que el cocontratante se verá liberado de responsabilidad por el incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando concurran "caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural" (v. artículo 13, inciso c). Empero, cabe acudir a los principios generales del Derecho y a las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales a fin de considerar extensivos tales institutos a los supuestos en que el incumplimiento sea fruto de acontecimientos humanos, en la medida en que se conjuguen los requisitos necesarios para la invocación del caso fortuito o la fuerza mayor y siempre que no sean imputables a quien invoque estos institutos en su favor.

II) En la medida en que el régimen propio de los contratos de la Administración Nacional no define qué debe entenderse por "caso fortuito" y/o "fuerza mayor", resulta necesario acudir –por vía analógica– al derecho privado, de conformidad con lo previsto en el artículo 5, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. El artículo 1730 del actual Código Civil y

Comercial de la Nación contempla lo siguiente: *"Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos.".*

III) Tanto el anterior Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional como el actualmente vigente, han regulado en un único artículo –titulado "CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR", en el marco, a su vez, de un capítulo denominado en ambos casos "CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES"– diversos institutos que han sido objeto de tratamiento autónomo y diferenciado por la doctrina, tales como el caso fortuito/fuerza mayor, la excepción de incumplimiento contractual y el hecho del príncipe. No obstante lo expuesto, en el derecho argentino no hay diferencia de régimen entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Es decir, al menos en la actualidad "caso fortuito" y "fuerza mayor" deben necesariamente ser interpretados como conceptos análogos, con idénticos efectos jurídicos, razón por la cual no tiene objeto en esta materia efectuar distinciones, máxime cuando el propio Código Civil y Comercial de la Nación emplea ambos términos como sinónimos.

IV) En efecto, se trata de una causal de extinción de los contratos vinculada con la imposibilidad de su cumplimiento. Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor liberarán de responsabilidad al obligado en tanto reúnan ciertos caracteres.

V) Tanto el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 han regulado los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor como eximentes de responsabilidad que obstan a la aplicación de penalidades y/o sanciones, siempre y cuando –va de suyo– sean debidamente documentado por el interesado los presupuestos de procedencia que a continuación se detallan: 1. Debe tratarse de un acontecimiento: a) "exterior" o "ajeno" (no imputable al particular. Sólo hay estrictamente caso fortuito cuando el proveedor no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción o por omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente ni constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad); b) sobreviniente (debe haber acaecido con posterioridad al nacimiento del vínculo obligatorio); c) imprevisible (es decir que no pudo razonablemente ser considerado por el proveedor, en el sentido de superar la aptitud de previsión que es dable exigir a un proveedor del Estado, en tanto éste haya actuado con todas las precauciones ordinarias) o "inevitable" (que acaece no obstante toda acción contraria del proveedor. Se trata del carácter más importante de esta eximente, dado que, en puridad, incluso si hubiera sido previsto, constituirá un caso fortuito si pese a ello no ha podido ser evitado); d) que haya colocado al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. El simple hecho de que el cumplimiento se haya tornado más dificultoso u oneroso no importa la existencia de esa imposibilidad, sin perjuicio de que pueda dar lugar a la articulación de otros remedios. Por las mismas razones, debe señalarse que la configuración de una imposibilidad de cumplimiento meramente transitoria no liberará al proveedor, no obstante lo cual podrá, a lo sumo, eximirlo de responsabilidad por la mora. 2. La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los DIEZ (10) días de producido o desde que cesaren sus efectos. De ello se desprende, con meridiana claridad, que para ampararse en los efectos propios de estas figuras el contratista

estatal debe cumplir con la carga de informar a la Administración, en forma oportuna, acerca de la existencia del respectivo acontecimiento. 3. Finalmente, el respectivo planteo deberá hallarse debidamente documentado por parte del interesado, a los fines de posibilitar que la Administración verifique los extremos invocados, con excepción de aquellos eventos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad.

VI) En palabras de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN: "*...para poder admitir el caso fortuito o fuerza mayor no basta invocar mayor onerosidad en la ejecución de la prestación prometida, sino que debemos estar ante un hecho imprevisible e irresistible que produzca una verdadera imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas, y si ello es así en la órbita del derecho privado, con mucho mayor rigor deberá apreciarse la eximente en el campo del derecho público, en donde hay sin duda un interés prioritario que conservar, que es el de la comunidad, referido a la efectiva prestación de un servicio público...*" (Conf. Dictámenes PTN 181:138).

VII) Una vez acreditados los presupuestos reseñados más arriba, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor fracturan la cadena causal y liberan de responsabilidad al obligado. En tales supuestos el caso fortuito o la fuerza mayor poseen efectos resolutorios, pues conducen a la extinción del vínculo contractual.

VIII) De la compulsa de los presentes actuados, así como también de lo manifestado por el proveedor en su descargo y los elementos probatorios aportados en el mismo, esta Oficina Nacional entiende que se encuentran debidamente acreditados y documentados los presupuestos necesarios para la aplicación del caso fortuito y/o de la fuerza mayor ante el incumplimiento en que incurriera la sociedad cocontratante.

IX) La discontinuidad en la producción de los "Analizadores de Enzimas" ofertados por QUÍMICA EROVNE S.A. –para el Renglón N° 12 de la Orden de Compra 280/15– configuró en el caso un acontecimiento imprevisible y/o inevitable para éste, toda vez que al momento de perfeccionarse el contrato –1° de septiembre de 2015– el equipamiento en cuestión continuaba produciéndose normalmente. En esa inteligencia, resulta atendible el argumento en torno a que tal situación no pudo ser razonablemente considerada por el proveedor, produciéndose más allá de toda acción contraria que pudiera impulsar el mismo.

X) A su vez, no es posible soslayar que la situación descripta resulta insuperable para el cocontratante, en tanto que el equipamiento ha dejado de producirse, y no existen reemplazos equivalentes en el mercado. Más aún, la discontinuidad de los bienes ofertados resulta ser un acontecimiento externo y ajeno a las partes, toda vez que fue dispuesta en forma unilateral por el fabricante, sin que el proveedor pudiera tener injerencia alguna en dicha decisión.

XI) Por otra parte, la situación planteada resulta sobreviniente al momento de la celebración del contrato, puesto que, como ya se dijera, la fabricación del equipamiento fue interrumpida con posterioridad al perfeccionamiento de contrato entre la jurisdicción contratante y QUIMICA EROVNE S.A.

XII) El contexto descripto puso al proveedor en una situación razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones, al no poder adquirir los kits comprometidos, por haber sido

discontinuados (reemplazándolos por otros métodos) sin que pueda adquirirse en el mercado reemplazos equivalentes.

XIII) En otro orden de cosas, corresponde señalar que esta Oficina Nacional entiende –más allá de lo resuelto por el organismo contratante– que la firma QUÍMICA EROVNE S.A. ha documentado debidamente el acontecimiento que originó el caso fortuito o la fuerza mayor y, a su vez, puso en conocimiento de la jurisdicción la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor, dentro de los DIEZ (10) días de haber tomado conocimiento de la situación descripta, mediante nota cursada al organismo con fecha 29 de diciembre de 2015, que fuera recepcionada el día 30 de diciembre de 2015. Asimismo, no es posible soslayar que la firma proveedora notificó al organismo dentro del plazo previsto para el cumplimiento de la Orden de Compra N° 280/15, cuyo vencimiento operaba el día 16 de enero de 2016.

XIV) A partir de lo expuesto, forzoso es colegir que QUÍMICA EROVNE S.A. acreditó debidamente los presupuestos de procedencia del caso fortuito y/o fuerza mayor que impidieron que pudiera dar cumplimiento al Renglón N° 12 de la Orden de Compra N° 280/15, motivo por el cual esta Oficina Nacional entiende que no se configura ninguna causal para aplicar una sanción al proveedor QUÍMICA EROVNE S.A. (C.U.I.T. N° 30-52535648-1).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-24820039-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de octubre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. Caso fortuito. Proveedor FULGENZI FERNANDO RODOLFO.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la JEFATURA DE MANTENIMIENTO Y ARSENALES DE LA ARMADA de la ARMADA ARGENTINA N° 13, del 9 de marzo de 2017, se resolvió rescindir en forma total, por culpa del proveedor, la Orden de Compra Nº 1/17 emitida en favor de la firma FULGENZI, FERNANDO RODOLFO en el marco de la Contratación Directa N° 40/16.

Asimismo, mediante la citada Disposición se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y TRES CON VEINTE CENTAVOS ($ 4.193,20.-) y se lo intimó para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado integrara la suma correspondiente –v. artículos 1° y 3º–.

Resta indicar que en oportunidad de efectuar su descargo, el proveedor en cuestión adujo que su incumplimiento fue determinado por la demora que existió entre el momento de la apertura de las ofertas del procedimiento de selección y la adjudicación del mismo, extremo que habría tornado imposible el cumplimiento de la contratación en virtud de aumento de precios ocurrido en ese lapso.

Normativa examinada:

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 5, 120, 131, inciso b), apartado 3.1 y, 132 y 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Artículos 106 inciso b) apartado 1.3 y 107 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

- Artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las penalidades impuestas fueron oportunamente evaluadas por el organismo contratante, decisión que, a tenor de los antecedentes obrantes en los presentes actuados, fue consentida por la impugnante ya que ésta no interpuso recurso alguno. En efecto, pese a que en oportunidad de notificársele la Disposición JEMA N° 13/17, el proveedor en cuestión fue informado sobre los recursos procedentes y los plazos para interponerlos –de ello se infiere que tuvo la posibilidad de utilizar los recursos administrativos previstos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto 1759/72 (T.O. 1991) contra el acto de penalidad– no realizó ningún cuestionamiento en cuanto a su regularidad y legalidad, razón por la cual cabe interpretar que dicho acto quedó firme y consentido al fenecer los plazos para impugnarlo.

II) No se encuentra discutido en los presentes actuados –en tanto fue expresamente reconocido por la propia recurrente– que existió un incumplimiento total de la Orden de Compra Nº 1/17. Frente a ello, el señor FULGENZI, FERNANDO RODOLFO invoca la configuración de un supuesto de fuerza mayor, producto de un aumento inusual de precios durante la sustanciación del procedimiento, razón por la cual deviene necesario efectuar un sucinto análisis sobre la eximente de responsabilidad esgrimida.

III) En la medida en que el régimen propio de los contratos de la Administración Nacional no define qué debe entenderse por “caso fortuito” y/o “fuerza mayor”, resulta necesario acudir –por vía analógica– al derecho privado.

IV) A la luz del ordenamiento jurídico aplicable, no hay diferencia de régimen entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Se trata de conceptos análogos, con idénticos efectos jurídicos, razón por la cual no tiene objeto en esta materia efectuar distinciones: Tanto uno como otro liberarán de responsabilidad al obligado en tanto reúnan ciertos caracteres.

V) En sentido concordante con ello, tanto el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 han regulado los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor como eximentes de responsabilidad que obstan a la aplicación de penalidades y/o sanciones, siempre y cuando –va de suyo– sean debidamente documentado por el interesado los presupuestos de procedencia: 1) Debe tratarse de un acontecimiento “ajeno” (no imputable al particular) y sobreviniente (acaecido con posterioridad a la presentación de la oferta) que no haya podido preverse o que, habiendo sido previsto, no haya podido evitarse; 2) Debe haber colocado al particular en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

VI) Por último, resta indicar que la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los DIEZ (10) días de producido o desde que cesaren sus efectos.

VII) De lo dicho surge, con meridiana claridad, que para ampararse en los efectos propios de estas figuras el proveedor no sólo debe cumplir con la carga de informar a la Administración, en forma oportuna, acerca de la existencia del respectivo acontecimiento, sino que también deberá acreditar documentadamente los extremos invocados. Debe tenerse presente, en relación con ello, que la imprevisibilidad debe superar la aptitud de previsión que es dable exigir a un proveedor del Estado, en tanto éste haya actuado con todas las precauciones ordinarias, mientras que, por otra parte, el simple hecho de que el cumplimiento se haya tornado más dificultoso u oneroso no importa necesariamente la configuración de una razonable imposibilidad de cumplimiento, sin perjuicio de que pueda eventualmente dar lugar a la articulación de otros remedios.

VIII) El proveedor FULGENZI, FERNANDO RODOLFO no aportó junto con su descargo documentación alguna que respalde las defensas que aduce para excusar su incumplimiento; en consecuencia, no es posible tener por verificados ninguno de los extremos que hacen a la procedencia de esta eximente de responsabilidad. Por el contrario, las defensas invocadas por el proveedor solo consisten en meras afirmaciones dogmáticas y de ese modo su crítica se desvanece, sin lograr demostrar en lo decidido transgresión legal alguna.

IX) Los argumentos esgrimidos en forma vaga y genérica por la firma, sin aportar sustento documental alguno en el cual apoyar su argumentación a fin de excusarse de las obligaciones a su cargo y de la responsabilidad frente al incumplimiento no pueden tener acogida favorable. Concluir lo contrario implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, en aras de preservar los intereses públicos comprometidos en la contratación administrativa.

X) El hecho de presentar una oferta para intervenir en una contratación pública presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la diligencia del postulante que excede la común al efectuar un estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son la base de la contratación, de modo tal que el proveedor debe comportarse con diligencia, prudencia, y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración para la realización de un fin público. Por todo lo expuesto, se concluye que el descargo efectuado por la firma agraviada no logra conmover las conclusiones vertidas previamente.

CERTIFICACIÓN DE DOCUMENTACIÓN POR ESCRIBANO

DICTAMEN ONC Nº 15/2013.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2013.

Referencias: Exigencia de presentar junto con la oferta documentación certificada por escribano y legalizada por el colegio profesional. Certificación de copias por autoridad administrativa.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en estas actuaciones, en cuyo marco obraba la impugnación de la firma FERNANDO BELLONI S.A. al dictamen de evaluación emitido en el marco de la Licitación Privada N° 3/2012 del registro del COMANDO DE LA 1º DIVISIÓN DEL EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO.

Cabe mencionar que la oferta de la impugnante había sido desestimada y considerada inadmisible por la Comisión Evaluadora en razón de que: "*…faltó presentar copia legalizada del acta constituida, estatuto o contrato social, documentos certificados por escribano público y legalizada por el colegio de escribanos respectivos conforme lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares…*".

Normativa examinada:

- Artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).
- Artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No corresponde solicitar como requisito adicional a los exigidos por la normativa que la documentación respaldatoria acompañada con la oferta se presente con certificación de escribano público y legalizada por el correspondiente Colegio profesional.

II) Conforme surge del artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, las copias de la documentación acompañada junto con la oferta pueden ser certificadas por la autoridad administrativa. De ese modo, el requerimiento de que las copias se acompañen certificadas por escribano y con la correspondiente legalización del Colegio respectivo, constituye un recaudo excesivo, que implica la erogación de un costo adicional al oferente.

III) Por otro lado, cabe considerar al respecto que solicitar en el pliego de bases y condiciones particulares que la documentación a presentar junto con la oferta se encuentre certificada por escribano público y legalizada por el colegio respectivo agrega un requisito que no se encuentra regulado ni en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 ni en el aprobado por el Decreto N°893/12.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que no corresponde adicionar requisitos a los exigidos por la normativa aplicable para la presentación de la documentación respaldatoria al momento de presentar la oferta en un organismo contratante. En pronunciamientos anteriores, se ha recomendado que los organismos contratantes modifiquen toda cláusula de los pliegos particulares que obligue a realizar la certificación por escribano público de la documentación respaldatoria y que la misma sea una elección del oferente, permitiéndole la tramitación de la autenticación de la copia ante la autoridad administrativa (Conf. Dictamen ONC N° 815/12).

V) El Sistema de Contrataciones se encuentra emplazado en el principio de centralización normativa, lo que implica que las unidades operativas de compras deben tramitar el procedimiento de selección del contratista conforme las disposiciones legales vigentes. El principal fundamento de dicha organización es que los órganos contratantes unifiquen su modalidad de gestión, contribuyendo, de este modo a que se respete la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, no solo dentro de un único procedimiento de selección, sino en forma trasversal, en todo el Sistema de Contrataciones (Conf. Dictamen ONC N° 815/12).

VI) Por otro lado, el hecho de exigir más recaudos que los regulados normativamente puede causar el efecto de desalentar la presentación de ofertas, atentando contra los principios de concurrencia y de competencia entre oferentes (conf. artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01).

VII) Corresponde recomendar al organismo contratante que en los pliegos de bases y condiciones particulares se consigne que la documentación presentada en copia puede ser certificada por la autoridad administrativa, dejando que la certificación por escribano público sea una elección del oferente.

CERTIFICADO FISCAL PARA CONTRATAR.

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Certificado fiscal para contratar.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Puntualmente, respecto del Certificado Fiscal para Contratar se consultó: ¿El Certificado Fiscal para Contratar debe ser presentado junto a toda Oferta que supere los $ 50.000, únicamente? ¿Cuál es el plazo para presentar el Certificado Fiscal? ¿Y si no lo hiciera?

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 28, inciso f) del Decreto N° 1023/01.
- Artículos 83 inciso b) apartado 2 y 234 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 8º y 9º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05.
- Artículo 7º de la Disposición SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Certificado Fiscal para Contratar debe tramitarse en los términos de la Resolución General Nº 1814/05 de la AFIP. De la mencionada Resolución se desprende la inexistencia de un plazo determinado para solicitar el Certificado Fiscal por primera vez, como sí ocurre para los casos en que quien posea un Certificado Fiscal próximo a vencer pretenda tramitar uno nuevo.

II) Los oferentes que no posean el Certificado Fiscal para Contratar vigente al momento de realizar su oferta, deberán brindar los datos de la nota por la que inician la tramitación del citado certificado, o bien la nota por la que tramitan su renovación. El actual Reglamento permite a los oferentes que no posean el Certificado Fiscal para Contratar vigente al momento de realizar su oferta, brindar los datos de la nota por la que inician la tramitación del citado certificado, o bien la nota por la que tramitan su renovación (conf. artículo 234 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12). En concordancia con lo expuesto, el artículo 7º de la Disposición de la SSTG Nº 6/2012 prescribe que la obligación de los interesados prevista en el artículo 234 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, relativa a suministrar los datos del Certificado Fiscal para Contratar vigente al realizar la Preinscripción, se dará por cumplida con la difusión del Certificado que se realiza en la página de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (http://www.afip.gov.ar).

III) A los fines de dar por cumplido el requisito de existencia de Certificado Fiscal para Contratar, resulta suficiente con que las Unidades Operativas de Contrataciones verifiquen tal circunstancia de habilitación en la página "Web" de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) o en la página de este Órgano Rector sin ser necesario que el certificado sea presentado por el oferente.

IV) Finalmente, si el Certificado Fiscal no estuviera vigente durante la etapa de evaluación de ofertas y ello se debiera a causas imputables exclusivamente al organismo recaudador, la Comisión Evaluadora de la jurisdicción o entidad contratante no podrá recomendar la desestimación por este motivo de la oferta de que se trate, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 83 inciso b) apartado 2, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012.

DICTAMEN ONC Nº 21/2013.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2013.

Referencias: Certificado Fiscal para Contratar.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su opinión respecto una serie de cláusulas a incorporar en los pliegos de bases y condiciones particulares para la contratación del servicio de limpieza y maestranza del organismo.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 18 y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.

- Artículos 45, 70, último párrafo y 84, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En forma previa a la entrada en vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, la obligatoriedad de poseer el Certificado Fiscal para Contratar vigente a la fecha de apertura de las ofertas se tornó un requisito excesivamente riguroso para los oferentes, repercutiendo directamente en los organismos contratantes al limitar la cantidad de ofertas válidas posible, es decir, la cantidad de opciones para elegir la oferta más conveniente.

II) Considerando que, en definitiva, el fin último de requerir ese certificado es evitar que el Estado contrate con proveedores que tengan deudas con el fisco, y de este modo premiar a aquellos que sí cumplan con sus obligaciones tributarias, en el Reglamento aprobado el Decreto N° 893/12 se llegó a la solución de requerir, en los casos en que dicho certificado no estuviera vigente, la nota de presentación ante la AFIP de inicio o renovación del trámite respectivo.

DICTAMEN ONC Nº 81/2013.

Fecha de emisión: 16 de abril de 2013.

Referencias: Certificado fiscal para contratar. Causas imputables a la Administración que permitirían admitir una oferta que careciere de certificado fiscal.

Consulta:

Se solicitó la opinión del Órgano Rector sobre la interpretación del artículo 83, inciso b), apartado 2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en cuanto a las causales que serían imputables a la Administración, que permitirían admitir una oferta, aun cuando el oferente careciere del certificado fiscal para contratar vigente.

Más precisamente, la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES consultó *"…cuáles serían las causales imputables a la AFIP que permitirían a la Comisión Evaluadora* […] *admitir una oferta que carece de Certificado Fiscal vigente para contratar, sin que ello conlleve a un tratamiento desigual respecto de los oferentes que sí posean el Certificado Fiscal Vigente".*

Normativa examinada:

- Artículos 17 y 28, inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 83, inciso b), apartado 2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º, 4º, 5º y 6º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar es que sirva como instrumento para que los organismos de la Administración Pública Nacional verifiquen la situación tributaria de sus oferentes, a fin de no contratar con proveedor con deudas fiscales.

II) El artículo 28, inc. f), del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse con los alcances del principio de concurrencia de oferentes consagrado en el artículo 3° de ese mismo decreto, que obliga a los organismos a orientar sus procedimientos licitatorios de modo tal de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, y así contar con mayores posibilidades de obtener la oferta más conveniente. Se trata de una condición limitante al acceso de los interesados a los procedimientos de contratación pública, que debe ser interpretada en forma razonable, para que no restrinja irrazonablemente la participación (conf. Dictamen ONC N° 889/12).

III) Si bien siempre es virtuoso que el Estado Nacional fomente una cultura tributaria, ese criterio debería adaptarse a las políticas específicas en materia de contrataciones públicas, siendo irrazonable un excesivo rigorismo formal en la admisión de las ofertas que atente contra el principio de concurrencia de oferentes.

IV) La frase “obligaciones tributarias y previsionales” debe ser analizada bajo el prisma de los principios generales y específicos que regulan la materia de las contrataciones públicas, donde no sólo debe imperar la necesidad de verificar y promover el cumplimiento de las obligaciones tributarias y previsionales de los proveedores del Estado, sino que es preciso que a los procedimientos de contratación iniciados por el Estado concurra la mayor cantidad posible de potenciales interesados y oferentes, a fin de asegurar el cumplimiento del interés público con eficiencia, eficacia y transparencia (conf. Dictamen ONC N° 889/12).

V) Se debe evaluar la diligencia que haya tenido el oferente frente a la exigencia del Certificado Fiscal para Contratar, ponderando las circunstancias de cada caso en particular (conf. Dictamen ONC N° 825/12). Así, la exigencia de la vigencia del aludido certificado al momento del acto de apertura puede verse atenuada en los casos en que se acreditara una debida diligencia por parte del administrado, por ejemplo si solicitó la emisión del Certificado Fiscal para Contratar con anterioridad a la apertura, y una demora de la Administración no imputable al oferente (por ejemplo en la emisión del certificado).

VI) El Reglamento aprobado por Decreto 893/12 procura aplicar una solución uniforme que pueda satisfacer las necesidades de fortalecer la cultura tributaria sin caer en ritualismos excesivos que menoscaben el principio de concurrencia de oferentes. En el punto 2 del inciso b) del artículo 83 se establece que, si al momento de evaluar las ofertas presentadas, el oferente no posee dicho certificado vigente y la demora se debe a causas imputables a la Administración, no se podrá recomendar la desestimación de la oferta por ese motivo.

VII) Las causales que serían imputables a la Administración, que permitirían admitir una oferta, aun cuando el oferente careciere del certificado fiscal para contratar vigente, en los términos del artículo 83, inciso b), apartado 2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012 son las siguientes: 1. Cuando la evaluación, la adjudicación o el perfeccionamiento del contrato tengan lugar durante el lapso de tiempo que tiene la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS para emitir el certificado fiscal para contratar o bien para denegarlo, en

tanto se trata de un plazo que la propia Administración se da para autorregular su actividad y por tal motivo, dicha circunstancia no puede repercutir negativamente en la posibilidad del proveedor de resultar adjudicado; 2. Cuando, pasado los QUINCE (15) días hábiles administrativos que tiene la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS para emitir el certificado fiscal para contratar o bien para denegarlo, ésta no emita el certificado o no comunique su denegatoria, por cuanto, esta demora de la Administración no es imputable al oferente.

VIII) Lo dispuesto en el artículo 4º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05 no implica que se pueda obligar a un proveedor a mantener permanentemente vigente su Certificado Fiscal para Contratar, siendo razonable que el mismo sea solicitado cuando el sujeto se encuentre interesado en presentarse a cotizar. De tal modo, en atención a lo expuesto y a fin de no caer en excesos rituales que lesionen la concurrencia bastará verificar que el oferente haya solicitado en forma previa a la fecha de apertura la emisión del correspondiente certificado fiscal para contratar.

IX) En el caso de que se constate que el proveedor con quien se perfeccionó el contrato poseía deudas tributarias o previsionales, el organismo contratante deberá remitir los antecedentes a ésta Oficina Nacional a fin de tramitar la aplicación de una sanción de apercibimiento.

DICTAMEN ONC Nº 375/2014.

Fecha de emisión: 29 de septiembre de 2014.

Referencias: Ampliación de órdenes de compra. Certificado fiscal para Contratar.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiese respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2728/14), mediante la cual se propiciaba ampliar en un VEINTE POR CIENTO (20%) las Órdenes de Compra Nº 163/2014, Nº 165/2014, Nº 168/2014, Nº 170/2014, Nº 171/2014 y Nº 176/2014, emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 38/2013 del ex MINISTERIO DE SALUD.

Al respecto, es del caso señalar que el Certificado Fiscal correspondiente a la firma BIOPROFARMA S.A. se encontraba próximo a vencer, en tanto el correspondiente a la empresa LABORATORIO LKM S.A. había expirado durante la ejecución contractual.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien siempre es virtuoso que el Estado Nacional fomente una cultura tributaria, y con ese criterio solicite a los proveedores en cuestión el trámite de la renovación correspondiente, esta Oficina Nacional tiene dicho que no resulta razonable ni ajustado a derecho obligar a un proveedor a mantener permanentemente vigente su Certificado Fiscal para Contratar por tiempo indeterminado, máxime si se repara en que una ampliación debe

considerarse como parte del mismo contrato y no como una nueva contratación (v. Dictámenes ONC N° 137/06, Nº 934/12, Nº 294/14, entre otros).

II) En virtud de ello, esta Oficina Nacional carece de reparos que realizar en relación con este punto.

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Certificado fiscal para contratar en ofertas menores a $ 50,000.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 70, *in fine,* del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3°, 8º, 10 y 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- Artículos 13, inciso c), 15 y 45 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Decreto N° 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En los casos de ofertas cuyos importes sean inferiores a PESOS CINCUENTA MIL ($ 50.000), será suficiente la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar incorporada en el SIPRO al momento de la inscripción en el mismo, no siendo exigible una nueva presentación junto con la oferta.

II) Respecto de las cotizaciones superiores a $ 50.000, no podrá desestimarse una oferta cuando el oferente hubiere solicitado antes de la presentación de la oferta, a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, la emisión del certificado fiscal para contratar y durante el procedimiento de selección, desde el acto de apertura hasta el perfeccionamiento del contrato, esta no lo emita o no comunique su denegatoria. Es obligación del oferente comunicar al organismo contratante la denegatoria a la solicitud del certificado fiscal para contratar emitida por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS dentro de los CINCO (5) días de notificada la misma.

DICTAMEN ONC Nº 13/2015.

Fecha de emisión: 13 de enero de 2015.

Referencias: Licitación Pública Nº 45/13; medicamentos antirretrovirales; cuestiones vinculadas al certificado fiscal.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de un proyecto de Decisión Administrativa mediante la cual se propiciaba ampliar las Órdenes de Compra Nros. 305/14, 306/14, 307/14, 308/14, 310/14, 311/14, 312/14, 314/14, 315/14 y 316/14, emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 45/2013 del registro del ex MINISTERIO DE SALUD.

De las actuaciones se desprendía que los Certificados Fiscales para Contratar correspondientes a las firmas LABORATORIOS RICHMOND S.A.C.I.F. y LABORATORIO ELEA S.A.C.I.F. y A. se encontraban próximos a vencer.

Normativa examinada:

- Resolución General AFIP Nº 1814/05.

Opinión del Órgano Rector: Si bien siempre es virtuoso que el Estado Nacional fomente una cultura tributaria, y con ese criterio solicite a los proveedores en cuestión el trámite de la renovación correspondiente, no resulta razonable ni ajustado a derecho obligar a un proveedor a mantener permanentemente vigente su Certificado Fiscal para Contratar por tiempo indeterminado, máxime si se repara en que una ampliación debe considerarse como parte del mismo contrato y no como una nueva contratación (v. Dictamen ONC Nº 387/2014, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 96/2015.

Fecha de emisión: 13 de abril de 2015.

Referencias: Certificado fiscal para contratar. Contratación por exclusividad. Certificado no vigente. Deuda. Plan de regulación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre la posibilidad planteada por el SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD Y CALIDAD AGROALIMENTARIA (SENASA) de realizar una contratación directa por exclusividad con la firma DRACONIS S.A., la cual carecía de Certificado Fiscal para Contratar, supliendo dicha falta con la presentación mensual de los comprobantes del pago de su deuda.

A los fines de una mejor comprensión del caso, es dable mencionar que el SENASA informó en su nota de remisión que: *"La firma DRACONIS S.A., es una firma cuya actividad se*

desarrolla en una planta de desnaturalización de residuos peligrosos que opera dentro del ámbito de la zona primaria aduanera del Aeropuerto Internacional de Ezeiza 'Ministro Pistarini', siendo la única empresa prestadora del servicio de recolección de residuos peligrosos e incineración de los mismos en dicha zona…".

Asimismo, explicó la entidad girante que: *"Se realizó por tanto la Contratación Directa por Exclusividad Nº 148/14, a fin de contratar el servicio de recolección antes mencionado, por el término de DOCE (12) meses con la firma DRACONIS S.A., la cual cuenta con toda la documentación requerida en las Bases Generales que rigieron el llamado, pero carece del Certificado Fiscal para Contratar.".*

Por último se hizo saber que la empresa en cuestión manifestó que: *"…la deuda fue contraída por su anterior gestión administrativa y que ha sido incluida en Plan de Regularización implementado con motivo de la Resolución General AFIP 3451.".*

Finalmente, el apoderado de AEROPUERTOS ARGENTINA 2000 S.A., manifestó que la firma DRACONIS S.A. es "*…la única prestadora del servicio de recolección, transporte y tratamiento de residuos regulados (Res. SENASA N° 714/2010) que se encuentra en zona primaria aduanera del Aeropuerto Internacional 'Ministro Pistarini' de Ezeiza.".*

En suma, la plataforma fáctica que tuvo en cuenta la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES al expedirse puede sintetizarse del siguiente modo: 1) Tanto SENASA como AEROPUERTOS ARGENTINA 2000 S.A. pusieron de resalto que la firma DRACONIS S.A. era la única prestadora del servicio de recolección, transporte y tratamiento de residuos regulados que se encuentra en zona primaria aduanera del Aeropuerto Internacional 'Ministro Pistarini' de Ezeiza; 2) Se realizó la Contratación Directa por Exclusividad Nº 148/14, a fin de contratar el servicio de recolección con la firma DRACONIS S.A., la cual contaba con toda la documentación requerida en las bases que rigieron el llamado, pero carecía del Certificado Fiscal para Contratar; 3) La empresa manifestó que la deuda había sido incluida en un Plan de Regularización implementado la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP).

Normativa examinada:

- Artículo 42, párrafo 2º, Constitución Nacional.
- Artículos 3º y 28, inc. f) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 1º, 2º, 3º y 6º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si la oferta presentada por la firma DRACONIS S.A. (C.U.I.T. Nº 30-70870107-2) en el marco de la Contratación Directa por Exclusividad Nº 148/14 fuere igual o mayor a PESOS CINCUENTA MIL ($ 50.000.-), el Certificado Fiscal para Contratar resulta exigible, salvo el supuesto en el que la firma en cuestión pudiere comprobar en forma fehaciente que posee créditos líquidos, exigibles y de plazo de pago vencido contra el Estado Nacional, Provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus dependencias centralizadas, descentralizadas y entes autárquicos, originados en contratos de suministro de bienes, obras y/o servicios, por montos iguales o superiores a las deudas que mantienen con esta Administración Federal. Va de suyo

que esta última circunstancia no parecería guardar relación con la situación descripta en la Nota de consulta.

II) La falta de Certificado Fiscal dejaría –en principio– incursa a la sociedad DRACONIS S.A., en la causal de inhabilitación regulada en el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01. Ahora bien, esta Oficina Nacional ha sostenido en reiteradas ocasiones que el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse bajo el prisma de los principios generales que informan las contrataciones públicas.

III) La noción y sentido del principio de razonabilidad radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y de interpretarla y aplicarla considerando las singularidades de cada caso concreto, de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular, es decir, evitando la aplicación ciega y en abstracto del presupuesto contemplado por la norma. A su vez, la Administración Nacional, además de satisfacer el interés público, debe hacerlo de modo eficiente, siendo este otro de los principios rectores de la actividad administrativa, expresamente receptado en el Decreto Delegado Nº 1023/01 y que, incluso, reviste jerarquía constitucional (v. Artículo 42, párrafo 2º, CN).

IV) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar es que sirva como instrumento para verifiquen la situación tributaria de los oferentes, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que posean deudas fiscales o previsionales, premiando a quienes sí cumplan con dichas obligaciones (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 81/2013 y 241/2013).

V) Si bien siempre es virtuoso que el Estado Nacional fomente una cultura tributaria, ese criterio debe adaptarse a los principios y políticas específicas en materia de contrataciones públicas, siendo irrazonable un excesivo rigorismo formal en la admisión de las ofertas (Cfr. Dictamen ONC Nº 241/2013).

VI) La causal de inhabilidad para contratar regulada por el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 referida al incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales, debe interpretarse en sentido restrictivo. En esa línea interpretativa debe analizarse el alcance de la obligación de “regularizar su situación tributaria y/o previsional” que pesa sobre el contribuyente que pretende obtener el Certificado Fiscal para Contratar, una vez constatado un incumplimiento y emitido el informe de inhabilitación pertinente (v. artículo 6º, segundo párrafo de la Resolución General AFIP Nº 1814/05).

VII) La definición de la palabra “regularizar”, conforme la segunda acepción de la Real Academia Española, hace referencia a “legalizar, adecuar a derecho una situación de hecho o irregular”. Luego, de acuerdo a lo informado, la deuda que pesa sobre la firma DRACONIS S.A. habría sido “…incluida en Plan de Regularización implementado con motivo de la Resolución General AFIP 3451.”.

VIII) No pueden dejar de valorarse las especiales circunstancias del caso: proveedor exclusivo para la prestación de un servicio de relevante trascendencia, compromiso de pago de la deuda fiscal por parte del mismo, lo cual podría significar la regularización de su situación, con miras a la expedición del correspondiente Certificado Fiscal, etc. Bajo este estándar, no se

presenta *prima facie* como la alternativa más razonable, eficaz y eficiente el dejar sin efecto el llamado o declararlo fracasado, por cuanto de procederse así, la Administración se vería imposibilitada de aprovechar los recursos utilizados la contratación de que se trata, de modo tal de satisfacer el interés público comprometido.

IX) De resolverse lo contrario, quedaría en una situación más ventajosa un oferente con deudas tributarias y/o previsionales que de mala fe manifestara en forma falaz que tiene su Certificado Fiscal en trámite a fin de obtener la adjudicación o bien omitiere notificar el respectivo rechazo –circunstancia que a la postre solo podría acarrearle una sanción de apercibimiento– que aquel que, como la firma DRACONIS S.A., manifiesta de buena fe que se encuentra a la fecha en cumplimiento de un Plan de Regularización de su deuda con el organismo recaudador.

X) A fin de no caer en excesos rituales que lleven a imposibilitar totalmente la obtención del servicio esencial objeto de la contratación de marras, esta Oficina Nacional considera viable la alternativa planteada por el SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD Y CALIDAD AGROALIMENTARIA (SENASA), sin perjuicio de señalar que, en tanto la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS es el organismo de aplicación de la Resolución General AFIP Nº 1814/05, corresponde dar previa intervención a su servicio permanente de asesoramiento jurídico, a fin de que en el marco de su competencia se expida sobre la legalidad de la medida impulsada por la entidad girante.

DICTAMEN ONC Nº 313/2015.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2015.

Referencias: Certificado Fiscal para Contratar. Vencimiento del Certificado al momento de la evaluación de las ofertas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de emitir opinión sobre el temperamento a adoptar por el organismo contratante en casos análogos a la problemática traída a consulta, relacionado con el vencimiento del Certificado Fiscal para Contratar ocurrido durante el desarrollo de la Licitación Pública Nº 10/15 y la presunta falta de diligencia por parte del proveedor en cuestión en el trámite de renovación del citado Certificado Fiscal.

La ASESORIA JURÍDICA de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA realizó la siguiente apreciación en relación con la sociedad comercial "COSTANERA UNO S.A." referida al cumplimiento de presentar el certificado fiscal para contratar: *"…si bien se advierte que la aludida empresa solicitó con anterioridad a la fecha de apertura de ofertas el certificado de marras (03/02/15) cuyo vencimiento operara el 03/06/15, lo cierto es que existió un espacio temporal en el cual dicha vigencia no se mantuvo por una razón no imputable de modo exclusivo a la administración (04/06/15 al 14/06/15), pues, tal como se desprende de las constancias*

agregadas en autos, la firma social "COSTANERA UNO S.A." recién solicitó nuevo certificado el mismo día (15/06/15) en que fue intimada por la Comisión Evaluadora, obteniéndose el mismo el 07/07/15 […] *En tal sentido, no se observa que la mencionada empresa haya obrado con la debida diligencia que se requiere a efectos de mantener vigente el documento referido, pues basta comprobar que la solicitud de la extensión del mismo se concretó una vez vencido el certificado en cuestión…".*

Finalmente, el organismo contratante solicitó al Órgano Rector que determine si corresponde aplicar eventuales sanciones a la referida sociedad comercial por la demora incurrida en la renovación del Certificado Fiscal para Contratar.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Punto 2 del inciso b) del artículo 83 y artículo 131 inciso a) apartado 6º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 12 del Anexo de la Disposición Nº 58/14.
- Resolución General AFIP Nº 1814/05.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional ha sostenido en reiteradas ocasiones que el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse bajo el prisma de los principios generales que informan las contrataciones públicas. Concretamente, la noción y sentido del principio de razonabilidad radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y de interpretarla y aplicarla considerando las singularidades de cada caso concreto, de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular, es decir, evitando la aplicación ciega y en abstracto del presupuesto contemplado por la norma.

II) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, procuró aplicar una solución uniforme que pueda satisfacer las necesidades de fortalecer la cultura tributaria sin caer en ritualismos excesivos que menoscaben los principios generales mencionados anteriormente.

III) Si durante la etapa de evaluación de ofertas se verificara que el proveedor posee deudas tributarias y previsionales y esta situación se mantuviera al momento de la adjudicación o en el perfeccionamiento del contrato, ello constituirá una causal para aplicar una sanción de apercibimiento, por parte de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

IV) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar es que los organismos de la Administración Pública Nacional alcanzados por el Decreto Delegado Nº 1023/01 no contraten con oferentes que posean deudas fiscales o previsionales, premiando a aquellos que sí cumplan con dichas obligaciones.

V) Lo dispuesto en el artículo 4º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05 no implica que se pueda obligar a un proveedor a mantener permanentemente vigente su Certificado Fiscal para Contratar, siendo razonable que el mismo sea solicitado cuando el sujeto se encuentre interesado en presentarse a cotizar.

VI) El Certificado Fiscal para Contratar correspondiente al proveedor COSTANERA UNO S.A. fue solicitado con anterioridad a la fecha de apertura de las ofertas. En consecuencia, al momento del Acto de Apertura, ocurrido con fecha 27 de abril de 2015, el Certificado Fiscal para Contratar atinente a la sociedad comercial de referencia se encontraba vigente, conservando su eficacia hasta el 3 de junio de 2015.

VII) Luego, mediante la intimación efectuada por la Comisión Evaluadora, la sociedad comercial COSTANERA UNO S.A. inició formalmente el trámite de renovación mediante la presentación del Formulario AFIP Multinota (F 206/1) el día 15 de junio de 2015, obteniendo respuesta favorable del organismo recaudador con fecha 7 de julio de 2015, fecha anterior a la emisión del acto de adjudicación y en consecuencia del perfeccionamiento del contrato. De ello se desprende que la empresa en cuestión no mantuvo la vigencia de su Certificado Fiscal para Contratar en el período comprendido entre el 4 de junio de 2015 hasta el 14 de junio del corriente, es decir por un plazo de DIEZ (10) días.

VIII) No se puede obligar a un proveedor a mantener permanentemente vigente su Certificado Fiscal para Contratar, siendo razonable que el mismo sea solicitado cuando el sujeto se encuentre interesado en presentarse a cotizar (conf. Dictamen ONC N° 934/2012, entre otros).

IX) El mentado proveedor contaba al momento del acto de apertura con el Certificado Fiscal Vigente, cuyo vencimiento operaban el 3 de junio de 2015, por lo tanto no sólo cumplió con la manda normativa al solicitar el referido certificado con anterioridad a presentarse a cotizar, sino que el mismo fue acompañado con la oferta oportunamente presentada lo cual denota una actitud diligente ponderada por esta Oficina Nacional. (conf. Dictámenes ONC Nros. 825/2012, 934/2012, 81/2013, 190/2913, 241/2013, entre otros). Así las cosas, si bien la vigencia del Certificado Fiscal feneció durante la tramitación del procedimiento de selección y la sociedad comercial esperó a ser intimada por la Comisión Evaluadora del organismo contratante para tramitar la renovación del referido certificado, lo cierto es que el fin último de la norma es contratar con aquellos proveedores que no posean deudas tributarias, situación que ha sido acreditada por la sociedad comercial de referencia al acompañar el certificado fiscal durante la tramitación del procedimiento de selección, encontrándose este vigente al momento del acto de adjudicación.

X) Esta Oficina Nacional entiende que las causales por las cuales podría sancionarse a un proveedor en los casos relacionados con el Certificado Fiscal son las siguientes: (i) para aquellos casos en los que se verificara el incumplimiento del cocontratante de obligaciones tributarias o previsionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 83, inciso b) apartado 2. y 131 apartado a) inciso 6 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12; (ii) para los casos en que pese a ser intimado, el proveedor, no subsana el error y en consecuencia su oferta es desestimada conforme lo estipula el artículo 85 y 131 inciso 4 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12; y por último (iii) para el supuesto de inhabilitación prevista en el artículo 131 inciso c) en el cual se dispone la inhabilitación para contratar con el Estado Nacional para aquellas personas físicas o jurídicas que incurriere en la causal de inhabilidad prevista en artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado 1.023/01.

XI) Esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente sancionar a un proveedor cuando este hubiere presentado el Certificado Fiscal para Contratar vigente junto la oferta y el mismo caducara durante el procedimiento de selección, si el proveedor solicitó formalmente un nuevo certificado ante el órgano recaudador y el mismo fue concedido y debidamente acreditado, encontrándose vigente al momento del acto de adjudicación. Ello, toda vez que el fin último de la norma es que los organismos de la Administración Publica Nacional contraten con proveedores que no posean deudas tributarias o previsionales.

XII) Si se verificara antes del perfeccionamiento del contrato que el proveedor no hubiere cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales el proveedor será una persona inhabilitada para contratar con la Administración Nacional y en consecuencia el contrato no podrá celebrarse, de acuerdo a lo estipulado en los artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado 1023/01 y 131 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

XIII) En el supuesto en que se constate que el proveedor con quien se perfeccionó el contrato poseía deudas tributarias o previsionales, el organismo contratante deberá remitir los antecedentes a ésta Oficina Nacional a fin de tramitar la aplicación de una sanción de apercibimiento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas – Certificado Fiscal para Contratar.

Consulta:

El MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expidiera respecto de la interpretación del artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

En el caso, la oferente María Salome ARCICIACO había tramitado la solicitud del certificado fiscal mediante la presentación del Formulario AFIP F. 206/I Multinota con posterioridad a la celebración del acto de apertura.

Concretamente, de las constancias obrantes en autos surgía que recién intimada a que presentara la documentación exigida, la proveedora en cuestión procedió a gestionar ante la AFIP el "Certificado Fiscal para Contratar", lo cual demostraba que al momento de presentar la oferta no contaba con dicha documentación.

El servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen había sostenido al respecto: agregó: *"…la no vigencia del certificado prevista en el mencionado artículo* [inciso 2) del Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16] *no debería ser fruto de la falta de diligencia del oferente, sino que más bien, a pesar de dicha diligencia, el certificado no está vigente por causas no imputables a él. Caso contrario se*

vería afectado el principio de igualdad entre los oferentes que debe observase en todo procedimiento licitatorio, perjudicándose a quienes si tomaron los recaudos necesarios, y desalentándose la actuación diligente por parte de los administrados.".

Normativa examinada:

- Artículos 17 y 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 52, 53, 55, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional es que sirva como instrumento para verificar la habilidad de los oferentes en los términos del artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales.

II) El inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse bajo el prisma de los principios generales que informan las contrataciones públicas. Desde esa perspectiva corresponde analizar la consulta en torno al artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales en cuanto exige que al momento de presentar las ofertas se informen los datos de la nota presentada ante la AFIP a los fines de solicitar el 'Certificado Fiscal para Contratar', teniendo en consideración que en el caso concreto traído a estudio la oferente María Salomé ARCIDIACO acompañó la Multinota presentada ante el organismo recaudador con fecha posterior a la fecha de la apertura de ofertas.

III) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presenten las ofertas y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes –promoción de la concurrencia y de la competencia–, pero siempre respetando los principios de transparencia y de igualdad de interesados y oferentes.

IV) De lo expuesto se desprende que los principios generales se encuentran estrechamente interrelacionados y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el que aquí nos ocupa. Ninguno de ellos posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

V) En ese marco conceptual, las hipótesis de conflicto han de resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita

alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado. Así, en aras de buscar una solución que lograse armonizar los principios generales aplicables al régimen, esta Oficina Nacional sostuvo en distintos pronunciamientos que se debía evaluar la diligencia que tuvo el oferente frente a la exigencia del Certificado Fiscal para Contratar, ponderando las circunstancias de cada caso en particular (conf. Dictámenes ONC Nros. 825/2012, 1016/2012, 81/2013, 190/2013, entre muchos otros).

VI) Frente a la omisión –por parte de la oferente María Salome ARCICIACO– de acompañar junto con su oferta el Formulario AFIP F. 206/I Multinota y/o de informar los datos del mismo, resultaba procedente la intimación a su presentación, tal como se procedió. Ahora bien, ello en modo alguno implica tener por subsanada la oferta con el solo cumplimiento de dicho extremo, sino que corresponde en cada caso evaluar si efectivamente el oferente obró –o no– con la debida diligencia.

VII) A luz de lo expuesto, esta Oficina Nacional no alberga dudas en cuanto a que la solicitud del Certificado Fiscal tramitada por parte de la oferente María Salome ARCICIACO con posterioridad a la celebración del acto de apertura no se condice con el estándar de diligencia que resulta exigible a un proveedor del Estado.

VIII) Dada la plataforma fáctica sobre la cual se asienta el caso sometido a consulta, corresponde compartir el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en tanto concluir lo contrario implicaría –en este caso concreto– violentar los principios de igualdad y transparencia que informan las contrataciones públicas, en particular el principio de igualdad con los interesados en presentarse en el procedimiento en cuestión.

IX) Va de suyo que aceptar documentación que refleja la regularización de un requisito del pliego con posterioridad a la presentación de la oferta no solo atenta contra el principio de igualdad sino que desalienta a los proveedores que obraron con la debida diligencia, resultando lesivo incluso a los intereses de quienes pudieron –responsablemente– haberse autoexcluido de participar de la puja, por no contar a la fecha de la apertura de ofertas con los requisitos contemplados en los pliegos (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM).

X) A título ilustrativo, cabe mencionar que en el marco de Dictamen ONC Nº 412/2008 se arribó a una conclusión congruente con la que aquí se propicia, al sostenerse: *"....que el organismo contratante podrá solicitar que el oferente que no haya presentado con su oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar la presente luego, en oportunidad de la evaluación de las ofertas, siempre que el mismo acredite que poseía habilidad para contratar también al momento de la cotización correspondiente."* (v. en igual sentido: Dictamen ONC Nº 468/09).

XI) En esa misma línea puede citarse el Dictamen ONC Nº 813/2012, donde se sostuvo: "*La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, en tanto, si dicha oferta es un acto jurídico válido, con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que,*

por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por tanto, no la alteran…".

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02331920-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 15 de enero de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Deudas impositivas y/o previsionales. Certificado Fiscal. Interoperabilidad. Inhabilitación. Causal de desestimación de oferta no subsanable. No se configura causal para sancionar.

Antecedentes:

En el marco de la Contratación Directa por Urgencia N° 38/17 la SUPERITENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO cursó nota formal a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, con fecha 7 de agosto de 2017, consultando sobre la existencia de deudas líquidas y exigibles, tributarias y/o previsionales, respecto del proveedor MARCELINO VARGAS, entre otros.

Una vez vencido el plazo de CINCO (5) días hábiles contemplado en la Comunicación General ONC Nº 80/17 sin obtener respuesta por parte del organismo recaudador, el organismo procedió a adjudicar el contrato al citado proveedor mediante RESOL-2017-876-APN-SRT#MT, de fecha 29 de agosto de 2017.

Sin embargo, a raíz de la respuesta brindada –tardíamente– por la AFIP mediante NO-2017-20130282-APN-DIPYNR#AFIP de fecha 13 de septiembre de 2017, en la que informó la existencia de incumplimientos impositivos y/o previsionales por parte de quien finalmente resultó adjudicatario, se propició la intervención de este Órgano Rector: *"…a fin de dar cumplimiento al inciso c) del artículo 106, del Anexo al decreto 1030/16".*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que –en el marco del caso traído a estudio– se expida respecto de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 106, inciso c), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, al proveedor MARCELINO VARGAS (C.U.I.T. N° 20-22536882-2).

Normativa examinada:

- Artículo 28, inciso f) y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 66 inciso b) y 106, inciso c), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 83 inciso b) apartado 2º y 131 inciso a) apartado 6º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Artículo 27, inciso 2º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.
- Comunicaciones Generales ONC Nros. 80/17 y 90/17.
- Decreto Nº 1273/16.
- Resoluciones Generales AFIP Nros. 1814/05 y RESOG-2017-4164-APNAFIP.
- Resolución SECMA Nº 6/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A través de la Resolución General AFIP Nº 1814/05 se creó, en su oportunidad, el denominado "Certificado Fiscal para Contratar", concebido como un instrumento para verificar la habilidad de los oferentes en los términos del artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales (v. IF-2017-21447881-APN-ONC#MM).

II) A tales fines, es dable mencionar que el artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16 prevé, en su parte pertinente, que: *"…Las ofertas deberán cumplir con los siguientes requisitos: (…) Datos de la nota presentada ante la dependencia de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS en la cual se encuentren inscriptos a los fines de solicitar el 'Certificado Fiscal para Contratar' o bien los datos del Certificado Fiscal para Contratar vigente. Es obligación del oferente comunicar al organismo contratante la denegatoria a la solicitud del certificado fiscal para contratar emitida por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS dentro de los CINCO (5) días de haber tomado conocimiento de la misma.".*

III) A su vez, al regular las facultades y funciones de la Comisión Evaluadora, el artículo 27, inciso 2º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 estipula lo siguiente: *"…Si el certificado fiscal para contratar no estuviera vigente durante la etapa de evaluación de las ofertas, no podrá recomendarse la desestimación por esta causa, salvo en aquellos casos en que el proveedor hubiere notificado la denegatoria efectuada por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS a su pedido o se tomare conocimiento de ello por algún otro medio. El mismo criterio deberá aplicarse para la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato.".*

IV) Posteriormente, con fecha 31 de julio de 2017 esta Oficina Nacional emitió la Comunicación General Nº 80, sustentada en el artículo 5º del Decreto Nº 1030/16, así como también en las pautas de interoperabilidad establecidas por el Decreto Nº 1273/16 y por la Resolución SECMA Nº 6/17. En efecto, a través de la Comunicación General Nº 80/17 se reguló el procedimiento que a continuación se transcribe, a los fines de verificar el motivo por el cual un oferente no cuenta con certificado fiscal para contratar vigente. A saber: *"…la autoridad*

pertinente del organismo contratante deberá enviar una comunicación oficial a la AFIP utilizando el modelo que como Anexo I forma parte de la presente. La AFIP deberá responder en un plazo máximo de CINCO (5) días hábiles. Habiendo transcurrido el plazo sin respuesta, el organismo solicitante considerará el silencio como favorable a la prosecución del trámite…".

V) De tal suerte, se procuró aplicar una solución uniforme –consustanciada con el principio de interoperabilidad– que pudiera satisfacer las necesidades de fortalecer la cultura tributaria sin caer en ritualismos excesivos que menoscabaran el principio de concurrencia de oferentes.

VI) Resta indicar que si bien la mentada Comunicación General Nº 80/17 fue posteriormente dejada sin efecto por su similar Nº 90, de fecha 15 de diciembre de 2017, la misma resulta de aplicación al caso en tanto se trató de la norma vigente en oportunidad de que la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO cursará en consulta a la AFIP la Nota Nº NO-2017-16447852-APN-SF#SRT, de fecha 7 de agosto de 2017.

VII) Si bien en la actualidad se debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17 a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, cierto es que –a la luz de la normativa entonces vigente– la entidad consultante obró correctamente. Dicho proceder aparece ajustado a la normativa vigente en ese entonces, no siendo un dato menor, tampoco, que se trataba de una contratación directa por urgencia.

VIII) Resulta particularmente destacable que el derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecía que si al momento de evaluar las ofertas presentadas el oferente no contaba con el certificado fiscal vigente, y la demora se debía exclusivamente a causas imputables a la Administración, no se podría recomendar la desestimación de la oferta por ese motivo, sin perjuicio de que, si con posterioridad a la adjudicación o al perfeccionamiento del contrato se verificaba el incumplimiento por parte del contratante de obligaciones tributarias o previsionales, ello constituía un antecedente válido para la aplicación por parte de ésta Oficina Nacional de una sanción de apercibimiento. Pues bien, lo primero que debe advertirse al respecto es que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 –de aplicación al caso que nos ocupa– no contempla tales previsiones.

IX) De otra parte, tampoco puede dejar de contemplarse que la plataforma fáctica prevista en el derogado artículo 83 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12, como extremo para la aplicación de una sanción de apercibimiento, derivada de la constatación de deudas tributarias o previsionales en cabeza de un proveedor con posterioridad a la adjudicación o al perfeccionamiento del contrato, ya no puede configurarse desde que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución AFIP Nº 4164/17, quedó sin efecto la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la AFIP solicitando el mismo, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas.

X) Si bien el artículo 106 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prescribe que serán inhabilitados para contratar por el tiempo que duren las causas de la inhabilitación, quienes se encuentren incursos en alguna de las causales de inhabilidad

para contratar establecidas en los incisos b) a h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01, este Órgano Rector interpreta que la "inhabilitación" en estos casos no requiere de un acto administrativo sancionatorio que así la declare sino que, por el contrario, se trata de situaciones o circunstancias de hecho que en cada caso deberá verificar el organismo contratante y, ante la constatación de alguno de los supuestos de inhabilidad en cuestión, corresponderá desestimar la oferta que se halle incursa en la causal de que se trate, en los términos del artículo 66 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. Va de suyo que el proveedor alcanzado por alguna de las circunstancias establecidas en los incisos b) a h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 no podrá contratar con el Estado Nacional mientras subsistan las causas de la inhabilitación (v.g. procesamiento por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales, etc.).

XI) En futuros casos, a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes – en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01– resultará de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17 y de constatarse la existencia de incumplimientos por parte de un determinado proveedor, ello implicará la desestimación de su oferta al momento de su evaluación. Ello así, por configurar dicho extremo una causal de desestimación de oferta no subsanable. Sin embargo, en el caso concreto traído a estudio, la circunstancia de haberse verificado –con posterioridad a la adjudicación– la existencia de incumplimientos tributarios y/o previsionales por parte del señor MARCELINO VARGAS no resulta, en atención a lo expuesto precedentemente, subsumible en ninguna de las causales de sanción actualmente vigentes.

XII) En razón de las consideraciones vertidas *ut supra*, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES concluye que no es posible sancionar al proveedor MARCELINO VARGAS (C.U.I.T. N° 20-22536882-2).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Impugnación al dictamen de evaluación. Cómputo de plazos. Recaudos formales en "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto a si correspondía declarar fracasada la Licitación Privada N° 24-0014-LPR17 del registro de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SEDRONAR) o, por el contrario, adjudicar el objeto contractual a la firma PREVENCIÓN ART S.A.

En cuanto a los antecedentes, cabe destacar que el día 3 de enero de 2018, fecha en que las actuaciones pasaron a la Comisión Evaluadora, dando inicio a la etapa de evaluación de las

ofertas, la firma PREVENCIÓN ART S.A. (CUIT N° 30684361917) contaba con certificado fiscal vigente hasta el 16 de enero de 2018, ASOCIART SA ART (CUIT N° 30686273330) contaba certificado fiscal vigente hasta el 30 de enero de 2018 y la firma PROVINCIA ART S.A. (CUIT N ° 30688254090) contaba con certificado fiscal vigente hasta el 15 de febrero de 2018.

Si bien a esa fecha ya había sido derogada la Resolución General AFIP N° 1814/05, correspondía igualmente reconocer validez a dichos certificados fiscales hasta su vencimiento, independientemente de la información que arrojara el nuevo sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, porque así se encuentra expresamente contemplado en el artículo 7º, *in fine*, de la citada resolución.

Dicho en otros términos, la situación del proveedor debía evaluarse hasta el 16 de enero por el Certificado Fiscal, pues conservaba su validez hasta su vencimiento y luego de esa fecha por las consultas efectuadas en el sitio https://comprar.gob.ar.

Normativa examinada:

- Artículos 23, 27 y 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 5º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 61 y 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Resolución General AFIP Nº 4164/17.
- Resolución General AFIP N° 1814/05.
- Artículos 2º, 4º y 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.
- Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.
- Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018.
- Artículo 1º incisos d) y e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 5º del Decreto Nº 1030/16 dispone que la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS pondrá a disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales de los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores, para que las jurisdicciones y entidades contratantes puedan verificar la habilidad para contratar en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

II) El 1º de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017, por la cual se derogó la Resolución General N° 1814 y sus modificaciones, implementándose un nuevo procedimiento para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8° de la Ley

24.156 y sus modificaciones, verifiquen –en forma directa o a través de esta Oficina Nacional– la habilidad para contratar respecto de sus oferentes, en los términos del mentado inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1.023/01.

III) Mediante la Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017 se interpretó que a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, desde el 1º de diciembre de 2017 se debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 4164/17 –incluso para procedimientos que a esa fecha ya hubieran sido autorizados o convocados– con sujeción al siguiente trámite: *"…Ingresar al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, 'COMPR.AR' cuyo sitio de internet es https://comprar.gob.ar. Consignar el usuario del ambiente comprador y contraseña* (…) *Ir a búsqueda de proveedores. Ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) del proveedor a consultar. El sistema brindará una respuesta que deberán agregar al expediente de la contratación.".*

IV) La existencia de deudas tributarias o previsionales debe verificarse en la etapa de evaluación de las ofertas y, si como resultado de la consulta se corrobora la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

V) A los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

VI) El procedimiento previsto en el artículo 2º de la Resolución AFIP Nº 4164/17 se deberá efectuar al momento de evaluación de las ofertas. La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90/17.

VII) Se trata de una causal de desestimación no subsanable. Por ende, si como resultado de la consulta se constata la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la propuesta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

VIII) Tampoco pueden surgir dudas en cuanto a la derogación del régimen oportunamente instaurado mediante la Resolución General AFIP N° 1.814 así como también de la Comunicación ONC N° 80/17, quedando sin efecto –por consiguiente– la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS solicitando el mismo, establecida en el punto 5, inciso h), artículo 13 del Anexo a la Disposición ONC N° 63/16, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas, previsto en el punto 2 del artículo 27 del anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 62/16.

IX) Sin embargo, el artículo 7º, in fine, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05–.

X) El día 3 de enero de 2018 pasaron las actuaciones a la Comisión Evaluadora, en ese momento y hasta el 16 de enero de 2018 el proveedor tenía un Certificado Fiscal vigente, lo cual lo habilitaba a contratar. Ahora bien una vez vencido correspondía a la Comisión Evaluadora verificar su estado en el sitio https://comprar.gob.ar para determinar su situación. En ese orden de ideas, resulta irrelevante que el día 3 de enero de 2018 la Unidad Operativa de Contrataciones de la SEDRONAR haya verificado el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, y como resultado de dicha consulta el sistema arrojase que las empresas ASOCIART SA ART y PREVENCIÓN ART S.A. contaban con deuda líquida y exigible.

XI) Debe necesariamente reputarse irrelevante tal extremo, no sólo porque la UOC lo hizo en forma previa a remitir los actuados a la Comisión Evaluadora –con lo cual no se trataría, en sentido estricto, de la etapa de evaluación de ofertas, en los términos en que se encuentra delimitada por el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, aunque ello no dejaría de ser un tecnicismo si se repara en que el expediente se giró al órgano evaluador ese mismo día–, sino fundamentalmente porque, valga la reiteración, aun mantenían vigencia los certificados fiscales oportunamente emitidos en su favor. De no contemplarse esto último, carecería de todo sentido y razón de ser la previsión expresa del último párrafo del artículo 7º de la Resolución General AFIP N° 4164/17.

XII) En cuanto concierne a las firmas PREVENCIÓN ART S.A. y ASOCIART SA ART –se deja fuera de este análisis a PROVINCIA ART S.A. dado que el órgano evaluador propició desestimar su oferta por un motivo ajeno al que aquí se ventila– las mismas estaban “cubiertas” con sus respectivos certificados fiscales hasta el 16 de enero de 2018 y 30 de enero de 2018, según el caso. No así MARTÍN WEIDEMANN (CUIT N° 20328918553), quien contaba con deuda líquida y exigible y carecía de certificado fiscal.

XIII) Para recomendar la desestimación de la firma PREVENCIÓN ART S.A. por existencia de deuda ante AFIP, la Comisión Evaluadora invoca haber realizado una consulta al sitio web COMPR.AR el 17 de enero de 2018, cuyo resultado no fue acompañado al expediente. Así las cosas, todo hace pensar que la Comisión Evaluadora obró correctamente, no obstante lo cual no hay constancias que den cuenta de la situación de la firma PREVENCIÓN ART S.A. ante la AFIP, desde la fecha mencionada –en la que el certificado fiscal ya había expirado– hasta el 20 de enero de 2018, fecha en que se difundió el Dictamen de Evaluación Nº IF-2018-04334631-APN-DCPS#SEDRONAR.

XIV) Al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, resulta plausible que la Comisión Evaluadora efectúe la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y agregue al expediente el resultado de la misma, lo cual en el caso no sucedió por lo cual no resulta posible determinar si el proveedor se encontraba habilitado o no en ese momento.

XV) Por el principio de verdad no puede soslayarse que la sociedad comercial PREVENCIÓN ART S.A. acompañó en sus presentaciones constancias que dan cuenta de que habría regularizado su situación ante la AFIP entre el 26 y el 30 de enero de 2018, pero lo cierto es que su certificado fiscal venció el 16 de enero de 2018 y desde entonces resultaba de aplicación el nuevo sistema compulsa implementado vía Resolución General AFIP N° 4164/17, con lo cual sigue existiendo un margen de incertidumbre correspondiente a los días transcurridos desde del vencimiento del certificado fiscal hasta la fecha de emisión del dictamen de evaluación.

XVI) Incluso, si se repara en que al 3 de enero de 2018 la empresa PREVENCIÓN ART S.A. tenía deudas ante AFIP y de las constancias acompañadas por la propia interesada surge que las mismas habrían sido regularizadas recién el 26 de enero de 2018, no resulta irrazonable inferir que al vencimiento del certificado fiscal el proveedor en cuestión mantenía su condición de deudor ante el fisco. Sin embargo, en la medida en que el supuesto de inhabilidad para contratar contemplado en el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 se enrola entre las causales de desestimación no subsanables (artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030716) y que, a la postre, resulta susceptible de acarrear una sanción grave, en los términos del artículo 106 inciso b) apartado 2.4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030716, este Órgano Rector entiende que la duda debe jugar en favor del particular y no en su contra.

XVII) En consecuencia, siendo que no le resulta fácticamente posible a esta Oficina retrotraerse a dicho momento –con la finalidad de cotejar si en la oportunidad determinada por la normativa la firma en cuestión era o no hábil para contratar de conformidad con lo establecido en el artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01– deviene inevitable recomendar a la autoridad competente que proceda a dejar sin efecto el procedimiento, en pos de tutelar los principios de igualdad y transparencia que informan las contrataciones públicas–, a menos que la Comisión Evaluadora o la UOC pueda vincular a los presentes actuados la constancia omitida, en cuyo caso no habría óbice para proceder a declarar fracasado el procedimiento y sustanciar un segundo llamado, en caso de que la autoridad competente lo estime oportuno y conveniente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42576661-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 30 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Resolución General AFIP Nº 4164/17 – Interoperabilidad - Momento en el cual debe verificarse.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto al momento en el cual debe verificarse si los oferentes se encuentran incursos en la causal de inhabilidad para contratar establecidas en el artículo 28, inciso f) del Decreto N° 1023/01 y, por otra parte, el temperamento a seguir en aquellos casos en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta a través de la plataforma "COMPR.AR" y la documentación aportada por el proveedor de que se trate, respecto de la existencia de deudas ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS y eventuales pagos y/o cancelaciones que no se reflejen en el aludido sistema.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28, inciso f) del Decreto N° 1023/01.
- Artículo 5º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 25 inciso b) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Disposición ONC Nº 6/18.
- Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El día 1º de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017, por la cual se derogó el régimen del "Certificado Fiscal para Contratar" oportunamente creado mediante su similar N° 1.814 y sus modificaciones. Paralelamente, se implementó en su reemplazo un nuevo procedimiento para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley 24.156 y sus modificaciones, verifiquen –en forma directa o a través de esta Oficina

Nacional– la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1.023/01.

II) De acuerdo con el artículo 2º de la Resolución General AFIP N° 4164/17, a los fines de obtener la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales, los organismos podrán acceder a alguna de las siguientes opciones: a) Intercambio de información mediante el "Web Service" denominado "WEB SERVICE - PROVEEDORES DEL ESTADO"; b) Servicio de consulta "web" denominado "CONSULTA - PROVEEDORES DEL ESTADO", al que se accederá por "Internet" ingresando al sitio "web" institucional.

III) Mediante la Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017 se interpretó que a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, desde el 1º de diciembre de 2017 se debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 4164/17 –incluso para procedimientos que a esa fecha ya hubieran sido autorizados o convocados– con sujeción al siguiente trámite: *"…Ingresar al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, 'COMPR.AR' cuyo sitio de internet es https://comprar.gob.ar. Consignar el usuario del ambiente comprador y contraseña* (…) *Ir a búsqueda de proveedores. Ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) del proveedor a consultar. El sistema brindará una respuesta que deberán agregar al expediente de la contratación."*. La referida respuesta estará identificada con un número de transacción asignado por la AFIP, que será único e irrepetible.

IV) En la actualidad ya no existe la obligación del oferente de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la AFIP solicitando el mismo, sino que en la actualidad, con el servicio de consulta "web" habilitado por la Resolución General AFIP N° 4164/17 a través del portal del Sistema "COMPR.AR": *"…el oferente no debe efectuar ningún trámite extra, ya que el organismo contratante verifica directamente con la información que proporciona la AFIP, la cual se actualiza diariamente, sin contar con un registro histórico y resultando válida únicamente para ese momento…".*

V) La existencia de deudas tributarias o previsionales debe verificarse en la etapa de evaluación de las ofertas (Cfr. v. NO-2017-35761787-APN-ONC#MM, NO-2017-35762612-APN-ONC#MM, NO-2018-03936450-APN-ONC#MM, NO-2018-05347566-APN-ONC#MM, NO-2018-05347743-APN-ONC#MM, NO-2018-06252779-APN-ONC#MM, NO-2018-23123096-APN-ONC#MM, IF-2018-11054228-APNONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VI) La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán la habilidad para contratar respecto de los potenciales proveedores a través de las herramientas informáticas implementadas por la Resolución General AFIP Nº 4164/17 –v.g. podrán consultar el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90–. Así, al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, corresponderá a la Comisión Evaluadora, en su caso, efectuar la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y agregar al expediente las constancias que den cuenta del resultado de la misma (v. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VII) Se trata de una causal de desestimación no subsanable. Por ende, si como resultado de la consulta se constata la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la propuesta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (v. IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VIII) En caso de que el proveedor en cuestión tenga deudas con el organismo recaudador, pero éstas fueran inferiores a la suma de PESOS UN MIL QUINIENTOS ($1.500) el sistema informará que no tiene deuda (v. NO-2017-35762612-APN-ONC#MM).

IX) En aquellos casos en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta a través de la plataforma "COMPR.AR" y la documentación aportada por los oferentes, el organismo consultante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, por cuanto una constancia de pago/regularización de deuda no certifica, por sí misma, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 3º de la aludida resolución general (v. NO-2018-06252779-APN-ONC#MM). Téngase presente que a los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500,00.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

X) El artículo 7º, *in fine*, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05– (v. IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

XI) Pese a la falta de exclusión expresa, parece razonable que en las contrataciones interadministrativas, supuestos en los que en definitiva es el Estado el que asume el rol de cocontratante, no se condicione la génesis de la relación convencional al cumplimiento de recaudos –v.g. de habilidad para contratar con la Administración Nacional– que presuponen una condición de alteridad, que no se configura en plenitud en estos supuestos particulares (v. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

XII) En torno a la primera cuestión consultada, esta Oficina entiende que la existencia de deudas tributarias o previsionales es un requisito que necesariamente deberá verificarse –mediante el trámite previamente indicado– en la etapa de evaluación de las ofertas y, si como resultado de la consulta se corrobora la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, que se encuentra regulado dentro del Capítulo VII bajo el título "Evaluación de las Ofertas" (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

XIII) El procedimiento previsto en el artículo 2º de la Resolución AFIP Nº 4164/17 se deberá efectuar al momento de evaluación de las ofertas en todos los procedimientos en los que intervenga la Comisión Evaluadora, ello es así por cuanto, en la práctica, el momento en el cual los organismos verifican el cumplimiento de los requisitos a que deben ajustarse tanto las ofertas como los oferentes, es al momento de emitir el dictamen de evaluación, por cuanto es el momento en el cual se determina el orden de mérito de las ofertas admisibles y convenientes, a la vez que se recomienda la desestimación de las propuestas inadmisibles y/o inconvenientes, dando cuenta de los motivos correspondientes y adjuntando las constancias pertinentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 del Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición N° 62/16, modificado por su similar N° 6/18.

XIV) En aquellos procedimientos en los cuales pueda válidamente prescindirse de la intervención de la Comisión Evaluadora –tal como se encuentra contemplado, por ejemplo, en los trámite de compulsa abreviada por monto, por urgencia, en los trámites de adjudicación simple por especialidad, exclusividad, por desarme, traslado o examen previo, interadministrativas, entre otros, de acuerdo con las previsiones del artículos 50 inciso g), 51 inciso e), 52 inciso e), 54 inciso e), 57 inciso f), 58 inciso b), etc., del Manual de Procedimiento– y como consecuencia de ello no se configure una etapa de evaluación propiamente dicha (entendida, de acuerdo con la letra del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, como aquella que se extiende desde el momento en que el expediente es remitido a la Comisión Evaluadora hasta la notificación del dictamen de evaluación), el organismo contratante que constatara que un determinado oferente u oferentes se encontraban incursos en alguna causal de inhabilidad para contratar al momento de la apertura de ofertas o al momento de la adjudicación, deberá desestimarlo/s al momento de emitir el acto de finalización del proceso de selección, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 66, inciso b) del Decreto Nº 1030/16.

XV) Tanto en el Dictamen ONC N° 17/2015, como en los restantes pronunciamientos de esta Oficina que siguieron tal criterio, se indica que corresponde al organismo contratante realizar la verificación de los requisitos de habilidad para contratar en TRES (3) momentos: en la etapa de apertura de ofertas, en la etapa de evaluación y en la etapa de adjudicación. Sin embargo, ello no significa que obligatoriamente deba realizarse en cada una de esas etapas, sino que al existir procedimientos en los cuales se puede válidamente prescindir de la Comisión Evaluadora –y, por consiguiente, de la etapa de evaluación de ofertas, tal como se encuentra definida en el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16–, dicha verificación deberá efectuarse necesariamente en cualquiera de las restantes etapas.

XVI) Ello es así, por cuanto el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece: *"Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos a) Si fuera formulada por personas humanas y/o jurídicas que no estuvieran incorporadas en el Sistema de Información de Proveedores a la fecha de comienzo del periodo de evaluación de las ofertas, o a la fecha de adjudicación en los casos que no se emita el dictamen de evaluación. b) Si fuere formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL de acuerdo a lo prescripto en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquellas o en la adjudicación...".*

XVII) Tal como puede advertirse, el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, en su inciso a) se refiere expresamente a los casos en los cuales no se emite el dictamen de evaluación, por lo tanto queda claro que el Reglamento, como norma general, cuando se refiere a la inhabilidad de una persona humana o jurídica para contratar en cualquiera de las tres etapas de un procedimiento de selección, también lo hace teniendo en cuenta la existencia de procedimientos en los cuales se prescinde de la etapa de evaluación.

XVIII) Cabe resaltar que para el caso del inciso a) se reguló específicamente en el artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición N° 62/16, modificado por el artículo 4° de la Disposición ONC N° 6/2018, lo siguiente: *"Dentro de los DOS (2) días siguientes al acto de apertura de las ofertas, la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar en el Sistema de Información de Proveedores, el estado en que se encuentra cada uno de los oferentes y, en su caso, comunicarles que realicen las gestiones necesarias ante la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se encuentren inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación o bien al momento de la adjudicación en los procedimientos en que no se realice dicha etapa…".* Por el contrario, en el caso regulado en el inciso b), no se estableció en el Manual de Procedimiento la verificación de la habilidad para contratar en instancia previa a la etapa de evaluación, lo cual da mayor sustento a la interpretación aquí propiciada en cuanto a que la verificación de los presupuestos de habilidad para contratar con la Administración Nacional debe llevarse a cabo al momento de emitir el dictamen de evaluación, salvo en aquellos casos en los cuales se prescinda válidamente de la Comisión Evaluadora.

XIX) Esta Oficina entiende que la verificación del requisito de habilidad debe efectuarse en la etapa de evaluación en todos aquellos casos en los cuales no sea jurídicamente viable prescindir de la Comisión Evaluadora, por ser ésta la facultada para verificar el cumplimiento de los requisitos de las ofertas y de los oferentes, mientras que en los casos en los cuales pueda válidamente obviar la intervención de la Comisión Evaluadora, deberá efectuarse necesariamente en cualquiera de las otras dos etapas.

XX) Si durante la sustanciación de un procedimiento en el cual el organismo no hubiera podido prescindir de la etapa de evaluación, hubiera efectuado la verificación en las otras dos etapas (apertura o adjudicación), ello no la exime de hacerlo en la etapa de evaluación al momento de emitir el dictamen de evaluación, y agregar al expediente las constancias pertinentes.

XXI) Al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, resulta plausible que la Comisión Evaluadora efectúe la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y agregue al expediente el resultado de la misma, lo cual en el caso mencionado no sucedió.

XXII) En cuanto a la segunda cuestión consultada, el organismo contratante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17. Téngase presente que a los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500,00.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

XXIII) La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90/17, y será esa la única constancia válida a los efectos de determinar la habilidad para contratar del oferente. Tal como fuera entendido en un caso similar *:"…es opinión de esta Oficina que el organismo consultante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, independientemente de lo presuntamente informado por la AGENCIA AFIP Nº 100"* (v. NO-2018-06252779-APN-ONC#MM).

XXIV) Tampoco pueden surgir dudas en cuanto a la derogación del régimen oportunamente instaurado mediante la Resolución General AFIP N° 1.814 así como también de la Comunicación ONC N° 80/17, quedando sin efecto –por consiguiente– la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS solicitando el mismo, establecida en el punto 5, inciso h), artículo 13 del Anexo a la Disposición ONC N° 63/16, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas, previsto en el punto 2 del artículo 27 del anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 62/16.

XXV) Sin embargo, el artículo 7º, *in fine*, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador

con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05–.

CESIÓN DE DERECHOS.

DICTAMEN ONC Nº 263/2014.

Fecha de emisión: 3 de julio de 2014.

Referencias: Aplicación del Régimen general de contrataciones. Cesión de Derechos. Futbol para todos. Automovilismo para todos.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida en relación al procedimiento promovido por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS con el objeto de ceder a terceros los derechos de transmisión y explotación comercial para el exterior de las imágenes y sonidos correspondientes tanto a los torneos de fútbol de primera categoría organizados por la ASOCIACIÓN DEL FÚTBOL ARGENTINO como a las competencias automovilísticas llevadas a cabo por la FUNDACIÓN DEL AUTOMOVILISMO DEPORTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

En ese marco, se consulta puntualmente a este Órgano Rector si la pretendida cesión de derechos de comercialización resulta susceptible de ser encuadrada en el Capítulo I del Título V del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y, en su caso, se indiquen los extremos que deberían asegurarse respecto a aquellas particularidades que pudieren no haber sido contempladas en la citada reglamentación.

Es dable mencionar que el Estado Nacional –representado por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS– celebró acuerdos tanto con la ASOCIACIÓN DEL FÚTBOL ARGENTINO como con la FUNDACIÓN DEL AUTOMOVILISMO DEPORTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, con el objeto

de asociarse, cediendo en exclusividad la AFA y la FADRA en favor del Estado los derechos de transmisión televisiva y de comercialización de las competencias futbolísticas y de automovilismo, cuya titularidad posee cada una de las entidades mencionadas, y aportando la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS su estructura organizacional para que tales espectáculos deportivos pudieran ser vistos en forma gratuita por todos los habitantes de la República Argentina sin restricción alguna y a través de la televisión abierta.

Normativa examinada:

- Artículos 4 y 5 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 5º y capítulo I del Título V del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 2311, 1434, 1435 y 1444 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los contratos celebrados por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS con la ASOCIACIÓN DEL FÚTBOL ARGENTINO y con la FUNDACIÓN DEL AUTOMOVILISMO DEPORTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA son acuerdos de colaboración sustentados en la cesión onerosa de los derechos de transmisión televisiva de los respectivos eventos deportivos. En cada supuesto se convino compartir entre las partes signatarias el producido de la explotación comercial de los derechos de transmisión –por cualquier sistema o procedimiento audiovisual de las imágenes y sonidos obtenidos en ocasión y desarrollo de las competencias de que se trata–, ya sea mediante una participación en el producido de la comercialización o bien a cambio de un precio o canon anual.

II) En ambos contratos se facultó a la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS para comercializar tales derechos por sí o bien cederlos a terceros. Consecuentemente, a partir de esta última habilitación el procedimiento impulsado en el marco de las actuaciones identificadas como CUDAP:EXP-JGM:0024739/2014 tiene por objeto la cesión, por parte de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, de los derechos de transmisión para el exterior de las imágenes y sonidos obtenidos en ambas clases de eventos, a fin de obtener un rédito económico para la Administración.

III) Teniendo en consideración que en el marco de las presentes actuaciones se propicia instrumentar la cesión a terceros de determinados derechos oportunamente transmitidos a la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS por la AFA y por la FADRA, a fin de obtener un rédito económico para la Administración, puede concluirse que la contratación propiciada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción.

IV) De la lectura de los diversos artículos que conforman el Capítulo I del Título V del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se desprende que el objeto del contrato de concesión de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional recae sobre

"cosas", no siendo comprensivo de "derechos". En ese orden de ideas, no es posible soslayar que el dominio únicamente puede recaer sobre una "cosa" en los términos así definidos por el artículo 2311 del Código Civil, con lo cual deviene inaplicable el aludido régimen en el caso traído a estudio.

V) Por el contrario, a fin de instrumentar la contratación propiciada esta Oficina Nacional entiende procedente la aplicación analógica de las normas de derecho privado que regulan la cesión onerosa de derechos.

VI) El artículo 1434 del Código Civil estipula que: *"Habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese".* Esta definición legal ha sido criticada por la doctrina, tanto por el concepto reducido del objeto –no debiera referirse sólo a los derechos creditorios–, como por las confusiones que genera al hablar de entrega del título y de obligación de transferir; en definitiva, debiera quedar abierta la posibilidad de que existan modalidades diferentes tanto por el tipo de derechos (personales, reales, intelectuales, litigiosos, etc.), por la causa fuente (cesión-venta, permuta, donación) o por la finalidad (traslativa, garantía, fiduciaria).

VII) En esa inteligencia, el objeto de la cesión puede ser todo bien incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio (Artículo 1.444 Código Civil), incluyendo por consiguiente, a los derechos de transmisión para el exterior de las imágenes y sonidos obtenidos en eventos deportivos, a fin de obtener un rédito económico para la Administración.

VIII) Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente (Artículo 1.435 Código Civil). Ergo, la cesión por un precio en dinero es regulada, en principio, por las normas de la compraventa.

IX) Por todo lo expuesto, corresponderá aplicar por analogía las normas de derecho privado que regulan esta particular especie de contrato, conforme lo estipula el artículo 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 nada dice sobre la cuestión, como así tampoco las demás normas de derecho público (v. en sentido análogo el Dictamen ONC Nº 2/2014).

CIRCULARES.

DICTAMEN ONC Nº 19/2016.

Fecha de emisión: 7 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Circulares por las que únicamente se suspenda o se prorrogue la fecha de apertura o la de presentación de ofertas. Plazo de antelación de su publicación y difusión. Cómputo de horas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en torno a la forma de computar el plazo de antelación establecido en el artículo 61, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación a las circulares por las que se suspenda o se prorrogue la fecha de apertura o la de presentación de las ofertas.

Ello, a los fines de dilucidar –en concreto– si habían sido debidamente satisfechos los requisitos de publicidad respecto de la Circular Modificatoria Nº 1, emitida en el marco de la Licitación Pública Nº 23/15 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

Normativa examinada:

- Artículos 5, 49, 55 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Comunicación General ONC Nº 8, del 11 de febrero de 2014.
- Artículo 6º del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando en el marco de un procedimiento de licitación pública –como el que aquí se ventila– se emitan circulares por las que únicamente se suspenda o se prorrogue la fecha de apertura o la de presentación de las ofertas, una razonable exégesis de los artículos reseñados más arriba permite colegir que las mismas deberán: 1) Publicarse por UN (1) día en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial). Nótese que el artículo 61, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 exige que estas circulares se difundan, publiquen y comuniquen “por los mismos medios”, pero no necesariamente en los mismos términos exigidos para la convocatoria; razón por la cual esta Oficina Nacional interpreta que la normativa bajo análisis exige en estos casos una única publicación; 2) Difundirse en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES: www.argentinacompra.gov.ar o el que en el futuro lo reemplace; 3) Comunicarse a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro y a las asociaciones del lugar donde deban efectuarse las provisiones; 4) Comunicarse a los proveedores a quienes se hubiere cursado invitaciones. En los casos en que se haya invitado a más de CINCO (5) proveedores del rubro, las circulares por las que se suspenda o se prorrogue la fecha de apertura o la de presentación de las ofertas deberán ser comunicadas a todos ellos, a efectos de preservar el principio de igualdad; 5) Comunicarse a todas las personas que hubiesen retirado, comprado o descargado el pliego y al que hubiere efectuado la consulta si la circular se emitiera como consecuencia de ello; 6) Incluirse como parte integrante de los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares.

II) La totalidad de los requisitos previamente enumerados deberán ser satisfechos con VEINTICUATRO (24) horas –como mínimo– de anticipación a la fecha originaria fijada para la

presentación de las ofertas. Ello, sin perjuicio de que no será necesario que entre la circular y la nueva fecha de apertura establecida deba mediar el plazo mínimo de antelación establecido en el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) Esta Oficina Nacional entiende que el plazo mínimo de antelación con que debía difundirse la Circular Modificatoria Nº 1 –por la cual se prorrogaron las fechas para presentar ofertas y para realizar el acto de apertura– es el específicamente previsto a tal efecto en el artículo 61, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, no resultando de aplicación en estos casos lo previsto en los incisos a) y b) del artículo 55. Por consiguiente, en tanto la posibilidad de presentar ofertas para la Licitación Pública Nº 23/15 se encontraba originariamente prevista hasta el día 27 de octubre de 2015 a las 11:30 hs., forzoso es concluir que la publicación de la Circular Modificatoria Nº 1 en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno el día 26 de octubre de 2015 debe reputarse realizada en término.

IV) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 nada dice en cuanto al modo de computar los plazos en horas, razón por la cual cobra relevancia el artículo 5º, *in fine*, en tanto prevé la aplicación de las normas de derecho privado por analogía. En ese orden de ideas, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley Nº 26.994 prevé en su artículo 6º y en cuanto aquí interesa, lo siguiente: *"…En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente…".*

V) En razón de lo expuesto, si bien no se encuentra acreditada en las presentes actuaciones la hora exacta en que la publicación en el Boletín Oficial correspondiente al día 26 de octubre de 2015 comenzó a ser difundida por internet a través del portal https://www.boletinoficial.gob.ar, no resulta irrazonable presumir que dicha circunstancia ocurrió a primera hora de la mañana o, en última instancia, antes de las 11:30 hs., resultando en ambos casos que el plazo de antelación de VEINTICUATRO (24) horas se encontraría cumplido. Concluir lo contrario 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. Dictámenes PTN 278:239, entre muchos otros).

VI) El plazo mínimo de antelación con que deberán ser difundidas, publicadas y comunicadas las circulares por las que únicamente se suspenda o se prorrogue la fecha de apertura o la de presentación de las ofertas es el específicamente previsto a tal efecto en el artículo 61, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y no otro.

VII) El aludido plazo deberá computarse en horas, con sujeción a lo establecido en el artículo 6º del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley Nº 26.994.

VIII) Finalmente, a partir de la compulsa de la documental acompañada en las presentes actuaciones, esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer en cuanto concierne al cumplimiento de los requisitos de publicidad y difusión de la Circular Modificatoria Nº 1, emitida en el marco de la Licitación Pública Nº 23/15 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02153221-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Principios generales sobre publicidad, difusión y transparencia. Circulares emitidas. Procedimiento excepcional de difusión.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida en torno al cumplimiento de las normas y principios generales sobre publicidad, difusión y transparencia, respecto de las circulares emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 72/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, teniendo particularmente en cuenta el procedimiento excepcional de difusión implementado mediante la Disposición ONC Nº 64/14 y modificado por su similar Nº 79/14.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12
- Comunicaciones Generales ONC Nros. 8/14 y 14/14.
- Procedimiento excepcional de difusión implementado mediante la Disposición ONC Nº 64/14 y modificado por su similar Nº 79/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Con fecha 21 de agosto de 2014 la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 64/14, en cuyo marco se aprobó –como Anexo I– un procedimiento excepcional de difusión de las etapas de los procedimientos de selección que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, frente a inconvenientes técnicos que tornen materialmente imposible la difusión de las diversas etapas procedimentales en el sitio de internet de esta Oficina Nacional. Se desprende que se trata de un mecanismo de carácter excepcional tendiente a garantizar los principios de transparencia, publicidad y difusión establecidos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Luego, con fecha 29 de septiembre de 2014 se emitió la Disposición ONC Nº 79/14, publicada en el órgano oficial de los actos de gobierno el 2 de octubre de 2014, por la cual se sustituyó el Anexo I de su similar Nº 64/14, en razón de las dificultades operativas evidenciadas por parte de las diversas jurisdicciones y entidades en el cumplimiento de la difusión de las convocatorias y/o demás etapas en los diarios de mayor circulación en el país o del lugar donde se realicen las convocatorias.

III) En virtud de ello y en atención al principio de razonabilidad y eficiencia contemplado en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01, a través del punto 7 del Anexo I de la mentada Disposición se suprimió la publicación en diarios, como requisito obligatorio de difusión, para las etapas correspondientes a circulares, dictámenes de evaluación, preselección en los procedimientos de etapa múltiple y actos administrativos de adjudicación. Sin embargo, se dejó

aclarado que en el caso de que exista la obligatoriedad de difundir por otro medio –además de la página de internet de la ONC– alguna de las etapas indicadas, en virtud de que así lo establezca el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, deberá cumplirse también con dicha publicación (v. Considerando de la Disposición ONC Nº 79/14).

IV) Tratándose en este caso de una licitación pública, frente a la imposibilidad de difundir las circulares en la página de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, dicho medio debía ser sustituido por los siguientes: 1) Comunicación a la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO; 2) Publicación en carteleras ubicadas en lugares visibles; 3) Difusión en la página de internet institucional del organismo.

V) Esta Oficina Nacional carece de reparos que oponer respecto de la publicidad y difusión de la Circular Modificatoria Nº 9/15, en el entendimiento de que la exigencia de que la difusión se efectúe: *"…por los mismos medios en que hubiera sido difundido, publicado y comunicado el llamado original…"* prevista en el artículo 61, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no debe ser interpretada literalmente como la carga de reproducir todos los medios que efectivamente se hayan empleado para el llamado original, sino únicamente aquellos medios previstos en el Reglamento que sean de cumplimiento obligatorio respecto de la publicidad de la convocatoria, según el tipo de procedimiento de que se trate. Si se partiera de la interpretación contraria, se estaría "castigando" de un modo irrazonable a aquellos organismos que hayan optado por ir más allá de los requisitos de publicidad mínimos, mediante la difusión del llamado a licitación por medios adicionales no obligatorios, como lo es en este caso la publicación en un diario.

VI) A la fecha de emisión de las Circulares Nros. 9, 6 y 15 se encontraba habilitado el "Procedimiento excepcional de difusión", para las circulares, en tanto se trata de una de las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 64/14, modificada por su similar Nº 79/14. Empero, en la medida en que en el presente caso se encuentra acreditado que las circulares mencionadas fueron correctamente difundidas en el sitio de internet de este Órgano Rector y con la antelación mínima requerida, la sujeción a las exigencias de los aludidos medios excepcionales carece de razón de ser o, en todo caso, pierde relevancia.

VII) Aun cuando no hubiese sido estrictamente obligatorio, los requisitos de difusión establecidos en el Anexo I de la Disposición ONC Nº 64, modificada por su similar Nº 79/14 se encuentran satisfechos. Ello así, en tanto las circulares en cuestión fueron en todos los casos difundidas tanto en la cartelera como en el sitio de internet del organismo contratante, al tiempo que fueron comunicadas a la Unión Argentina de Proveedores del Estado (UAPE) con razonable antelación.

VIII) Debe tenerse presente, asimismo, que en oportunidad de emitirse las Circulares Nros. 9, 6 y 15 la exigencia de difusión de las mismas por UN (1) día en un diario de mayor circulación en el país o del lugar donde se realice la convocatoria, había sido suprimida con la entrada en vigencia de la Disposición ONC Nº 79/14.

IX) Si bien la convocatoria fue difundida –por una decisión de oportunidad, mérito y conveniencia del propio organismo– por UN (1) día en "DIARIO POPULAR", esta Oficina Nacional interpreta que la exigencia de que la difusión se efectúe: *"…por los mismos medios en que*

hubiera sido difundido, publicado y comunicado el llamado original…" prevista en el artículo 61, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se circunscribe únicamente a aquellos medios previstos en el Reglamento como de cumplimiento obligatorio respecto de la publicidad de la convocatoria, según el tipo de procedimiento de que se trate.

X) En otro orden de cosas, este Órgano Rector entiende que al emitirse la Circular Modificatoria Nº 6 (03/09/15) el "circunstancial" incumplimiento del plazo mínimo requerido de VEINTE (20) días corridos de antelación respecto de la fecha del acto de apertura que se encontraba estipulada en ese momento (21/09/15), debe reputarse salvado con la emisión de la Circular Nº 15 (04/09/15) por la cual se prorrogó nuevamente la apertura, la que finalmente tuvo lugar el día 5 de octubre de 2015.

XI) La falta de constancias en el expediente que den cuenta de los datos precisos de los interesados que retiraron y/o descargaron el pliego de bases y condiciones particulares se considera una omisión carente de entidad suficiente como para afectar la validez del procedimiento, siempre y cuando no se acredite a posteriori la existencia de otro u otros interesado/s a quien/es no se les haya/n comunicado las circulares de que se trata.

XII) La alternativa de nulificar un procedimiento licitatorio, 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), especialmente cuando no se advierte agravio particular o afectación directa del interés público comprometido ni conculcación de los principios cardinales de las contrataciones públicas. Concluir lo contrario redundaría en perjuicio de uno de los principios rectores de la actividad administrativa previstos en el citado artículo 3º: el principio de eficiencia, de raigambre constitucional (v. Artículo 42, párrafo 2º, CN) y expresamente receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00035668-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Circulares modificatorias.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL informó la necesidad de modificar el Formulario de Cotización (Anexo 4) del pliego de bases y condiciones particulares de dos procedimientos (Licitación Pública N° 28/2016 cuyo objeto era la "Adquisición de elementos de electricidad" y Licitación Pública N° 23/2016 cuyo objeto era la "Contratación de un Servicio de extracción de tanques subterráneos de almacenamiento de hidrocarburos".

En virtud de ello, teniendo en cuenta la dificultad que implicaba publicar el contenido del Anexo 4 en los distintos medios de difusión, se solicitó al Órgano Rector se expida respecto

a si la publicación de una Circular que informara la modificación del referido Anexo, resultaba suficiente a los fines de tener por cumplido el requisito de comunicación a los interesados.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 47 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Ambos regímenes –Decretos Nros. 893/12 y 1030/16– establecen que la difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria deberá efectuarse por los mismos medios que el llamado original, con la única diferencia que el nuevo Reglamento agrega expresamente el requisito temporal de hacerlo por UN (1) día.

II) Es importante tener presente los mecanismos puestos en práctica para efectuar la difusión, publicación y comunicación del llamado original, a los fines de determinar la forma en que debe realizarse la difusión, publicación y comunicación de las circulares modificatorias.

III) Esta Oficina Nacional entiende que frente a la imposibilidad de difundir la modificación del Formulario de Cotización en cualquiera de los medios utilizados por el organismo, por tratarse de un extenso contenido, el requisito de difusión, publicación y comunicación previsto tanto en el anterior como en el actual Régimen, resulta satisfecho con la difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria en los mismos medios que el llamado original.

IV) Arribar a una solución distinta, sería imponer un requisito para la difusión, publicación y comunicación de las Circulares Modificatorias que para el llamado original no se exige, así por ejemplo, la publicación en el Boletín Oficial de una licitación pública no prevé la publicación del pliego, justamente por su extensión, motivo por el cual al momento de efectuarse una Circular Modificatoria bastará con la publicación de la misma, sin necesidad de publicar todo el contenido objeto de modificación.

V) No obstante ello, a fin de resguardar los principios generales de publicidad, difusión y transparencia, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, se recomienda al momento de publicar la Circular Modificatoria en los distintos medios de difusión, indicar la página de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES como sitio de consulta de las respectivas modificaciones efectuadas al pliego.

VI) En virtud de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que a los fines de cumplir con la publicidad y difusión de la modificación del Formulario de Cotización, resulta suficiente la publicación de las respectivas Circulares Modificatorias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-02901668-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 1º de marzo de 2017.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Circulares modificatorias.

Consulta:

El DEPARTAMENTO DE ADQUISICIONES de la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA solicitó la intervención de la ONC para que se expida en torno a la publicidad y difusión de la Circular Modificatoria I, emitida en el marco Contratación Directa por Compulsa Abreviada Nº 7/16.

Particularmente, en relación con un proveedor que descargó el pliego de bases y condiciones particulares de la página que administra el Órgano Rector en forma posterior a la fecha en que se difundió la Circular en el sitio web www.argentinacompra.gob.ar.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se han detectado –a priori– ciertas inconsistencias y/o deficiencias relativas a la tramitación de la Contratación Directa Nº 7/2016, las que se detallan a continuación: 1) En el pliego de bases y condiciones particulares no se encuentra detallada la fecha límite de presentación de ofertas, siendo este un dato relevante a la hora de evaluar el cumplimiento de los plazos mínimos previstos en el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12; 2) de la documentación remitida por el organismo contratante no puede establecerse si el funcionario que suscribió la Circular Modificatoria I resultaba competente a tal efecto; 3) el pliego de bases y condiciones particulares que se encuentra agregado al expediente de marras y que fuera publicado en la página que administra esta Oficina Nacional fue modificado, mediante la incorporación de las modificaciones introducidas por la Circular Modificatoria I.

II) Cuando se emiten circulares, el pliego de bases y condiciones particulares original no debería modificarse, ni suplantarse las cláusulas por las nuevas modificaciones. Por el contrario debe mantenerse el pliego original, el cual será complementado con el agregado y difusión de las respectivas circulares que se originen.

III) Las circulares modificatorias emitidas en el marco de un procedimiento de contratación directa por compulsa Abreviada por el Monto deben –como mínimo– comunicarse y difundirse con sujeción a los siguientes requisitos: 1. A los proveedores a quienes se les cursó invitaciones –que debieron ser como mínimo TRES (3)– con VEINTICUATRO (24) horas, como mínimo, de anticipación a la fecha originaria fijada para la presentación de las ofertas. 2. A todas las personas que hubiesen retirado, comprado o descargado el pliego y al que hubiere efectuado la consulta si la circular se emitiera como consecuencia de ello, con VEINTICUATRO (24) horas, como mínimo, de anticipación a la fecha originaria fijada para la presentación de las ofertas. 3. En el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, con VEINTICUATRO (24) horas, como mínimo, de anticipación a la fecha originaria fijada para la presentación de las

ofertas. 4. Incluirse como parte integrante del pliego. 5. Finalmente, resta destacar que entre la publicidad de la circular modificatoria y la "nueva" fecha de apertura, deberá cumplirse el mismo plazo de antelación que debe mediar entre la convocatoria original y la fecha de apertura, de acuerdo al procedimiento de selección de que se trate.

IV) Este Órgano Rector entiende que de conformidad con lo normado por el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, la Circular modificatoria debía ser comunicada a todas los oferentes que hubieren retirado, comprado o descargado el pliego en fecha anterior a efectuarse la modificación y al interesado que hubiere efectuado la consulta. Todo interesado que haya descargado el pliego de bases y condiciones desde el sitio de internet "ARGENTINA COMPRA" en forma posterior a la difusión Circular Modificatoria I en dicha página, tenía a disposición una solapa que permitía tomar conocimiento de las modificaciones efectuadas.

V) No se encuentra en cabeza del organismo contratante el deber de notificar las circulares a proveedores que hayan realizado la descarga y/o retiro del pliego de bases y condiciones particulares con fecha posterior a la difusión de las mismas y de su inclusión como parte integrante del pliego. Por el contrario, resulta ser una carga de los proveedores verificar las solapas correspondientes a las circulares difundidas en el referido sitio de internet, a fin de contar con la totalidad de la información vinculada al procedimiento de selección en que tengan interés participar.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-16944776-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2018.

Referencias/voces: Requisitos de publicidad y difusión. Circulares. Publicidad de Circulares. Revocación del procedimiento.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en torno a si el procedimiento de selección bajo examen –Licitación Pública Nº 6/2017 del registro de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA– podía o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta la irregularidad en la etapa de publicidad y difusión de la Circular de Suspensión Nº 1 de fecha 18 de enero de 2018.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 40 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.
- Artículo 21 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación a la publicidad y difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública Nº 6/17 se encuentra acreditado que, si bien se respetó el plazo mínimo de antelación

de VEINTE (20) días corridos –en tanto se trata de un procedimiento sustanciado en soporte papel, no electrónico–, no se ha cumplido con la exigencia de simultaneidad, exigida por la normativa. Se verifica así la inconsistencia que se detalla a continuación: La difusión de la convocatoria en el sitio de internet de esta Oficina Nacional fue realizada el día 26 de diciembre de 2017, esto es, con anterioridad al día en que se comenzó a dar publicidad en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno.

II) En segundo lugar, respecto de la publicidad y difusión de la Circular de Suspensión Nº 1/2018, emitida en el marco de la Licitación Pública Nº 06/2017 con fecha 18 de enero de 2018, se encuentra corroborado que se ha omitido la publicación de la Circular de Suspensión Nº 1/18 en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA).

III) La fecha originaria para la presentación de ofertas fue fijada para el día 8 de febrero de 2018 a las 10:30. Forzoso es concluir, en consecuencia, que el plazo de antelación previsto en la norma para la publicación, difusión y comunicación de la aludida circular, se encuentra actualmente vencido.

IV) La firma, difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria Nº 1 debió haberse realizado, como muy tarde UN (1) día antes de dicha fecha, siendo jurídicamente inviable pretender emitirla y difundirla cuando el mínimo plazo de antelación normativamente previsto para ello se encuentra ampliamente vencido.

V) Esta Oficina Nacional entiende que las irregularidades advertidas –analizadas conjuntamente– revisten entidad suficiente como para afectar los principios de publicidad, difusión y transparencia, que informan las contrataciones públicas. En razón de esto último, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

CLÁUSULAS ACCIDENTALES O ACCESORIAS.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria.

Antecedentes.

El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"…en forma inmediata el*

procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria…", por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Luego, en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *"…fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'."*.

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"…Al día de la* fecha [5 de septiembre de 2017] *esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/…"*.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.

- Artículos 7º y 16 de la Ley Nº 19.549.
- Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cabe compartir lo opinado por la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en el Dictamen Nº IF-2018-00650512-APN-DAUG#SPF en cuanto a que: *"…incluir una cláusula en la que la ejecución del contrato se encuentre supeditada a la suscripción de la adjudicación en otro trámite no se encuentra prevista expresamente en la normativa aplicable en materia de adquisición de bienes y servicios de la Administración Nacional.".*

II) Corresponde así indagar en procura de una solución, tanto en el ámbito de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, como también en los preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo presente que en ausencia de una disposición de derecho público que contemple específicamente la situación de que se trata, es lícito hacer uso de la analogía –en tanto técnica de integración normativa–, para extrapolar institutos del derecho privado, con las adaptaciones que fuere menester.

III) En cuanto concierne primeramente a la teoría del acto administrativo, sabido es que, además de los elementos esenciales para su existencia, un acto puede contener otros, usualmente denominados como "accidentales" o "accesorios" (v. artículo 16 de la Ley Nº 19.549). Haciendo uso de ellos, la Administración puede particularizar el contenido normal del acto, a fin de poder adoptar una mejor o más eficaz decisión frente a determinados casos particulares que así lo requieran.

IV) En efecto, la doctrina administrativista es conteste al señalar que: *"…el acto administrativo puede contener previsiones accesorias* (…) *Esto lo revela la propia ley [Nº 19.549], cuando en su art. 16 menciona la invalidez de 'una cláusula accidental o accesoria de un acto administrativo'* (…) *Los elementos accidentales, eventuales o accesorios son aquellos que tienden a completar o condicionar el acto administrativo* (…) *Tienden a regular la exigibilidad, la extensión temporal o la forma como pueden ejecutarse los efectos del acto…"* (SALVATELLI, Ana en TAWIL, Guido Santiago (Director) *Acto Administrativo*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 485 y ss.). En sentido concordante, al comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, HUTCHINSON ha sostenido que: *"…la Ley también se ha preocupado por distinguir los elementos accesorios o accidentales del acto administrativo de aquellos que revisten un carácter esencial* (…) *En ciertos casos la Administración puede introducir cláusulas que amplíen o restrinjan el contenido normal del acto. A esas cláusulas, que integran el denominado contenido eventual o accidental de aquel, les asigna la ley la denominación de elementos accidentales o cláusulas accesorias* (…) *2. Condición. La teoría general nos suministra el concepto de condición. Es una cláusula dirigida al acontecimiento futuro e incierto, por la cual se subordina el nacimiento o extinción de los efectos del acto administrativo a la verificación de un hecho futuro e incierto, lo que da origen, respectivamente, a la condición suspensiva o resolutoria…"* (v. HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19549*. 9º edición. Editorial Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 142 y ss).".

V) El concepto de "condición" –como tantos otros– viene dado por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 343 prescribe: *"Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto."*. Sobre el particular, autorizada doctrina civilista tiene dicho: *"…El art. 343 del CCCN viene a reconocer su correcta ubicación metodológica, que es con los actos jurídicos (como un elemento accidental de los mismos, como lo es la referencia a que se trata de una clausula), y mejora su concepto, pues resalta su función principal, que es influir en la eficacia del acto (sea para producir efectos o para extinguirlos, o sea suspensiva o resolutoria)…"* (v. BUERES, Alberto J. (Dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado comparado y concordado*. Tomo I. 1º edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2014. Pág. 303).

VI) En sentido técnico se denomina "condición" a una modalidad de los negocios jurídicos. Concretamente es la cláusula por la cual se subordina el nacimiento o extinción de un acto jurídico a que suceda o no un hecho futuro e incierto. Va de suyo que existen diversos criterios de clasificación de las condiciones, siendo la más relevante aquella que distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. Así, la condición es suspensiva cuando supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Es resolutoria, por el contrario, cuando la condición deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido (v. LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. 1º ed. Santa Fe, 2015. Págs. 382 y ss.).

VII) Se está en presencia de una condición cuando los efectos del acto se subordinan a que se produzca, o no, un acontecimiento futuro e incierto. Dichos efectos nacerán o se extinguirán en virtud del cumplimiento de la condición, que será entonces suspensiva o resolutoria. Luego, cabe tener presente que el artículo 346 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: *"La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario."*.

VIII) De ello se extrae que los efectos ya cumplidos quedan firmes; sus consecuencias se proyectan a futuro, *ex nunc*. Así lo ha entendido la doctrina, al comparar la anterior regulación con la actualmente vigente, en los siguientes términos: "…*El artículo* [543 del derogado Código Civil] *fijaba como principio que los efectos eran retroactivos, no admitiendo casos en contra salvo expresa legislación al respecto, lo que producía que los mismos se computaran desde el día de celebración del acto (fuera la condición suspensiva o resolutoria); lo que en general producía arduas discusiones sobre cómo evitar perjudicar a terceros con ello. La norma [346 del Código Civil y Comercial] trae una importante novedad, al fijar como regla general la irretroactividad de los efectos, pudiéndose igualmente pactar en contra, es decir, acordar sus efectos retroactivos de forma expresa.*" (v. BUERES, Alberto J. Op. Cit. Pág. 304).

IX) Otra de las denominadas cláusulas accidentales es el "plazo", que constituye otro concepto propio de la teoría general e indica el momento en que comienza el acto a producir efectos jurídicos o bien en que deja de hacerlo (plazo suspensivo y plazo resolutorio, respectivamente). El artículo 350 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo. Se ha sostenido al respecto que: *"…El elemento plazo, se encuentra íntimamente relacionado con el lapso por el cual surtirá efecto un determinado acto administrativo, o a partir del cual ha de empezar a regir. Este plazo podría ser cierto o incierto, aunque siempre se tratará*

de un acontecimiento que faltamente ocurrirá (…) *La condición, se encuentra ligada a un hecho o acto futuro e incierto a partir de cuya ocurrencia el acto administrativo comienza a surtir efectos hacia terceros o, por el contrario, se extingue…"* (GARCÍA PULLÉS, Fernando. Lecciones de Derecho Administrativo. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Pág. 331).

X) La principal diferencia que existe entre la condición y el plazo radica en que este último siempre se refiere a un hecho futuro y necesario, aun cuando no se conozca de antemano y con precisión el momento exacto en que se producirá el vencimiento. Por su parte, la condición también se refiere a un hecho futuro, pero contingente, es decir, no se sabe si ocurrirá o no (Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 403). En cualquier caso, como la aplicabilidad de estas causales de extinción provenientes del derecho privado se realiza por analogía, su procedencia depende de un vacío normativo (insusceptible de ser cubierto en forma directa o analógica por el sistema administrativo) y su compatibilidad o adaptación con los principios que rigen la contratación pública (v. CASSAGNE, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 152-153).

XI) En tanto la cuestión que aquí se ventila no cuenta con regulación expresa en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y tomando en consideración que la doctrina administrativista ha abrevado mayormente en el derecho privado a la hora de comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –precepto que regula la invalidez de cláusulas accidentales o accesorias del acto administrativo– esta Oficina no advierte incompatibilidad alguna en la aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 una cláusula que, con carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación Nº 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

XII) En anteriores intervenciones este Órgano Rector ha dictaminado propiciando la incorporación en los pliegos de bases y condiciones particulares de cláusulas análogas a la planteada, señalando lo siguiente: *"En cuanto a la consulta en particular, en el caso en que el organismo consultante inicie un procedimiento de selección a efectos de posibilitar la continuidad del servicio, el pliego de bases y condiciones particulares deberá establecer que la vigencia del contrato se extenderá por el período en que la entidad lo entienda pertinente (vg. un año) o hasta el momento en que corresponda implementar el Acuerdo Marco previsto en el Decreto N° 1190/12, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término."* (Dictámenes ONC Nros. 6/2013, 245/2013 y 263/2013, entre otros).".

XIII) Esta OFICINA NACINAL DE CONTRATACIONES considera que cuando las circunstancias particulares de la contratación así lo requieran podrá establecerse en el pliego de bases y condiciones particulares que la duración del contrato se extenderá por un plazo determinado o bien hasta que suceda determinado acontecimiento. Huelga aclarar que la eventual extinción del contrato por cumplimiento de la condición no dará lugar al

reconocimiento de indemnización alguna en favor del cocontratante, justamente por tratarse de una cláusula voluntariamente aceptada al presentar la oferta. Así, el artículo 52 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 explícitamente dispone que la presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta.

XIV) La incorporación en el pliego de bases y condiciones particulares de una cláusula como la propuesta parecería ser –en principio– una alternativa acorde a las necesidades del organismo y menos gravosa que la revocación del contrato por oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto la primera no conlleva el deber de indemnizar al cocontratante frente a una eventual extinción anticipada del vínculo motivada en el cumplimiento del hecho condicionante. Máxime si se repara en que en el caso traído a estudio no estaríamos frente a un cambio sobreviniente del interés público durante la ejecución contractual –circunstancia que podría dar fundamento a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, con deber de indemnizar el daño emergente–, sino que de antemano hay certeza sobre la existencia de un procedimiento licitatorio con el mismo objeto que lleva su curso en paralelo y con una cláusula del tener de la propuesta se busca, precisamente, supeditar la duración del vínculo contractual al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, como lo es la adjudicación de la licitación en cuestión, todo lo cual resulta ser, a criterio de esta Oficina, una aplicación práctica y concreta de los principios generales de eficacia y eficiencia que informan las contrataciones públicas, sin menoscabo del principio de igualdad de posibles interesados y oferentes, por cuanto todos tendrán la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de ofertar, la modalidad de ejecución contractual.

XV) Con igual criterio, en un reciente pronunciamiento este Órgano Rector sostuvo que: *"…Si bien se observa que la forma de llevar adelante la contratación en cuestión no es la típica* (…) *se entiende que con la operatoria propuesta lo que se pretende es no dejar a la Administración Pública ligada por un contrato que luego se convierta en inútil por estipulaciones contractuales que resulten inadecuadas* (…) *Ello así, considerando que el modo de ejecución contractual formará parte del pliego, esto le permitirá a los oferentes efectuar las necesarias previsiones mediante el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación* (…) *al establecer estas previsiones en los respectivos pliegos se respeta el principio de igualdad de posibles interesados por cuanto todos tienen la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de presentarse a licitar la modalidad de ejecución contractual."* (v. Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM, de fecha 22 de enero de 2018).

XVI) Sin perjuicio de que pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego –en pos de una mayor certidumbre– que el contrato quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17.

XVII) Resulta viable la inclusión, en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17, de una cláusula que, con

carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación Nº 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

XVIII) Aun cuando pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego –en pos de una mayor certidumbre– que el contrato quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17.

CLÁUSULAS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-02684423-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de Febrero de 2017

Referencias/voces: Cláusula de determinación del precio. Indexación.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión en torno a la forma de cotización propiciada por la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES para la adquisición de azufre semimolido a granel, en el marco de un procedimiento de licitación pública bajo la modalidad orden de compra abierta.

Cabe destacar que *"…para dicha Licitación se ha establecido una forma de determinación de precios que se basa en un porcentaje fijo e inamovible sobre el valor de la referencia internacional, obtenido de la Publicación especializada CRU FERTILIZER WEEK* (…) *desde donde se extraería el precio publicado para el mercado de Brasil –indicado en el renglón 'Brazil CFR $/t-,y cuyo valor no puede ser influenciado por ninguna de las partes".*

Más precisamente, en la cláusula 11 del proyecto de pliego se estipula que los interesados deberán cotizar de acuerdo a una fórmula allí prevista que establece un: *"…valor porcentual (%) que al momento de emitir cada Solicitud de Provisión se adicionará al precio publicado en el mercado de referencia internacional de Brasil* […] *lo que determinará el precio que se abonará por la cantidad de producto solicitada en cada SP…".*

Normativa examinada:

- Artículo 70 inciso g) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1133 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928.
- Artículo 5º del Decreto Nº 214/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De la lectura del proyecto de pliego que se acompaña, se desprende que el procedimiento licitatorio en cuestión, bajo la modalidad orden de compra abierta, tiene por objeto la adquisición de azufre semimolido a granel, en una cantidad mínima de QUINIENTAS (500) toneladas y máxima de CINCO MIL (5.000) toneladas. Luego, se advierte una forma de determinación de precios que se basa en un porcentaje fijo e inamovible sobre el valor de referencia internacional obtenido de la publicación especializada CRU FERTILIZER WEEK, desde donde se extraería el precio publicado para el mercado de BRASIL.

II) Cabe recordar que en el marco del citado Dictamen ONC N° 131/2013 esta Oficina Nacional señaló que: *"…no existen impedimentos legales para determinar el precio propuesto en un porcentaje fijo e inamovible relacionado con el valor amoníaco en un mercado específico, cuando ello se encuentre expresamente previsto en el pliego de bases y condiciones particulares, ello por cuanto la condición de que el precio cotizado sea cierto se estaría cumpliendo con la determinación del mismo en base al precio del amoníaco en un mercado determinado"*.

III) La cotización deberá contener el precio unitario y cierto, tal como lo establecía el artículo 70 inciso g) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en consonancia con lo actualmente previsto en el artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 63/16.

IV) Por su parte, el artículo 1133 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: *"Determinación del precio. El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo."*.

V) Como consecuencia de lo expuesto, esta Oficina Nacional no encuentra impedimentos para la procedencia de la determinación del precio para la adquisición de azufre semimolido a granel basada en un porcentaje fijo e inamovible sobre el valor de referencia internacional obtenido de la Publicación especializada CRU FERTILIZER WEEK desde donde se extraería el precio publicado para el mercado de Brasil.

VI) Sin perjuicio de lo expuesto, deviene necesario subrayar que este Órgano Rector no resulta competente para expedirse sobre si dicha fórmula de determinación de precio constituye o no una cláusula indexatoria, la cual se encuentra legalmente prohibida. Impedimento que, valga recordar, no viene dado por las normas vigentes que regulan el régimen de contrataciones públicas, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, específicamente por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5º del Decreto Nº 214/02.

VII) A partir de lo expuesto cabe colegir que la prohibición de indexar exorbita el bloque normativo de las contrataciones públicas y, por consiguiente, su determinación y/o deslinde en un caso concreto excede las competencias de esta Oficina Nacional. Dicho esto y frente al supuesto en que el organismo consultante entienda que la modalidad de determinación de precio elegida no consiste en un mecanismo de indexación, deberá justificar –en el expediente en cuyo marco tramite la contratación– los motivos que dieran lugar a la elección de dicha fórmula, como así también la elección de la publicación "CRU FERTILIZER WEEK" a la que estaría ligada la cotización.

COMISIÓN DE RECEPCIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 958/2012.

Fecha de emisión: 17 de octubre de 2012.

Referencias: Comisión de recepción. Integración. Constitución de domicilio especial. Alcance.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada: Artículos 109 y 110 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 exige que la Comisión de Recepción esté integrada necesariamente por TRES (3) miembros titulares y TRES (3) miembros suplentes. La nueva normativa prescribe que los integrantes de la Comisión de Recepción, tanto titulares como suplentes, deberán ser designados mediante un acto administrativo emanado de la autoridad competente para autorizar la convocatoria, con la expresa limitación de que esa designación no deberá recaer en quienes hubieran intervenido en el procedimiento de selección respectivo, sin efectuar salvedades ni excepciones al respecto más allá de poder requerirse su asesoramiento.

II) De esto último se desprende que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/00 establece una limitación más amplia que la contemplada en el Reglamento anterior, en tanto la nueva normativa impide que integren la Comisión de Recepción no sólo quienes hayan intervenido en la adjudicación sino, lisa y llanamente, quienes hayan tenido algún tipo de intervención en cualquiera de las etapas del procedimiento de selección respectivo.

III) Una interpretación armónica, integral y sistemática, tanto de los regímenes reseñados como de los principios generales de razonabilidad y eficiencia consagrados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, conducen a sostener que, en principio, nada impide que por razones operativas las jurisdicciones y entidades opten por designar una única Comisión Evaluadora de Ofertas y una única Comisión de Recepción para intervenir en la totalidad de los procedimientos de selección que lleven a cabo.

COMISIÓN EVALUADORA.

DICTAMEN ONC Nº 958/2012.

Fecha de emisión: 17 de octubre de 2012.

Referencias: Comisión evaluadora. Integración.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 80, 81, 82 y 83 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 exige, en primer lugar, que las Comisiones Evaluadoras se encuentren integradas por TRES (3) miembros titulares, más TRES (3) miembros suplentes. La nueva normativa no determina quiénes deberán integrar las mencionadas comisiones, sin perjuicio de señalar que sus integrantes, tanto titulares como

suplentes, deberán ser designados mediante un acto administrativo emanado de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante, no pudiendo recaer tal designación en quienes tuvieran competencia para autorizar la convocatoria o para aprobar el procedimiento.

II) Una interpretación armónica, integral y sistemática, tanto de los regímenes reseñados como de los principios generales de razonabilidad y eficiencia consagrados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, conducen a sostener que, en principio, nada impide que por razones operativas las jurisdicciones y entidades opten por designar una única Comisión Evaluadora de Ofertas y una única Comisión de Recepción para intervenir en la totalidad de los procedimientos de selección que lleven a cabo.

DICTAMEN ONC Nº 1014/2012.

Fecha de emisión: 20 de noviembre de 2012.

Referencias: Comisión Evaluadora. Integrantes. Miembros titulares. Miembros suplentes, facultades de actuar indistintamente frente a la ausencia de un miembro titular.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva interpretar si por cada miembro titular de la Comisión Evaluadora de Ofertas corresponde la designación de un único miembro suplente, o bien si resultaba jurídicamente posible designar TRES (3) miembros suplentes con competencia para cubrir en forma indistinta las eventuales ausencias o impedimentos de cualquiera de los miembros titulares de la citada Comisión.

Normativa examinada:

- Artículos 80, 81 y 82 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 exige, en primer lugar, que las Comisiones Evaluadoras de Ofertas se encuentren integradas por TRES (3) miembros titulares, y sus respectivos suplentes. Es decir, TRES (3) miembros titulares y TRES (3) miembros suplentes.

II) Mediante Dictamen ONC Nº 958/2012 esta Oficina Nacional puso de resalto que, a diferencia de lo establecido en el Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00, la nueva normativa no determina quiénes deberán integrar las mencionadas comisiones, sin perjuicio de señalar que sus integrantes –tanto titulares como suplentes– deberán ser designados mediante un acto administrativo emanado de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante, no pudiendo recaer tal designación en quienes tuvieran competencia para autorizar la convocatoria o para aprobar el procedimiento.

III) A los efectos de sesionar y emitir dictámenes, el *quórum* para el funcionamiento de la Comisión Evaluadora se dará con la totalidad de sus TRES (3) miembros titulares,

completándose en caso de ausencia o de impedimento debidamente justificados, con los suplentes respectivos.

IV) Al no determinarse, en forma taxativa, quiénes deberán integrar la Comisión Evaluadora –sin perjuicio de establecerse claramente en el artículo 80 quienes no podrían integrarla–, difícilmente pueda sostenerse que dicho cuerpo normativo exige, en forma exclusiva y excluyente, que se vincule a un único suplente "natural" con un determinado miembro titular.

V) Nada obstaría a que por razones operativas las máximas autoridades de las respectivas jurisdicciones y entidades opten por designar en un mismo acto a los miembros titulares de la Comisión Evaluadora junto a los miembros suplentes, fijando en relación a estos últimos un orden de prelación para intervenir ante la ausencia o impedimento de cualquiera de los miembros titulares de dicha Comisión, indistintamente. Ello así, con el objeto de evitar que a raíz de un exceso de rigorismo en la interpretación de los requisitos establecidos en la normativa vigente, la Comisión Evaluadora de ofertas se vea imposibilitada de sesionar por falta de *quórum,* en detrimento del desempeño eficiente de la Administración y del logro de los resultados requeridos por la sociedad, en los términos del artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VI) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece que la Comisión Evaluadora de Ofertas deberá estar integrada por TRES (3) miembros titulares y TRES (3) miembros suplentes. Todos sus integrantes –tanto titulares como suplentes– deberán ser designados mediante un acto administrativo emanado de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante, con la única limitación de que no podrá recaer tal designación en quienes tuvieran competencia para autorizar la convocatoria o para aprobar el procedimiento.

VII) A los fines de integrar la Comisión Evaluadora, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no circunscribe las respectivas designaciones a determinados funcionarios, ni siquiera en relación a los miembros titulares, como sí sucedía en el marco del Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00. Por consiguiente, en la medida en que el nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional no determina en forma taxativa quiénes deberán integrar la Comisión Evaluadora –sin perjuicio de establecer en su artículo 80 quienes no podrían integrarla–, difícilmente pueda interpretarse que dicho cuerpo normativo exige, en forma exclusiva y excluyente, que se vincule a un único suplente "natural" con un determinado miembro titular.

VIII) Una interpretación armónica, integral y sistemática, tanto de los artículos reseñados como de los principios generales de razonabilidad y eficiencia consagrados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, permite sostener que nada obsta a que por razones operativas las máximas autoridades de las respectivas jurisdicciones y entidades opten por designar en un mismo acto a los miembros titulares de la Comisión Evaluadora junto a los miembros suplentes, fijando en relación a estos últimos un orden de prelación para intervenir ante la ausencia o impedimento de cualquiera de los miembros titulares de dicha Comisión, indistintamente.

IX) De lo expuesto se colige que, a los efectos del artículo 82 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, el quórum para el funcionamiento de la Comisión Evaluadora se dará con la totalidad de sus TRES (3) miembros titulares, completándose en caso de ausencia o de impedimento, debidamente justificados, con cualquiera de los miembros suplentes oportunamente designados. En el hipotético caso en que la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante haya establecido en el acto de designación de los miembros suplentes un determinado orden de prelación, para sesionar y emitir dictámenes la citada Comisión deberá integrarse con sujeción a dicho orden de prelación.

DICTAMEN ONC Nº 226/2015.

Fecha de emisión: 11 de agosto de 2015.

Referencias/voces: Comisión Evaluadora.

Normativa examinada:

- Artículo 83 del Reglamento aprobado por Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Una de las principales funciones de la Comisión Evaluadora es la de proporcionar a la autoridad competente los fundamentos para el dictado del acto administrativo de finalización del procedimiento (artículo 83 del Reglamento aprobado por Decreto N° 893/12).

II) La Comisión Evaluadora emite un dictamen de evaluación en el cual debe apreciar los aspectos formales, legales y cualitativos de las propuestas. Este dictamen, por expresa disposición legal, reviste el carácter de no vinculante para la autoridad competente. Ello quiere decir que, llegado el caso, la autoridad puede apartarse fundadamente de la recomendación efectuada en el dictamen.

III) La facultad de determinar en última instancia la admisibilidad y conveniencia de una oferta es de la autoridad competente, encontrándose facultada para apartarse de la recomendación efectuada por la Comisión Evaluadora. Cabe señalar que esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"Si la autoridad administrativa competente decidiera modificar la recomendación efectuada en un Dictamen de Evaluación, con motivo de una impugnación o por cualquier otra circunstancia, no corresponde emitir un nuevo Dictamen de Evaluación de las ofertas."* (Dictamen ONC 788/11 y otros posteriores).

IV) De las constancias obrantes en el expediente puede colegirse que el accionar del proveedor se sostuvo en la inteligencia de haber equiparado al dictamen de la Comisión Evaluadora con el acto administrativo de adjudicación en sí mismo; toda vez que entendió que el hecho de haber sido "rechazada" su oferta –en el referido dictamen– lo liberaba de toda obligación respecto del procedimiento de selección, ignorando de este modo las previsiones establecidas en la normativa vigente aplicables al caso de marras.

DICTAMEN ONC Nº 36/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Competencias de la Comisión evaluadora. Presentación de copia simple de garantía junto con la oferta. Presentación posterior del original. Defectos formales y sustanciales posibilidad de subsanación. Causales de desestimación. Subsanables y no subsanables. Póliza de segura de caución. Principios generales. Promoción de la concurrencia. Principios de igualdad, transparencia e informalismo en favor del administrado.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión respecto a si resultaba jurídicamente posible tener por subsanado el error invocado por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A.

De la compulsa de los actuados se desprendía que en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15 del registro del ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL fueron recibidas sólo DOS (2) ofertas.

Luego, el día 21 de diciembre de 2015, al tener lugar el Acto de Apertura de ofertas pudo constatarse que, formando parte integrante de la propuesta presentada por NEUMÁTICOS CAMOIA S.A., se acompañó, en carácter de garantía de mantenimiento de oferta, una *"…fotocopia de la póliza de seguro de caución Nº 665.612 de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., no obrando en los actuados el original de la misma.", tal como se dejó asentado al pie del acta labrada al efecto…".*

De oficio, al día siguiente –esto es, el 22 de diciembre de 2015– la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. presentó una nota en sede del organismo licitante, junto con la cual acompañó –en original– la mentada póliza de seguro de caución Nº 665612, extendida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad al acto de apertura.

En tal presentación, NEUMATICOS CAMOIA S.A. adujo que a causa de un error involuntario se acompañó a la oferta una copia simple de la póliza en cuestión, quedando el instrumento original en la carpeta de la empresa. Consecuentemente, solicitó que se admita la subsanación de dicho error, invocando a tal efecto el principio del informalismo en favor del administrado.

Desde una posición contrapuesta, el oferente Luis Oscar CORCOS efectuó una presentación fechada el 23 de diciembre de 2015, observando que, de hacerse lugar a la subsanación peticionada por NEUMATICOS CAMOIA S.A., se vería vulnerado el principio de igualdad, por cuanto la presentación tardía o extemporánea de la garantía de que se trata, luego del acto de apertura, implicaría colocar *"…a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…"*.

De este modo, a criterio del señor CORCOS correspondería que la jurisdicción licitante desestime la oferta de su competidor, sin posibilidad de subsanación, en los términos del artículo 84, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En suma, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un procedimiento de selección, la firma NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya acompañado "por error" la garantía de mantenimiento de su oferta en copia simple, y en forma posterior haya enmendado el equívoco resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable, como aducía el oferente CORCOS, Luis Oscar.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5, 65, 70, inciso h) apartado 1º, 83, 84 inciso d), 85, 100 y 101 inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento (v. URTUBEY, Santiago y SÁ ZEICHEN, Gustavo. La comisión evaluadora de ofertas. Algunos apuntes acerca de su concepto, características y funcionamiento a la luz de los principios de la organización administrativa. El Dial online: www.eldial.com.ar).

II) Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad.

III) La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.

IV) En sentido concordante con lo expuesto, en el Dictamen ONC Nº 389/2008 se sostuvo que: *"…la facultad de determinar la admisibilidad de un oferente es una función que está específicamente asignada a la Comisión Evaluadora* […] *y a la autoridad competente para adjudicar…".* Asimismo, en un precedente traído a colación por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, esta Oficina Nacional opinó lo siguiente: *"…La Comisión Evaluadora debe emitir un dictamen de evaluación en el cual debe apreciar los aspectos formales, legales y cualitativos de las propuestas. Este dictamen, por expresa disposición legal, reviste el carácter de no vinculante para la autoridad con competencia para suscribir el acto administrativo por el cual se finalice el procedimiento de selección."* (Dictamen ONC Nº 20/13).

V) En el caso traído a estudio la Comisión Evaluadora, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, es competente para emitir opinión en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A., valorando a tal efecto los argumentos vertidos en la presentación formulada por la aludida firma, así como también –va de suyo– las observaciones puestas de manifiesto por el restante oferente, Luis Oscar CORCOS.

VI) Excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para que, frente a los planteos efectuados por los aludidos oferentes, funde su dictamen en un determinado sentido. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VII) En ese orden de ideas, no resulta ocioso recordar lo expresado por esta Oficina Nacional en supuestos análogos: *"…se advierte que en virtud principio de la descentralización operativa y la centralización normativa del artículo 23 del Decreto Nº 1023/01 esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante*" (v. Dictámenes ONC Nº 602/2010 y Nº 614/2010).

VIII) La Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, se encuentra facultada para dictaminar, en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15, sugiriendo a la autoridad competente el criterio a seguir para concluir el procedimiento. En ese marco, le corresponde emitir opinión respecto de la postura a adoptar en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 26 de Enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento. Competencias de la Comisión Evaluadora. Informe técnico.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida sobre si corresponde emitir un informe técnico por parte de la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo de las ofertas y en forma previa a la emisión del dictamen de evaluación.

Normativa examinada:

- Artículos 61, 62 y 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

- Artículos 25, 26 y 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 62/2016.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las etapas del procedimiento previstas en la normativa son: acto de apertura de las ofertas, dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos siguientes procede la vista, la verificación que realiza la unidad operativa de contrataciones en el sistema de información de proveedores y la confección del cuadro comparativo, al día siguiente de vencido ese plazo se remiten los actuados a la Comisión Evaluadora.

II) Por su parte, la normativa establece que es función de la Comisión verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, y que cuando se tratare de contrataciones para cuya apreciación se requieran conocimientos técnicos o especializados o bien para garantizar la correcta apreciación de criterios de sustentabilidad, las Comisiones Evaluadoras podrán requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con tales conocimientos específicos.

III) Por consiguiente, si de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resulta meridianamente claro que la Comisión Evaluadora se halla facultada –cuando la complejidad técnica de la contratación lo amerite– para requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con determinados conocimientos específicos, con más razón ha de aceptarse que pueda requerir la opinión de la unidad requirente, siempre que lo estime necesario para la adecuada apreciación de los aspectos y/o componentes estrictamente técnicos de las ofertas. Pero esto último debe necesariamente ser entendido como una facultad exclusiva, excluyente y de carácter discrecional de la Comisión Evaluadora.

IV) Una vez confeccionado el Cuadro Comparativo de Ofertas por parte de la unidad operativa de contrataciones, ésta última deberá remitir las actuaciones a la Comisión Evaluadora el día siguiente de vencido el plazo previsto en el artículo 25 del Manual de Procedimiento para la realización del proceso de verificación de la inscripción de los oferentes en el Sistema de Información de Proveedores, es decir, sin solución de continuidad. De ahí que la elaboración de un informe por parte de la unidad requirente en forma previa al inicio de la etapa de evaluación de las ofertas no constituye un paso procedimental contemplado en el trámite de una licitación pública, sino que por el contrario, recién cuando los actuados hayan sido remitidos a la Comisión Evaluadora, será ésta quien, eventualmente, valore la necesidad de efectuar tal requerimiento, en razón de la complejidad técnica que pueda presentar la contratación de que se trate y de la asistencia que a los fines de la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas pueda brindar la unidad requirente.

V) Este Órgano Rector en el Dictamen 36/16 sostuvo:*"…ninguna duda cabe en cuanto a que la Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento* (…) *Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad* (…) *La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.".*

VI) En virtud de las consideraciones vertidas ut supra, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en los procedimientos de licitación pública la normativa no prevé que se requiera la evaluación de las ofertas o la emisión de un informe técnico a la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo y en forma previa a la remisión de los actuados a la Comisión Evaluadora. No obstante lo expuesto, la normativa aplicable habilita a la Comisión Evaluadora a instar la intervención de la unidad requirente –sin perjuicio de lo expresamente previsto en relación a la designación de peritos y/o instituciones con conocimientos específicos– cuando así lo estime oportuno para la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de febrero de 2018.

Referencias/voces: Comisión Evaluadora.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La determinación de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas presentadas en el marco de la Licitación Pública 80-0027-LPU17 hace a las competencias propias de la Comisión Evaluadora de la jurisdicción contratante y de la autoridad competente para decidir.

II) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo

con el cual concluye el procedimiento. Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad. La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección…" (v. Dictamen ONC Nº 36/2016).

COMPETENCIAS DE LA ONC.

DICTAMEN ONC Nº 32/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Precio vil o no serio. Desestimación de la oferta. Competencias de la ONC. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a la oferta presentada por la firma GADOR S.A. para los renglones 5, 6 y 7 en el marco de la Licitación Pública N° 39/15.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 inciso I) y 89 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector emitir opinión sobre el criterio a adoptar en relación con el planteo efectuado por el oferente SANDOZ S.A. y en consecuencia de ello, determinar la admisibilidad de la oferta presentada por la sociedad comercial GADOR S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) En ese orden de ideas, no resulta ocioso recordar lo expresado por esta Oficina en casos análogos: *"…se advierte que en virtud principio de la descentralización operativa y la centralización normativa del artículo 23 del Decreto Nº 1023/01 esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante*" (v. Dictámenes ONC Nº 602/2010 y Nº 614/2010).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Análisis de pliego. Cláusulas que pueden afectar el principio de concurrencia. Principio de eficiencia. ONC carece de facultades para emitir opinión sobre cuestiones técnicas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de material informático para la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, determinadas cláusulas que a criterio de la DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD podrían afectar el principio de concurrencia.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 8º y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 26 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 10 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Sistema Nacional de Contrataciones Públicas se organiza según el criterio de centralización de las políticas y de las normas, y la descentralización de la gestión operativa. Esa centralización de políticas y normas se encuentra en cabeza de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, mientras que la descentralización operativa implica que los organismos contratantes son los responsables de llevar adelante la gestión de las contrataciones para la satisfacción de sus necesidades, lo que comprende la elaboración y aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares que regirán sus procedimientos de selección.

II) En tal sentido, y en virtud del inciso a) del artículo citado en los párrafos anteriores, esta Oficina Nacional no posee facultades para intervenir en la tramitación y aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares que elaboran las unidades operativas de contrataciones para los procedimientos que allí se tramiten.

III) Esta Oficina Nacional carece de facultades para emitir opinión respecto de las cuestiones técnicas inherentes a las necesidades del organismo contratante. En este sentido, resulta necesario señalar, en consonancia con la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, que *"…la ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico, debe realizarse de conformidad a los informes de los especialistas en la materia, sin que corresponda entrar a considerar los aspectos técnicos de las cuestiones planteadas, por ser ellos materia ajena a su competencia estrictamente jurídica* […] *En la medida en que los informes revistan un carácter eminentemente técnico, su consideración es extraña a la competencia de la Procuración del Tesoro como organismo de asesoramiento jurídico, mereciendo los mismos plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, estén bien fundados, precisos, adecuados al caso, lógicamente razonados al caso y no adolezcan de arbitrariedades".* (Dictamen PTN 169:199).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04239686-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Pautas para la inelegibilidad. Competencia de la ONC. Colusión.

Antecedentes:

En el marco de la Licitación Pública N° 45/16 del registro de ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL llevada adelante para la adquisición de maquinaria textil, CASA RUERE S.A.I.C.F. ofertó para los Renglones Nros. 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 por la suma total de PESOS NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS ($ 9.343.200,00.-), mientras que MACOSER S.A. cotizó para los Renglones Nros. 4 y 11, por el monto total de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA ($ 1.504.260,00.-).

La cotización de la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. se encontraba suscripta por la señora Celia Alba RUERE, en carácter de vicepresidente de la empresa. Por su parte, la cotización de MACOSER S.A. se encontraba suscripta por el señor Edgardo A. RUERE en su carácter de presidente.

De las declaraciones juradas existentes en la base de datos del SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PROVEEDORES (SIPRO) surgía que el señor Edgardo A. RUERE, era Presidente de CASA RUERE S.A.I.C.F. y de MACOSER S.A. al momento de presentación de las ofertas.

Al tomar intervención la Comisión Evaluadora recomendó desestimar, entre otras, las ofertas presentadas por CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A. por poseer el mismo presidente, de acuerdo con la información obrante en el SIPRO, entendiendo que se configuran en el caso los supuestos previstos en los artículos 67 y 86 inciso d) del Anexo al Decreto N° 893/12, según artículo 84 incisos m) y n) de la citada norma. Dicho dictamen fue impugnado por ambas firmas.

El servicio permanente de asesoramiento jurídico del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL consideró que la impugnación efectuada por la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. debía ser rechazada únicamente en relación a los Renglones Nros. 4 y 11 que son aquellos donde también ofertó la firma MACOSER S.A. y podría configurarse las causales de desestimación no subsanables del artículo 84 incisos m) y/o n) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y sus modificatorios.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión: *"…respecto de si la condición de inadmisibilidad e inelegibilidad debe ser aplicada a la totalidad de las ofertas presentadas por las firmas CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A.; o solo a las cotizaciones recibidas por dichas empresas para los Renglones 4 y 11.".*

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 86, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de este Órgano Rector pronunciarse respecto del criterio a adoptar en torno a las impugnaciones presentadas por las firmas CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A. Ello así por cuanto la determinación de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas presentadas en el marco de la Licitación Pública N° 45/2016 del registro de MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL hace a las competencias propias de la Comisión Evaluadora de la jurisdicción contratante y de la autoridad competente para decidir.

II) Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el Sistema de Contrataciones, tal como se encuentra establecido en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01 (v. Dictamen ONC Nº 71/2015).

III) Por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa antes aludido, corresponderá a la jurisdicción de origen verificar en el caso concreto la configuración de una maniobra tendiente a transgredir el ordenamiento jurídico y/o bien a perjudicar a terceros, a partir de la utilización de las mentadas sociedades comerciales como vehículos para concertar o coordinar posturas en el procedimiento de selección en perjuicio de la Administración Pública Nacional, en cuyo caso deberá desestimarse la totalidad de la oferta presentada por cada proveedor incurso en la causal de inelegibilidad correspondiente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-03448477-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 10 de marzo de 2017.

Referencias/voces: Facultad sancionatoria.

Antecedentes.

Mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° 17992 del día 28 de octubre de 2015 se resolvió rescindir totalmente, por culpa del proveedor, el contrato celebrado con la firma R.P.G. S.A., en virtud del incumplimiento de la Orden de Compra Nº 14/2015, en el marco de la Licitación Pública Nº 116/2014 de dicho organismo.

Asimismo, mediante el citado acto administrativo se intimó al mencionado proveedor a hacer efectiva, dentro de los DIEZ (10) días de notificado, la suma de PESOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 83.369,50.-), en concepto de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato.

Normativa examinada:

- Artículo 59 de la Ley General de Sociedades N° 19.550.
- Artículo 132 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las sanciones previstas en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no son de aplicación facultativa sino que este Órgano Rector debe aplicarlas, verificados los presupuestos de procedencia.

II) Si bien el Reglamente aprobado por el Decreto N° 893/12 menciona que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES “podrá” aplicar sanciones, tal expresión se relaciona con la facultad con que cuenta este Órgano Rector para evaluar la gravedad de los antecedentes remitidos por las jurisdicciones y entidades contratantes, a fin de graduar la sanción a aplicar conforme las circunstancias atenuantes o agravantes del caso concreto y en la medida en que el tipo de sanción a aplicar lo permita, luego de corroborar todos los extremos y recaudos contemplados en la normativa aplicable.

III) Ese es el sentido del artículo 132 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, lo cual en modo alguno implica llegar al extremo de interpretar que rige una suerte de principio de oportunidad, en virtud del cual esta Oficina Nacional podría optar por no aplicar una sanción o excepcionar a una firma con un plazo que dicha normativa no prevé.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-03488030-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 10 de marzo de 2017.

Referencias/voces: Competencias de la ONC. Presentaciones por parte de proveedores ante el Órgano Rector.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que analice las circunstancias fácticas acaecidas en el marco de la Licitación Pública N° 59/2014 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Cabe destacar, al respecto que mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Nº 1024, del 13 de mayo de 2014, se autorizó el llamado a Licitación Pública para la adquisición de agua envasada potabilizada o mineral sin gas y alimentos no perecederos, a fin de conformar el stock de asistencia para emergencias climáticas y satisfacer las demandas de la población que se hallare en situación de vulnerabilidad social, en el marco del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria.

Luego de la apertura, la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. puso en conocimiento del organismo contratante el contenido de la Disposición ONC Nº 68 de fecha 28 de agosto de 2014, por la cual se suspendieron los efectos de su similar Nº 36, de fecha 30 de mayo de 2014, en los términos del artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL puso de relieve que si bien los efectos de la sanción de apercibimiento y suspensión aplicada a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se encontraban a esa fecha suspendidos, la misma se encontraba vigente al momento de apertura de las ofertas (01 de julio de 2014). En consecuencia, la oferta presentada por ALIMENTOS GENERALES S.A. debía ser desestimada.

Con sustento en ello, la Comisión Evaluadora recomendó declarar inadmisible la oferta presentada por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. para el Renglón Nº 4 *"Por haber sido suspendida en la Oficina Nacional de Contrataciones mediante Disposición 36/2014…"*, lo cual motivó su impugnación por parte del proveedor agraviado.

En otro orden de cosas, ALIMENTOS GENERALES S.A. efectuó una presentación directamente ante el Órgano Rector, que tuvo por objeto denunciar: *"…graves irregularidades en relación a la LICITACIÓN PÚBLICA N° 59/14 EXPTE. N° E-2723-2014…".*

En respuesta a ello, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Nota ONC N° 1596, de fecha 17 de diciembre de 2014, oportunidad en la que se acompañó una copia del Dictamen ONC N° 427, de fecha 4 de noviembre de 2014, al solo efecto de ilustrar el criterio interpretativo delineado por este Órgano Rector en el marco de un precedente análogo, vinculado con el mismo proveedor y con el mismo organismo de origen.

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN opinó que: *"…la suspensión aplicada a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. mediante la Disposición O.N.C. Nº 36/14 estuvo vigente en la etapa 'apertura de las ofertas' de la Licitación Pública Nº 59/14 del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, circunstancia por la cual la oferta de dicha empresa se encontraba incursa en la causal de desestimación no subsanable receptada en el artículo 84 inciso f) del Reglamento aplicable al caso…".*

Finalmente, al tomar intervención la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN efectuó medulosas consideraciones que merecen ser transcriptas: *"…En las actuaciones bajo análisis, no existen dudas que la empresa Alimentos Generales S.A. fue sancionada por la Oficina Nacional de Contrataciones* (…) *mediante la Disposición N.º 36/14* (…) *Ahora bien, el punto de conflicto se generó a raíz del dictado de la Disposición ONC N.º 68/14, a través de la cual se suspendieron los efectos de la Disposición N.º 36/14, en los términos del artículo 12 de la Ley N.º 19.549* (…).
El principio de irrectroactividad de los actos administrativos constituye uno de los principios de nuestro ordenamiento jurídico, por consiguiente toda vez, que la regla es la irrectroactividad, la excepcionalidad debe resultar de una declaración o de alguna otra forma inequívoca (…).
En síntesis, la retroactividad del acto administrativo es excepcional y, en el caso en análisis, debe surgir en forma expresa del propio acto y no perjudicar derechos de terceros, aspectos éstos que no se cumplen en la Disposición de la ONC N.º 68/14.".

En esa inteligencia, ese alto organismo asesor concluyó que correspondía rechazar el recurso jerárquico en cuestión, en razón de que: *"Si la sanción aplicada por la ONC a través de la Disposición N.º 36/14 entró en vigor el 25 de junio de 2014 –fecha de su publicación en el SIPRO– y el acto de apertura de las ofertas de la licitación que nos ocupa se realizó el 1º de julio de ese mismo año, no parece dudoso que la recurrente se encontraba imposibilitada de participar del procedimiento de selección en curso, por cuanto la sanción estaba plenamente vigente en aquel momento…".*

En relación a lo expuesto, téngase presente que en el marco de las actuaciones individualizadas como CUDAP: EXP-JGM: 53256/2013 se emitió la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 36 de fecha 30 de mayo de 2014, a través de la cual le fueron aplicadas al proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. DOS (2) sanciones, a saber: 1) UNA (1) sanción de apercibimiento, en los términos del artículo 131, inciso a) apartado 1º del entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de la rescisión parcial, por culpa del proveedor, del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 145/12 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL; 2) UNA (1) sanción de suspensión para contratar con la Administración Pública Nacional por el plazo de SEIS (6) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.2. del citado cuerpo reglamentario, como consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida en el plazo fijado al efecto.

La Disposición ONC Nº 36/14 fue notificada al proveedor en cuestión con fecha 12 de junio de 2014.

El 23 de junio de 2014 fue recibido el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por ALIMENTOS GENERALES S.A. contra la Disposición ONC Nº 36/14.

Luego de su notificación al interesado, la sanción de suspensión inició su vigencia el día 25 de junio de 2014, a partir de su difusión en el sitio de internet de este Órgano Rector (www.argentinacompra.gov.ar), tal como se encontraba regulado en el artículo 131 inciso b), *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

El día 30 de junio de 2014 la agraviada efectuó una nueva presentación solicitando la suspensión de los efectos de los efectos de la suspensión aplicada.

En virtud de ello, dada la verosimilitud del derecho invocado y a efectos de evitar perjuicios graves al interesado, se emitió la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 68 de fecha 28 de agosto de 2014, por la cual se suspendieron cautelarmente los efectos de su similar Nº 36/14 –con sustento en el artículo 12 de la Ley Nº 19.549–, hasta tanto fueran resueltos los recursos de reconsideración y jerárquico, respectivamente.

La Disposición ONC Nº 68/14 fue notificada al interesado el día 29 de agosto de 2014. Como consecuencia de ello, en esa misma fecha el proveedor pasó a estar nuevamente "incorporado" en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Finalmente, como consecuencia del dictado de la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 51, de fecha 9 de noviembre de 2015, se revocó la sanción de suspensión impuesta mediante el artículo 2º de la Disposición ONC Nº 36/14.

Normativa examinada:

- Artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84, inciso f) y 242 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El requerimiento efectuado en su momento por la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., dió lugar a la Nota ONC N° 1596, de fecha 17 de diciembre de 2014, por cuyo conducto se acompañó una copia del Dictamen ONC N° 427/14, donde se sostuvo, en resumidas cuentas, que la causal contemplada en el inciso f) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 distinguía TRES (3) hitos o momentos diferenciados –1) acto de apertura de ofertas; 2) etapa de evaluación de las ofertas recibidas y 3) adjudicación– y que, siendo ello así, correspondía determinar si el proveedor en cuestión se encontraba habilitado o suspendido para contratar con el Estado Nacional en cada uno de ellos, con sujeción a la plataforma fáctica analizada en cada caso concreto. Esta Oficina Nacional, ante el requerimiento de ALIMENTOS GENERALES S.A., se limitó a adjuntar, a título de colaboración, una copia de un dictamen expedido en el marco de un caso análogo, al solo efecto de ilustrar el criterio interpretativo delineado por este Órgano Rector en dicho precedente.

II) De lo establecido en los artículos 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 242 del entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no actúa como vehículo de denuncias, en razón de que, conforme la normativa aplicable, no posee competencia para investigar presuntas anomalías administrativas por pedido de un particular, así como tampoco cuenta con atribuciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros. De haber hecho lugar lo peticionado por el proveedor en los términos vertidos en su nota se habría excedido el ámbito competencial delimitado por el referido artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) Esta Oficina no representa una instancia de revisión de los actos dictados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración

Pública Nacional, máxime si se repara en que la facultad de determinar la admisibilidad y/o conveniencia de una oferta es una competencia que se encuentra específicamente asignada a la Comisión Evaluadora que funcione en la órbita del organismo contratante, sin mengua de las facultades decisorias de la autoridad competente para emitir el acto de conclusión del procedimiento (v. Dictamen ONC Nº 389/08).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-05245541-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de abril de 2017.

Referencias/voces: Plan QUNITA. Competencias de la ONC.

Antecedentes:

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 resolvió elevar a juicio oral la causa caratulada: "N.N. Y OTROS S/AVERIGUACION DELITO: DENUNCIANTE OCAÑA, MARIA GRACIELA" –previa emisión del auto de procesamiento, que a su vez fuera parcialmente confirmado por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal–, sobre criterios convictivos suficientemente aptos para tener por acreditado *prima facie* el injusto que, en apretada síntesis, puede resumirse como la irregular adquisición/provisión de los bienes que integraban el llamado kit "QUNITA", en violación a las previsiones de la ley, de manera cartelizada por parte de un grupo de proveedores y en presunta connivencia con diversos funcionarios, lo cual tuvo como resultado adjudicaciones direccionadas y la adquisición de bienes por los que se pagó un precio excesivo en perjuicio de la Administración Pública Nacional.

A raíz de ello, se consultó sobre diversos cursos de acción respecto de la Licitación Pública Nº 4/15 –cuyo objeto fuera la adquisición de kits para recién nacidos en el marco del Programa Nacional de Acompañamiento de la Madre y del Recién Nacido "Qunita"–, teniendo en cuenta el desarrollo de la causa penal.

Postura del Órgano Rector:

I) Este organismo no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10.

II) A su vez, corresponde puntualizar que son ajenos a la competencia de este Órgano Rector los temas técnicos, económicos y aquellos en que se evalúen razones de oportunidad, mérito o conveniencia. No resulta objeto de análisis de esta Oficina el acierto o no del llamado a licitación por el MINISTERIO DE SALUD vinculado con el plan QUNITA y si la entrega del mencionado kit era o no apropiado para lograr los objetivos propuestos por el "Programa Nacional de Acompañamiento de la Madre y del Recién Nacido".

III) Sabido es que no es ésta una instancia de revisión de los actos dictados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración

Pública Nacional. Este Órgano Rector carece de facultades para instruir al MINISTERIO DE SALUD respecto a cómo debe proceder en el marco de la licitación de marras, desde que la decisión del curso a seguir es exclusiva de la autoridad competente de la jurisdicción consultante, quien podrá ceñirse –o apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad– de las opiniones brindadas tanto por los órganos técnicos como por su servicio permanente de asesoramiento jurídico.

IV) Tampoco corresponde a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES formular opinión respecto de la decisión de iniciar o no iniciar acciones judiciales tendientes al recupero de las sumas de dinero obladas por la Administración por motivo de la Licitación Pública Nº 4/15 –frente al supuesto de que los proveedores no reintegren las sumas oportunamente percibidas como contraprestación de las entregas efectuadas–, por resultar ello ajeno a las competencias de este organismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Impugnación a dictamen de evaluación. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Alcances de las competencias de la ONC.

Solicitud de intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre la impugnación efectuada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L. al Dictamen de Evaluación Nº 24/2016, en el marco de la Licitación Pública Nº 9/2016 del registro del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 242, inciso 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/10, 589/10, 602/1, 614/10, 639/10, 92/14, 94/14, 486/14, 187/15 y 32/16, entre otros).

II) Esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros.

III) A raíz de lo expuesto no resulta difícil colegir que excede la competencia de este Órgano Rector instruir al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS sobre el criterio a

adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L., máxime si se advierte que no se ha formulado en concreto una consulta que amerite una interpretación de la normativa aplicable, por parte de este Órgano Rector, en los términos del inciso 10 del artículo 242 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

IV) La función asesora de este Órgano Rector debe circunscribirse al aspecto jurídico del tema objeto de estudio, por ser impropio opinar sobre cuestiones económicas, técnicas o de oportunidad, mérito o conveniencia, máxime cuando tanto los precios de mercado como la capacidad del oferente en cuestión han sido objeto de análisis por las oficinas técnicas con competencia específica. Dicho en otros términos, esta Oficina no se encuentra facultada por competencia y conocimiento para hacer apreciaciones de orden económico sobre los guarismos a los que se ha arribado ni sobre los procedimientos empleados a tal efecto, así como tampoco para abrir juicio sobre las cuestiones eminentemente técnicas que otorgan fundamento al proyecto de acto de conclusión del procedimiento sometido a su consideración.

V) La determinación de la conveniencia de adjudicar los diversos renglones que componen el procedimiento licitatorio de marras –a excepción de Nº 31– a la empresa CETINE S.A. resulta ser del resorte exclusivo de la autoridad con competencia para adjudicar, y por consiguiente, ajena al alcance del presente asesoramiento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares. Competencias de la ONC.

Consulta:

La GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) consultó sobre la posibilidad de que las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME's) realicen cotizaciones parciales

Opinión del Órgano Rector: En razón del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –expresamente previsto en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01– esta Oficina Nacional no posee facultades para intervenir en la tramitación de los pliegos de bases y condiciones particulares que elaboran las unidades operativas de contrataciones, así como tampoco le es dado realizar un control de legalidad genérico sobre los términos del proyecto de pliego que en esta oportunidad se somete a su consideración puesto que, de lo contrario, estaría supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico de ese organismo (v. Dictámenes ONC Nros. 942/12, 943/12, 955/12, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 25 de julio de 2017.

Referencias/voces: Impugnación a dictamen de evaluación. Competencias de la ONC.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida respecto de la interpretación que correspondía dar a los requisitos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 8º del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública Nº 30/2016 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

En particular, se formuló la consulta en el marco de la impugnación incoada por parte de la firma FLOOR CLEAN S.A. contra el Dictamen de Evaluación Nº 10/17.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de este Órgano Rector instruir al MINISTERIO DE SEGURIDAD sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial FLOOR CLEAN S.A. contra el Dictamen de Evaluación Nº 10/17. Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/10, 589/10, 602/1, 614/10, 639/10, 92/14, 94/14, 486/14, 187/15, 32/16, 36/16, entre otros).

II) En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Competencias ONC - Alcances de las opiniones del Órgano Rector.

Antecedentes:

Se sometió a consideración del Órgano Rector un proyecto de decisión administrativa mediante el cual se propiciaba ratificar un acuerdo suscripto, con fecha 11 de junio de 2018, entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A.

Opinión del Órgano Rector:

I) Si bien la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se encuentra facultada para asesorar y dictaminar en las cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas

sometan las diversas jurisdicciones y entidades a su consideración, muy distinto es el ejercicio de un control de legalidad "genérico" sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección y/o respecto de aquellas vicisitudes susceptibles de acontecer durante la ejecución contractual, todo lo cual excede el umbral de análisis del Órgano Rector. De lo contrario, estaría 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.

II) Esta Oficina Nacional no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16 e IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, entre muchos otros.

III) La valoración de la oportunidad, mérito o conveniencia tanto del acuerdo vinculado como de la suscripción de la medida en ciernes atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, resorte exclusivo de las autoridades competentes y, por ende, ajenas al marco de incumbencia de este Órgano Rector.

IV) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tiene, por regla, no polemizar ni entrar en debate con relación a las opiniones que emite en el marco de su competencia específica, máxime cuando sus dictámenes no tienen sino la fuerza persuasiva de sus argumentaciones y no traban en absoluto la decisión que sobre el problema adopten en definitiva los órganos activos de la Administración, valorando de otro modo los hechos y las normas en cuestión. Tan es así que las autoridades con competencia para decidir pueden, bajo su responsabilidad, apartarse de las recomendaciones efectuadas.

V) No existe impedimento alguno para que esas autoridades decidan de manera diversa, en ejercicio de sus atribuciones y según entiendan que deban hacerlo, justificando los fundamentos que sean tenidos en cuenta para adoptar una postura diferente a la propiciada por este Órgano Rector.

COMPETENCIAS PARA DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS

DICTAMEN ONC Nº 78/2015.

Fecha de emisión: 26 de marzo de 2015.

Referencias: Competencias para dictar actos administrativos de los procedimientos de selección. Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 modificado por el decreto 1039/2013. Aplicación del inciso h) del artículo 14. Ministerios que tengan a cargo las Fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que interprete el Decreto Nº 1039/13, en torno a la viabilidad de que el Ministro de Justicia y

Derechos Humanos proceda a equiparar la competencia del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, en materia de autorización y aprobación de gastos referidos a los procedimientos de selección para la contratación de bienes y servicios que tramita la aludida institución penitenciaria, con la del nivel Subsecretario.

En el marco de dichas actuaciones se puso de resalto que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Nº 1039/13, gran parte de las contrataciones que gestiona el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para el cumplimiento de sus funciones pasaron a requerir la intervención del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, con el consecuente incremento de los plazos que insume la tramitación, motivo por el cual se propiciaba elevar la competencia del Director Nacional de la institución penitenciaria para autorizar y aprobar dichos procedimientos de selección.

Normativa examinada:

- Artículo 1º del Decreto N° 1039/13.

- Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las competencias para la autorización y aprobación de gastos se encuentran previstas en el artículo 35 del Anexo al Decreto Nº 1344/07, modificado por el Decreto Nº 1039/13, cuya interpretación excede, en principio, el ámbito competencial de esta Oficina Nacional, por lo que en su caso correspondería solicitar la intervención de la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS.

II) De la lectura del inciso h) del artículo 14 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, conforme la nueva redacción dada por el artículo 1º del Decreto Nº 1039/13, surge expresamente la facultad de los Ministerios que tengan a su cargo las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad, de fijar las competencias para la autorización de la convocatoria y la elección del procedimiento de selección en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, dentro de los límites establecidos en los incisos a) y c) del mismo.

III) En la medida en que el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor (Cfr. Ley Nº 20.416) y que, como tal, se desenvuelve como un órgano desconcentrado en el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, esta Oficina Nacional el señor Ministro podría determinar como 'funcionario de nivel equivalente a Subsecretario' al Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, elevando el nivel que le asigna a este último funcionario el nuevo texto del artículo 14.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00073953-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias: Decreto N° 690/16. Autoridad competencia. Misma autoridad puede autorizar y adjudicar dentro de sus facultades. Avocación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación a lo establecido en el artículo 2° del Decreto N° 690 de fecha 16 de mayo de 2016 y su Anexo.

Más precisamente la FUERZA AÉREA ARGENTINA consultó: *"…si la misma autoridad competente para autorizar convocatoria y elección del procedimiento, aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple, dejar sin efecto y declarar desierto, puede aprobar procedimiento y adjudicar y declarar fracasado, si el monto de la contratación se encuentra dentro de las facultades otorgadas.".*

Normativa examinada:

- Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Decreto N° 690/16.
- Artículo 3° de la Ley N° 19.549.
- Artículo 2º del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo atinente a la consulta formulada por el organismo de origen respecto a si la autoridad competente para autorizar la convocatoria y elegir el procedimiento, aprobar los pliegos y la preselección en etapa múltiple, podría coincidir con la autoridad competente para aprobar lo actuado y adjudicar o, en su caso, declararlo desierto, fracasado o dejarlo sin efecto, a criterio de esta Oficina Nacional no habría óbice legal alguno, siempre y cuando el monto de la contratación se encuentre dentro de las facultades conferidas por la normativa vigente.

II) Tal como surge del Anexo al artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, modificado por el Decreto N° 690/16, las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) No obstante lo dicho, podría darse el supuesto en el que, por ejemplo, la autoridad que hubiere resultado competente para autorizar la convocatoria y la elección del procedimiento termine siendo, en el caso concreto, también competente para aprobarlo y

adjudicarlo, de acuerdo a los montos que finalmente resulten involucrados; o bien que el funcionario que lo hubiere autorizado revistiese mayor jerarquía que el que apruebe y adjudique. Todo ello se determinará en cada procedimiento en particular de acuerdo a lo previsto el cuadro Anexo al artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IV) En razón de que el caso sometido a consulta versa sobre la competencia del órgano en razón del grado, deberá tenerse presente, asimismo, lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 19.549 en cuanto dispone, en lo que aquí concierne, que: "*…la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario".*

V) La avocación funciona como técnica que hace también a la dinámica de toda organización administrativa, con carácter transitorio y para actuaciones determinadas y se produce cuando el órgano superior asume el ejercicio de competencia que pertenece al inferior, resultando ello procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario o bien cuando una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior. La utilización de esta técnica de distribución, transitoria o circunstancial, del ejercicio de determinadas competencias dependerá de la estimación que en cada caso efectúe la autoridad competente, atendiendo a los principios de eficacia y eficiencia que deben regir en todos los procedimientos administrativos.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02176428-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Contratación directa interadministrativa. Interpretación sobre autoridad competente para suscribir contrato. Autoridad competente para aprobar el gasto.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que determine qué autoridad era competente para suscribir un contrato interadministrativo entre la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) y LA POLICIA FEDERAL ARGENTINA (PFA), para la prestación del servicio de vigilancia, seguridad y custodia por la suma de PESOS CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO ($ 179.296.975,00.-).

Normativa examinada:

- Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Decreto Nº 1039/13.

- Decreto N° 690/16.
- Artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.
- Decreto Nº 2741/91.
- Artículo 167 de la Ley Nº 24.241.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En su redacción original, el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 regulaba las competencias para dictar los diversos actos de los procedimientos contractuales, mediante una remisión a los rangos de montos que definía el Anexo al artículo 35 del Reglamento de la Ley de Administración Financiera, aprobado por el Decreto Nº 1344/07.

II) Luego, el 31 de julio de 2013 entró en vigencia el Decreto Nº 1039/13, mediante el cual se aprobó una nueva redacción para el citado artículo 14 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública –regulándose las competencias de los diversos funcionarios mediante una escala en módulos–, al tiempo que se sustituyó el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07 –esto último, en lo que respecta a las competencias para la aprobación del gasto–.

III) Finalmente, con fecha 17 de mayo de 2016 entró en vigencia el Decreto N° 690/16, por cuyo conducto se sustituyó nuevamente la redacción del artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12-, actualizándose la cantidad de módulos asignados para la fijación de las competencias establecidas para el dictado de actos administrativos de los procedimientos de selección, con la finalidad de otorgar mayor flexibilidad y rapidez a la gestión de las contrataciones. Es dable mencionar, por otra parte, que el artículo 4º del Decreto Nº 690/16 modificó la redacción del artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07, sustituido por el Decreto N° 1.039/13, fijando también una escala en módulos para aprobar gastos.

IV) Al momento en que la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de ANSES remitió el proyecto de convenio a consideración del DEPARTAMENTO DE POLICÍA ADICIONAL de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA para su conformidad, ya se encontraban vigentes las reformas introducidas por el aludido Decreto N° 690/16. Siendo ello así, bajo la actual normativa las contrataciones encauzadas como procedimientos de “adjudicación simple”, cuyos montos superen el importe que representan SESENTA Y CINCO MIL MÓDULOS (M 65.000), deben necesariamente ser aprobadas y, en su caso, adjudicadas por el señor Jefe de Gabinete de Ministros.

V) En opinión de esta Oficina Nacional, nada obsta a que sea el Director Ejecutivo de la ANSES quien suscriba el convenio, ad referéndum de la posterior aprobación del Jefe de Gabinete de Ministros.

VI) Las competencias para la aprobación de gastos se encuentran previstas en el Anexo al inciso b) del artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1344/07 –con las modificaciones introducidas por el Decreto Nº 690/16–, cuya interpretación excede, en

principio, el ámbito competencial de esta Oficina Nacional. Sin perjuicio de ello, de la sola lectura del citado anexo se desprende que en los casos en que el gasto supere el importe que representan CIEN MIL MÓDULOS (M 100.000), serán competentes para aprobarlo el Jefe de Gabinete de Ministros para todas las jurisdicciones o máximas autoridades de los organismos descentralizados.

VII) El uso de la "o" denota una relación disyuntiva inclusiva por la cual, más allá de las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros, cuando se trata de entidades descentralizadas la máxima autoridad del ente resulta competente para aprobar el gasto en su ámbito, cualquiera sea el monto de que se trate; es decir, sin tope alguno en relación a la cuantía del contrato. Téngase presente que en el contexto de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional se entiende por entidad a toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio y por jurisdicción –en cuanto aquí interesa– los Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo Nacional (v. artículo 9 de la Ley Nº 24.156).

VIII) En suma, resultarían competentes para aprobar el gasto de la presente contratación –en forma indistinta– tanto el Jefe de Gabinete de Ministros como el Director Ejecutivo de la ANSES, en su carácter de máxima autoridad de dicho organismo descentralizado.

IX) Referirse a la Administración descentralizada es aludir a un complejo abanico de entes que adoptan las más variadas formas jurídicas, no obstante lo cual, es posible afirmar –en apretada síntesis– que la descentralización administrativa es un principio de organización por el cual se transfieren, con carácter permanente, competencias decisorias de la Administración Central hacia organismos con personalidad jurídica y patrimonio propios, que gozan de cierto grado de iniciativa, libertad de acción y poderes de resolución sobre determinadas incumbencias. En el caso de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se trata de la entidad que tiene a su cargo la administración de las prestaciones y los servicios nacionales de la seguridad social en la República Argentina.

X) Ninguna duda cabe en cuanto a que la ANSES se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1023/01, el cual fue dictado en ejercicio de facultades delegadas al PODER EJECUTIVO NACIONAL por la Ley Nº25.414. Así lo ha considerado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en Dictámenes 244:506, entre otros. De ello es posible inferir que, siendo el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 –norma cuyo *status* jurídico es equiparable a una ley en sentido formal– quien ubica en su ámbito de aplicación a la ANSES, no es posible eximir a dicha entidad del cumplimiento de lo establecido en las normas que lo reglamentan, máxime cuando no se advierte –en opinión de esta Oficina Nacional– un cercenamiento de las competencias que dicho ente posee por ley.

XI) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas reseñadas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que: a) Dado el importe de la contratación interadministrativa que se propicia celebrar, resulta competente para suscribir el convenio el señor Jefe de Gabinete de Ministros; b) La determinación de la competencia para aprobar el gasto de la presente contratación excede el ámbito competencial de este Órgano Rector, sin perjuicio de lo cual una interpretación literal de la normativa aplicable permite colegir que se trata de una facultad que podría recaer, indistintamente, tanto en el Jefe de Gabinete de

Ministros como en el Director Ejecutivo de la ANSES, en su carácter de máxima autoridad de dicho ente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00165948-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de enero de 2017.

Referencias/voces: Prohibición de desdoblamiento. Autoridad competente.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el fin de que se pronuncie en torno a si se había configurado una situación de desdoblamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

De la compulsa de los actuados surgía que con fecha 1º de agosto de 2016 se emitió la Resolución de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL Nº 1048, por medio de la cual se autorizó a efectuar el llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional para la adquisición de frazadas ignífugas, destinadas a cubrir las necesidades de Unidades Penitenciarias con asiento en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, GRAN BUENOS AIRES e interior del país.

Dicho llamado, correspondiente a la Licitación Pública Nº 24/2016, había comenzado a difundirse el día 24 de agosto de 2016.

A su vez, a raíz de la oportuna intervención de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL quedó evidenciado que con anterioridad –más precisamente el día 6 de julio de 2016– había sido autorizado por el Director Nacional de ese organismo un llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional con el objeto de adquirir sábanas ignífugas destinadas a cubrir las necesidades de los distintos establecimientos dependientes de esa Institución.

El costo de la adquisición de frazadas ignífugas se estimó en la suma de PESOS OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($ 8.268.750,00.-), mientras que el gasto presunto por la provisión de sábanas ignífugas ascendía a la suma de PESOS DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL ($ 10.485.000,00), siendo el total resultante de la adición de ambas convocatorias de PESOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($ 18.753.750,00.-).

Normativa examinada:

- Artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 14, 37 y 46 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Al dictarse las Resoluciones SPF Nros. 942/16 y 1048/16 se encontraba vigente el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 690/16, norma que establecía –en sentido análogo a la regulación actualmente vigente– un tope de hasta QUINCE MIL MÓDULOS (15.000 M) para que un Director Nacional pueda válidamente autorizar una convocatoria a licitación pública y aprobar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

II) Tal como fue establecido en el Anexo al artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, modificado por el Decreto N° 690/16, las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones fueron establecidas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) Así, tomando en consideración que el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 fijó el valor del módulo (M) en PESOS UN MIL ($ 1.000,00.-), no parece dudoso colegir que una licitación pública cuyo monto estimado superaba los $ 15.000.000,00 no podía ser autorizada por el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en razón de carecer de competencia para ello. De ahí que asista razón a la DIVISIÓN ASUNTOS PATRIMONIALES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL al opinar, en su parte pertinente, que: *"…tomando como referencia las estimaciones de gastos efectuadas en ambas convocatorias, la suma de ambas arroja el monto de $ 18.753.750, con lo cual, para el caso que se considere que los bienes solicitados en ambos trámites pertenecen a un mismo grupo, la autoridad competente para autorizar la convocatoria habría sido el señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios.".*

IV) A juzgar por los elementos de convicción obrantes en estas actuaciones puede concluirse que se ha configurado el desdoblamiento prohibido por el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A su vez, es posible corroborar, con meridiana claridad, que el fraccionamiento instrumentado ha tenido por consecuencia práctica la elusión de los controles y formalidades que presupone la intervención de una autoridad administrativa de rango superior, lo que constituye una de las principales razones que justifican la prohibición de esta clase de segmentaciones, aun en supuestos como el de marras en que se trata de DOS (2) licitaciones públicas.

V) En la medida en que a criterio de esta Oficina Nacional las Resoluciones SPF Nros. 942/16 y 1048/16 adolecen del vicio de incompetencia en razón del grado, resultaría viable –en virtud de los principios generales de saneamiento y eficiencia– que la autoridad competente proceda a su ratificación, de estimarlo oportuno. Esto último, sin perjuicio del deslinde de responsabilidad que pudiere corresponder, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06756698-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Prohibición de desdoblamiento. Autoridad competente.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención con el fin de que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (prohibición de desdoblamiento).

Más precisamente, la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL requirió la opinión del Órgano Rector: *"…en cuanto a la interpretación del Ministerio en relación a que la realización de procedimientos de selección por producto, independientes entre sí, NO CONFIGURA el desdoblamiento prohibido por la normativa mencionada en el presente informe, siempre y cuando no se sucedan procesos de selección dentro de un lapso de TRES (3) meses contados a partir del primer día de una convocatoria o varias convocatorias para adquirir los mismos productos.".*

Normativa examinada:

- Artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 8 y 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Surge, con meridiana claridad, la importancia que reviste el Plan Anual de Contrataciones (PAC), como punto de partida de la transparencia en las contrataciones públicas. En efecto, las diversas jurisdicciones y entidades están obligadas a planificar sus adquisiciones mediante la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, a los fines de dotar de mayor previsibilidad y eficiencia a las unidades operativas de contrataciones (UOC's) y evitar situaciones de fraccionamiento prohibidas.

II) Está vedado el fraccionamiento de las contrataciones cuando a través de dicha maniobra se pretenda eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista o bien evitar la intervención de alguna autoridad administrativa. La mentada prohibición de desdoblamiento no es absoluta ni se limita a satisfacer un principio teórico, sino que persigue una doble finalidad práctica: Por un lado se procura evitar que los organismos contratantes fraccionen contrataciones con el objetivo de eludir las exigencias formales de determinados procedimientos de selección (tales como montos máximos establecidos para cada tipo de contratación, requisitos de publicidad y difusión, régimen de precio testigo, etc.), pero a su vez, no menos importante es recordar que el aludido precepto normativo procura impedir que mediante el desdoblamiento del objeto contractual se vulneren las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos." (v. IF-2017-00165948-APN-ONC#MM, de fecha 4 de enero de 2017).

III) El criterio seguido en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para determinar si se configuraba o no la presunción de desdoblamiento prohibido era la afinidad de los renglones, lo cual implica una diferencia remarcable en comparación con el nuevo régimen, dado que el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 es más estricto al exigir que se trate de: *"…los mismos bienes o servicios".*

IV) A la luz de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, se presumirá que se ha incurrido en un desdoblamiento prohibido cuando se corroboren conjuntamente los siguientes extremos: 1. Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria se realice otra o varias convocatorias; 2. Tales llamados tengan por fin la adquisición de los mismos bienes y/o la contratación de los mismos servicios. 3. No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

V) Asiste razón al organismo de origen al interpretar que, para que se configure una transgresión a la prohibición en cuestión, es menester –como condición sine que non– que se trate de: *"…los mismos bienes o servicios"*, fijando de este modo un criterio más estricto que el anteriormente previsto en el reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cuyo artículo 37 tomaba como parámetro, a tal fin, la afinidad de los renglones.

VI) Los principales fines que se persiguen con la prohibición de desdoblamiento siguen siendo, en lo esencial, evitar que se eluda la aplicación de los montos máximos fijados por la normativa aplicable para encuadrar los procedimientos de selección (es decir, impedir el encuadre en procedimientos menos gravosos en cuanto a pautas de publicidad y difusión, etc. que el que correspondería de no existir fraccionamiento alguno); evitar que se vulneren las normas sobre competencias para autorizar o aprobar tales procedimientos (se busca impedir que se sortee la intervención de un funcionario de mayor jerarquía administrativa y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma), así como también evitar que se eluda el sistema de control de precios testigo instaurado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

VII) A partir de la entrada en vigencia de la nueva reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional se modificaron los requisitos para que se configure la presunción de desdoblamiento prohibido. La norma actual prohíbe –en principio– la tramitación de dos o más procedimientos, convocados dentro de un lapso de TRES (3) meses, a partir del primer día de la convocatoria del primero de ellos, tendientes a contratar los mismos bienes o servicios, a diferencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 que se refería a bienes o servicios pertenecientes a renglones afines. Si no se trata de los mismos bienes y/o los mismos servicios no habría desdoblamiento, según la normativa vigente.

VIII) Tanto la norma anterior como la actual coinciden en haber previsto una presunción *"iuris tantum"* que, como tal, admite prueba en contrario. Es decir, no habría desdoblamiento prohibido en caso de existir razones atendibles que justifiquen la sustanciación de dos o más procedimientos de selección, en un lapso de tres meses, con el objeto de adquirir los mismos bien o contratar los mismos servicios. En tales casos, el organismo contratante deberá documentar, en forma previa y adecuada, la existencia de razones que justifiquen tal fraccionamiento.

IX) En relación a esto último, merece consignarse que de la nota de consulta se desprende la existencia de una justificación al respecto brindada por la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, atendiendo a los principios de eficacia y eficiencia que deben regir en las contrataciones públicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Acuerdos Marco. Competencias para emitir y para autorizar órdenes de compra.

Alcance de la intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de dilucidar cuál es, o bien cómo se determina en cada caso, la autoridad competente para suscribir órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco".

A su vez se consultó si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16, resulta necesario el dictado de un acto administrativo o si, por el contrario, es suficiente la emisión de la orden de compra respectiva.

Normativa examinada:

- Artículos 9º, 25 inciso f) y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 34 y 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el cuadro anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 se detallan las competencias de los funcionarios según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

II) Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) Se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; Director Simple o funcionario

de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente, Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

IV) En lo que respecta puntualmente a la orden de compra –entendida como el acto que, una vez notificado perfecciona el acuerdo de voluntades dando lugar al contrato–, la normativa vigente prevé que deberá ser "emitida" por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) y "autorizada" por el funcionario competente que hubiere aprobado el procedimiento de selección de que se trate o por aquél en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad. En efecto, la reglamentación aplicable diferencia la facultad de emitir la orden de compra, de la competencia para autorizarla; distinción que –a criterio de esta Oficina Nacional– debe ser interpretada con el siguiente alcance: "emitir" es asimilable a la actividad operativa –usualmente a través de medios electrónicos– de generación del documento "orden de compra" por parte de la UOC mediante la utilización de un determinado sistema (v.g. SLU, COMPR.AR, etc.), mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad.

V) En materia de asignación de competencias, el previamente transcripto artículo 9 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que en los procedimientos de selección que se realicen por la modalidad acuerdo marco, el titular de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES será competente –entre otras cuestiones– para autorizar la convocatoria, elegir el procedimiento de selección y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares; mientras que quedan reservadas al señor Ministro de Modernización las competencias para aprobar el procedimiento y adjudicar o, en su caso, declarar fracasado el llamado.

VI) Así las cosas, el primer interrogante planteado gira en torno a cómo determinar en cada caso, la autoridad competente para autorizar órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco". Al respecto, artículo 128 del Manual de Procedimiento habla de autoridad competente para "emitir" la orden de compra, remitiendo –a renglón seguido– a la escala prevista para aprobar procedimientos y adjudicar, en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

VII) Sin embargo, una lectura atenta de los Considerandos de la Disposición ONC Nº 47/17 –a través de la cual se introdujeron modificaciones en el Manual de Procedimiento en relación a este tema, que culminaron con la redacción actual del mentado artículo 128– permite advertir que allí se menciona la necesidad de determinar las competencias para suscribir las órdenes de compra. Más precisamente, el décimo Considerando reza: *"…asimismo resulta necesario dejar expresamente sentado* (…) *cuál es la autoridad competente para suscribir la orden de compra en los procedimientos de selección que se lleven a cabo utilizando esta modalidad…"*.

VIII) Una razonable exégesis de las normas en juego permite colegir, tal como se indicara más arriba, que la emisión de la orden de compra se vincula con la tarea operativa de creación

o generación del documento por parte de la UOC, mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma o suscripción por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad. Desde esa óptica, cuando una jurisdicción o entidad contrata a través de un acuerdo marco, debe interpretarse que la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario sin esta particular modalidad, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad.

IX) Resulta oportuno aclarar, entonces, que en estos casos no interviene el Ministro de Modernización, salvo cuando así corresponda en razón de adquisiciones llevadas a cabo por la propia cartera ministerial a su cargo. Va de suyo que concluir lo contrario implicaría un dispendio administrativo irrazonable, en franca contradicción con los objetivos que se persiguen mediante el uso de esta modalidad contractual, en tanto la riqueza del mecanismo del acuerdo marco son las compras ágiles.

X) En sentido concordante, esta Oficina Nacional ha sostenido que la autoridad que en el procedimiento llevado a cabo bajo la modalidad Acuerdo Marco hubiere suscripto la orden de compra será la autoridad competente para rescindir la misma (v. IF-2017-29520504-APN-ONC#MM).

XI) Finalmente, en cuanto a la segunda consulta, si bien el artículo 128 del Manual de Procedimiento, modificado por la Disposición ONC Nº 47/17, exige la fundamentación de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio–, de ello no se desprende que dicha fundamentación deba necesariamente tener lugar a través del dictado de un acto administrativo. Por el contrario, en opinión de esta Oficina Nacional resulta suficiente la emisión de un informe, en tanto sea preciso, razonable y no adolezca de arbitrariedad aparente.

XII) Nada obsta a la emisión de un acto administrativo, más no se trata de un requisito impuesto por la normativa vigente, resultando suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección y, por supuesto, de la orden de compra respectiva.

XIII) En las contrataciones bajo la modalidad "Acuerdo Marco", la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad, sin que para ello deba tomar intervención el Ministro de Modernización.

XIV) De acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16 y modificado por su similar Nº 47/17, no resulta necesario el dictado de un acto administrativo, siendo suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional

pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio– y, por supuesto, la suscripción de la orden de compra respectiva por la autoridad competente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03147498-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2018.

Referencias/voces: Autoridad competente para emitir el acto administrativo de adjudicación.

Antecedentes.

A través del Expediente N° EX-2017-11022230-APN-DC#ME de la SECRETARÍA DE DEPORTES (en ese entonces dependiente del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN) tramitó un licitación que tenía por objeto la adquisición de materiales deportivos. El llamado a licitación fue suscripto por el entonces Ministro de Educación, y el monto estimado de la contratación ascendió a $ 57.617.040.

Con la sanción del Decreto N° 678/17 la ex SECRETARÍA DE DEPORTES pasó a depender de la SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

En tal sentido, se consultó cuál sería la autoridad competente para emitir el acto administrativo de adjudicación.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de dilucidar la autoridad competente para emitir el acto administrativo de adjudicación.

Normativa examinada:

- Artículo 9º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el cuadro anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 se detallan las competencias según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

II) Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado). De tal modo, se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones;

Director Simple o funcionario de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente, Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

III) Así, por medio de dicha norma se facilita a los funcionarios de rangos inferiores la realización de contrataciones, descentralizando la toma de decisiones y contribuyendo a una mejor política de compras y contrataciones del ESTADO NACIONAL, la que permitirá que los distintos organismos estatales puedan cumplir con mayor celeridad y eficacia sus objetivos en aras del bienestar general.

IV) En lo atinente a la consulta formulada por el organismo de origen respecto a la autoridad competente para adjudicar si lo que se propicia es adjudicar una Licitación Pública por $ 38.785.416,07, conforme lo establecido en el Anexo al artículo 9º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 resulta competente para ello el Secretario de Deportes, sin perjuicio de que oportunamente el procedimiento licitatorio haya sido autorizado por el Ministro de Educación, cuando la citada Secretaría aún integraba esa cartera ministerial.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-11055980-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 14 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Consulta sobre autoridad competente – Competencia para aprobar el procedimiento y adjudicar. Avocación.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto a: *"…si corresponde que la autoridad competente sea el Sr. Secretario de Justicia, en virtud al artículo 35, inciso c) del Régimen aprobado por el Decreto Nº 1344/07, sustituido por el artículo 4 del Decreto 690/16 o debe ser el Sr. Subsecretario de Justicia en virtud al artículo 14 del Decreto Nº 893/12, sustituido por el artículo 2º del Decreto Nº 690/16.".*

Normativa examinada:

- Artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Decreto Nº 1039/13.
- Decreto N° 690/16.
- Artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1344/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de este Órgano Rector pronunciarse sobre las competencias para autorizar gastos, ordenar pagos y efectuar desembolsos reguladas en el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1344/07 y en su anexo, extremos respecto de los cuales se sugiere dar intervención a la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE HACIENDA.

II) Por el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se estableció la competencia de las autoridades para el dictado de los actos administrativos de los procedimientos de selección. En su redacción original dicha norma regulaba las competencias para dictar los diversos actos, mediante una remisión a los rangos de montos que definía el Anexo al artículo 35 del Reglamento de la Ley de Administración Financiera, aprobado por el Decreto Nº 1344/07.

III) Posteriormente, el 31 de julio de 2013 entró en vigencia el Decreto Nº 1039/13, mediante el cual se aprobó una nueva redacción para el citado artículo 14 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública –regulándose las competencias de los diversos funcionarios mediante una escala en módulos–, al tiempo que se sustituyó el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07 –esto último, en lo que respecta a las competencias para la aprobación del gasto–.

IV) Así fue como se introdujo como unidad de referencia el valor "módulo" para determinar las autoridades con facultades tanto para autorizar y aprobar procedimientos, como para aprobar gastos, ordenar pagos y efectuar desembolsos. El valor del módulo para los procedimientos de selección se encontraba fijado en la suma de PESOS UN MIL ($ 1.000.-), según lo dispuesto por el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y sus modificatorios, mientras que para aprobar gastos se fijó el mismo valor (v. artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1.344/07, sustituido por el Decreto Nº 1.039/13).

V) Con fecha 16 de mayo de 2016 se dictó el Decreto N° 690 mediante el cual, entre otras cuestiones, se derogó el Decreto Nº 1039/13 y se sustituyó nuevamente el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, actualizándose la cantidad de módulos asignados para la fijación de las competencias establecidas para el dictado de actos administrativos de los procedimientos de selección, con la finalidad de otorgar mayor flexibilidad y rapidez a la gestión de las contrataciones, coadyuvando con ello a un uso inteligente de los recursos públicos.

VI) En el cuadro anexo al artículo 14 se detallaron las competencias según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se tratara de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse, pero sin establecer distinción alguna en función de la partida presupuestaria a la que se impute el gasto emergente de la contratación. Es decir, las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones quedaron –desde entonces– determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (licitación y concurso público o privado/subasta pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las

diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

VII) De tal modo, se detallan como autoridades competentes según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; Director Simple o funcionario de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente, Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

VIII) Por otra parte, mediante los artículos Nros. 4º y 5º del Decreto N° 690/16 se sustituyó el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07, junto con la planilla anexa, estableciéndose también una escala en módulos para aprobar gastos.

IX) Finalmente, por conducto del Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016 – publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 16 de septiembre de 2016–, se aprobó el "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" actualmente vigente, siendo derogados los Decretos Nros. 893 de fecha 7 de junio de 2012 y sus modificatorios.

X) Considerando que la Licitación Pública Nº 19/15 fue autorizada mediante Resolución de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL Nº 923, de fecha 5 de julio de 2016, cabe colegir que la misma se rige por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo al Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 690/16. Siendo ello así, en la medida en que el total general de la adjudicación propiciada asciende a la suma global de PESOS SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS ($ 7.374.696,00), esta Oficina Nacional entiende que el señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS resulta competente para aprobar el procedimiento y adjudicar, a la luz de lo establecido en el anexo al artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, con las modificaciones introducidas por el Decreto Nº 690/16.

XI) Nada obsta a que el acto en ciernes sea suscripto por el señor Secretario de Justicia del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS mediante avocación, entendida esta última como: *"…técnica que hace también a la dinámica de toda organización administrativa, con carácter transitorio y para actuaciones determinadas y se produce cuando el órgano superior asume el ejercicio de competencia que pertenece al inferior, resultando ello procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario o bien cuando una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior…"* (v. Dictamen ONC Nº IF-2016-00073953-APN-ONC#MM).

XII) La utilización de esta técnica de distribución transitoria del ejercicio de determinadas competencias dependerá de la estimación que en cada caso efectúe la autoridad competente,

atendiendo a los principios de eficacia y eficiencia que deben regir en todos los procedimientos administrativos.

COMPR.AR (Sistema Electrónico de Contrataciones).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de febrero de 2018.

Referencias/voces: COMPR.AR – Administrador legitimado – Confirmación de ofertas – Apoderados.

Normativa examinada:

- Disposición ONC 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

II) COMPR.AR permite la configuración de usuarios a los proveedores, a quienes se les reconoce funcionalidades diversas, sin embargo, el ADMINISTRADOR LEGITIMADO es el único usuario facultado para realizar ofertas en nombre del proveedor mediante el sistema electrónico de contrataciones.

III) En términos operativos, el sistema "COMPR.AR" no permite que las ofertas sean confirmadas por más de un administrador legitimado. Es decir, si bien en la actualidad pueden coexistir dos o más administradores legitimados, a los efectos de la confirmación de la oferta el sistema no admite la firma conjunta, sino que sólo uno de ellos podrá efectivamente ejecutar dicha acción.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-17683087-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de abril de 2018.

Referencias/voces: Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" - Admisibilidad de ofertas – Concurso Público de Etapa Múltiple – Comisión Evaluadora.

Antecedentes:

En el marco del Concurso Público de etapa múltiple Nº 466-0002-CPU17 sustanciado a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" las firmas FINCA DON CARLOS S.R.L. y GASTRONORM S.A. presentaron sus ofertas económicas conjuntamente con las

propuestas técnicas, razón por la cual el organismo girante consultó respecto de la validez de las mismas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que se expida respecto de la validez de las ofertas presentadas en el marco del Concurso Público de etapa múltiple Nº 466-0002-CPU17, en atención a que las propuestas económicas de varios oferentes fueron presentadas conjuntamente con las ofertas técnicas.

Normativa examinada:

- Artículos 25 y 26 inciso a) apartado 2º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 32 y 66 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como anexo a la Disposición ONC N°62/16.
- Artículo 2º del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados. La facultad de determinar la admisibilidad de un oferente es una función que está específicamente asignada a la Comisión Evaluadora (v. Dictámenes ONC Nº 389/2008 y 36/2016).

II) En las licitaciones o concursos de etapa múltiple la presentación de las propuestas técnicas y de las ofertas económicas debe hacerse en forma simultánea pero –bajo la lógica de los procedimientos sustanciados en soporte papel– en distintos sobres, cajas o paquetes perfectamente cerrados.

III) En los procedimientos sustanciados en soporte papel se prevé: a) la celebración del acto de apertura de las propuestas técnicas, luego del cual los oferentes pueden tomar vista de las mismas y efectuar las observaciones que consideren pertinentes, las que eventualmente podrán ser contestadas por los oferentes observados; b) la Comisión Evaluadora analizará los aspectos de las propuestas técnicas presentadas y emitirá el dictamen de preselección. En caso de haberse presentado observaciones emitirá, en dicho dictamen, su opinión fundada sobre las mismas; c) Los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección dentro del plazo establecido y previa integración de la garantía correspondiente. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección, que deberá ser notificado por la Unidad Operativa de Contrataciones a todos los oferentes; d) Apertura de las ofertas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados, estableciéndose que dicho acto deberá ser realizado dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de preselección y aclarándose expresamente –también bajo la lógica de los procedimientos sustanciados en soporte papel– que en ese acto se devolverán cerrados los sobres, cajas o paquetes que contengan las ofertas económicas de los oferentes no

preseleccionados; e) Finalmente, la Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito y emitirá un dictamen, el que será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección.

IV) Sólo después de que la autoridad competente haya aprobado la respectiva preselección y que hayan sido resueltas las eventuales impugnaciones que se hubieren planteado, se podrá proceder a la apertura en acto público de las ofertas económicas (sobres "B") de quienes hubieren sido preseleccionados –únicamente de los oferentes preseleccionados– (v. Dictamen ONC Nº 187/2015).

V) Toca ahora abordar lo atinente a las contrataciones electrónicas, comenzando por señalar que el artículo 32 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece, en su parte pertinente, que esta Oficina Nacional habilitará los medios para efectuar en forma electrónica los procedimientos prescriptos en dicho Reglamento y dictará los manuales de procedimiento en los que se podrán estipular condiciones específicas que se aparten de lo dispuesto en el mismo. Con sustento en ello, mediante la Disposición ONC Nº 65/16 (DI-2016-65-E-APN-ONC#MM), se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, según un cronograma de implementación gradual.

VI) El artículo 2º del Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16 –denominado "Manual de Procedimiento del COMPR.AR"– aclara expresamente que a partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.

VII) La tramitación de los procedimientos bajo la clase "etapa múltiple" contempla la presentación de la oferta técnica en un sobre distinto al de la oferta económica, señalándose expresamente que el sobre conteniendo las propuestas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados, se abrirá en acto público que deberá efectuarse dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de preselección. Ahora bien, atendiendo a que el procedimiento de marras fue llevado a cabo a través del sistema COMPR.AR deviene oportuno aclarar que –en lugar de presentarse cada una en un sobre diferente– la oferta técnica debe ser cargada en una "solapa" diferente a la que corresponde a la oferta económica.

VIII) Bajo la lógica del sistema electrónico, los "sobres" a los que hace alusión el artículo 62 y concordantes del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16 se traducen –virtualmente– en "solapas" del COMPR.AR. De tal modo, para ofertar en procedimientos de etapa múltiple tramitados a través del COMPR.AR, el proveedor debe –en cuanto aquí interesa– ingresar la propuesta técnica y la oferta económica en solapas diferenciadas. Precisamente, la correcta carga de la documentación permitirá que la información se corresponda con cada apertura. Para ello, los interesados deben seguir los pasos explicados en el instructivo de oferta para etapa múltiple disponible online en: https://comprar.gob.ar/Repositorio/Manuales/v50452451/ManualOfertaEtapaM%C3%BAltiple.pdf.

IX) A saber: Paso 1. Una vez que el proveedor ingresa a ofertar con la acción correspondiente, visualiza la información básica del proceso de compra. Los pasos a completar aparecen divididos en solapas que se habilitan a medida que se ingresa la información necesaria. En la primera solapa se ingresa el nombre de la oferta y la descripción y presionando el botón "Siguiente Paso" se habilita el Paso 2; Paso 2. "Completar oferta económica y Anexar Documentación Etapa 2": El proveedor visualiza la grilla compuesta de los renglones a ofertar. Cada renglón tiene la acción que permite ingresar las especificaciones del proveedor, la cantidad a ofertar y el precio unitario final. El proveedor debe cargar –exclusivamente en esta solapa– los documentos que contengan o sugieran información sobre los precios de la oferta, otros aspectos económicos de la misma y toda documentación requerida para la segunda etapa (equivalente al segundo sobre en papel); Paso 3. "Ingresar requisitos mínimos Etapa 1": Si en el pliego se solicitó presentar documentación para la Primera Etapa, el proveedor deberá anexar electrónicamente el documento en este Paso 3. A todo evento, en el instructivo objeto de comentario se aclara que aquellos requisitos particulares que la repartición solicite para la segunda etapa no deben ser anexados en esta solapa sino y exclusivamente en la correspondiente al Paso 2; Paso 4: Ingreso de garantías; Paso 5: Confirmación de la oferta. Dentro del Paso 5 el proveedor puede visualizar el resumen de su oferta, con todos los datos y documentos cargados. Una vez verificado todos los campos, el proveedor puede guardar la oferta o proceder a confirmarla. Solamente las ofertas confirmadas serán recibidas por el organismo contratante en la fecha y hora establecidas para la primera apertura.

X) Pues bien, no obstante lo indicado tanto en la normativa como en el instructivo disponible en el sitio de internet del sistema electrónico COMPR.AR, determinados oferentes adjuntaron documentos relacionados con el precio de la oferta en la solapa correspondiente a la propuesta técnica (es decir en el Paso N° 3). Siendo ello así, puede afirmarse sin hesitación que la apertura de ambas propuestas en forma conjunta se contrapone en un todo con las previsiones de la normativa vigente para los procedimientos sustanciados bajo la clase "etapa múltiple".

XI) Tal como establece el artículo 26 del Decreto Delegado N° 1023/01, la etapa múltiple presupone –para su razonable aplicación– características específicas de la prestación, tales como el alto grado de complejidad del objeto o la extensión del término del contrato, por lo que para una correcta y objetiva evaluación de la oferta técnica el régimen normativo prevé que ésta se lleve a cabo en forma autónoma e independiente de la oferta económica. De este modo, al decir de autorizada doctrina, *"…se evita que empresas sin capacidad técnica o financiera suficiente compliquen la licitación con precios irrealmente bajos, que no darán sino dificultades en la ejecución*" (v. GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 518. Disponible online desde el sitio: https://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf).

XII) Si la autoridad competente del organismo contratante dispuso que el concurso público para la contratación de un servicio de almuerzo para los agentes pertenecientes a la AGENCIA NACIONAL DE MATERIALES CONTROLADOS (ANMAC) se lleve a cabo bajo la clase "etapa múltiple", ha sido porque oportunamente entendió que en atención a características específicas de la prestación, la oferta técnica debía ser analizada por la Comisión Evaluadora en una etapa diferente a la de oferta económica. Por tal razón, el error en el que incurrieran las firmas FINCA DON CARLOS S.R.L. y GASTRONORM S.A. constituye, en opinión de esta Oficina

Nacional, un error esencial en los términos establecidos en el inciso j) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, el cual reza: *"CAUSALES DE DESESTIMACIÓN NO SUBSANABLES. Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos* (…) *j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales.".*

XIII) Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Venta de inmueble en el exterior – Excepción al Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – Procedimientos en el exterior.

Consulta:

A los fines de sustanciar el procedimiento para la venta del inmueble ubicado en 2136 calle R Noroeste, Kalorama, Washington, Distrito de Columbia, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, conforme fuera autorizada por el artículo 1° del Decreto N° 1064/16, se solicitó a la ONC exima a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO:

1) *"…de requerir las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato en la forma establecida en la normativa aplicable, y autorizar la implementación de la forma de las garantías aplicables conforme la normativa, los usos y costumbres del Distrito de Columbia…".*

2) *"…de la utilización del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).".*

Normativa examinada:

- Artículo 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 3º, incisos c) y f) del Decreto Nº 1030/16
- Artículos 32 y 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 65/16.
- Artículos 1º y 8º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431.
- Artículos 17 y 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15.
- Decreto Nº 1064/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En materia de contratación de bienes y servicios – la Administración Pública Nacional se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, reglamentado por el Decreto Nº 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.

II) Teniendo en consideración que en este caso se propicia la venta de un inmueble propiedad del Estado Nacional, ubicado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan encuadrar dicha operación en alguno de los supuestos de exclusión del artículo 5º, puede concluirse que se trata de una contratación comprendida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El portal "COMPR.AR" es el sistema electrónico de gestión de las compras y contrataciones de la Administración Pública Nacional, plataforma que permite a los organismos tramitar y difundir sus procesos de compra y a los proveedores presentar sus ofertas de forma ágil, transparente y segura. Conforme lo establece la aludida Disposición ONC Nº 65/16, las diversas jurisdicciones y entidades deberán utilizar el Sistema Electrónico "COMPR.AR" en forma obligatoria a partir de las fechas previstas en el correspondiente cronograma de implementación.

IV) Dada la plataforma fáctica traída a estudio, los dos aspectos centrales a tener en cuenta a la hora de evaluar el ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 1030/16 son los siguientes: se propicia la venta de un inmueble que el Estado Argentino titulariza en el exterior –más precisamente, en R Street Numero 2136 Northwest, Kalorama, Washington DC, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América– y, para ello, el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizó a la AABE a tramitar dicha enajenación, en tanto Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional, aclarándose en el artículo 4º del Decreto Nº 1.064/16 que la citada Agencia podrá requerir al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO la realización de aquellos trámites necesarios y conducentes para una mejor y más eficiente gestión.

V) Consecuentemente, no es posible soslayar que el artículo 3º del Decreto Nº 1030/16 dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación –en cuanto aquí interesa– las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior (inciso c, *in fine*), así como también los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AABE en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1.382 de fecha 9 de agosto de 2012 y sus modificaciones (inciso f).

VI) En lo que concierne a los denominados "procedimientos en el exterior", otrora reglamentados en el Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01* (…) *a efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE*

CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, teniendo asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01." (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03063907-APN-ONC#MM e IF-2016-03037750-APN-ONC#MM).

VII) El inmueble cuya venta se persigue en esta oportunidad se encuentra localizado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, no obstante lo cual, corresponde poner de relieve que las contrataciones que la normativa vigente excluye de la aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional son puntualmente aquellas tramitadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, no quedando suficientemente claro si se configura o no dicho extremo en el presente caso.

VIII) En efecto, a partir de la compulsa del EX-2016-01415865--APN-DMEYD#AABE se advierte la existencia de un convenio de colaboración (CONVE-2017-03944544-APN-SSCYCI#MRE), suscripto con fecha 17 de marzo de 2017 entre la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO y el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en virtud del cual la AABE podrá encomendar a la aludida cartera ministerial la realización, por sí, a través de las diferentes Representaciones Diplomáticas y Consulares Argentinas y/o a través de la contratación de terceros (v.g. asistencia de un corredor inmobiliario), de aquellas gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación –entre otros– del inmueble en cuestión (tales como asesoramiento técnico y jurídico, gestiones de publicidad y difusión de la venta, etc.). De tal modo, no sólo se prevé la realización de gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación de la propiedad por parte del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO y de la Embajada de la República Argentina en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sino también la contratación por parte de esta última de un bróker del Distrito de Columbia (Washington Fine Properties LLC) para el desarrollo de la gestión de la venta del mentado inmueble.

IX) A su vez, se dejó expresamente aclarado en dicho convenio que el dictado de los actos administrativos relativos al procedimiento de venta, la confección del pliego, la aprobación de la operación de venta y la suscripción de la documentación correspondiente estará a cargo de los funcionarios competentes de la AABE, con asiento en la República Argentina.

X) Como puede apreciarse, el tema presenta aristas particulares que hacen que el encuadre de la operación inmobiliaria de que se trata en la causal de exclusión contemplada en el artículo 3º, inciso c) *in fine* del Decreto Nº 1030/16 no surja en forma diáfana, desde que dicha norma presupone que es una unidad operativa de contrataciones radicada en el exterior la que sustancia el procedimiento, extremo que –a priori– no se condice exactamente con lo descripto previamente.

XI) Por conducto del artículo 1º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431, se creó la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO, erigiéndola como Órgano Rector centralizador de toda la actividad de administración de bienes muebles e

inmuebles del Estado Nacional, ejerciendo en forma exclusiva la administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional, cuando no corresponda a otros organismos estatales. Tan es así que la mencionada Agencia tiene, entre sus objetivos asignados por el Decreto Nº 1.382/12, la ejecución de las políticas, normas y procedimientos que rigen la disposición y administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional en uso, concesionados y desafectados, la gestión de la información del REGISTRO NACIONAL DE BIENES INMUEBLES DEL ESTADO, su evaluación y contralor, la fiscalización permanente de la actividad inmobiliaria estatal y la intervención en toda operación inmobiliaria de la totalidad de las Jurisdicciones y Entidades que conforman el Sector Público Nacional.

XII) Puntualmente, la norma de creación establece que compete a la AABE, entre otras funciones, la de disponer, previa autorización pertinente conforme la normativa vigente, de los bienes inmuebles que integran el patrimonio del Estado Nacional, encontrándose facultada para celebrar todo tipo de contrato que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto con personas humanas y/o jurídicas (v. incisos 3º, 7º y 10 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12).

XIII) En concordancia con ello, el artículo 17 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 –reglamentario del Decreto Nº 1.382/12–, establece que todo acto de disposición de inmuebles de propiedad del ESTADO NACIONAL, cualquiera sea su jurisdicción de origen, será centralizado por AABE, extremo que guarda sintonía con el artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, en tanto este último precepto estipula que la venta de bienes inmuebles propiedad del ESTADO NACIONAL será centralizada por dicha Agencia.

XIV) Finalmente, el artículo 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 dispone que el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizará en forma previa a la AABE para disponer y enajenar bienes inmuebles, conforme lo previsto en los incisos 3 y 7 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12 y sus modificatorios. Con sustento en tales normas y atento a la calidad de Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional –de hecho, en la actualidad centraliza toda la actividad de administración tanto de bienes muebles como inmuebles del Estado nacional–, se autorizó a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO a disponer y/o enajenar diversos inmuebles, algunos de ellos situados en el extranjero, como el que nos ocupa (v. artículo 1º del Decreto Nº 1064/16).

XV) En razón de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional considera que para la sustanciación de la venta proyectada no resulta de aplicación el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por tratarse de una operación sobre un bien inmueble que celebrará la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO en ejercicio de sus competencias específicas, subsumible –por consiguiente– en la causal de exclusión prevista en el inciso f) del artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.

XVI) Por tanto, el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 deviene inoficioso, desde que dicho sistema electrónico se encuentra habilitado para efectuar en forma electrónica únicamente los procedimientos comprendidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por haber sido diseñado de acuerdo con las características, particularidades y exigencias de dicha normativa.

XVII) Empero, amén de lo expuesto, a los contratos sobre bienes inmuebles del Estado Nacional sí les resulta aplicable el Decreto Nº 1023/01, aún aquellos que se celebren en el exterior, a pesar de que en la actualidad no posean una regulación específica.

XVIII) Por una parte, el Decreto Nº 1023/01 no regula en detalle lo atinente a los diversos tipos y formas de garantías sino que su artículo 31 remite a lo que establezca la reglamentación o los pliegos. Ergo, en la medida en que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resulta de aplicación, conforme fuera señalado previamente, y que, por otra parte, a la fecha no se ha aprobado el Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado, nada obsta a que en el pliego de bases y condiciones particulares se estipulen exigencias en torno a las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato con sujeción a la normativa, restricciones regulatorias, los usos y las costumbres del lugar de ejecución del contrato –en este caso puntual, los usos y las costumbres del Distrito de Columbia–, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

XIX) Lo indicado guarda coherencia con lo expresado por este Órgano Rector en el marco del Dictamen ONC Nº 555/2010, oportunidad en la que se sostuvo que: *"…la aplicación de la legislación del lugar de celebración y ejecución del contrato debería aplicarse resguardando el objeto del régimen de contrataciones expuesto en el artículo 1º del Decreto Nº 1023/2001 y el cumplimiento de los principios generales que rigen la gestión de las contrataciones, contenidos en el artículo 3º del citado cuerpo normativo.".*

XX) En otro orden de cosas, el artículo 2º del Decreto Nº 1064/16 aclara que las ventas de los inmuebles ubicados en el extranjero se realizarán adoptando mecanismos idóneos, adaptados a las modalidades del país en que se realicen las mismas, debiéndose justificar en su caso la imposibilidad o inconveniencia de realizar una licitación o subasta pública, aplicando sea cual fuera el procedimiento, los principios rectores de publicidad, competencia de precios e igualdad de trato a los oferentes, pudiéndose requerir la intervención de entidades bancarias oficiales con especialización inmobiliaria.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Impugnación al dictamen de evaluación. Cómputo de plazos. Recaudos formales en "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto a si correspondía declarar fracasada la Licitación Privada N° 24-0014-LPR17 del registro de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SEDRONAR) o, por el contrario, adjudicar el objeto contractual a la firma PREVENCIÓN ART S.A.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º, 4º y 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.
- Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018.
- Artículo 1º incisos d) y e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM e IF-2016-04239686-APN-ONC#MM, entre otros). En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros.

II) A raíz de lo expuesto, excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACION ARGENTINA (SEDRONAR) sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial PREVENCIÓN ART S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

III) Para un mejor desarrollo de la problemática objeto de consulta, resulta pertinente abordar en primera medida el modo en que ha de computarse el plazo previsto en el artículo 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16, a los fines de impugnar en término el dictamen de evaluación emitido en un procedimiento electrónico sustanciado a través del sistema “COMPR.AR”.

IV) En la Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018, se concluyó: lo siguiente: I. El dictamen de evaluación no puede reputarse notificado el mismo día de su difusión en el sitio https://comprar.gob.ar, sino el día hábil siguiente, en virtud de lo estipulado en el artículo 4 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, en tanto este último diferencia la difusión de la notificación, al decir explícitamente que las notificaciones se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión en COMPR.AR; II. Más allá de la redacción literal del artículo 13 del referido Manual, cabe interpretar que el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos allí previsto debe computarse a partir del día hábil siguiente a la fecha en que corresponda tener por notificado el dictamen de evaluación. Ello concuerda con la regla procedimental por la cual el día de notificación no cuenta como primer día de plazo, conforme

lo normado en el artículo 1º inciso e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, de aplicación supletoria.

V) Lo expuesto puede ejemplificarse del siguiente modo: 1) "Día 1": difusión del dictamen de evaluación en el sitio del sistema COMPR.AR. 2) Día hábil subsiguiente o "Día 2": se entiende notificado el respectivo dictamen. 3) Día hábil subsiguiente o "Día 3": comienza a correr el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos para impugnarlo.

VI) El artículo 1º inciso d) de la Ley Nº 19.549 prescribe que los actos, actuaciones y diligencias se practicarán en días y horas hábiles administrativos, a menos que de oficio o a petición de parte se habiliten aquellos que no lo fueren, por las autoridades que deban dictarlos o producirlas. De ahí que se presupone que incluso la difusión (Día 1º) ha de tener lugar un día hábil administrativo.

VII) Si el Dictamen de Evaluación Nº IF-2018-04334631-APN-DCPS#SEDRONAR fue difundido en el Portal https://comprar.gob.ar el día 20 de enero de 2018 –día inhábil, por ser sábado y no constar habilitación por parte de la autoridad competente– debió tenérselo por difundido el lunes 22 de enero, es decir, el primer día hábil subsiguiente. Luego, recién el 23 de enero se lo ha de tener por válidamente notificado, comenzando a correr el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos para impugnarlo a partir del día miércoles 24 de enero hasta el día 26 de enero de 2018, inclusive.

VIII) Si bien la interpretación efectuada por la DIRECCIÓN DE COMPRAS, PATRIMONIO y SUMINISTROS, de cualquier modo, la impugnación interpuesta por la firma PREVENCIÓN ART S.A. el 29 de enero de 2018 debe reputarse extemporánea, además de no haber sido instrumentada a través de la plataforma electrónica sino en soporte papel.

IX) En los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el sistema COMPR.AR, como acontece con la Licitación Privada Nº 24-0014-LPR17, los oferentes que deseen impugnar el dictamen de evaluación de ofertas deben hacerlo –necesariamente– a través de la mentada plataforma electrónica. En efecto, no corresponde dar tratamiento a la presentación interpuesta por PREVENCIÓN ART S.A., en razón de no haberse presentado a través de la plataforma COMPR.AR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Anexo I a la Disposición ONC 65/16, el cual establece que: *"A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 27 de septiembre de 2018.

Referencias/voces: Principios de publicidad y difusión de la convocatoria – Requisitos mínimos - Comunicaciones a las asociaciones que nuclean a proveedores – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR.".

Antecedentes:

A partir de la compulsa de los actuados girados en consulta se pudo corroborar el incumplimiento de comunicar el llamado a Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17 a las a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, tal como lo exige el artículo 40 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16.

En tal sentido, amén de los medios acreditados, no se encontró documentado que el organismo haya comunicado ni la convocatoria ni las circulares modificatorias (del pliego y de las fechas) a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro en cuestión.

Consulta:

Se solicitó la opinión del Órgano Rector en torno a la interpretación propiciada por las áreas técnicas del RENAPER, en tanto argumentaron que en el marco de una convocatoria a licitación pública sustanciada en forma electrónica a través del sistema "COMPR.AR" es posible obviar la exigencia de enviar comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, contemplada en el artículo 40 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16 y, con sustento en ello, se interpretó en el caso concreto que el hecho de no haber cursado tales comunicaciones en la Licitación Pública Nº 78-0018- LPU17 no afecta su validez ni obstaría a la prosecución del trámite.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 32, 40, 46 y 50 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16.
- Artículo 8º del Manual del Sistema COMPR.AR aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoria (v. Dictámenes ONC Nros. 558/2010, 611/2010, 9/2016, IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APN-ONC#MM e IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, entre muchos otros).

II) Oportunamente se emitió la Disposición ONC Nº 65/16 (DI-2016-65-E-APNONC#MM), mediante la cual se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

III) "COMPR.AR" es una herramienta de gestión transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta la adjudicación de la contratación, incluyendo las respectivas órdenes de

compra y contratos. De tal modo, la plataforma COMPR.AR cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de selección.

IV) Conforme lo establece el artículo 1º de la referida Disposición ONC Nº 65/16 el sistema "COMPR.AR" se implementará según el cronograma gradual que establezca esta Oficina Nacional, siendo de uso obligatorio para el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS desde el 8 de mayo de 2017, respecto de los procedimientos que hayan sido autorizados a partir de esa fecha (v. Comunicación General ONC Nº 72/17), como es el caso de la Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17.

V) Las pautas contempladas en el Manual del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65/16, entre las que se encuentran las siguientes: I. El artículo 1º del citado Manual prescribe que: *"Los procedimientos de selección, cualquiera sea la clase o modalidad elegida, que se realicen por COMPR.AR, deberán cumplir con las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios y complementarios, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, siempre que no se disponga de otra manera en las normas específicas contenidas en el presente Manual.".* II. El artículo 2º aclara que: *"…A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo. Las disposiciones referentes a actos que sólo sea posible efectuar en forma material, como la entrega de muestras, se cumplirán conforme con lo establecido en reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, salvo que en las presentes disposiciones específicas se disponga algo distinto".* III. El artículo 4º prevé lo siguiente: *"NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. Todas las notificaciones entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes, se realizarán válidamente a través de la difusión en el sitio de internet de COMPR.AR, cuya dirección es https://comprar.gob.ar o la que en un futuro la reemplace y se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión. El envío de mensajería mediante COMPR.AR en forma automática, sólo constituye un medio de aviso.".* IV. El artículo 7º indica, en cuanto aquí concierne, que: *"…La Unidad Operativa de Contrataciones, además de la publicidad que corresponda según la normativa general, difundirá en el COMPR.AR las circulares aclaratorias y las modificatorias que se emitan de oficio o como respuesta a consultas, en este último caso sin indicar el autor de la consulta.".* V. Por último, cabe citar que de conformidad con lo regulado en el artículo 8º: *"…Con la difusión de la convocatoria en COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores según su rubro, clase u objeto de la contratación, si los hubiera. Con esto se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones.".*

VI) A partir de lo expuesto puede colegirse, sin margen de duda, que tratándose de una licitación pública –independientemente de que la misma tramite en soporte papel o en la plataforma electrónica del sistema "COMPR.AR"–, el envío de comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro (v.g. Unión Argentina de Proveedores del Estado, Cámara Argentina de Comercio, etc.) es un requisito obligatorio que debe cumplimentarse durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial. Ello, a los fines de posibilitar que las mentadas asociaciones puedan canalizar

la información de las convocatorias, para difundirla entre sus asociados, quienes pueden no encontrarse inscriptos en SIPRO, con lo cual se amplía sustancialmente la base de difusión del llamado. Ello, sin desconocer otros roles útiles que pueden desempeñar las referidas agrupaciones, tales como brindar asesoramiento oportuno, capacitación, etc., a potenciales interesados en contratar con el Estado Nacional.

VII) El artículo 40 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 distingue claramente en su último párrafo entre las "comunicaciones" que deben dirigirse a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, por una parte, y las "invitaciones" que deben cursarse a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro, por otra. Esto último ha sido así incluso durante la vigencia de reglamentaciones anteriores (v.g. Decreto Nº 893/12) y en la actualidad este Órgano Rector no advierte elemento alguno que permita razonablemente inferir que dicha distinción deviene inaplicable por la sola circunstancia de tratarse de una contratación electrónica, tal como ha sido interpretado por las áreas técnicas del REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS.

VIII) Si bien es cierto que con la difusión de la convocatoria en COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) según su rubro, clase u objeto de la contratación, y que con ello se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones (léase: exclusivamente en lo que refiere al envío de invitaciones), no resulta razonable extraer de ello que también debe darse por satisfecha y/o cumplimentada en forma "ficta" la comunicación a las asociaciones.

IX) A criterio de esta Oficina, de adoptarse la interpretación propiciada se estaría incurriendo en un exceso o incluso en una tergiversación, en tanto no surge literalmente de la norma en cuestión –artículo 8º del Manual del Sistema COMPR.AR aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65– ni parece razonable inferirlo de lo allí establecido, desde que no se condice con los principios generales receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. A ello cabe añadir –valga la reiteración– las razones previamente apuntadas: esto es, que la normativa distingue con precisión entre "comunicaciones a las asociaciones" e "invitaciones a proveedores" y, fundamentalmente, el hecho de que la información brindada en forma adecuada y oportuna a las diversas asociaciones permite ampliar la base de publicidad y difusión del llamado entre sus asociados, más allá del registro de proveedores incorporados al SIPRO. Dicho criterio no se conmueve por el sólo hecho de que: *"…la plataforma COMPR.AR resulta superadora en cuanto a las notificaciones que a los proveedores se dirigen…"* y en el caso hayan sido DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (255) los proveedores invitados a participar.

X) Al final de cuentas, no se trata de la difusión por la difusión misma, sino de armonizar la publicidad y difusión del llamado con el riguroso cumplimiento de reglas transparentes e igualitarias, preestablecidas por la normativa de cara a los potenciales interesados y oferentes con capacidad para obligarse. Concluir lo contrario implicaría abrir una brecha de discrecionalidad frente a lo que en cada caso puedan interpretar las diversas jurisdicciones y entidades como "adecuada publicidad", colocando innecesariamente en un cono de incertidumbre a un número indeterminado de llamados y/o convocatorias, en detrimento de los principios generales que informan las contrataciones públicas.

XI) Lo aquí opinado guarda coherencia con el criterio sostenido en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-16335884-APN-ONC#MM, donde se hizo hincapié en que: *"…el hecho de haber realizado dicha publicación y difusión de la convocatoria a través de medios alternativos, que no resultan obligatorios para tal fin, en modo alguno, libera a la jurisdicción contratante de efectuar la publicidad y difusión del llamado a presentar ofertas en la licitación privada que se trata, a través de los medios obligatorios detallados ut-supra. Dicho en otros términos, el hecho de que el organismo contratante haya realizado la difusión del llamado a presentar ofertas en la Licitación Privada N° 17/2016 por otros medios optativos; no subsana –en modo alguno– el haber incumplido con dicha difusión por uno de los medios obligatorios habilitados por la normativa vigente.".* Sobre la base de lo que se viene de exponer, esta Oficina no comparte el criterio propiciado en forma conjunta por la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD y la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN, ambas del RENAPER, en el informe Nº IF-2018-37368294-APN-DGA#RENAPER, de fecha 3 de agosto de 2018.

XII) De otra parte, ha de tenerse presente que, conforme lo estableció en el artículo 23, inc. b) del Decreto Delegado N° 1023/01, las "Unidades Operativas de Contrataciones" son quienes tienen a su cargo la gestión de las Contrataciones, siendo responsabilidad de la UOC instrumentar la publicidad y difusión de las convocatorias y de las restantes etapas de los procedimientos de selección, por los medios y con sujeción a los plazos establecidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con sus normas modificatorias y complementarias, según el tipo de procedimiento de que se trate.

XIII) El envío automático de invitaciones a través del sistema COMPR.AR ha sido instrumentado en pos de facilitar y dotar de mayor agilidad al trámite de difusión, pero en modo alguno exime a los funcionarios competentes de cumplir con los restantes recaudos reglamentariamente exigibles; muy por el contrario, es parte de su responsabilidad la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna publicación de las distintas etapas procedimentales, dejando constancia de ello en los expedientes. Sólo entonces podrá considerarse debidamente cumplimentado el requisito de publicidad y difusión en cuestión (v. Dictamen ONC Nº 995/2012).

XIV) Los principios generales que informan las contrataciones se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el que aquí nos ocupa (v. Dictamen ONC Nº 288/2015).

XV) Los principios de publicidad y de transparencia -entre otros- vinculan a la Argentina a nivel internacional, en tanto nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

XVI) La Convención Interamericana contra la Corrupción exige a los Estados parte adoptar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y para la contratación de servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (v. artículo III, apartado 5º). Asimismo, el artículo 9º de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción impone la necesidad de dar amplia publicidad oportuna a los procedimientos de contratación, los pliegos, la adjudicación del contrato y su posterior ejecución.

XVII) A esa consagración supralegal de los principios mencionados cabe, asimismo, sumar igual acogida en el ámbito de aplicación de la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188, en tanto exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

XVIII) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, viene a garantizar el adecuado conocimiento por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo la correcta tramitación del procedimiento (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-201604540789-APN-ONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM). MARIENHOFF, al referirse a la publicidad, con cita de JÈZE, afirmaba: *"La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente. Para que la oposición o concurrencia tengan lugar, es menester que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación; si así no fuere, no podrían comparecer haciendo sus ofertas* […] *Con el objeto de que los eventuales interesados adquieran conocimiento del llamado a licitación y puedan acudir formulando sus ofertas, el referido llamado debe hacerse público, ostensible, mediante una adecuada publicación. Esto es lo que se denomina publicidad, que es uno de los principios fundamentales que gobiernan la licitación pública"* (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Pág. 202).

XIX) La difusión, publicidad y la transparencia tienden justamente a permitir la participación de interesados, la competencia entre oferentes y el control ciudadano, es decir, la crítica pública y, eventualmente, el control judicial. Desde ese prisma, es posible inferir una relación intrínseca entre los principios de publicidad y transparencia, los que a su vez se "entrelazan" con el de promoción de la concurrencia (Cfr. Dictámenes ONC Nº 4/2016, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM).

XX) Toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines públicos perseguidos, en consonancia con los principios directrices en la materia (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 995/2012, 4/2016, IF-2016-04540789-APNONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM). De ahí que no sea el que nos ocupa un defecto susceptible de subsanación en la instancia procedimental en la que se encuentra la Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17. Dicho en otros términos: Pretender cumplir con la difusión de la convocatoria en la etapa actual del trámite licitatorio resultaría a todas luces inoficioso por cuanto es clave que la difusión de la convocatoria a través de los diversos medios exigidos por la normativa vigente tenga lugar en tiempo oportuno.

XXI) Ahora bien, habiendo llegado a este punto del análisis, no es posible soslayar que la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD y la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN, ambas del RENAPER, sostuvieron: *"…En cuanto a la notificación que debe dirigirse a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, debe tenerse presente que por las características particulares del bien a adquirir, no se encuentra una determinada…".*

XXII) Frente a tal afirmación, no corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar, en tanto que por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –ya mencionado–, la verificación de tales circunstancias fácticas concierne al organismo contratante, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones. De corroborarse dicho extremo estaríamos frente a una imposibilidad fáctica que obsta al cumplimiento estricto de las exigencias previstas en la normativa, por causas ajenas al organismo contratante, tal como se ha presentado en pretéritos pronunciamientos de este Órgano Rector.

XXIII) Al respecto, en el Dictamen ONC Nº 80/2013, sobre contrataciones en el exterior, esta Oficina Nacional sostuvo: "*...se impone analizar, como primera cuestión, la acción a seguir por las reparticiones en el exterior cuando en el mercado local no exista la posibilidad de invitar a la cantidad mínima de proveedores, indicados en los citados artículos 50 y 53 del Reglamento. Con relación a ello, resultaría aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil, que indica: 'La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor".* Por lo expuesto, en dicho precedente se concluyó: *"…En los casos en que la normativa requiera que se invite a cotizar a una cantidad mínima de proveedores, según el procedimiento de selección de que se trate, y ello no fuera posible por no existir en el respectivo mercado local esa cantidad mínima de proveedores a invitar, resultaría razonable apartarse de la regulación legal, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil, justificando en el respectivo expediente la imposibilidad material de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 50 y 53 del Reglamento aprobado por Decreto 893/2012.".*

XXIV) Con posterioridad, esta Oficina se pronunció en un caso en el que se había configurado la imposibilidad material de difundir una convocatoria a licitación pública Internacional en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", tal como lo exigía el 2º párrafo del artículo 51 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En dicha ocasión fueron vertidas –entre otras– las consideraciones que a continuación se transcriben: "*...el principio de razonabilidad implica –ante todo– la obligación de aplicar e interpretar las normas en forma coherente en cada caso concreto. De allí que cualquier interpretación formalista de la ley esté, casi inexorablemente, condenada al fracaso (Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 43 y 44). La noción y sentido de este principio radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y de interpretarla y aplicarla considerando las singularidades de cada caso concreto de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular, es decir, evitando la aplicación ciega y en abstracto del presupuesto contemplado por la norma* (...) *en opinión de esta Oficina Nacional el tema debe igualmente resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado, lo cual resulta viable empleando una interpretación dinámica y finalista de la normativa vigente* (...) *En virtud de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional considera que, frente a la imposibilidad material de difundir la Licitación Pública Internacional Nº 13/2015 en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado 'UN Development Business', tal como lo exige el 2º párrafo del artículo 51 del*

Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de las políticas restrictivas del organismo internacional en cuestión, debe apelarse a los principios de razonabilidad y eficiencia (...) *tampoco se advierte que el vicio o defecto de publicidad en cuestión represente un escollo insalvable que obligue, sin más, a nulificar y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en curso. Ello así, máxime cuando nada garantiza que el impedimento acaecido en el presente caso no se reitere en sucesivas convocatorias que puedan instrumentarse...*" (v. Dictamen ONC Nº 114/2015).

XXV) En suma, de corroborarse la inexistencia de asociaciones específicas que nucleen a los proveedores, productores, fabricantes y/o comerciantes del rubro que nos ocupa, esta Oficina entiende que la omisión advertida implicaría un vicio o defecto consecuencia de una imposibilidad fáctica y, como tal, no justificaría nulificar y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en curso, lo cual va en sintonía con la postura tradicional de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en tanto tiene dicho 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).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de noviembre de 2018.

Referencias/voces: Disminución del contrato – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – *Potestas variandi*. Precio unitario – Principio de centralización normativa y de descentralización operativa.

Antecedentes y consultas:

1) *"Conforme luce en el Capítulo III, Cuestión II, párrafo 3° del Dictamen Legal que obra en las actuaciones, tenga a bien indicar si la incorporación en el Expediente de las constancias de publicidad y difusión en el COMPR.AR, a través de 'capturas de pantalla' del Sistema correspondientes a las distintas etapas del procedimiento, resultan suficientes a fin de acreditar el efectivo cumplimiento de las mismas. En ese sentido, obran en órdenes 43, 48, 51, 52 y 55 las constancias de invitaciones, publicidad y difusión que esta Dirección incorpora en todos los expedientes, consultando en ese sentido si las mismas resultan suficientes, o si, conforme a lo solicitado por nuestro servicio jurídico, resultaría necesario la certificación de la UOC y/o que un área técnica se expida al respecto. En su caso, tenga a bien indicar la forma correcta en que debería acreditarse tal extremo en el Expediente.".*

En cuanto al Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE Nº IF-2018-47815656-APN-DGAJ#MTR, se transcribe la parte pertinente: *"…en cuanto a la publicidad y difusión del procedimiento, no obstante las constancias obrantes en los órdenes 43, 48, 51, 52 y 55, este servicio jurídico entiende que el área técnica competente deberá expedirse sobre el efectivo cumplimiento de la invitación cursada a proveedores y de la publicidad respectiva en los términos de lo establecido en los artículos 32 del Régimen, 40 del Reglamento y 15 del Manual de Procedimiento.".*

Al respecto y para mejor ilustrar, se indica que en los órdenes citados lucían incorporadas las constancias de publicación de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública Nº 451-

0006-LPU18 en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA) por el término de DOS (2) días –iniciando el 26 de marzo de 2018 y culminando el 27 de marzo de 2018–, extraídas del sitio de internet: https://www.boletinoficial.gob.ar/, la nómina de proveedores del rubro invitados a participar, migrada desde el sistema "COMPR.AR", la constancia de publicación de la convocatoria en el portal "COMPR.AR" y la constancia de difusión de la convocatoria en el sitio de internet del MINISTERIO DE TRANSPORTE.

2) *"…atento a lo indicado en el Capítulo III, Cuestión II, párrafo 14° del Dictamen Legal, se solicita indique si, incorporada la publicación en el COMPR.AR del Dictamen de Evaluación y del Cuadro Comparativo de ofertas al Expediente, resultaría necesario a su vez que un órgano técnico competente se expida respecto de su efectiva difusión. En su caso, tenga a bien indicar la forma correcta en que debería acreditarse tal extremo en el Expediente.".*

Se transcribe la parte pertinente del Dictamen Nº IF-2018-47815656-APN-DGAJ#MTR: *"…cabe señalar que por el artículo 47 del Reglamento se prevé la difusión en el sitio de internet de la ONC o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, entre otra información, tanto del Dictamen de Evaluación como del Cuadro Comparativo de Ofertas. Atento ello, y habida cuenta de que el expediente bajo análisis no surge constancia sobre la difusión del Dictamen de Evaluación ni del Cuadro Comparativo de Ofertas, este servicio jurídico entiende que deberá acreditarse dicho extremo, por lo que el órgano técnico competente deberá expedirse sobre su efectivo cumplimiento.".*

3) *"En igual sentido se consulta si resultan suficientes las constancias de deuda ante AFIP o de inscripción en el SIPRO generadas por el COMPR.AR, o si, por el contrario, se requiere alguna certificación adicional.".*

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Disposición ONC Nº 65/16.
- Decreto Nº 561/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El sistema electrónico "COMPR.AR" es una herramienta de gestión transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta el perfeccionamiento del contrato. Cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

II) La plataforma "COMPR.AR" tiene tres ambientes principales, "ambiente comprador", "ambiente proveedor" y "ambiente ciudadano": a) El "ambiente comprador" es aquel en el que los usuarios habilitados de los organismos contratantes generan las distintas etapas de los procedimientos de contratación llevados a cabo en sus respectivos ámbitos, como por ejemplo: solicitudes de contratación, carga y autorizan de procesos, emisión de circulares aclaratorias y modificatorias, evaluación de ofertas, adjudicación, etc.; b) El "ambiente proveedor" es aquel

en el que operan los proveedores y/o oferentes que se preinscriben en el portal "COMPR.AR" con el fin de consultar y/o participar de los procesos de contratación difundidos en dicho portal; c) El "ambiente ciudadano" cumple la función de página web oficial de esta Oficina Nacional de Contrataciones donde se difunden las distintas etapas y documentos de los procesos de contratación tramitados por los organismos en los que se ha implementado el sistema "COMPR.AR".

III) A su vez, el sistema refleja automáticamente la gestión de cada contratación en un expediente electrónico, integrándose de esta forma con el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) aprobado por el Decreto Nº 561/16. Todo proceso de contratación iniciado en el portal genera de forma automática un expediente electrónico, en el cual se refleja mediante documentos oficiales las distintas etapas, documentos e intervenciones ocurridas a través de "COMPR.AR".

IV) Esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de recordar recientemente que: *"…conforme lo estableció en el artículo 23, inc. b) del Decreto Delegado N° 1023/01, las 'Unidades Operativas de Contrataciones' son quienes tienen a su cargo la gestión de las Contrataciones, siendo responsabilidad de la UOC instrumentar la publicidad y difusión de las convocatorias y de las restantes etapas de los procedimientos de selección, por los medios y con sujeción a los plazos establecidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con sus normas modificatorias y complementarias, según el tipo de procedimiento de que se trate* (…) *es parte de su responsabilidad la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna publicación de las distintas etapas procedimentales, dejando constancia de ello en los expedientes. Sólo entonces podrá considerarse debidamente cumplimentado el requisito de publicidad y difusión en cuestión…"* (v. IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM).

V) Así las cosas, deviene indispensable distinguir dos supuestos distintos. A saber: respecto de las constancias y/o documentos que migran en forma automática desde el portal "COMPR.AR" al módulo "expediente electrónico" del Sistema GDE –tendientes a acreditar el cumplimiento en tiempo y forma de las diversas etapas llevadas a cabo en el mentado sistema electrónico de contrataciones–, no se requiere ninguna certificación ni gestión adicional por parte de la UOC, más allá de verificar la efectiva publicación y vinculación de las respectivas constancias. Por el contrario, respecto de los restantes documentos que a la fecha todavía no son objeto de vinculación automática al expediente electrónico (v.g. constancias de publicación de la convocatoria a licitación pública en el Boletín Oficial), es parte de la responsabilidad de la UOC la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna publicación, así como también digitalizar y vincular las constancias pertinentes a las actuaciones; ello por aplicación de los principios de unidad del expediente y de transparencia, en la medida en que contribuyen a dar certeza de que el procedimiento se ha efectuado conforme a derecho. Satisfechos tales extremos, esta Oficina entiende que no hace falta certificación adicional alguna.

VI) Se sugiere descargar el historial del proceso desde el portal COMPR.AR y vincularlo al expediente en forma previa al envío del expediente a consideración del servicio jurídico.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2018.

Referencias/voces: Impugnación al dictamen de evaluación – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión: *"…referida al cumplimiento de la Circular sobre la acreditación de las Normas ISO presentadas por el proveedor 'Compañía de Servicios Martín Fierro SRL' (Oferta Económica más conveniente; Impugnada por La Mantovana Servicios Generales S.A., Orden de Mérito: 2)",* en el marco de la plataforma fáctica descripta en el Acápite I del presente.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APNONC#MM, entre otros).

II) En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional carece de competencias en materia de contralor o auditoria, motivo por el cual no se encuentra dentro de sus facultades verificar y examinar el cumplimiento de la normativa aplicable en los procedimientos de selección que lleven adelante las jurisdicciones y entidades contratantes, sin perjuicio de asesorar y dictaminar con respecto a cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan los organismos a su consideración.

III) A raíz de lo expuesto, excede de la competencia de este órgano Rector instruir al INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y de descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

IV) De otra parte, corresponde puntualizar que la ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

V) Mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma

electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

VI) En efecto, “COMPR.AR” es una herramienta transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta el perfeccionamiento del contrato. Cumple la doble función de ser un portal de difusión y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

VII) Las presentaciones efectuadas por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. se plasmaron únicamente en soporte papel –en tanto no hay constancias que den cuenta de impugnaciones que hayan sido ingresadas a través del sistema COMPR.AR–.

VIII) Desde que los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el sistema COMPR.AR., (como es el caso de la Licitación Pública Nº 20-0001-LPU18), los oferentes que deseen impugnar el dictamen de evaluación de ofertas deben hacerlo –necesariamente– a través de la mentada plataforma electrónica y dentro del plazo de TRES (3) días hábiles administrativos, computable con sujeción a lo indicado en la Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018 (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

IX) A su vez, debe necesariamente recordarse lo señalado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al sostener que el principio del informalismo en favor del administrado no excusa la inobservancia o incumplimiento de requisitos esenciales. Dicho en otros términos, el informalismo no debe ser confundido con la ausencia total de formas, lo cual traería aparejado el desorden en las actuaciones (Dictámenes PTN 287:029).

COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTABLES.

DICTAMEN ONC Nº 21/2013.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2013.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Principio de concurrencia. Solicitud de documentación distinta de la establecida en el reglamento. Índice de solvencia económica. Seguros. Antecedentes empresariales. Certificaciones de calidad.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su opinión respecto una serie de cláusulas a incorporar en los pliegos de bases y condiciones particulares para la contratación del servicio de limpieza y maestranza del organismo.

Es dable mencionar que las cláusulas sometidas a consideración guardaban relación con parámetros de calidad, capacidad técnica y económica, e idoneidad de los posibles oferentes del proceso licitatorio a efectuar, en busca de obtener mejoras continuas en la prestación de dicho servicio y el ajuste a las normas y criterios respecto de los procedimientos sustentables.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 18 y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 45, 70, último párrafo y 84, último párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01 el Sistema Nacional de Contrataciones Públicas se organiza en base al principio de centralización normativa, y descentralización operativa, es decir, que los proyectos normativos, el diseño de las políticas de contrataciones y la administración de los sistemas de gestión, entre otras funciones, están a cargo del Órgano Rector, mientras que la tramitación y autorización de los procedimientos se encuentra a cargo de las jurisdicciones y entidades contratantes, incluyendo la etapa de la elaboración y aprobación de los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares.

II) Con la aprobación del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional se propició dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes, y a los organismos rectores, de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, como la regulación de un capítulo específico sobre la materia, o la posibilidad de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS DE LA NACIÓN de establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio para las jurisdicciones y entidades contratantes, a los fines de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

III) De allí que en uno de los objetivos de esta nueva etapa del Sistema Nacional de Contrataciones es que los pliegos particulares, además de cumplir con las artículos específicos aplicables a la elaboración de dichos instrumentos y los principios generales receptados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, contemplen gradualmente requisitos que permitan incorporar criterios de sustentabilidad en términos sociales, económicos, y ambientales. Va de suyo que la aplicación integral de todo ello debe ser de manera armoniosa, permitiendo cumplir con el objetivo primario de todo procedimiento de contratación que es la satisfacción de las necesidades del organismo para el cumplimiento de su finalidad pública.

IV) La Guía de Compras Sustentables elaborada por esta Oficina Nacional recomienda incorporar fórmulas con determinado puntaje para los oferentes que cuenten con certificaciones de calidad, pero no como una condición de acceso a la convocatoria.

V) Para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia una contratación sustentable y de mejor calidad, se recomienda incorporar en los pliegos particulares una fórmula polinómica con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello se torne una condición de acceso a la convocatoria.

VI) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino

que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción.

DICTAMEN ONC Nº 357/2014.

Fecha de emisión: 23 de septiembre de 2014.

Referencias: Principio de sustentabilidad. Incorporación de criterios de sustentabilidad en los pliegos. Incorporación de cláusulas vinculadas a exigencias de calidad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de un servicio complementario de mantenimiento edilicio por parte de la COLONIA NACIONAL "DR. MANUEL A. MONTES DE OCA", una cláusula por la cual se exige a los oferentes presentar constancia de certificación en sistemas de gestión de calidad homologado según normas ISO 9001, así como también conforme normas ISO 14000 y/o 18000 referentes a sistemas de gestión ambiental y de salud y seguridad ocupacional.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 39, inciso d), 70 último párrafo, 84, último párrafo, 196 y 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso del procedimiento llevado a cabo.

II) En ese orden, cobran relevancia, en la etapa previa a la elaboración del respectivo Pliego, las previsiones del artículo 39, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Así, a partir de la norma previamente citada, referida a los requisitos de los pedidos que deberán formular las unidades requirentes, puede distinguirse la génesis y el contenido de cláusulas del futuro pliego que receptarán criterios de sustentabilidad, diferenciables de aquellas otras vinculadas con meras exigencias de calidad.

III) Calidad y sustentabilidad representan distintos tipos de cláusulas, sin desconocer que en determinadas circunstancias una cláusula inserta en un pliego puede presentar una composición "híbrida", en el sentido de contener previsiones y/o exigencias tanto de sustentabilidad como relativas a normas de calidad.

IV) El Título VI del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito a uno de los principios directrices del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: el principio de sustentabilidad, el cual se proyecta

sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente.

V) Resulta jurídicamente viable incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares determinadas exigencias en materia de calidad, sustentabilidad, seguridad laboral, ecológica y/o medioambiental, etcétera, siempre y cuando ello se instrumente en forma razonable, transparente y fundamentalmente bajo ciertos recaudos que garanticen la no vulneración de los principios consagrados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VI) El artículo 196 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla expresamente la posibilidad de que esta Oficina Nacional: 1) Elabore modelos de pliegos de bases y condiciones particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes; 2) Exija que en los pliegos de bases y condiciones particulares que los organismos contratantes aprueben se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos.

VII) En el marco del Dictamen ONC Nº 21/2013 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que a través del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración se propició, entre otros extremos, dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social, un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

VIII) Ahora bien, sin desconocer los loables fines citados, no es posible soslayar que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Tal es así que en casos como el que nos ocupa deberán encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

IX) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

X) A su vez, no resulta ocioso recordar que el principio de concurrencia se entrelaza con los demás principios generales, entre ellos con el principio de igualdad, el cual se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados

como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Su fundamento descansa en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

XI) Ahora bien, tampoco el principio que establece la 'igualdad' entre interesados y oferentes es absoluto, sino que admite excepciones razonables. Desde luego, la igualdad, correctamente interpretada, no obsta para que se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas.

XII) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC Nº 21/2013).

XIII) Un caso particularmente diferenciable se presenta cuando se incorporan en los pliegos determinadas exigencias relacionadas con estándares de calidad. En tales casos, el requerimiento de las mentadas certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. último párrafo del artículo 70 del mencionado Reglamento).

XIV) En suma, para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia contrataciones públicas orientadas a una mayor ponderación de la calidad, se recomienda incorporar en los pliegos particulares fórmulas polinómicas con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello implique un valladar insuperable de acceso a la convocatoria para quienes se encuentren interesados en ofertar pero cumplimenten tales extremos (Cfr. Dictamen ONC Nº 21/2013). En tal sentido, deberá tenerse presente que el último párrafo del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece que en los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de oferta que las que allí se establecen.

XV) A similar conclusión corresponde arribar si se tratase de requisitos de sustentabilidad, máxime si se tiene presente que el artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de pauta interpretativa general, que las ofertas que no cumplan los criterios de sustentabilidad fijados en el respectivo pliego no serán desestimadas por esa sola causal.

XVI) Para el caso en que el organismo contratante considere pertinente incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares la exigencia de acreditar certificaciones en sistemas de calidad conforme a normas ISO, por citar un ejemplo habitual, se recomienda aclarar en forma expresa, en la respectiva cláusula, que se aceptarán certificaciones equivalentes y/o superiores extendidas por otras instituciones y/u organizaciones análogas con incumbencia específica en la materia. Es en ese entendimiento que la exigencia de contar con una determinada certificación (v. g. ISO 9001), deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida.

XVII) Luego, en relación a las cláusulas relacionadas con exigencias/estándares de calidad, cabe igualmente tener por reproducido lo sostenido *ut supra* en lo atinente a la no vulneración de la igualdad, la transparencia y la concurrencia.

XVIII) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares no podrá plasmarse en una decisión irrazonable ni conculcar los principios rectores de las contrataciones públicas (Cfr. Dictamen ONC Nº 31/2013).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de junio de 2016.

Referencias/voces: Criterios de sustentabilidad. Inclusión en los pliegos de bases y condiciones particulares.

Consulta:

Se solicitó asesoramiento respecto de la inclusión de criterios de sustentabilidad en los proyectos de pliegos de bases y condiciones particulares para la contratación de un servicio de limpieza en el ámbito del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

Normativa examinada:

- Título VI del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El principio de sustentabilidad se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente.

II) Resulta jurídicamente viable incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares determinadas exigencias en materia de calidad, sustentabilidad, seguridad laboral, ecológica y/o medioambiental, etcétera, siempre y cuando ello se instrumente en forma razonable, transparente y fundamentalmente bajo ciertos recaudos que garanticen la no vulneración de los principios consagrados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) Refuerza dicha conclusión el hecho de que el artículo 196 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla expresamente la posibilidad de que esta Oficina Nacional: 1) Elabore modelos de pliegos de bases y condiciones particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes; 2) Exija que en los pliegos de bases y condiciones particulares que los organismos contratantes aprueben se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos.

IV) A su vez, en el marco del Dictamen ONC Nº 21/2013 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que a través del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración se propició, entre otros extremos, dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social, un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

V) Ahora bien, sin desconocer los loables fines citados, no es posible soslayar que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente (Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 44).

VI) Deberán encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios afines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

VII) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

VIII) El principio de concurrencia se entrelaza con los demás principios generales, entre ellos con el principio de igualdad, el cual se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Su fundamento descansa en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio de ello, tampoco el principio que establece la 'igualdad' entre interesados y oferentes es absoluto, sino que admite excepciones razonables. En sentido concordante con lo expuesto, autorizada doctrina ha sostenido: *"El contenido igualitario del pliego es decisivo para la transparencia de todo el procedimiento licitatorio* (...) *Desde luego, la igualdad, correctamente interpretada, no obsta para que, como ha señalado la doctrina, se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas"* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 68-69).

IX) La consulta de marras versa sobre la incorporación de criterios de sustentabilidad en el pliego de bases y condiciones particulares concerniente a la contratación de un servicio de limpieza. La DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL solicita a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, asesoramiento respecto del "lugar más conveniente" para incluir, dentro del pliego, las recomendaciones generales para la compra sustentable referente a un servicio de limpieza.

X) Este Órgano rector entiende que la consulta formulada por el organismo versa sobre la interpretación que debe darse al artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 el cual establece: *"EVALUACIÓN DE OFERTAS. Salvo que en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares se dispusiera expresamente lo contrario, o estuviese determinado por el objeto del contrato o explicitado en las especificaciones técnicas, las ofertas que no cumplan los criterios de sustentabilidad fijados en el mismo no serán desestimadas por esa causal".* Así, de acuerdo con lo referenciado supra, el servicio jurídico del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL interpreta que el incumplimiento por parte de los oferentes de los criterios de sustentabilidad que hubieren sido incorporados como parte de las especificaciones técnicas que conformaren el pliego de bases y condiciones particulares, traerá aparejada la desestimación de la oferta y que ello se contrapone a lo establecido al referido artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12. Por su parte, la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES girante, entiende que sin perjuicio de que los criterios de sustentabilidad se encuentren incorporados como parte integrante de las especificaciones técnicas, si el pliego de bases y condiciones particulares no lo establece expresamente, las ofertas no serán desestimadas por esa causal.

XI) Una interpretación razonable de la normativa en cuestión –artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12- permite afirmar que el criterio de sustentabilidad puede encontrarse: a. Incluido en las cláusulas particulares del pliego (como una condición del contrato o bien como un criterio de evaluación de la oferta); b. Determinado por el objeto del contrato (cuando se pretenda adquirir o contratar un bien o servicio sustentable); c. Explicitado en las especificaciones técnicas (especificación técnica de carácter sustentable).

XII) Cuando los criterios de sustentabilidad fueren incluidos en las cláusulas particulares, las ofertas que no los cumplieren no podrán ser desestimadas por dicha causal, salvo que así se hubiese establecido expresamente en el pliego. Por el contrario, cuando dichos criterios estuvieren determinados por el objeto del contrato o fueren incorporados como parte integrante de las especificaciones técnicas y los mismos no se cumplieren, la oferta será desestimada en función de lo previsto ene artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 sin necesidad de dejarlo expresamente establecido en el pliego de bases y condiciones particulares.

XIII) En cualquier caso, no está de más recordar lo señalado por este Órgano Rector en el Dictamen ONC Nº 21/2013, en cuanto a que: *"…La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción.".*

COMPRE TRABAJO ARGENTINO/COMPRE NACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-03804644-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 16 de marzo de 2017.

Referencias/voces: Proyecto de ley s/ compre nacional y desarrollo de proveedores.

Intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiese, dentro del ámbito de su competencia, respecto de un proyecto de ley de compre nacional y desarrollo de proveedores.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Considerando que en el proyecto en análisis se establece que en la comparación para aplicar la preferencia se debe tener en cuenta, entre otros requisitos, la condición de pago al contado, se entiende pertinente advertir que en los procedimientos de selección que llevan a cabo los organismos de la Administración Pública Nacional se prevén, mayormente, condiciones de pago diferido.

II) Esta Oficina entiende conveniente que se establezca la forma de acreditar que un bien es de origen nacional, o que cumple con los puntos porcentuales de integración local sobre el valor bruto de producción. En este sentido, este Órgano Rector sugiere que se trate de una declaración jurada del propio oferente a ser presentada junto con la oferta.

III) En cuanto a la intervención obligatoria de la autoridad de aplicación en el trámite de aprobación de los pliegos, esta Oficina entiende que resultaría conveniente que quede a criterio de la autoridad competente del organismo contratante someter los pliegos a su consideración. Ello a los fines de evitar mayores dilaciones en los procedimientos de selección y por cuanto en cada organismo existe una autoridad con competencia para aprobar los pliegos que resulta plenamente responsable de las clausulas contenidas en los mismos, quien se encuentra obligado a cumplir con las disposiciones establecidas en la normativa vigente. Por su parte cabe tener presente que en la actualidad los procedimientos de selección llevados a cabo por los organismos de la Administración Pública Nacional se realizan mediante el sistema electrónico de contrataciones (COMPR.AR) el que permite que los pliegos sean accedidos mediante el portal de compra públicas https://comprar.gob.ar/ motivo por el cual y en consonancia con los objetivos de impulsar el desarrollo tecnológico, incorporar tecnologías de la información y de las comunicaciones, simplificar procedimientos, propiciar reingenierías de procesos, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, se entiende que no resulta oportuno agregar instancias al proceso.

IV) Este Órgano Rector entiende que no existen incompatibilidades entre el Programa Nacional de Desarrollo de Proveedores y el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Sin perjuicio de lo expuesto, esta Oficina sugiere que se establezca que aquellos proveedores que se encuentren suspendidos o inhabilitados en el Sistema de Información de Proveedores no puedan acceder a los beneficios del programa durante el plazo de vigencia de la sanción.

V) En relación con la previsión relativa a que el texto del presente proyecto de ley forme parte integrante de los pliegos, esta Oficina Nacional entiende que resultaría suficiente la cita del número de ley, ello atendiendo a los principios generales que deben regir los procedimientos administrativos.

CONCESIÓN DE USO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013879-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de junio de 2016.

Referencias/voces: Concesión de uso del espacio físico para la explotación comercial. Remisión de actuaciones a la AABE.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se indique el procedimiento a seguir con miras a disponer la concesión de uso del espacio físico para la explotación comercial de las proveedurías con destino al COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL y al COMPLEJO FEDERAL PARA JOVENES ADULTOS del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

Normativa examinada:

- Artículo 8º, inciso 10 del Decreto Nº 1382/12.
- Artículos 5 y 34 del Decreto N° 2670/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante el Decreto Nº 1382, de fecha 9 de agosto de 2012, se creó la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO (AABE), organismo descentralizado que tiene a su cargo, en la actualidad, la ejecución de las políticas, normas y procedimientos que rigen la

disposición y administración de los bienes inmuebles del Estado en uso, concesionados y/o desafectados, llevando el registro pertinente de los mismos. El inciso 10 del artículo 8° del Decreto N° 1382/12 establece que serán funciones de la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO: *"…Celebrar todo tipo de contratos y, en particular, contratos de concesión de uso, con o sin el derecho de introducir mejoras, de publicidad en los bienes a su cargo, de anticresis, de alquiler con derecho de compra, factoraje, fideicomiso, y cualquier otro contrato civil o comercial, típico o atípico, nominado o innominado, que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto con personas físicas y/o jurídicas.".*

II) Las disposiciones del Decreto Nº 1382/12 y su modificatorio son de aplicación a la totalidad del Sector Público Nacional, en los términos del artículo 8° de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, aun cuando sus estatutos sociales, cartas orgánicas o leyes especiales establezcan otros sistemas de administración.

III) Por conducto del artículo 5° del referido Decreto N° 2670/15 se sustituyó el artículo 176 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 893/12 y su modificatorio, el que en su parte pertinente ha quedado redactado de la siguiente forma: *"…La concesión de uso de los bienes inmuebles del dominio público y privado del ESTADO NACIONAL será centralizada por la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO.".*

IV) El artículo 34 del Anexo al Decreto N° 2670/15 dispone: *"Las entidades mencionadas en el artículo precedente* [jurisdicciones y entidades alcanzadas por el Decreto N° 1.382/12 y su modificatorio] *no podrán otorgar concesiones de uso, ser locadores ni realizar operaciones o contratos, con carácter oneroso o gratuito, con entes públicos o privados, sobre inmuebles propiedad del ESTADO NACIONAL. Esta competencia está reservada exclusivamente a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO, ello conforme el inciso 10 del artículo 8° del Decreto N° 1.382/12 y su modificatorio...".*

V) De esta manera, en tanto el otorgamiento de concesiones de uso de bienes inmuebles del dominio público y privado del ESTADO NACIONAL es exclusiva competencia de la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO (AABE), deberán remitirse las actuaciones a dicho organismo a sus efectos.

CONCURSO PÚBLICO.

DICTAMEN ONC Nº 4/2013.

Fecha de emisión: 8 de enero de 2013.

Referencia: Procedimiento de selección: Concurso Público.

Consulta:

El CENTRO DE PRODUCCIÓN E INVESTIGACIÓN AUDIOVISUAL (CEPIA), del ex MINISTERIO DE CULTURA puso en conocimiento de la ONC que: *"…a través del Decreto Nº 345/12, el Poder Ejecutivo ha delegado en el CEPIA el análisis y la elaboración de las acciones culturales que se llevan a cabo en el marco del PLAN NACIONAL IGUALDAD CULTURAL, impulsado por el MINISTERIO DE PLANIFICACION, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS de manera conjunta con LA SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACION. En ese contexto, los contenidos generados por CEPIA, entre otros, llegarán gratuitamente a todo el país mediante las estaciones de exhibición y los diversos medios que integran la RED FEDERAL DE CULTURA DIGITAL, espacios que se constituyen como uno de los ejes del mencionado plan…".*

En ese marco, la COORDINACIÓN del CEPIA consultó a esta Oficina Nacional sobre la viabilidad de: *"convocar concursos públicos de proyectos audiovisuales".*

Normativa examinada.

- Artículos 24, 25, inciso a) apartado 2 y 26 inciso a) apartado 2 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 15, 18 y 148 a 156 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) El procedimiento de concurso público podrá aplicarse válidamente, cualquiera fuere el monto presunto del contrato, cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda (contratos "intuitu personae").

II) En el concurso público son aplicables, en forma subsidiaria, todas las reglas y principios de la licitación pública, ya que se trata de procedimientos análogos.

III) El CEPIA podría eventualmente suscribir un convenio interadministrativo con la Universidad o Facultad en cuestión, a efectos de que la respectiva Casa de Estudios brinde asesoramiento o bien provea un jurado experto en la materia, con miras a la realización de concursos públicos para la selección de los proyectos de producción audiovisual que eventualmente se llevarán a cabo por quienes resulten adjudicatarios.

IV) Para el caso en que el organismo consultante considere conveniente gestionar un procedimiento de concurso público bajo la modalidad de etapa múltiple, deberá contemplar que la evaluación y comparación de las calidades de los oferentes, los antecedentes empresariales y técnicos, la capacidad económico-financiera, las garantías, las características de la prestación y el análisis de los componentes económicos de las ofertas se realizarán en DOS (2) o más fases, mediante preselecciones sucesivas, de conformidad con el procedimiento reglamentado en los artículos 148 a 156 del Decreto Nº 893/12.

V) Podrá establecerse en las bases del llamado a concurso público que la persona que eventualmente resulte adjudicataria será a quien se le encomiende la ejecución del proyecto de producción audiovisual de que se trate, en la forma y plazos que a tal efecto se estipule en las

mencionadas bases. En tal caso, no resultaría necesario gestionar ningún otro procedimiento de selección ulterior a los fines de la ejecución contractual del proyecto.

CONCURSO PÚBLICO DE ETAPA MÚLTIPLE NACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº 187/2015.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2015.

Referencias: Concurso de etapa múltiple. Presentación de garantía en sobre b. Posibilidad de subsanar el error. Causal de desestimación no subsanable. Principio de igualdad.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a la posibilidad de subsanar el error invocado por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A., respecto de la oferta que presentara dicho proveedor en el marco del Concurso Público de Etapa Múltiple Nacional Nº 1/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC).

De la compulsa de los actuados surgía que el pliego de bases y condiciones particulares establecía en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta en el sobre correspondiente a la propuesta técnica (sobre “A”), en sintonía con lo previsto por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Ahora bien, la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. había acompañado la póliza de seguro de caución junto con su propuesta económica (sobre “B”).

En consecuencia, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un concurso público de etapa múltiple, la firma DATASTAR ARGENTINA S.A.

haya acompañado "por error" la garantía de mantenimiento de su oferta en el sobre "B" (oferta económica), en lugar de hacerlo en el sobre "A" (oferta técnica) resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable.

El proveedor DATASTAR ARGENTINA S.A. proponía subsanar el error de dos maneras, ya sea que el procedimiento de selección continuase bajo la condición de constatar la debida integración de la garantía de mantenimiento de oferta al momento de apertura del sobre "B", correspondiente a la oferta económica; o bien proceder de manera inmediata a la apertura del sobre "B" en presencia de un escribano público, extraer la póliza y en consecuencia corroborar el cumplimiento del requisito oportunamente exigido.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 17, 25, inciso a) apartado 2 y 26, inciso a), apartado 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84, 85, 148 y 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud principio de centralización normativa y descentralización de la gestión operativa, esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante.

II) Aclarado lo anterior, de la lectura del artículo 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se desprende con meridiana claridad que sólo después de que la autoridad competente haya aprobado la respectiva preselección y que hayan sido resultas las eventuales impugnaciones que se hubieren planteado, se podrá proceder a la apertura en acto público de las ofertas económicas (sobres "B") de quienes hubieren sido preseleccionados –únicamente de los oferentes preseleccionados–.

III) La garantía de igualdad, consagrada de modo general en el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos administrativos, posibilitando que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Los oferentes en una licitación o concurso deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros (Dictamen ONC Nº 47/13).

IV) Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Conf. Dictámenes ONC Nros. 93/13 y 313/13, entre otros).

V) La exigencia de presentar la garantía de mantenimiento de oferta en el sobre correspondiente a la oferta técnica (sobre "A") es un requisito exigido a todos los interesados en ofertar cuando se lleva a cabo un procedimiento de selección de etapa múltiple, de acuerdo a lo normado en el artículo 148 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) De optar el organismo contratante por alguna de las alternativas propuestas por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A., a criterio de este Órgano Rector se estaría colocando al referido proveedor en una situación de inaceptable privilegio en relación con los restantes oferentes.

VII) Puntualmente, lo peticionado por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. en cuanto a que se proceda a la apertura inmediata del sobre 'B', en presencia de un escribano público colisiona de lleno con la regulación efectuada en el artículo 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto una interpretación a *contrario sensu* de dicha norma lleva necesariamente a sostener que se encuentra vedada la posibilidad de abrir las ofertas económicas de quienes no hayan sido preseleccionados. A idéntica conclusión corresponde arribar respecto de la pretensión de continuar bajo la condición de que al momento de la apertura del sobre "B", se encuentre en él la garantía en cuestión. Ello así, en tanto que ninguna norma del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita la "preselección condicional".

VIII) El inciso d) del artículo 84 del citado Reglamento determina que una oferta será desestimada sin posibilidad de subsanación –entre otros supuestos– si no se acompañare la

garantía de mantenimiento de oferta en la forma debida. Así las cosas, en el marco de un concurso público de etapa múltiple, la exigencia de acompañar la garantía de mantenimiento de oferta "en la forma debida" de modo alguno puede conciliarse con el equívoco –reconocido por la propia interesada–, consistente en agregar la póliza de caución de que se trata en el sobre equivocado.

IX) Todos los interesados en participar de un procedimiento de selección de etapa múltiple deben presentar la garantía de mantenimiento de oferta junto con la propuesta técnica, entendiendo por ello, que la misma no puede acompañarse válidamente en una instancia ulterior, ni tampoco en el sobre que contiene la propuesta económica. Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia, pudiendo dar lugar, eventualmente, a maniobras de dudosa legitimidad.

X) La exclusión de la rigurosidad en el procedimiento no puede llegar a la paradoja del legal incumplimiento de las normas que rigen el procedimiento administrativo (Dictámenes PTN 213:147).

XI) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la oferta presentada por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. en el marco del Concurso Público de Etapa Múltiple Nacional Nº 1/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL, habría incurrido en la causal de desestimación no subsanable contemplada en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Fecha de emisión: 20 de abril de 2018.

Referencias/voces: Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" - Admisibilidad de ofertas – Concurso Público de Etapa Múltiple – Comisión Evaluadora.

Antecedentes:

En el marco del Concurso Público de etapa múltiple Nº 466-0002-CPU17 sustanciado a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" las firmas FINCA DON CARLOS S.R.L. y GASTRONORM S.A. presentaron sus ofertas económicas conjuntamente con las propuestas técnicas, razón por la cual el organismo girante consultó respecto de la validez de las mismas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que se expida respecto de la validez de las ofertas presentadas en el marco del Concurso Público de etapa múltiple Nº 466-0002-CPU17, en atención a que las propuestas económicas de varios oferentes fueron presentadas conjuntamente con las ofertas técnicas.

Normativa examinada:

- Artículos 25 y 26 inciso a) apartado 2º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 32 y 66 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como anexo a la Disposición ONC N°62/16.
- Artículo 2º del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados. La facultad de determinar la admisibilidad de un oferente es una función que está específicamente asignada a la Comisión Evaluadora (v. Dictámenes ONC Nº 389/2008 y 36/2016).

II) En las licitaciones o concursos de etapa múltiple la presentación de las propuestas técnicas y de las ofertas económicas debe hacerse en forma simultánea pero –bajo la lógica de los procedimientos sustanciados en soporte papel– en distintos sobres, cajas o paquetes perfectamente cerrados.

III) En los procedimientos sustanciados en soporte papel se prevé: a) la celebración del acto de apertura de las propuestas técnicas, luego del cual los oferentes pueden tomar vista de las mismas y efectuar las observaciones que consideren pertinentes, las que eventualmente

podrán ser contestadas por los oferentes observados; b) la Comisión Evaluadora analizará los aspectos de las propuestas técnicas presentadas y emitirá el dictamen de preselección. En caso de haberse presentado observaciones emitirá, en dicho dictamen, su opinión fundada sobre las mismas; c) Los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección dentro del plazo establecido y previa integración de la garantía correspondiente. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección, que deberá ser notificado por la Unidad Operativa de Contrataciones a todos los oferentes; d) Apertura de las ofertas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados, estableciéndose que dicho acto deberá ser realizado dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de preselección y aclarándose expresamente –también bajo la lógica de los procedimientos sustanciados en soporte papel– que en ese acto se devolverán cerrados los sobres, cajas o paquetes que contengan las ofertas económicas de los oferentes no preseleccionados; e) Finalmente, la Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito y emitirá un dictamen, el que será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección.

IV) Sólo después de que la autoridad competente haya aprobado la respectiva preselección y que hayan sido resueltas las eventuales impugnaciones que se hubieren planteado, se podrá proceder a la apertura en acto público de las ofertas económicas (sobres "B") de quienes hubieren sido preseleccionados –únicamente de los oferentes preseleccionados– (v. Dictamen ONC Nº 187/2015).

V) Toca ahora abordar lo atinente a las contrataciones electrónicas, comenzando por señalar que el artículo 32 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece, en su parte pertinente, que esta Oficina Nacional habilitará los medios para efectuar en forma electrónica los procedimientos prescriptos en dicho Reglamento y dictará los manuales de procedimiento en los que se podrán estipular condiciones específicas que se aparten de lo dispuesto en el mismo. Con sustento en ello, mediante la Disposición ONC Nº 65/16 (DI-2016-65-E-APN-ONC#MM), se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, según un cronograma de implementación gradual.

VI) El artículo 2º del Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16 –denominado "Manual de Procedimiento del COMPR.AR"– aclara expresamente que a partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.

VII) La tramitación de los procedimientos bajo la clase "etapa múltiple" contempla la presentación de la oferta técnica en un sobre distinto al de la oferta económica, señalándose expresamente que el sobre conteniendo las propuestas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados, se abrirá en acto público que deberá efectuarse dentro de los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de preselección. Ahora bien, atendiendo a que el procedimiento de marras fue llevado a cabo a través del sistema COMPR.AR deviene oportuno

aclarar que –en lugar de presentarse cada una en un sobre diferente– la oferta técnica debe ser cargada en una "solapa" diferente a la que corresponde a la oferta económica.

VIII) Bajo la lógica del sistema electrónico, los "sobres" a los que hace alusión el artículo 62 y concordantes del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16 se traducen –virtualmente– en "solapas" del COMPR.AR. De tal modo, para ofertar en procedimientos de etapa múltiple tramitados a través del COMPR.AR, el proveedor debe –en cuanto aquí interesa– ingresar la propuesta técnica y la oferta económica en solapas diferenciadas. Precisamente, la correcta carga de la documentación permitirá que la información se corresponda con cada apertura. Para ello, los interesados deben seguir los pasos explicados en el instructivo de oferta para etapa múltiple disponible online en: https://comprar.gob.ar/Repositorio/Manuales/v50452451/ManualOfertaEtapaM%C3%BAltiple.pdf.

IX) A saber: Paso 1. Una vez que el proveedor ingresa a ofertar con la acción correspondiente, visualiza la información básica del proceso de compra. Los pasos a completar aparecen divididos en solapas que se habilitan a medida que se ingresa la información necesaria. En la primera solapa se ingresa el nombre de la oferta y la descripción y presionando el botón "Siguiente Paso" se habilita el Paso 2; Paso 2. "Completar oferta económica y Anexar Documentación Etapa 2": El proveedor visualiza la grilla compuesta de los renglones a ofertar. Cada renglón tiene la acción que permite ingresar las especificaciones del proveedor, la cantidad a ofertar y el precio unitario final. El proveedor debe cargar –exclusivamente en esta solapa– los documentos que contengan o sugieran información sobre los precios de la oferta, otros aspectos económicos de la misma y toda documentación requerida para la segunda etapa (equivalente al segundo sobre en papel); Paso 3. "Ingresar requisitos mínimos Etapa 1": Si en el pliego se solicitó presentar documentación para la Primera Etapa, el proveedor deberá anexar electrónicamente el documento en este Paso 3. A todo evento, en el instructivo objeto de comentario se aclara que aquellos requisitos particulares que la repartición solicite para la segunda etapa no deben ser anexados en esta solapa sino y exclusivamente en la correspondiente al Paso 2; Paso 4: Ingreso de garantías; Paso 5: Confirmación de la oferta. Dentro del Paso 5 el proveedor puede visualizar el resumen de su oferta, con todos los datos y documentos cargados. Una vez verificado todos los campos, el proveedor puede guardar la oferta o proceder a confirmarla. Solamente las ofertas confirmadas serán recibidas por el organismo contratante en la fecha y hora establecidas para la primera apertura.

X) Pues bien, no obstante lo indicado tanto en la normativa como en el instructivo disponible en el sitio de internet del sistema electrónico COMPR.AR, determinados oferentes adjuntaron documentos relacionados con el precio de la oferta en la solapa correspondiente a la propuesta técnica (es decir en el Paso N° 3). Siendo ello así, puede afirmarse sin hesitación que la apertura de ambas propuestas en forma conjunta se contrapone en un todo con las previsiones de la normativa vigente para los procedimientos sustanciados bajo la clase "etapa múltiple".

XI) Tal como establece el artículo 26 del Decreto Delegado N° 1023/01, la etapa múltiple presupone –para su razonable aplicación– características específicas de la prestación, tales como el alto grado de complejidad del objeto o la extensión del término del contrato, por lo que para una correcta y objetiva evaluación de la oferta técnica el régimen normativo prevé que ésta

se lleve a cabo en forma autónoma e independiente de la oferta económica. De este modo, al decir de autorizada doctrina, *"…se evita que empresas sin capacidad técnica o financiera suficiente compliquen la licitación con precios irrealmente bajos, que no darán sino dificultades en la ejecución*" (v. GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 518. Disponible online desde el sitio: https://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf).

XII) Si la autoridad competente del organismo contratante dispuso que el concurso público para la contratación de un servicio de almuerzo para los agentes pertenecientes a la AGENCIA NACIONAL DE MATERIALES CONTROLADOS (ANMAC) se lleve a cabo bajo la clase "etapa múltiple", ha sido porque oportunamente entendió que en atención a características específicas de la prestación, la oferta técnica debía ser analizada por la Comisión Evaluadora en una etapa diferente a la de oferta económica. Por tal razón, el error en el que incurrieran las firmas FINCA DON CARLOS S.R.L. y GASTRONORM S.A. constituye, en opinión de esta Oficina Nacional, un error esencial en los términos establecidos en el inciso j) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, el cual reza: *"CAUSALES DE DESESTIMACIÓN NO SUBSANABLES. Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos* (…) *j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales.".*

XIII) Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de Septiembre de 2018.

Referencias/voces: Posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación en Licitaciones y/o concursos de etapa múltiple.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto del temperamento a seguir frente a presentaciones efectuadas por parte de la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS MARTIN FIERRO S.R.L. en el marco de la Licitación Pública de Etapa Múltiple Nacional Nº 34-0002-LPU18.

Concretamente, se solicitó al Órgano Rector que se expida respecto de la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de las ofertas en un procedimiento de etapa múltiple.

Normativa examinada:

- Artículos 23 y 26 inciso a) apartado 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación 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 Nº 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF- 2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM, entre otros). Ahora bien, ello no resulta óbice en este caso para emitir opinión en torno a la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de ofertas emitido durante la sustanciación de una licitación o concurso de etapa múltiple.

II) El trámite específico para los procedimientos de etapa múltiple, sean licitaciones o concursos, se encuentra regulado en el Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70), indicándose expresamente que todo lo que no se encuentre previsto de un modo específico se regirá por lo establecido en las restantes disposiciones del citado Manual y por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con las restantes normas modificatorias y complementarias.

III) Debe necesariamente diferenciarse el dictamen de preselección –el cual es susceptible de impugnación por oferentes e interesados dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos de notificados, previa integración de la garantía correspondiente– del dictamen de evaluación de las ofertas propiamente dicho, respecto del cual la normativa vigente no prevé la posibilidad de su impugnación, no obstante la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación fundado en dicho asesoramiento.

IX) Esto es así por cuanto el artículo 66 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 expresamente prevé que: *"…Los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección dentro de los DOS (2) días de notificados, previa integración de la garantía correspondiente. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección. La Unidad Operativa de Contrataciones deberá notificar a todos los oferentes el acto administrativo que resuelva la preselección dentro de los TRES (3) días de emitido.".*

X) En contraste, el artículo 68 del aludido Manual, al regular lo atinente al dictamen de evaluación de ofertas en procedimientos de etapa múltiple, estipula: *"La Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito y recomendará sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento. En caso de haberse previsto en el referido pliego la combinación de los puntajes obtenidos en ambas propuestas, se ponderarán los puntajes de la manera preestablecida, a los efectos de la obtención del puntaje final. Este dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección.".*

XI) El Manual de Procedimiento regula expresamente la posibilidad de impugnar el dictamen de preselección, mientras que respecto del dictamen de evaluación la expresión "será elevado sin más trámite" anula, a criterio de esta Oficina Nacional, toda posibilidad de

impugnación, la que en su caso se subsumirá en la facultad de recurrir el acto administrativo de conclusión del procedimiento. De lo contrario, carecería de sentido lo ordenado en el artículo 68, in fine, previamente transcripto.

XII) En el marco de un procedimiento licitatorio de etapa múltiple el dictamen de evaluación propiamente dicho no resulta susceptible de impugnación, extremo que en modo alguno obsta –va de suyo– al eventual cuestionamiento del acto administrativo de conclusión del procedimiento, mediante los recursos y/o remedios contemplados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017).

CONTRA-GARANTÍAS.

DICTAMEN ONC Nº 116/2013.

Fecha de emisión: 14 de mayo de 2013.

Referencias/voces: Adelanto financiero. Contra-garantía.

Consulta:

Se solicitó opinión a la ONC respecto de diversos interrogantes en torno a los adelantos financieros.

Opinión del Órgano Rector:

I) La normativa no establece un mínimo o un máximo sobre los montos de los adelantos, determinando únicamente que la contragarantía deberá ser por el valor total adelantado, por lo que en el caso de adelantarse el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del contrato deberá requerirse una contragarantía también por el valor del CIEN POR CIENTO (100%).

II) El organismo consultante podrá adelantar el importe que considere pertinente debiendo exigir una contragarantía por el mismo valor adelantado. la decisión de adelantar el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del contrato encuadra dentro de la esfera de las decisiones que en virtud del mérito, oportunidad y conveniencia, debe adoptar el organismo contratante al momento de redactar los pliegos de bases y condiciones particulares, siempre que se resguarden los principios generales aplicables al procedimiento contractual.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00438178-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. NIRO CONSTRUCCIONES S.R.L. Incumplimiento de pago de la contragarantía de anticipo financiero

Antecedentes.

Mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA N° 534, de fecha 20 de agosto de 2015, se resolvió rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 33/2013 emitida a favor de la firma NIRO CONSTRUCCIONES S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 36/12.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL TREINTA Y SIETE CON CATORCE CENTAVOS ($ 471.037,14) y se intimó al proveedor al pago de dicha suma en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

A su vez, por conducto del artículo 2º de la Resolución ex MAGyP Nº 534/15 se formuló cargo a NIRO CONSTRUCCIONES S.A. por la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO ONCE CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 1.413.111,44.-), equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado.

La Resolución del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA N° 534/15 fue notificada al proveedor NIRO CONSTRUCCIONES S.A. conjuntamente con la intimación al pago de la penalidad dispuesta, el día 26 de agosto de 2015.

Finalmente, la COORDINACIÓN DE TESORERÍA del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA informó con fecha 16 de septiembre de 2015 lo siguiente: *"…ni en esta Coordinación ni en la Tesorería General de la Nación* […] *consta acreditación alguna por la suma de $ 471.037,14 y $ 1.413.111,44 por parte de la firma NIRO CONSTRUCCIONES S.A.".*

Opinión del Órgano Rector:

I) La doctrina conceptualiza la contragarantía del siguiente modo: *"La garantía por anticipo o contragarantía es, al igual que las anteriores, una obligación accesoria a otra principal (obligación de ampliar el anticipo al cumplimiento del contrato), por la cual, el contratista o un tercero, garantiza a la Administración la adecuada aplicación de la ayuda financiera recibida como adelanto de una porción del precio para el normal desarrollo del contrato y a su eventual devolución, en caso de incumplimiento o de extinción anormal del contrato. Por ello, si se determina que el contratista no ha utilizado el adelanto para el cumplimiento adecuado del contrato, sino que le ha dado un destino diferente, la Administración debe solicitar su restitución, con más sus intereses desde el momento del incumplimiento. En caso que el contratista no restituyera dichos montos de manera voluntaria, la Administración ejecutará la contragarantía…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. Pág. 341/342).

II) En torno al incumplimiento de pago de la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO ONCE CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 1.413.111,44) equivalente a la porción no ejecutada del adelanto financiero oportunamente entregado, una interpretación literal de lo establecido en el artículo 145, inc. b) apartado III, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 podría llevar a concluir que la no integración de la suma correspondiente a la contragarantía por anticipo financiero, habiendo sido debidamente intimado al efecto, podría dar lugar a UNA (1) sanción de suspensión por UN (1) AÑO para contratar con el Estado Nacional. Ahora bien, cabe considerar si el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 puede ser aplicado para establecer una sanción menor en virtud del principio de la ley penal más benigna.

III) No correspondería aplicar una sanción al proveedor penalizado toda vez que el antecedente en este punto analizado no es un supuesto típico pasible de sancionar, a la luz del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En suma, se advierte que para el caso de falta de pago de la contragarantía en concepto de reintegro por anticipo financiero, resulta más beneficioso para el proveedor la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en virtud de que la cuestión aquí planteada no está tipificada como causal de sanción en el mencionado Reglamento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00438198-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Proveedor R.D.S. S.A. Incumplimiento de pago de la contragarantía de anticipo financiero.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la DIRECCIÓN NACIONAL DE GENDARMERÍA Nº 381, de fecha 23 de abril de 2013, se resolvió rescindir totalmente –por culpa del proveedor– la Orden de Compra Nº 118/12, emitida en favor de la firma R.D.S. S.A., en el marco de la Licitación Pública Nº 7/12 de la aludida jurisdicción.

Asimismo se aplicó al proveedor R.D.S. S.A. la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato y se ordenó al DEPARTAMENTO DE CONTRATACIONES del organismo de origen tramitar la ejecución de las garantías de “Cumplimiento de Contrato” y “Por Anticipo Financiero”.

Opinión del Órgano Rector:

I) En torno al incumplimiento de pago de la suma de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS ONCE CON VEINTE CENTAVOS ($ 1.559.611,20) equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto total del contrato, oportunamente otorgado al cocontratante en concepto de adelanto financiero, no resulta ocioso traer a colación que la función de la contragarantía por anticipo financiero es asegurar a la Administración la restitución del importe adelantado cuando el proveedor no lo hubiera utilizado para el fin propuesto. La Administración asegura así, a través de esta garantía, el recupero del dinero total adelantado al proveedor para el caso de que éste no cumpla con el contrato.

II) La doctrina conceptualiza la contragarantía del siguiente modo: *"La garantía por anticipo o contragarantía es, al igual que las anteriores, una obligación accesoria a otra principal (obligación de ampliar el anticipo al cumplimiento del contrato), por la cual, el contratista o un tercero, garantiza a la Administración la adecuada aplicación de la ayuda financiera recibida como adelanto de una porción del precio para el normal desarrollo del contrato y a su eventual devolución, en caso de incumplimiento o de extinción anormal del contrato. Por ello, si se determina que el contratista no ha utilizado el adelanto para el cumplimiento adecuado del contrato, sino que le ha dado un destino diferente, la Administración debe solicitar su restitución, con más sus intereses desde el momento del incumplimiento. En caso que el contratista no restituyera dichos montos de manera voluntaria, la Administración ejecutará la contragarantía…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. Pág. 341/342).

III) La falta de pago de sumas reclamadas por la Administración que no tengan origen en una penalidad pecuniaria prevista en el reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como sucede en el caso bajo examen, no configura la figura sancionatoria precedentemente transcripta, en tanto no se verifica la concurrencia de uno de los extremos/elementos típicos (penalidad aplicada) individualizados por la normativa para que proceda la sanción de suspensión allí contemplada.

IV) El presupuesto de hecho bajo examen no está previsto como causal de sanción en el mencionado Reglamento.

CONTRATACIÓN DIRECTA POR DESARME/TRASLADO.

DICTAMEN ONC Nº 981/2012.

Fecha de emisión: 31 de octubre de 2012.

Referencias: Ámbito de aplicación subjetivo. Yacimientos Carboníferos Rio Turbio (YCRT). Inaplicabilidad del régimen. Sometimiento voluntario al régimen. Autorización y aprobación del procedimiento en un único acto administrativo. Normativa aplicable. Contratación directa por desarme previo o reparación. Pedido de Garantía: Improcedencia.

Consulta:

Por las actuaciones giradas en consulta, se hallaba en trámite un proyecto de Decisión Administrativa por el cual se propiciaba aprobar el procedimiento de contratación directa por reparación con desarme o examen previo, realizado conforme lo establecido en el Artículo 25, inciso d) Apartado 7) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y adjudicar a la empresa ELABORADOS METÁLICOS INDUSTRIALES SOCIEDAD ANÓNIMA (EMEINSA), representada por la firma FIALA & COMPAÑÍA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, el servicio de reparación de la rozadora EICKHOFF EDW-170/340 L., del YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO Y DE LOS SERVICIOS

FERROPORTUARIOS CON TERMINALES EN PUNTA LOYOLA Y RÍO GALLEGOS (YCRT), sito en la Provincia de SANTA CRUZ.

En ese marco, encontrándose en trámite el proyecto de acto administrativo referenciado, se consultó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES sobre el régimen jurídico aplicable.

Es dable mencionar que el Señor Interventor de la entidad girante, manifestaba la necesidad de desarme, traslado o examen previo para determinar la reparación necesaria, y que la selección de otro procedimiento resultaría más oneroso.

En sentido concordante, el Coordinador General del YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO explicó que los elementos que se procuraban reemplazar demandaban una elevada exigencia técnica, debido a la antigüedad del modelo de la máquina a reparar. Al respecto, puso de resalto que la rozadora fue fabricada en forma discontinua y que la firma EICKHOFF, en tanto fabricante original de la máquina, no la producía más.

En virtud de lo expuesto, el Señor Coordinador General arguyó la inviabilidad de llevar a cabo el objeto mediante reparaciones comunes y que la reparación requería el desarmado o despiece de la máquina en sus partes componentes.

Normativa examinada:

- Inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156.
- Artículos 2° y 25, inciso d), apartado 7 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 26 y 143 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La contratación que se propicia no se rige por el Régimen establecido en el Decreto Delegado Nº 1023/01, por cuanto la contratante no es una entidad comprendida, de conformidad con el alcance subjetivo expuesto en el artículo 2º del mencionado cuerpo normativo.

II) Si bien el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido mediante el Decreto Delegado Nº 1023/01 resulta de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, nada obsta a que una empresa pública –como lo es YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO– opte por someterse voluntariamente al régimen aludido, ya sea en forma transitoria o permanente. De hecho, tal circunstancia redundaría en un afianzamiento de los principios generales previstos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, en beneficio tanto de los intereses públicos perseguidos por la empresa como de los intereses particulares de eventuales interesados y oferentes.

III) Mediante el Dictamen ONC Nº 863/2012 se sugirió considerar el encuadre en la causal regulada en el artículo 25 inciso d) apartado 7° del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto sea necesario un desarme, traslado o examen previo y sea más oneroso utilizar otro procedimiento.

IV) A los fines de encuadrar el procedimiento de selección en la causal de contratación directa por desarme, traslado o examen previo, la normativa citada establece los siguientes requisitos: a) Que se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores; b) Que el desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria; c) Que para el organismo contratante resulte más oneroso otro procedimiento de contratación; d) Que no se trate de reparaciones comunes de dichos elementos.

V) En relación al proyecto de Decisión Administrativa acompañado, corresponde observar lo estipulado en la CLÁUSULA QUINTA "GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", en cuanto exige la presentación de la garantía de cumplimiento de contrato por el DIEZ POR CIENTO (10%) del valor adjudicado. Se objeta esta cláusula en la medida en que a la luz de lo establecido en el artículo 143, inciso k) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en este tipo de procedimiento los oferentes y adjudicatarios están exceptuados de la obligación de presentar garantías.

CONTRATACIÓN DIRECTA POR ESPECIALIDAD.

DICTAMEN ONC Nº 4/2013.

Fecha de emisión: 8 de enero de 2013.

Referencia: Procedimiento de selección: Contratación Directa por Especialidad.

Consulta:

El CENTRO DE PRODUCCIÓN E INVESTIGACIÓN AUDIOVISUAL (CEPIA), del ex MINISTERIO DE CULTURA puso en conocimiento de la ONC que: *"…a través del Decreto Nº 345/12, el Poder Ejecutivo ha delegado en el CEPIA el análisis y la elaboración de las acciones culturales que se llevan a cabo en el marco del PLAN NACIONAL IGUALDAD CULTURAL, impulsado por el MINISTERIO DE PLANIFICACION, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS de manera conjunta con LA SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACION. En ese contexto, los contenidos generados por CEPIA, entre otros, llegarán gratuitamente a todo el país mediante las estaciones de exhibición y los diversos medios que integran la RED FEDERAL DE CULTURA DIGITAL, espacios que se constituyen como uno de los ejes del mencionado plan…".*

En ese orden de cosas, a los fines de dar cumplimiento a las misiones previamente reseñadas, el organismo de origen consultó a esta Oficina sobre la viabilidad de llevar a cabo contrataciones directas por especialidad, al amparo de lo establecido en el artículo 25°, inciso d), apartado 2) del Decreto 1023/01.

Normativa examinada.

- Artículo 25, inciso d), apartado 2 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 21 y 138 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) Para resulte procedente la causal de contratación directa por especialidad, deberán acreditarse los siguientes extremos: 1. La unidad requirente deberá fundar en su requerimiento la necesidad de contratar específicamente los servicios de una persona física o jurídica especializada para la realización o adquisición de una determinada obra científica, técnica o artística. A tales fines deberá acreditarse que la especialidad e idoneidad de la empresa, persona o artista en cuestión son características determinantes para el cumplimiento de la prestación; 2. A los efectos de acreditar la condición de "único proveedor", deberán acompañarse en el expediente los antecedentes que den cuenta de la notoria capacidad científica, técnica o artística de la empresa, persona o artista a quien se encomiende la ejecución de la obra; 3. Las contrataciones que se realicen por razones de especialidad deben establecer la responsabilidad propia y exclusiva del cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el ESTADO NACIONAL.

II) El artículo 21 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 vino a flexibilizar, en alguna medida, la exigencia de un "único proveedor", al establecer que quedará acreditada dicha condición cuando se fundamente la necesidad de la especialización requerida y se acompañen los antecedentes que acrediten la notoria capacidad científica, técnica o artística de la empresa, persona o artista a quien se encomiende la ejecución de la obra. Sin perjuicio de lo expuesto, las contrataciones directas por especialidad no dejan de ser procedimientos de excepción, de interpretación restrictiva, por cuanto la viabilidad de los mismos estará siempre sujeta a que se encuentren cumplidos los extremos establecidos en la normativa habilitante.

CONTRATACIÓN DIRECTA POR EXCLUSIVIDAD.

DICTAMEN ONC Nº 1005/2012.

Fecha de emisión: 20 de noviembre de 2012.

Referencias: Procedimientos de selección. Regla general. Licitación pública o concurso público. Adquisición de material bibliográfico a una Universidad Nacional. Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención, a efectos de que dictamine sobre el correcto encuadre que correspondía asignar a la adquisición de material bibliográfico a una Universidad Nacional por parte de la COMISIÓN NACIONAL PROTECTORA DE BIBLIOTECAS POPULARES (CONABIP).

Así, a los efectos de llevar a cabo la contratación propiciada, el organismo de origen consultó si correspondía encuadrar el procedimiento de selección de que se trata en el marco de una contratación directa por exclusividad –en tanto tiene por objeto la adquisición de material bibliográfico– o si, por el contrario, deberá enmarcarse en el ámbito de las contrataciones directas con Universidades Nacionales, en razón de la singular naturaleza jurídica del sujeto cocontratante.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, encontrándose dicha decisión reservada exclusivamente al organismo que llevará adelante la contratación.

II) En virtud del artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01, la regla general en materia de procedimientos de selección del contratista es la licitación pública o concurso público, según corresponda. En todos los casos en que la selección del cocontratante se aparte de la mencionada regla general, corresponderá tener una interpretación restrictiva de los extremos que la normativa exige para la procedencia de procedimientos de selección excepcionales.

III) Para que resulte procedente la causal de contratación directa por exclusividad, deberán satisfacerse los siguientes requisitos: 1) Acreditar que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse en el expediente mediante la documentación que compruebe la exclusividad que detenta la persona física o jurídica respectiva sobre la venta del bien o servicio objeto de la prestación. En aquellos casos en que la exclusividad surja de normas específicas, se entenderá acreditada y documentada con la sola cita de las normas pertinentes; 2) Deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

IV) La causal sub-examine responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un único oferente recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata, por ejemplo, en el hecho que de ese bien o servicio sólo puede ser comercializado por determinado contratista en virtud de un privilegio para ello (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012).

V) Tratándose de la adquisición de material bibliográfico, en el país o en el exterior, resultará imprescindible acreditar en las actuaciones correspondientes que el cocontratante propiciado reviste la calidad de editorial o persona física o jurídica especializada en la materia, así como también deberá incorporarse al expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

VI) En la medida en que la Universidad Nacional de que se trate, en su carácter de entidad autárquica con autonomía para llevar a cabo los fines y objetivos propios de la institución, cuente con un sello editorial propio y especializado, abocado –por ejemplo– a la promoción y difusión de las obras científicas, artísticas y literarias producidas por profesores e investigadores de esa Casa de Estudios, el organismo consultante podrá canalizar la adquisición de material bibliográfico a través de una contratación directa por exclusividad, sin perjuicio de tener que acreditar indefectiblemente en las actuaciones la inexistencia de sustitutos convenientes.

DICTAMEN ONC Nº 366/2013.

Fecha de emisión: 22 de octubre de 2013.

Referencias/voces: Contratación de licencias Microsoft. Contratación directa por exclusividad. Proveedor extranjero.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ya que –en opinión del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo consultante– la contratación directa por exclusividad contemplada en los artículos 25, inciso d), apartado 3 del Decreto N° 1023/01 y 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no prevé la contratación con una empresa extranjera que no tenga representación legal en el país.

Normativa examinada:

- Artículo 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 22 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad debe acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) El oferente deberá ser una persona humana o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio. Es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; 2) No deberán existir sustitutos convenientes para el organismo contratante. A tal efecto, deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

2) La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

3) El carácter de nacional o extranjero del cocontratante no constituye un requisito para la procedencia de una contratación directa por exclusividad. En una contratación directa por

exclusividad no se exige que el cocontratante sea una empresa nacional o con representación legal en el país.

DICTAMEN ONC Nº 383/2013.

Fecha de emisión: 29 de octubre de 2013.

Referencias: Contratación directa por exclusividad. Proveedor extranjero.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en torno al procedimiento que correspondía seguir para la adquisición por parte del SENASA de *"…kits de diagnóstico específicos para determinación de analitos en proteínas animales de los cuales el único proveedor es CER GROUPE, fundación radicada en Bélgica".*

A mayor abundamiento, en la aludida nota se indicaba lo siguiente: "*El importe total de la compra es de Euros seis mil ciento treinta (€ 6130.-). Por tratarse de un laboratorio de referencia a nivel internacional no existen sustitutos convenientes, ni representantes o sedes en nuestro país que provean dichos kits.".*

Normativa examinada:

- Artículos 24, 25, 26 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 15, 17, 18, 22, 34, 35, 49, 50, 51, 55, 58 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse. La elección del procedimiento de selección es una atribución exclusiva del organismo que llevará adelante la contratación correspondiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 513/09, entre muchos otros), quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por aquel procedimiento –de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, a fin de lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas. La regla general es la licitación pública o concurso público, según corresponda, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser los que, a *priori*, mejor resguardan el cumplimiento de los principios generales de promoción de la concurrencia, publicidad y transparencia.

III) La normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente la utilización de la licitación o del concurso público, de acuerdo a la necesidad que se presenta –tiempo, lugar, características del bien o servicio– y el fin público comprometido (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012). Para el caso de que la autoridad competente decida encuadrar el procedimiento como una contratación

directa por exclusividad, su viabilidad jurídica quedará sujeta a la efectiva acreditación de los extremos exigidos por la normativa habilitante.

IV) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad con la firma extranjera CER GROUPE deberá acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. El oferente deberá ser una persona física o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio. Es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; 2. Deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes; 3. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes (Cfr. Dictámenes ONC Nº 747/2011; Nº 863/2012, Nº 1005/2012 y Nº 43/2013).

V) La posibilidad de contratar con un determinado oferente en particular, sea nacional o extranjero, recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata, por ejemplo, en el hecho que de ese bien o servicio sólo puede ser comercializado por determinado contratista en virtud de un privilegio para ello (Cfr. Dictámenes ONC Nº 863/2012 y Nº 1005/2012). La circunstancia de que no existan representantes ni distribuidores en Argentina no obsta a que sí existan en otros países y, eventualmente, considerar la posibilidad de realizar una licitación de clase internacional, pública o privada, de acuerdo al monto estimado de la contratación (Cfr. Dictamen ONC Nº 747/2011).

DICTAMEN ONC Nº 400/2013.

Fecha de emisión: 30 de octubre de 2013.

Referencias: Contrataciones en el exterior. Adquisición de automóviles. Permuta. Gestión de bienes del Estado. Contrato de leasing. Decreto Nº 1188/12. Contratación Directa por exclusividad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre las dificultades informadas por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, en cuanto a la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, con el objeto de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de dicha Embajada.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 22, 139, 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La operación propiciada por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil tendiente a “renovar” el automóvil oficial de dicha repartición no revestiría

el carácter de permuta, sino que se trataría, en realidad, de dos actos jurídicos sucesivos, claramente diferenciados: En primer lugar se procura la venta del automóvil BMW 530 i modelo 2008 actualmente en uso por la Embajada y con el producido de dicha enajenación, cubrir en todo o en parte la adquisición de una unidad similar cero kilómetro, en reemplazo. Estaríamos frente a compraventas sucesivas.

II) A los fines de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, el organismo de origen debería, en caso de corresponder, tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo, por cuanto la contratación propiciada se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del referido Decreto (v. Dictamen ONC Nº 1045/12).

III) Para que resulte procedente la instrumentación de una contratación directa por exclusividad con el Concesionario oficial "BMW Diplomatic Sales Competence Centre", propuesto por la Embajada interesada, deberá quedar acreditado en el respectivo expediente el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. El oferente deberá ser una persona física o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio. Es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; 2. Deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes; 3. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes (Cfr. Dictámenes ONC Nº 863/2012, Nº 1005/2012 y Nº 43/2013, entre otros).

IV) La posibilidad de contratar con un determinado oferente en particular recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata, por ejemplo, en el hecho que de ese bien o servicio sólo puede ser comercializado por determinado contratista en virtud de un privilegio para ello (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012).

V) Cuando los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 lleven a cabo procedimientos de selección en el extranjero, deberán aplicar el régimen jurídico argentino, pero con las adaptaciones que resulten pertinentes. Dicho en otros términos, se flexibilizan algunas exigencias formales de los procedimientos, adaptándolos a los usos y costumbres del lugar donde se va a celebrar la contratación.

VI) En todos los casos, a los fines de proceder a la contratación que se considere adecuada con miras a satisfacer las necesidades de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, dicha Representación deberá sujetarse a las previsiones del Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y respecto de las cuestiones no previstas, deberá aplicarse el régimen general argentino, con las adaptaciones que resulten pertinentes de acuerdo a los usos y costumbres del lugar donde se va celebrar el contrato.

DICTAMEN ONC Nº 426/2014.

Fecha de emisión: 3 de noviembre de 2014.

Referencias: Contratación directa por exclusividad. Adjudicación simple. Aprobación del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Aprobación del Pliego en el acto administrativo que tiene por objeto concluir el procedimiento. Opción de omitir la instancia prevista en los inciso a) y b) del Artículo 11 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se sirva interpretar los incisos b) y h) del artículo 139 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto N° 893/12, en relación a la tramitación del procedimiento de contratación directa por exclusividad.

Puntualmente, la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN solicitó al Órgano Rector que: *"...tenga a bien brindar aclaración acerca de si en las contrataciones de adjudicación simple por exclusividad, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares no requiere aprobación en ninguna etapa del procedimiento, o si el mismo deber ser aprobado en el acto administrativo que tiene por objeto concluir el procedimiento, en caso de que se hubiera optado por omitir la instancia prevista en los incisos a) y b) del Decreto 1023/01…"*.

Normativa examinada:

- Artículos 11 y 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 19 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional distingue entre la contratación directa por compulsa abreviada y la contratación directa por adjudicación simple, resultando esta última procedente en los supuestos de contrataciones directas por exclusividad, supuesto que interesa aquí.

II) En las contrataciones que se encuadren en el apartado 3º del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01 no será obligatorio para el organismo contratante emitir el acto administrativo por el cual se autorice el llamado, la elección del procedimiento de selección y se aprueben las bases del llamado –vulgarmente denominado "acto uno"–. Empero, tales extremos deberán cumplimentarse al momento del dictado del acto por el cual se apruebe lo actuado en el marco del procedimiento de selección de que se trate y se adjudique –artículo 11, inciso f) Decreto Delegado Nº 1023/01–.

III) Lo normado en el inciso b) del artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no debe interpretarse como una eximición de tales requisitos, sino de una postergación de su cumplimiento, es decir, difiriendo su exigencia en el tiempo. Justamente, la autoridad competente para concluir el procedimiento, previo a adjudicar, deberá

necesariamente, en dicho acto, aprobar el procedimiento elegido junto con las bases que rigieron el llamado, tal como se encuentra previsto en el inciso f) del aludido artículo.

IV) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina que, si bien en el inciso b) del artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se exime a la autoridad competente de la obligación de dictar el acto administrativo que autorice la convocatoria, la elección del procedimiento de selección y la aprobación de las bases del llamado, lo cierto es que dichos extremos del procedimiento deberán ser satisfechos por la autoridad competente en oportunidad de suscribir el acto administrativo de adjudicación, en el que deberá necesariamente pronunciarse sobre el procedimiento elegido y las bases que rigieron el llamado. Luego, el trámite deberá ceñirse a las restantes previsiones contempladas en el artículo 139 y concordantes.

DICTAMEN ONC Nº 83/2015.

Fecha de emisión: 27 de marzo de 2015.

Referencias: Contratación directa por exclusividad. Compra de 7000 ampollas de palivizumab. Competencia de la ONC. Encuadre del procedimiento. Difusión de la convocatoria. Aprobación del pliego.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa acompañado (Provisorio Nº 302/2015), mediante el cual se propiciaba, entre otros extremos, aprobar la Contratación Directa Nº 142/2014 del registro del ex MINISTERIO DE SALUD, encuadrada en el artículo 25, inciso d) apartado 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y en el artículo 22 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, junto a las respectivas normas modificatorias y complementarias, con el objeto de adquirir CUATRO MIL SETECIENTOS (4.700) frascos ampolla de polvo liofilizado de Palivizumab por 100 miligramos y DOS MIL TRESCIENTOS (2.300) frascos ampolla de polvo liofilizado de Palivizumab por 50 miligramos.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 22, 53 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Anexo I a la Resolución SIGEN Nº 122/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad deben acreditarse los siguientes extremos: 1) El oferente deberá ser una persona física o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio; es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; 2) Deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

II) De la documentación obrante en los presentes actuados se desprende que la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA (ANMAT) informó que la firma ABBOTT LABORATORIES ARGENTINA S.A. es la titular del único certificado registrado con el Ingrediente Farmacéutico Activo (IFA) “Palivizumab” y, a su vez, la mencionada firma declaró que se ha reservado el privilegio de venta del producto en cuestión.

III) Excede la competencia de este Órgano Rector escrutar la validez de los fundamentos vertidos en autos en torno a las características del medicamento Plivizumab y la inexistencia de sustitutos convenientes, toda vez que los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, estén bien fundados con adecuación al caso concreto y no adolezcan de arbitrariedad manifiesta que destruya su valor (Conf. Dictámenes PTN 200:116; 207:343).

IV) En relación a la publicidad del llamado, el artículo 53 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla que la convocatoria a presentar ofertas en las contrataciones directas que se encuadren en el apartado 3º –exclusividad– del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01 se deberán difundir en el sitio de internet de esta Oficina Nacional, extremo que se encuentra acreditado. Por otra parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 139, incido e) del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 podrá prescindirse de la confección del Cuadro Comparativo de Ofertas y de la intervención de la Comisión Evaluadora.

V) El inciso c) del artículo 3º del Anexo I a la Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122/10 excluye del control de Precios Testigo a las contrataciones directas por exclusividad, como la que aquí nos ocupa.

VI) Una interpretación armónica de las normas en juego [artículo 11 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12] permite colegir que en las contrataciones que se encuadren en el apartado 3º del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01 no será obligatorio para el organismo contratante emitir el acto administrativo por el cual se autorice el llamado, la elección del procedimiento de selección y se aprueben las bases del llamado –vulgarmente denominado “acto uno”–. Empero, es dable advertir que tales extremos deberán cumplimentarse al momento del dictado del acto por el cual se apruebe lo actuado en el marco del procedimiento de selección de que se trate y se adjudique (v. Dictamen ONC Nº 426/14).

VII) Ello así, en la medida en que lo normado en el inciso b) del artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no debe interpretarse como una eximición de tales requisitos, sino de una postergación de su cumplimiento, es decir, difiriendo su exigencia en el tiempo.

DICTAMEN ONC Nº 93/2015.

Fecha de emisión: 9 de abril de 2015.

Referencias: Proyecto Decisión Administrativa. Adquisición a la firma ELSEVIER BV de material bibliográfico digital de las publicaciones SCIENCE DIRECT Y SCOPUS con destino a la BIBLIOTECA ELECTRONICA del ex MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGIA E INNOVACION PRODUCTIVA. Contratación directa por exclusividad. Requisitos para su procedencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 4282/2014), mediante el cual se propicia, entre otros extremos, aprobar lo actuado en el marco de la Contratación Directa Nº 37/2014, llevada a cabo en el ámbito del ex MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA para la adquisición de las publicaciones electrónicas SCIENCE DIRECT y SCOPUS editadas hasta junio de 2015, con destino al Portal de Publicaciones Periódicas Científicas y Tecnológicas denominado “BIBLIOTECA ELECTRÓNICA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA” de dicha cartera Ministerial.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de este Órgano Rector pronunciarse en abstracto respecto de las distintas circunstancias que pueden suscitarse durante la tramitación de un procedimiento de selección; de lo contrario, estaría supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico y de la autoridad con competencia para aprobarlo. Esta Oficina Nacional tampoco posee entre sus atribuciones funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros.

II) 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 cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente en la materia (v. Dictámenes ONC Nº 200/06 y Nº 205/06, entre otros).

III) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad el oferente, ya sea una persona física o jurídica, deberá tener el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio; es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica.

IV) Cuando se trate de la adquisición de material bibliográfico en el país o en el exterior, la exclusividad quedará acreditada si la compra se realizara a editoriales o personas físicas o jurídicas especializadas en la materia, no obstante en estos casos deberá igualmente acompañarse el informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes para el organismo contratante.

DICTAMEN ONC Nº 315/2015.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2015.

Referencias/voces: Selección del procedimiento. Contratación Directa por Exclusividad. Convenio Marco. No se configuran los requisitos de procedencia. Licitación Pública regla general.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que brinde asesoramiento técnico-legal respecto del encuadre legal seleccionado por la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES (APN) en la contratación del servicio profesional para la ejecución, inscripción, amojonamiento y visación de la mensura y subdivisión del área que compone el Parque Nacional Chaco.

Cabe destacar que el organismo de origen propiciaba una contratación directa por exclusividad con la FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES (FADA) con el objeto de contratar un servicio de ejecución, inscripción, amojonamiento y visación de mensura en los términos previstos en el artículo 25, inciso d) punto 3 del Decreto Delegado N° 1023/01.

En ese sentido, la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES invocó como causal de dicha exclusividad el Convenio Marco Institucional suscripto entre la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES y la FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES (FADA) y los respectivos Convenios Específicos cuyos modelos fueran aprobados mediante la Resolución del HONORABLE DIRECTORIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES N° 275/14.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 23, 24 y 25 inciso d) apartado 3º del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 15, 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de 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 los lineamientos establecidos por la normativa en cada caso. Por consiguiente, la elección del procedimiento de selección a utilizarse en el caso de marras es una atribución exclusiva del organismo que llevará adelante la contratación correspondiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 513/2009, entre muchos otros), quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) En materia de elección del procedimiento de selección del contratista la regla general es la licitación pública o concurso público, según corresponda, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser los que, *a priori*, mejor resguardan el cumplimiento de los principios generales de promoción de la concurrencia, publicidad y transparencia. Tal es el criterio consagrado en el Decreto Delegado Nº 1023/01 a lo largo de todo su articulado, recogiendo además en su artículo 3º los principios generales que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido sosteniendo a lo largo de los años como basamento de dicha regla.

III) Si bien la licitación o el concurso público constituyen la regla general, la selección del cocontratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente. Es decir, la propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente la utilización de la licitación pública o del concurso público, de acuerdo a la necesidad que se presenta –tiempo, lugar, características del bien o servicio– y el fin público comprometido (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012).

IV) En ese sentido, esta Oficina ha sostenido en reiteradas oportunidades 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 cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente en la materia" (v. Dictámenes ONC Nº 200/2006 y Nº 205/2006, entre otros).

V) No obran en los presentes actuados ni el Convenio Marco Institucional ni los respectivos Convenios Específicos que el organismo invoca a los efectos de contratar un servicio de mensura utilizando el procedimiento excepcional de contratación directa, sino que sólo se adjunta el acto administrativo mediante el cual se aprobaran oportunamente los modelos de convenios a suscribirse entre las partes.

VI) Sin perjuicio de lo observado precedentemente, de las constancias obrantes en el presente expediente surge que el organismo consultante promueve la contratación de un servicio de mensura a través del procedimiento de contratación directa por exclusividad con la

FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES (FADA) entendiendo dicha exclusividad se encuentra configurada en razón del Convenio Marco –y sus Anexos– celebrado entre las partes.

VII) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad deberá acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos (Cfr. Dictámenes ONC Nº 747/2011; Nº 863/2012, Nº 1005/2012 y Nº 43/2013): a) El oferente deberá ser una persona física o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio. Es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; b) No deberán existir sustitutos convenientes para el organismo contratante. A tal efecto, deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes; c) La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

VIII) Cuadra recordar que la causal sub-examine es de interpretación restrictiva y responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un determinado oferente en particular, recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata, por ejemplo, en el hecho que de ese bien o servicio sólo puede ser comercializado por determinado contratista en virtud de un privilegio para ello (Cfr. Dictámenes ONC Nº 863/2012 y Nº 1005/12). Por lo tanto, teniendo en cuenta que estamos ante una situación de excepción, es necesario tener una interpretación restrictiva de los requisitos que la norma exige, debiendo por tanto acreditarse en el trámite del expediente tales extremos.

IX) Esta Oficina Nacional entiende procedente poner de resalto que: 1. No surge de las constancias obrantes en el expediente de marras que la FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES (FADA) tenga privilegio para comercializar el servicio objeto de la contratación y/o que sea la única persona física o jurídica que posea el mismo; 2. No obra en los presentes actuados el informe técnico acreditando la inexistencia de sustitutos convenientes. Más precisamente, no se acompaña el informe técnico proporcionado por la unidad requirente del servicio que acredite que no existen en el mercado otros profesionales agrimensores que puedan prestar el servicio profesional para la ejecución, inscripción, amojonamiento y visación de la mensura y subdivisión del área que compone el Parque Nacional Chaco.

X) En relación con el Convenio Marco de Colaboración y sus respectivos Anexos acompañados como fundamento de la exclusividad, cabe señalar, que tal y como resulta de las constancias obrantes en autos, la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES (APN) habría efectuado un camino inverso. Es decir, habría propiciado la suscripción de un Convenio de Colaboración –se reitera que no se encuentra glosado al presente expediente– con el objeto de contratar a la FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES (FADA) un servicio de mensura, para luego invocar el mismo como causal de exclusividad, es decir alegando que la FADA tiene el privilegio exclusivo para comercializar ese servicio.

XI) Tal y como señala el artículo 131 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12, es la unidad requirente –y no la FADA– quien deberá acompañar el informe técnico que acredite

la inexistencia de sustitutos convenientes. Así también, es la unidad requirente quien deberá acompañar la documentación con la que se acredite la exclusividad que detente la persona física o jurídica pertinente sobre la venta del bien o servicio objeto de la prestación.

XII) Indica el organismo que la FEDERACIÓN ARGENTINA DE AGRIMENSORES agrupa "Asociaciones, Centros, Consejos y Colegios de Agrimensores de la República Argentina". En este sentido, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, entiende menester indicar que conforme lo determina el Título III del Estatuto de la entidad que regula las condiciones de admisión y régimen disciplinario de los miembros de la Federación, esta representa los intereses de aquellos profesionales o asociaciones profesionales que voluntariamente decidan asociarse a la FADA y que a su vez cumplan con los requisitos de admisibilidad.

XIII) Los organismos contratantes podrán apartarse de la regla general establecida en el artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01 –licitación o concurso público– optando por llevar a cabo un procedimiento de carácter excepcional, siempre y cuando se encuentren se encuentren reunidos indefectiblemente los requisitos de procedencia que al efecto exige la normativa vigente, los que han sido expuestos precedentemente.

XIV) La apreciación del organismo vinculada a que, llevar adelante la contratación mediante licitación o concurso público –en el que podrían participar "agrimensores particulares"– ocasionaría un dispendio administrativo, es improcedente a la luz de lo establecido en las normas que componen el marco jurídico aplicable al caso, y que fueran citadas *supra*, vulnerando además los principios de concurrencia, competencia e igualdad establecidos en el artículo 3 del Decreto Delgado N° 1023/01.

XV) En razón de todo los expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que teniendo en cuenta que el procedimiento de selección propuesto –la contratación directa por exclusividad- es excepcional, y que por tanto, corresponde tener una interpretación restrictiva y no amplia de los extremos que la norma exige para su configuración –los que no se encuentran acreditados en el expediente en análisis–, los argumentos que el consultante sostiene para propiciarla no resultan suficientes.

XVI) Para el caso de que la autoridad competente decida encuadrar el procedimiento como una contratación directa por exclusividad, su viabilidad jurídica quedará sujeta a la efectiva acreditación de los extremos exigidos por la normativa habilitante.

DICTAMEN ONC Nº 25/2016.

Fecha de emisión: 31 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Locación de inmuebles. Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión sobre la procedencia de tramitar la locación de DOS (2) unidades funcionales ubicadas en los pisos 6º y 7º –más cocheras– del inmueble sito en Av. Roque Sáenz Peña N° 772 y N° 784, Teniente Gral. Perón N° 788 y N° 800, esquina Esmeralda N° 169/173/179/185/189 de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del procedimiento de contratación directa por exclusividad, previsto en el apartado 3º del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.

Es dable indicar que en el expediente sometido a consideración se propiciaba la locación de inmuebles que ya se encontraban en uso por el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN.

En pos de asegurar el normal desarrollo y funcionamiento de las prestaciones a cargo del nuevo organismo, desde el momento de su creación, el 10 de diciembre de 2015, el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN DE LA NACIÓN instaló provisoriamente parte de su estructura y reparticiones en oficinas que hasta ese entonces ocupaba el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Tratase, precisamente, de las unidades funcionales (junto con sus cocheras), sitas en el inmueble emplazado en la Avenida Roque Sáenz Peña N° 772 y N° 784, Teniente Gral. Perón N° 788 y N° 800, esquina Esmeralda N° 169/173/179/185/189 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es de destacar que en el marco de su informe, la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN señaló que "…*De esa manera, se logró dar inicio con la totalidad de la actividad del nuevo Ministerio dado que tales oficinas contaban con las instalaciones técnicas y edilicias necesarias y en condiciones para su inmediato funcionamiento.".*

Al propio tiempo, el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN inició las gestiones pertinentes ante la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO (AABE), con resultado infructuoso. De ahí que, en función de lo señalado por la AABE en cuanto a la falta de disponibilidad de un inmueble que satisfaga las necesidades del Ministerio consultante para su normal funcionamiento conforme a su estructura, se requirió la opinión de la ONC sobre la viabilidad de instrumentar la locación de las unidades funcionales en uso, mediante el procedimiento de contratación directa previsto en el apartado 3 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones.

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículos 24 y 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 22, 139 y 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) Si bien la licitación o el concurso público constituyen la regla general, la selección del cocontratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se encuentren satisfechos los requisitos que al respecto determina la normativa vigente (v. Dictámenes ONC Nº 200/2006 y Nº 205/2006, entre otros).

II) Es decir, la propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente la utilización de la licitación pública o del concurso público, de acuerdo a la necesidad que se presenta –tiempo, lugar, características del bien o servicio– y el fin público comprometido (Cfr. Dictamen ONC Nº

863/2012). Va de suyo que, como toda excepción, la viabilidad de ellas estará a merced de que se encuentren presentes todas las condiciones estipuladas en la norma habilitante al respecto.

III) Una interpretación armónica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado Nº 1023/01 como en su reglamentación permite concluir que a fin de que proceda una contratación directa por exclusividad deberán acreditarse los siguientes requisitos: 1) Acreditar que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse en el expediente mediante la documentación que compruebe la exclusividad que detenta la persona física o jurídica respectiva; 2) Acompañar en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

IV) La causal *sub-examine* es de interpretación restrictiva y responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un determinado oferente en particular, sea nacional o extranjero, recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata (Cfr. Dictámenes ONC Nº 863/2012 y Nº 1005/2012).

V) De la compulsa de la totalidad de la documentación incorporada a las presentes actuaciones surgen razones de conveniencia, en términos operativos, funcionales, de costos y de gestión, para proceder a la locación de las oficinas que están siendo actualmente utilizadas en forma provisoria por personal del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN. Más aun, la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN ha puesto de relieve que "*…un desplazamiento resultaría mayores costos, al tiempo de afectar la continuidad en la prestación de servicios esenciales a cargo del Estado Nacional, comprometiendo el interés público.".* A su vez, la aludida instancia señaló que*: "…en atención a la intervención de los organismos referidos y los informes técnicos agregados a estas actuaciones respecto de las circunstancias establecidas para su locación, se entiende según las condiciones técnicas de las oficinas descriptas y el hecho de encontrarse actualmente instalado una parte del Ministerio en las mismas, que no existen sustitutos a adquirir que permitan una mayor operatividad en menores costos.".*

VI) En suma, tomando en consideración los fundamentos vertidos por la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN respecto de la inconveniencia de trasladar las reparticiones dependientes del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN que en la actualidad se encuentran funcionando en las oficinas que se pretende alquilar; sumado ello al riesgo cierto de ocasionar un perjuicio a la ciudadanía a raíz de una eventual interrupción de ciertos servicios que brinda el Ministerio, esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer en relación al procedimiento de selección elegido.

VII) Huelga señalar que excede la competencia de este Órgano Rector escrutar la validez de los fundamentos técnicos en que se sustenta, en buena medida, la inconveniencia de un eventual desplazamiento, toda vez que los informes técnicos merecen plena fe, siempre que estén bien fundados con adecuación al caso concreto y no adolezcan de arbitrariedad manifiesta que destruya su valor (Conf. Dictámenes PTN 200:116; 207:343).

VIII) El artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita –en determinados supuestos y previo cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos–, la utilización del procedimiento de contratación directa por exclusividad para instrumentar la renovación de contratos de locación de inmuebles, celebrados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

IX) En tales casos, la finalidad perseguida por la reglamentación radica primordialmente en resguardar el interés público comprometido en la continuidad de la prestación de servicios esenciales a cargo del Estado Nacional, los que podrían verse seriamente afectados a raíz de un eventual desplazamiento o mudanza de una repartición estatal como consecuencia de la tramitación de un procedimiento licitatorio. Ello, sumado a las razones que pueden –en determinados casos concretos– tornar conveniente en términos operativos, funcionales, de costos y de gestión continuar con la ocupación de los inmuebles arrendados.

X) En consecuencia, frente a la especial relevancia que revisten determinadas prestaciones a cargo de la Administración y su indudable vinculación al interés general de la comunidad, sumado a los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de una dependencia pública, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla la posibilidad de renovar la locación del inmueble ocupado, siempre y cuando se satisfagan los extremos previstos en el artículo 193.

XI) En este sentido, si bien la plataforma fáctica en la que se sustenta la presente consulta no se ajusta con exactitud al supuesto regulado por el referido artículo 193, esta Oficina Nacional es de la opinión que en este caso concreto nada obsta a su aplicación por analogía, haciendo extensiva al caso de marras la solución brindada por el citado precepto normativo.

XII) Por consiguiente, teniendo en consideración los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de las dependencias actualmente en funcionamiento en el inmueble de Avenida Roque Sáenz Peña Nº 788, no se advierten impedimentos de índole legal para instrumentar una contratación directa por exclusividad, en la medida en que, previo dictamen del servicio jurídico permanente, la autoridad con competencia para autorizar el procedimiento en cuestión considere satisfechos los extremos exigidos en el artículo 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y en los artículos 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06324429-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de abril de 2017.

Referencias/voces: Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Se solicitó opinión en torno al cumplimiento de los recaudos normativamente previstos para proceder a la aprobación y adjudicación de la Contratación Directa por Exclusividad N° 51/16 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (PSA), en favor de la firma 4 COMMERCE S.R.L.

En el en el expediente sometido a consideración se proyectaba una adjudicación simple por exclusividad para proceder a la adquisición de UN (1) Módulo Contenedor de CUARENTA (40) pies, que se encontraba en uso por parte de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA –a raíz de un contrato de locación–, como depósito en guarda judicial de los restos de una aeronave siniestrada, preservada con precintos judiciales.

Sobre el particular, la DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA PREVENTIVA de la PSA puso de relieve, en su carácter de unidad requirente, la necesidad de simplificar las tareas operativas y, a su vez, evitar los inconvenientes que acarrearía el eventual traslado de los restos de la aeronave en cuestión.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 10, 14 y 17 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 52 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las jurisdicciones y entidades contratantes podrán apartarse de la regla general establecida en el artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01 –licitación o concurso públicos– optando por llevar a cabo un procedimiento de carácter excepcional, siempre y cuando se encuentren reunidos, indefectiblemente, los requisitos de procedencia que exige la normativa vigente para cada caso (v. Dictamen ONC Nº 315/15, entre muchos otros).

II) Corresponde al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por aquel procedimiento –de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, a fin de lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas. Máxime, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente y/o ineficiente la utilización de la licitación pública o del concurso público, a la luz de las necesidades que deba atender la Administración en cada caso, debiendo sopesarse al efecto circunstancias de tiempo, lugar, costos, características del bien o servicio a contratar, características del fin público comprometido, entre otros extremos.

III) Tratándose de excepciones a la regla general, su viabilidad estará a merced de que se encuentren debidamente satisfechas todas las condiciones estipuladas en la norma habilitante al respecto.

IV) A fin de que proceda una contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, deberán acreditarse los siguientes requisitos: 1. Debe tratarse –por definición– de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio cuya venta, disponibilidad y/o comercialización sea exclusiva de quien tenga privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona humana o jurídica; 2. Deberá necesariamente acompañarse la documentación con que se acredite la exclusividad y/o privilegio que exhiba la aludida persona

humana o jurídica para la venta del bien o la prestación del servicio objeto de la contratación; 3. Finalmente, deberá acompañarse un informe técnico, adecuadamente fundado, sobre la inexistencia de sustitutos convenientes (v.g. en términos económicos y/o de costos o bien logísticos, operativos, funcionales, etc.).

V) En aquellos casos en que la exclusividad surja de normas específicas, se entenderá acreditada y documentada con la sola cita de las normas pertinentes; mientras que, cuando se trate de la adquisición de material bibliográfico en el país o en el exterior, la exclusividad quedará acreditada si la compra se realizara a editoriales o personas humanas o jurídicas especializadas en la materia, no obstante lo cual deberá igualmente acompañarse el informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

VI) A su vez, en el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 se aclara que la marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes (v. artículo 25, inciso d) apartado 3º, *in fine*). De esto último se desprende –en armonía con el resto del articulado– la importancia que reviste la incorporación a las actuaciones de un informe debidamente motivado, acorde con la complejidad de cada caso, que dé cuentas de la inexistencia de sustitutos convenientes, extremo que se erige en requisito *sine qua non* en todos los supuestos en que se analice la procedencia de esta causal de contratación directa, con la sola excepción de aquellos casos puntuales en que la exclusividad surja de una norma específica.

VII) No ha de perderse de vista que la causal *sub-examine* responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un único oferente recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012, entre otros).

VIII) En ningún momento se hace mención a la necesidad de la adquisición, no se compara el costo del alquiler actual con el de la adquisición que se propicia, no se indican cuáles serían los eventuales costos de traslado a otro contenedor.

IX) A los fines de encuadrar el procedimiento de selección propiciado en la causal de contratación directa por exclusividad en los términos establecidos en las normas precitadas, deberá adjuntarse al expediente un informe circunstanciado, lo suficientemente serio, preciso y fundado como para considerar razonablemente acreditada la inexistencia de sustitutos convenientes –ya sea en virtud de razones concretas de índole económica, en términos operativos y/o funcionales puntuales, etc.–, respecto del módulo contenedor objeto de la presente contratación. Va de suyo que el informe técnico que se incorpore en cumplimiento de lo indicado ut supra merecerá plena fe, siempre que esté correctamente motivado con adecuación al caso concreto y no adolezca de arbitrariedad manifiesta que destruya su valor (Conf. Dictámenes PTN 200:116; 207:343).

X) Por último, deberá acompañarse la documentación tendiente a acreditar la exclusividad que exhiba el titular del contenedor para disponer del mismo, a fin de poder verificar si efectivamente la firma oferente 4 COMMERCE S.R.L. resulta ser la titular dominial.

CONTRATACIÓN DIRECTA INTERADMINISTRATIVA.

DICTAMEN ONC Nº 1006/2012.

Fecha de emisión: 20 de noviembre de 2012.

Referencias: Contratación directa interadministrativa. Requisitos. Corporación del Mercado central de Buenos Aires, naturaleza jurídica. Prohibición de subcontratar el objeto.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que dictamine sobre la viabilidad jurídica de instrumentar la provisión y entrega de víveres mediante un convenio a ser suscripto entre el EJÉRCITO ARGENTINO y la CORPORACIÓN DEL MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES, para satisfacer las necesidades de las dependencias del organismo consultante en todo el país.

En ese marco, se fundó la necesidad de contar con un sistema sustentable, continuo, eficiente y efectivo de abastecimiento de víveres frescos y secos, como sostén logístico para el adecuado funcionamiento del EJÉRCITO ARGENTINO.

Normativa examinada:

- Artículos 23, 24 y 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 27, 125 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Convenio suscripto el 10 de agosto de 1967 entre el ESTADO NACIONAL, la PROVINCIA DE BUENOS AIRES y la entonces MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ratificado por el ESTADO NACIONAL por Ley Nº 17.422; por la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, por Ley Nº 7.310; y por la antes aludida Municipalidad, por Ordenanza Nº 22.817.
- Artículos 3º y 34 de la Ley Nº 19.227.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) 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 Nº 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente al organismo que llevará adelante la contratación.

II) La regla general, en materia de selección del contratista del Estado, es el procedimiento de la licitación pública o del concurso público, según corresponda. Empero, el derecho positivo admite –entre otras causales– la excepción a la licitación pública cuando se propicien contrataciones entre reparticiones públicas estatales o en las que tenga participación el Estado. Tratase de los llamados “contratos interadministrativos”.

III) La relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido propio (Nación y provincias) o de

cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal (entre ellas las empresas del Estado o entidades autárquicas).

IV) El régimen jurídico que poseen los contratos interadministrativos se caracteriza por algunas notas diferenciales, tales como: a) Excepción al requisito de la licitación pública en el procedimiento de selección; b) Inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) Existencia de un particular sistema de solución de conflictos interadministrativos; d) Inaplicabilidad del principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial), lo cual tendrá aplicación con respecto a los actos de ejecución de un contrato interadministrativo.

V) Para la viabilidad de la contratación directa interadministrativa deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del ESTADO NACIONAL que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; b) Requisito material: En los casos en que se pretenda perfeccionar el contrato con una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado, el objeto de la contratación se encuentra limitado a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. Por el contrario, en los restantes supuestos de contrataciones interadministrativas la mencionada limitación del objeto no será aplicable; c) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

VI) De acuerdo con su convenio de creación ratificado por la ley nacional Nº 17.422, por la ley de la Provincia de Buenos Aires Nº 7310 y por la ordenanza de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires Nº 22.817, la Corporación del Mercado Central es una entidad pública interestadual integrada –en partes iguales– por el Gobierno de la Nación, la provincia y la CABA.

VII) La lectura integrada de los artículos 3º y 34 de la Ley Nº 19.227 y el artículo 1º del estatuto de la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires indica que es un ente descentralizado prestador de un servicio público de naturaleza comercial, por tanto, análogo o comparable con las empresas del Estado de la Ley Nº 13.653. A raíz de lo expuesto, puede concluirse que la corporación en cuestión reviste la calidad de ente interestadual con rasgos empresariales. En ese sentido, en tanto el Clasificador Institucional ubica a la CMCBA entre las "empresas interestaduales", parece razonable situar a la organización de marras en el ámbito de la hacienda pública productiva, en tanto desarrolla un objeto comercial análogo o comparable con las empresas del Estado.

VIII) Considerando que el artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01 hace referencia a los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o con la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, pero sin hacer mención a los entes interestaduales, una razonable exégesis del precepto en cuestión permite colegir que no existiría óbice legal para considerar que la CMCBA se encuentra igualmente comprendida en dicho régimen. Ello así, en tanto la CMCBA no es otra cosa sino una organización empresarial cuyo capital social se encuentra

conformado íntegramente por participaciones equitativas de tres personas jurídicas públicas estatales.

IX) En razón de la realidad empresarial de la CMCBA, la contratación directa interadministrativa entre el organismo consultante y la CMCBA se encuentra limitada a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud.

X) En la medida en que la contratación propiciada versa sobre el suministro de víveres frescos y secos para abastecer a todas las dependencias del EJÉRCITO ARGENTINO, y que la actividad de la CMCBA se centra en el almacenamiento de frutos y productos alimenticios para su comercialización y distribución para consumo interno o con fines de exportación, resulta congruente el objeto del convenio proyectado con el giro comercial del sujeto cocontratante propuesto. A su vez, en tanto el suministro de los bienes que se procura adquirir hace al desenvolvimiento del ciclo operativo propio de la institución castrense, puede válidamente interpretarse como un servicio de logística, a la luz del marco conceptual brindado por el Reglamento.

XI) La *ratio iuris* de la prohibición de subcontratar es evitar la triangulación entre el organismo que procura satisfacer una necesidad pública, el cocontratante intermediario y la persona física o jurídica que en los hechos termina proveyendo los bienes o prestando los servicios de que se trate. Entre otros efectos disvaliosos, la circunstancia descripta conllevaría –de no existir la correspondiente interdicción– a que el Estado termine pagando más caro los bienes y servicios adquiridos a través de intermediarios.

XII) Así, dada la prohibición de subcontratación, y teniendo especial consideración en que la CMCBA tiene como actividad preponderante abastecer de frutos y productos alimenticios principalmente a la población de la Capital Federal y Gran Buenos Aires, corresponderá al organismo consultante evaluar si la parte cocontratante propuesta se encuentra en condiciones de cumplir –por sí misma– con la provisión y entrega de los bienes en cuestión a los órganos dependientes del EJÉRCITO ARGENTINO, con asiento en los distintos puntos del territorio nacional, sin caer en la subcontratación con terceros para poder satisfacer el objeto contractual.

XIII) En el hipotético caso de que el organismo contratante opte por llevar adelante una licitación pública –en lugar de una contratación directa interadministrativa–, el artículo 125 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilitaría la subcontratación, previa autorización fundada de la misma autoridad que haya dispuesto la adjudicación.

DICTAMEN ONC Nº 272/2013.

Fecha de emisión: 28 de agosto de 2013.

Referencias: Contratación interadministrativa. Compra de gas propano a granel para uso doméstico. Contratación con YPF Gas S.A.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en cuanto a la viabilidad jurídica de suscribir un contrato entre el EJÉRCITO ARGENTINO y la firma YPF GAS S.A., en los términos del artículo 25 inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01 para la adquisición de gas propano a granel.

Normativa examinada:

- Artículo 25 inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 27 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 7º, 8º, 9º y 13 de la Ley Nº 26.741.
- Título IX del Régimen de Expropiaciones regulado en la Ley Nº 21.499.
- Decreto Nº 1189/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Nº 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 se podrán celebrar contrataciones directas con la firma citada en el marco del referido decreto. En otro orden de cosas, tampoco podría encuadrarse la contratación bajo el citado Decreto para la adquisición de gas propano a granel con la firma YPF S.A. en virtud de que el fin para el cual se adquirirá el insumo difiere del previsto en dicha normativa (v. artículo 1º Decreto Nº 1189/12).

II) Hace a la viabilidad de la contratación directa interadministrativa el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del Estado Nacional que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; 2) Requisito material: En los casos en que se pretenda perfeccionar el contrato con una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado, el objeto de la contratación se encuentra limitado a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. Por el contrario, en los restantes supuestos de contrataciones interadministrativas la mencionada limitación del objeto no será aplicable; 3) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

III) El 4 de mayo de 2012 se promulgó la Ley Nº 26.741, en cuyo artículo 7º se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (51%) del patrimonio de YPF S.A. y el CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (51%) de Repsol YPF Gas S.A. representado por el SESENTA POR CIENTO (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a REPSOL BUTANO S.A., sus controlantes o controladas. La firma REPSOL YPF GAS S.A. luego pasó a denominarse YPF GAS S.A., conforme surge del acta de reforma del artículo 1º del Estatuto Social.

IV) El artículo 8º de la Ley Nº 26.741 determina que las acciones sujetas a expropiación quedarán distribuidas del siguiente modo: el CINCUENTA Y UN POR CIENTO (51%) pertenecerá al Estado Nacional y el CUARENTA Y NUEVE POR CIENTO (49%) restante se distribuirá entre las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos.

V) Para que proceda la contratación directa interadministrativa ni el Decreto Delegado 1023/01 ni su reglamento exigen la constitución de las sociedades como sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sino solamente que en las mismas "tenga participación mayoritaria el Estado". Más aún, el propio Decreto Delegado Nº 1023/01, al reconocer que hay contratación "inter-administrativa" cuando uno de los sujetos contratantes es una empresa o sociedad con participación estatal mayoritaria, en alguna medida está reconociendo –si se quiere implícitamente– la impronta y trascendente injerencia estatal en el control de la voluntad social de organizaciones empresariales con marcados rasgos comerciales (Cfr. Dictamen ONC Nº 1006/2012).

VI) No puede dejar de observarse que, en los hechos, YPF GAS S.A. tiene participación estatal mayoritaria en su patrimonio. No sólo existe una incuestionable participación mayoritaria del Estado en el patrimonio de YPF GAS S.A., sino que a su vez el PODER EJECUTIVO NACIONAL, por sí o a través de quien designe, se encuentra legalmente habilitado para ejercer los derechos políticos que confieren las acciones sujetas a expropiación, en los términos de la figura de la "ocupación temporaria", contemplada en el Título IX del Régimen de Expropiaciones regulado en la Ley Nº 21.499.

VII) Considerando la realidad estatal predominante, tanto en el patrimonio como en el gobierno y administración de la sociedad a partir del ejercicio por parte del Estado de los derechos societarios derivados de las acciones sujetas a expropiación por la Ley Nº 26.741, esta Oficina considera que en la situación actual, no existiría óbice legal para considerar que la firma YPF GAS S.A. se encuentra comprendida dentro del ámbito subjetivo del artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que la adquisición de gas propano a granel para ser utilizado en dependencias castrenses que no cuentan con red de gas natural, a los fines de permitir el propio y adecuado funcionamiento de las guarniciones militares, integra el concepto de servicio de logística receptado en el artículo 27, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Sobre el particular, corresponde señalar que en anteriores pronunciamientos esta Oficina Nacional entendió que correspondía aplicar un criterio de interpretación amplio -no restrictivo- en el encuadre de las situaciones alcanzadas por el marco normativo permitido para la contratación directa intergubernamental.

IX) En atención a las consideraciones vertidas precedentemente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no tiene reparos que oponer respecto de la celebración de una contratación directa interadministrativa entre el EJÉRCITO ARGENTINO y la firma YPF GAS S.A. para la adquisición de gas propano a granel con el fin de ser utilizado en las instalaciones de los cuarteles de la aludida institución castrense, en los términos del artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 454/2013.

Fecha de emisión: S/F.

Referencias: Decisión administrativa para aprobar contrato de prestación de servicios de fabricación, modernización de aviónica y soporte aeronaves pampa Fuerza Aérea. Contratación Directa interadministrativa. Procedencia. Naturaleza Jurídica Fadea. Objeto del contrato. Suscripción de un convenio ad referéndum.

Consulta:

Se requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 3697/13) por cuyo conducto se propiciaba, entre otros extremos, aprobar el Contrato de Prestación de Servicios de Fabricación, Modernización de Aviónica y Soporte para Aeronaves PAMPA de la FUERZA AÉREA ARGENTINA –Contrato PAMPA III y PAMPA GT–.

De las constancias de autos surgía que el convenio suscripto entre la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES "BRIG. SAN MARTÍN" S.A. y el MINISTERIO DE DEFENSA (MINDEF), *ad referéndum* de la posterior aprobación del Jefe de Gabinete de Ministros, habían sido enmarcados en la esfera de las denominadas "contrataciones interadministrativas".

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) del Decreto Delegado N° 1023/01.

- Artículos 27 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El derecho positivo admite –entre otras causales– la excepción a la licitación pública cuando se propicien contrataciones entre reparticiones públicas estatales o en las que tenga participación mayoritaria el Estado. Tratase de los llamados "contratos interadministrativos".

II) Requisitos que deberán acreditarse, a fin de que la contratación directa interadministrativa resulte jurídicamente viable, a saber: a) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del Estado Nacional que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; b) Requisito material: En los casos en que se pretenda perfeccionar el contrato con una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado, el objeto de la contratación se encuentra limitado a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud; c) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

III) La FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES "BRIG. SAN MARTÍN" S.A. (FAdeA) es una sociedad anónima bajo injerencia estatal, creada en diciembre de 2009, cuando después de quince años de gestión privada, el Estado Nacional adquirió el paquete accionario de LOCKHEED MARTIN AIRCRAFT ARGENTINA S.A., a fin de recuperar para el patrimonio nacional los activos de la ex FÁBRICA MILITAR DE AVIONES.

IV) Se trata de una empresa estratégica en la industria Aeroespacial Nacional que opera bajo el control del MINISTERIO DE DEFENSA. Más aún, el objeto del acuerdo posee características que le son propias, que lo alejan de una mera operación comercial, encontrándose –por el contrario– estrechamente vinculado con fines eminentemente públicos.

V) FAdeA reviste la calidad de sociedad comercial constituida bajo las formas del derecho privado (puntualmente, como sociedad anónima), pero con la particularidad de que la mayoría de las acciones están en poder del ESTADO NACIONAL. Para que proceda la contratación directa interadministrativa no se exige que la persona jurídica en cuestión se encuentre constituida como "Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria", conforme el tipo societario específicamente regulado en el Capítulo II, Sección VI de la Ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550, sino solamente que en la misma tenga participación mayoritaria el Estado.

VI) A la hora de definir la naturaleza jurídica de una organización empresarial no puede prescindirse de considerar la predominante participación que tiene el Estado –en sentido lato– en su funcionamiento y dirección, en el paquete accionario, etc. Lo verdaderamente relevante en casos como el presente es desentrañar la realidad estatal detrás de la organización privada, ya sea porque el capital es estatal, porque los miembros de sus órganos de Dirección y Administración ejercen la representación de jurisdicciones o entidades estatales, etc. A pesar de la forma privada de algunas empresas, no es posible soslayar que en los hechos prevalece la realidad jurídica de la sociedad, su estatalidad.

VII) Más allá de haberse adoptado en su constitución un figura del derecho privado, subyace en la organización empresarial de FADEA S.A. una realidad de derecho público. En atención a ello y teniendo en cuenta que, como fuera oportunamente señalado en el acápite III del presente, el MINISTERIO DE DEFENSA es una jurisdicción integrante de la Administración Central, esta Oficina Nacional entiende que se encuentra cumplido el requisito subjetivo que la normativa aplicable exige para la contratación directa interadministrativa.

VIII) Resulta aplicable al contrato en estudio la limitación del objeto establecida en el artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, razón por la cual no es posible soslayar que toda contratación directa interadministrativa que pueda tener lugar al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional entre el organismo consultante y FADEA S.A., deberá inexcusablemente limitarse a la prestación de servicios de seguridad, de logística o bien de salud.

IX) En la medida en que la contratación propiciada versa sobre la Prestación de Servicios de Fabricación, Modernización de Aviónica y Soporte para Aeronaves PAMPA de la FUERZA AÉREA ARGENTINA, puede razonablemente interpretarse que se trata de servicios íntimamente vinculados con la Defensa y Seguridad Nacional, como así también resultan susceptibles de ser catalogados como servicios de logística, en la medida en que tienden a permitir la operatividad y modernización de la flota de aviones en servicio en la FUERZA AÉREA ARGENTINA, contribuyendo así al desenvolvimiento del ciclo operativo propio de la mencionada Institución.

X) Para que el encuadramiento de una contratación directa en esta causal de excepción a la licitación pública sea válida se requiere, necesariamente, que el objeto de aquélla

corresponda al fin existencial, a la especialidad, del ente con el cual se contrata, pues de lo contrario la excepción operaría como un medio de evadir la licitación. Así, en la medida en que la contratación propiciada versa sobre la prestación de servicios que se corresponden con el campo operativo y funcional propio de la empresa FADEA S.A., puede reputarse congruente el objeto del convenio proyectado con el giro comercial específico, normal y habitual del sujeto cocontratante propuesto.

XI) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó en el artículo 144 un trámite específico con miras a instrumentar las contrataciones interadministrativas, acorde con la singular naturaleza del contrato y de las partes intervinientes. Prevé un tratamiento diferenciado para este tipo de contrataciones, como por ejemplo, la forma de instrumentación de estos contratos y excepciones en la obligación de presentar garantías.

XII) Las relaciones interadministrativas, se caracterizan por la ausencia del régimen jurídico exorbitante, por lo cual no cabe admitir en ese plano el ejercicio de prerrogativas de poder público, propias de los contratos que la Administración celebra con los particulares (v. Dictamen ONC Nº 416/08).

DICTAMEN ONC Nº 87/2014.

Fecha de emisión: 7 de marzo de 2014.

Referencias: Contratación directa interadministrativa. Requisito subjetivo. Material y restricción. Provincia ART. Servicio de gestión de las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo.

Consulta:

Se requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con respecto a la viabilidad de que la POLICIA FEDERAL ARGENTINA realice una contratación interadministrativa con PROVINCIA A.R.T. S.A., en los términos del apartado 8, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 15, 27 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1º, inciso 2 de la Ley N° 24.557.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 15 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecen 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, siendo procedente la selección mediante contratación directa de modo excepcional y sólo en los casos expresamente previstos.

II) Sin menoscabar el procedimiento de licitación pública como regla general, no deja de ser particularmente destacable que las contrataciones entre entidades que revisten naturaleza pública importan –al menos en principio– un uso más eficiente de los recursos públicos y en consecuencia coadyuvan a lograr que los organismos estatales puedan cumplir con más eficacia y economía sus objetivos en aras del bienestar general.

III) La relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido propio (Nación y Provincias) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal (entre ellas las empresas del Estado o entidades autárquicas).

IV) La viabilidad de la contratación directa interadministrativa deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del ESTADO NACIONAL que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; b) Requisito material: En los casos en que se pretenda perfeccionar el contrato con una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado, el objeto de la contratación se encuentra limitado a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. Por el contrario, en los restantes supuestos de contrataciones interadministrativas la mencionada limitación del objeto no será aplicable; 3) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

V) PROVINCIA A.R.T. S.A. es una empresa cuyo capital accionario corresponde en un NOVENTA Y CINCO PORCIENTO (95%) al Grupo Provincia, compañía perteneciente al BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, entidad autárquica provincial. En atención a la naturaleza jurídica que presenta PROVINCIA A.R.T. S.A. y teniendo en cuenta que la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA es una jurisdicción comprendida en la Administración Central, esta Oficina entiende que en este caso se encontraría cumplido el requisito subjetivo que la normativa aplicable exige para la contratación directa interadministrativa.

VI) Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557 crea un régimen de protección al trabajador, no solo a través de la prevención sino también de la reparación del daño, es decir, la recuperación de la salud del trabajador, entendida ésta última como el *"estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones"* (Diccionario de la Real Academia Española). Así, la contratación del seguro de riesgos de trabajo previsto en la Ley N° 24.557 tiene por objetivo la prevención de la salud y, en su caso, su posterior recuperación.

VII) La "Contratación del servicio de gestión de las prestaciones y demás acciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557 a cargo de las aseguradoras de riesgos del trabajo" encuadra en el alcance del término salud del artículo 25 inciso d) apartado 8 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 172/2014.

Fecha de emisión: 9 de mayo de 2014.

Referencias: Aumento del contrato. Contrataciones interadministrativa.

Consulta:

Los actuados ingresaron a la Oficina Nacional a efectos de emitir opinión sobre la posibilidad de autorizar la ampliación de hasta un TREINTA Y CINCO (35%) –según lo establecido en el apartado 1º del inciso a) del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12–, del Renglón Nro. 4 de la Contratación Directa Interadministrativa N° 23/13, llevada a cabo por el MINISTERIO DE DEFENSA al amparo de lo regulado en el Decreto Nº 1188/12.

Normativa examinada:

- Apartado 1º del inciso a) del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares (v. Dictámenes PTN 252:209).

II) En el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula al MINISTERIO DE DEFENSA con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado.

III) Por lo expuesto, la prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas. Las partes involucradas en el contrato interadministrativo de que se trata deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido.

DICTAMEN ONC Nº 446/2014.

Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2014.

Referencias: Contratación interadministrativa. Nación Seguros. Naturaleza jurídica. Requisitos para su procedencia. Seguros. Logística.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, se sirva opinar sobre la viabilidad de rescindir por razones de interés público el contrato celebrado por el organismo girante con la CAJA DE SEGUROS S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 1/13 –con el objeto de brindar la cobertura de seguro anual contra todo riesgo y de responsabilidad civil del parque automotor de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA–, y proceder a contratar un servicio similar con NACIÓN SEGUROS S.A., a través del

procedimiento de Contratación Directa Interadministrativa, en los términos previstos en el artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d), apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 27 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA Nº 18/13.
- Anexo II de la Disposición SSTG Nº 10/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Para que proceda la contratación directa interadministrativa deberán cumplimentarse los requisitos que se detallan a continuación: a) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del Estado Nacional que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; b) Requisito material: cuando se contrate con una empresa o sociedad en las que el Estado tenga participación mayoritaria, el objeto de la contratación deberá limitarse a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud; c) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

II) Del Clasificador Institucional para el Sector Público Nacional, aprobado como Anexo a la Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS Nº 18/2013, se desprende que la firma NACIÓN SEGUROS S.A. es una empresa pública del Sector Público Nacional Financiero no Bancario. De ello se desprende, como lógico corolario, que resulta aplicable a la contratación en estudio la limitación del objeto establecida en el artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, razón por la cual toda contratación directa interadministrativa que pueda tener lugar al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional entre la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A., deberá inexcusablemente limitarse a la prestación de servicios de seguridad, de logística o bien de salud.

III) En anteriores pronunciamientos esta Oficina entendió que correspondía aplicar un criterio de interpretación amplio –no restrictivo– en el encuadre de las situaciones alcanzadas por el marco normativo permitido para la contratación directa intergubernamental (Cfr. Dictamen ONC Nº 841/12). Así, por ejemplo en el Dictamen ONC N° 668/11 –encontrándose vigente la reglamentación anterior– se sostuvo que la contratación de seguros de automotores se encuentra enmarcada dentro de los alcances que debe dársele al término logística al que hace referencia el inciso d) del artículo 25 del Decreto Nº 1023/01, de acuerdo a los siguientes fundamentos: *"…si bien la contratación del seguro automotor no es técnicamente un medio/método necesario para llevar a cabo la organización de una tarea, se trata de un contrato accesorio o de garantía que se perfecciona para que un eventual siniestro sea indemnizado, es decir, si bien el medio es el vehículo automotor y no el contrato de seguro, éste último resulta indispensable para poder utilizar el objeto que se garantiza."*.

IV) Si bien asiste razón al servicio jurídico preopinante, en cuanto a la inexistencia de una norma concreta que exija a las diversas jurisdicciones y entidades contratar los seguros automotores puntualmente con NACION SEGUROS S.A., no se advierten objeciones legales para encuadrar dicha prestación como un "servicio de logística", en los términos previstos en el artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01 y en el artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Dicha conclusión armoniza con lo dispuesto en el punto 10 del "Modelo de Convenio de Leasing Automotor", aprobado como Anexo II de la Disposición SSTG Nº 10/12, en cuanto prevé que sea la firma NACION SEGUROS S.A. la compañía aseguradora de los automotores adquiridos al amparo del régimen establecido por el Decreto Nº 1188/12.

VI) Para el hipotético caso en que la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA propicie celebrar una contratación directa interadministrativa con la firma NACIÓN SEGUROS S.A. con el objeto de brindar la cobertura de seguro anual contra todo riesgo y de responsabilidad civil del parque automotor de esa Institución, esta Oficina Nacional carece de reparos de índole jurídica que oponer, en el entendimiento de que están dados los requisitos exigidos por la normativa vigente.

DICTAMEN ONC Nº 452/2014.

Fecha de emisión: 1º de diciembre de 2014.

Referencias: Contratación interadministrativa. Requisito subjetivo. Requisito material. Restricción. Logística. Cooperación en materia de transferencia de datos. Software e infraestructura de centro de datos.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión sobre la viabilidad de suscribir con la firma EMPRESA ARGENTINA DE SOLUCIONES SATELITALES SOCIEDAD ANÓNIMA (ARSAT) un acuerdo que tiene por objeto la cooperación en materia de transferencia de datos, software e infraestructura de centros de datos.

Es dable mencionar que el proyecto de acuerdo marco entre la EMPRESA ARGENTINA DE SOLUCIONES SATELITALES SOCIEDAD ANÓNIMA (ARSAT) y la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES tenía por objeto establecer un marco para la cooperación institucional entre ambas entidades a fin de asistirse y asesorarse mutuamente en pos del logro de los objetivos de sendas entidades, previéndose en el artículo 2º del citado proyecto que la naturaleza, términos y alcances de la cooperación se detallarían en los respectivos convenios específicos, los que determinarán la base contractual entre las entidades firmantes, los compromisos presupuestarios, los aportes de infraestructura y personal, la duración de las tareas, entre otros.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos14, 15 y 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Ley Nº 26.092.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En cuanto hace al requisito subjetivo ya se ha señalado ut supra que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES es un organismo descentralizado que funciona en la órbita del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPOERTE. Por otra parte, corresponde mencionar que ARSAT es una sociedad anónima con participación mayoritaria del Estado regida por la Ley 19.550, Capítulo II, Sección VI y su correspondiente Ley de Creación Nº 26.092 de fecha 24 de abril de 2006.

II) De lo que se viene de exponer en el punto anterior se desprende, como lógico corolario, que resulta aplicable al contrato en estudio la limitación del objeto establecida en el artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, razón por la cual no es posible soslayar que toda contratación directa interadministrativa que pueda tener lugar al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional entre el organismo consultante y ARSAT deberá inexcusablemente limitarse a la prestación de servicios de seguridad, de logística o bien de salud.

III) Es opinión de esta Oficina que la interpretación de la norma que nos ocupa, debe ser comprensiva de las modalidades con las que los organismos estatales pueden cumplir con más eficacia y economía sus objetivos en aras al bienestar general. Por tal motivo, no existen objeciones legales para encuadrar la contratación en una contratación directa interadministrativa, como servicios de logística.

IV) La oportunidad, mérito y/o conveniencia de suscribir el convenio en cuestión, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de incumbencia de este Órgano Rector.

V) Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe poner de resalto que, en el caso de que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES decida suscribir el convenio marco con ARSAT, deberá a su vez suscribir cada convenio específico –conforme lo establecido en el artículo 2º del proyecto bajo análisis– por la autoridad que resulte competente de conformidad con el artículo 14 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 y el artículo 35 del Decreto Nº 1344/07, ambos según las modificaciones introducidas por el Decreto Nº 1039/13.

DICTAMEN ONC Nº 224/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Contratos interadministrativos. Relaciones interadministrativas. Ampliación.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida sobre la posibilidad de llevar a cabo la ampliación de un convenio de leasing automotor

celebrado entre el MINISTERIO DE DEFENSA y la firma NACIÓN LEASING S.A., en el marco del Decreto 1188/12.

Normativa examinada:

- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La facultad de ampliación o disminución es una prerrogativa de la Administración, limitada por la conformidad del cocontratante en el caso de que dicha ampliación o disminución exceda del VEINTE POR CIENTO (20%) del monto total del contrato.

II) Sin perjuicio de lo expuesto, es dable recordar que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sostenido que: *"…las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares"* (v. Dictámenes PTN 252:209).

III) Las mencionadas vinculaciones de carácter contractual entre reparticiones públicas se rigen por normas de Derecho Público Administrativo. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado.

IV) En el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula al MINISTERIO DE DEFENSA con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71). Por lo tanto, la prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas.

V) Por lo expuesto en el punto que antecede, la prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas. Serán las partes involucradas quienes deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido (Dictámenes ONC Nº 320/14, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 237/2015.

Fecha de emisión: 21 de agosto de 2015.

Referencias: Contratación directa interadministrativa. Requisitos para su procedencia. Salud; logística. UBATEC S.A. Proyecto de investigación de adherencia de sida.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de la procedencia de que el ex MINISTERIO DE SALUD contrate con la empresa UBATEC S.A. la realización de un Proyecto de Investigación de Adherencia de VIH/SIDA en el marco de lo prescripto en el artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y del artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Conforme emanaba de las constancias obrantes en el expediente, el proyecto en cuestión se correspondía con un estudio cualitativo cuyo objetivo era describir y analizar los procesos de adherencia a los tratamientos antirretrovirales en personas mayores de dieciocho años que viven con VIH en distintas ciudades del país.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 15, 27 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La regla general, en materia de selección del contratista 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 15, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en cuanto a que siempre deberá propiciarse la aplicación del procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado Nº 1023/01 y que se presente como el más apropiado para satisfacer los intereses públicos.

II) Para la viabilidad de la contratación directa interadministrativa deberán reunirse los siguientes requisitos: 1) Requisito subjetivo: las partes contratantes deberán ser jurisdicciones o entidades del ESTADO NACIONAL que contraten entre sí, o con organismos provinciales, municipales, o del Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, como así también con empresas y sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; 2) Requisito material: En los casos en que se pretenda perfeccionar el contrato con una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado, el objeto de la contratación se encuentra limitado a la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud; 3) Restricción: En las contrataciones directas interadministrativas está expresamente prohibida la subcontratación del objeto del convenio.

III) La empresa UBATEC S.A. está constituida como sociedad comercial (sociedad anónima), en la que actualmente el Estado participa mayoritariamente en la conformación del capital. En consecuencia, tomando en consideración la participación mayoritaria del Estado en la conformación del capital correspondiente a la empresa en cuestión, esta Oficina Nacional considera que en la situación actual, no existiría óbice legal para considerar que la firma UBATEC S.A. se encuentra incluida dentro de las entidades enumeradas en el art. 25, inciso d), apartado 8º, del Decreto Delegado Nº 1023/01.

IV) Resulta aplicable al contrato en estudio la limitación del objeto establecida en el artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, razón por la cual toda

contratación directa interadministrativa que pueda tener lugar al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional entre el organismo consultante y UBATEC S.A. deberá inexcusablemente limitarse a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud.

V) No se advierten óbices que impidan interpretar que la contratación del Proyecto de Investigación de Adherencia de VIH/SIDA, cuyo objetivo es describir y analizar los procesos de adherencia en los tratamientos antirretrovirales en personas mayores a dieciocho años, encuadra en el alcance de "servicios de salud", entendida ésta última como el "estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones" (Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Espasa Calpe S.A. 2001).

VI) A criterio de esta Oficina Nacional no existen objeciones legales para encuadrar la contratación directa interadministrativa sometida a consideración, tanto en servicios de salud como en servicios de logística.

DICTAMEN ONC Nº 259/2015.

Fecha de emisión: 15 de septiembre de 2015.

Referencias: Contratos interadministrativos. Relaciones interadministrativas. Ampliación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 1584/2015), debidamente individualizado en el Acápite I del presente.

El proyecto de acto administrativo sometido a consideración de la ONC propiciaba la ampliación de diversos Convenios oportunamente aprobados mediante la Decisión Administrativa N° 905/14 en el marco de la Contratación Directa Interadministrativa N° 16/2014 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA, para la "Adquisición de vehículos mediante NACIÓN LEASING S.A. a fin de ser proporcionados al EJÉRCITO ARGENTINO – PACID 2014".

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares*" (v. Dictámenes PTN 252:209).

II) El régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado (Cfr.

Dictamen ONC Nº 320/2014, entre otros). En efecto, en el marco de una relación interadministrativa, la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71).

III) En atención a las consideraciones vertidas anteriormente, esta Oficina Nacional entiende que en el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula al MINISTERIO DE DEFENSA con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado correspondiendo, a las partes involucradas concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido (v. Dictamen ONC N° 172/14, entre muchos otros).

CONTRATACIÓN DIRECTA – LLAMADOS A LICITACIÓN O CONCURSO DECLARADOS DESIERTOS/FRACASADOS.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00940859-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 23 de enero de 2017.

Referencias/voces: Segundo llamado. Contratación Directa por licitación o concurso desierto o fracasado.

Consulta:

Se consultó a esta Oficina en torno a la normativa aplicable al llamado a licitación privada propiciado por conducto del artículo 3º del proyecto de Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, individualizado como IF-2016-01628881-APNDGA#SGP, de fecha 23 de septiembre de 2016.

Cabe destacar que, habiendo resultado desierta la convocatoria correspondiente a la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, por no haberse recibido ofertas, el organismo contratante propició la realización de un *"…nuevo procedimiento de selección del contratista mediante Licitación Privada Nº …"*, tendiente a lograr la satisfacción de idéntico objeto contractual –adquisición de elementos de plomería y cerrajería destinados al DEPARTAMENTO DE MANTENIMIENTO Y FUNCIONAMIENTO de la ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS GENERALES dependiente de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓ de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN–.

Motivó la consulta la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, circunstancia que suscitó en el organismo de origen los interrogantes que a continuación se transcriben:

"1. El primer y/u original llamado se efectuó bajo los términos del Decreto. Nro. 893/12 entonces vigente. El segundo y/o nuevo llamado, debe ser efectuado en orden a la normativa vigente al momento de realizarlo? Esto es el Decreto Nro. 1030/16?

2) ¿De qué modo interpreta la ONC, un 'NUEVO' o 'SEGUNDO' llamado conforme lo prescripto en el Art 18 del Decreto Nro. 1030/16? Ello considerando que el Dictamen ut supra señalado surgiría que se trataría de sinónimos.

3) El primer y/u original llamado se aprobó por medio de Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, el segundo y/o nuevo llamado: 'debe' o 'puede' ser por licitación privada? Atento el monto de la misma resulta ser $ 1.042.525,89.-

4) Por último, en el primer acto administrativo que aprobaba el procedimiento y autorizaba el pliego de cláusulas particulares refería a la Resolución N° 124, del SECRETARIO GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, de fecha 23 de mayo de 2016, en cuanto a la Comisión Evaluadora de Ofertas que intervendría oportunamente. En el segundo y/o nuevo llamado deberíamos designar una nueva Comisión a esos fines?".

Normativa examinada:

- Artículo 7º Decreto Nº 1030/16.
- Comunicación General ONC Nº 51/16.
- Artículo 25, incisos d) apartados 1º y 4º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 23 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 15, 27 y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por conducto del Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016 –publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 16 de septiembre de 2016–, se aprobó el nuevo "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", siendo derogado –entre otros– el Decretos Nº 893 de fecha 7 de junio de 2012 y sus modificatorios.

II) El artículo 7° de la nueva reglamentación establece, en cuanto a su entrada en vigencia, que: *"La presente medida comenzará a regir a los QUINCE (15) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a los nuevos procedimientos que allí se autoricen".* A su vez, mediante la Comunicación General de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 51, del 19 de septiembre de 2016, se aclaró en su momento que los procedimientos de selección que se autoricen a partir del día 3 de octubre de 2016 –o los que a partir de esa fecha fueren convocados cuando no se requiera autorización previa–, deben regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, mientras que los procedimientos autorizados –o convocados cuando no se requiera autorización previa– con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, continuará siendo aplicable el Decreto N° 893/12.

III) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 fue autorizada mediante la Disposición número DI-2016-593-E-APN-DGA#SGP, de fecha 31 de agosto de 2016, no parece dudoso afirmar que la misma se rige por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, junto con sus respectivas normas modificatorias y complementarias.

IV) Los artículos 25 inciso d) punto 4 del Decreto Delegado N° 1023/01, y 23 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, contemplan expresamente la procedencia de la contratación directa por compulsa abreviada para los supuestos en que se hubieren declarado

desiertos o fracasados dos llamados anteriores llevados a cabo a través del procedimiento de licitación o concurso (v. Dictamen ONC Nº 297/13).

V) Podría considerarse que el espíritu del procedimiento de excepción bajo análisis fue habilitar un trámite con menores recaudos, a fin de no reiterar indefinidamente en el tiempo la obligación de llevar a cabo procedimientos con rigores formales, que puedan resultar muy costosos para el organismo contratante." (Dictamen ONC Nº 786/11).

VI) Un nuevo llamado no debería ser equiparado a la sustanciación de un procedimiento de selección autónomo y/o diferenciado, sino considerarse parte del mismo procedimiento originario, ya que una segunda o tercera convocatoria –al igual que la eventual modificación del pliego de bases y condiciones particulares–, no serían más que meras circunstancias incidentales durante su sustanciación. Y como tales, inidóneas a los fines de modificar el régimen jurídico aplicable, que fuera determinado *ab initio*.

VII) Cabe citar la opinión de esta Oficina Nacional brindada en el marco del Dictamen ONC Nº 693/11, al analizar la situación que se presenta en aquellos procedimientos en los que, luego de haberse elegido el encuadre legal, darle su correspondiente número, etc., se obtiene como resultado un trámite desierto o fracasado. En efecto, en dicha intervención este Órgano Rector opinó que, frente a la necesidad de tramitar un segundo llamado: *"…se debe continuar con el mismo encuadre legal, lo cual conduce a indicar que el tipo y número de procedimiento será el mismo, tramitándose consecuentemente bajo el mismo expediente* […] *El fundamento de las conclusiones vertidas encuentra su origen en el principio de eficiencia que debe regir en toda contratación pública, considerando la finalidad perseguida y los medios utilizados, y en el cumplimiento de pautas tales como la celeridad, economía, sencillez y razonabilidad del procedimiento...".*

VIII) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 se rige –en virtud de las razones previamente abordadas– por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, el nuevo llamado que se propicia llevar adelante deberá sujetarse a la misma normativa y, en principio, tramitar por el mismo expediente y bajo el mismo número de procedimiento de selección, con la aclaración de que se trata justamente de un "segundo llamado".

IX) El segundo llamado a licitación privada a realizarse en el marco del procedimiento autorizado mediante la Disposición DI-2016-593-E-APN-DGA#SGP de fecha 31 de agosto de 2016, (Licitación Privada N° 23-0010-LPR16) debe regirse por el Decreto N° 893/12, ya que se trata del mismo procedimiento de selección y no de uno nuevo o distinto.

X) El artículo 23 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 hace referencia a "segundo llamado", sin embargo denominarlo "nuevo llamado" resultaría indistinto en tanto dicha denominación no se confunda con un nuevo procedimiento. Es decir, las denominaciones "nuevo llamado" y "segundo llamado" pueden, eventualmente, ser utilizadas como sinónimos, siempre y cuando no se liguen con la sustanciación de un nuevo procedimiento de selección.

XI) En cuanto a si el segundo llamado a efectuarse dentro del marco del mismo procedimiento "debe" o "puede" ser por licitación privada, cabe estar a lo establecido en el ya referido artículo 23, el cual presupone que, para que proceda la compulsa abreviada por esta causal, no alcanza con verificar que en forma previa se haya tramitado una licitación o concurso que quedara desierto o fracasado, sino además es menester que se haya efectuado un segundo llamado en el marco del mismo procedimiento (con modificación del pliego de bases y condiciones particulares, en caso de corresponder) resultando también desierto o fracasado.

XII) Va de suyo que la normativa bajo análisis no obliga al organismo contratante a encuadrar la contratación en el artículo 25, inciso d), apartado 4) del Decreto Delegado N° 1023/01, por el sólo hecho de configurarse los presupuestos de hecho que habilitan la causal. Por ello, nada obsta a que el organismo contratante opte por realizar reiterados procedimientos de licitación o concurso, en caso de considerarlo conveniente y ajustado a los principios mencionados en el artículo 3° del mentado Decreto N° 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC Nº 786/11).

XIII) Si la jurisdicción consultante decidiera realizar un nuevo procedimiento en lugar de propiciar un segundo llamado en el marco del ya iniciado, deberá aplicar el nuevo reglamento de contrataciones aprobado por el Decreto N° 1030/16, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de dicho cuerpo normativo. Empero, si se optara por efectuar una segunda convocatoria para la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, necesariamente deberá respetar dicho encuadre legal y regirse por el Decreto Nº 893/12, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

XIV) En razón del monto presunto de la contratación de marras informado por el organismo ($ 1.042.525,89), nada impediría –en principio– declarar desierta la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 y tramitar en su totalidad un procedimiento autónomo, subsumible en la causal de contratación directa por monto, en los términos de los artículo 25, inciso d) apartado 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 15 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. Ello así, por cuanto de la lectura de los artículos 27 y 28 surge que, de conformidad con la normativa vigente, la compulsa abreviada por monto es procedente cuando el monto estimado del contrato, incluida la opción a prórroga prevista, no exceda de UN MIL TRESCIENTOS MÓDULOS (M 1.300), que en la actualidad equivalen a PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL ($ 1.300.000,00.-), sin necesidad de realizar previamente un segundo llamado a licitación o concurso.

XV) Respecto de si existe algún obstáculo legal y/o procedimental para designar una nueva Comisión Evaluadora de Ofertas a efectos de que intervenga en el segundo llamado del procedimiento, esta Oficina Nacional no advierte impedimentos legales ni procedimentales para proceder a una nueva designación, en los términos establecidos en el artículo 80 del Decreto N° 893/12.

XVI) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 se rige por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, el nuevo llamado que se propicia llevar adelante debe sujetarse a la misma normativa y, en principio, tramitar por el mismo expediente y bajo el mismo número de procedimiento de selección, con la aclaración de que se trata justamente de un “segundo llamado”. Ello así, por cuanto este último no debe ser entendido como un procedimiento de selección autónomo y/o diferenciado, sino que se trata de una circunstancia incidental del mismo procedimiento originario, cuyo régimen jurídico ya ha sido oportunamente determinado, sin que pueda ser válidamente trocado por circunstancias sobrevinientes.

XVII) Las denominaciones “nuevo llamado” y “segundo llamado” pueden, eventualmente, ser utilizadas como sinónimos, siempre y cuando no se confundan con la sustanciación de un nuevo procedimiento de selección, en tanto a criterio de esta Oficina Nacional un nuevo y/o segundo llamado debiesen formar parte, eventualmente, de un mismo y único procedimiento de selección del cocontratante de la Administración.

CONTRATACIÓN DIRECTA SECRETA POR RAZONES DE SEGURIDAD O DEFENSA NACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-33831646-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de diciembre de 2017.

Referencias: Procedimientos de selección. Regla general. Licitación pública o concurso público. Principios de publicidad y transparencia. Contratación directa secreta por razones de seguridad o defensa nacional.

Consulta:

Se consultó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la contratación de un sistema de seguridad específico para la red informática del Estado Mayor Conjunto DE LAS FUERZAS ARMADAS (hardware, software y correspondiente capacitación).

Puntualmente, se solicitó opinión a la ONC en torno a si dicha contratación debía necesariamente efectuarse siguiendo el procedimiento de selección contemplado en el artículo 25, inciso d), apartado 6 del Decreto Delegado N° 1023/01 o si, por el contrario, con el fin de restringir en lo mínimo y necesario los principios generales de publicidad y difusión, correspondería declarar "secretos" únicamente el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas, por medio de una resolución del Ministro de Defensa, en orden a las competencias otorgadas por el Decreto Nº 9390/63.

De la compulsa de los actuados surgía que la contratación propiciada se fundaba en la necesidad de implementar sistemas de seguridad informáticos que aseguren y garanticen la confiabilidad y protección de los medios y capacidades militares destinados a la Defensa Nacional, limitando o restringiendo, eficiente y eficazmente, toda vulneración por parte de terceros sobre dicha red que ponga en riesgo los intereses de la Nación.

A raíz de ello, la unidad operativa de contrataciones interviniente estimó adecuado encuadrar la pretensión del Comando Conjunto de Ciberdefensa del ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS en la causal de contratación directa por razones de defensa nacional, contemplada en el artículo 25, inciso d) apartado 6º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Sin embargo, al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA consideró innecesario sustraer –en su totalidad– del conocimiento del público la celebración de la contratación en cuestión, tal como sucedería en caso de declararse secreto el procedimiento de contratación en su completitud, por aplicación del aludido artículo 25 inc. d) ap. 6 del Decreto Delegado Nº 1023/01. Por el contrario, la aludida instancia letrada entendió que los fines perseguidos, estrechamente vinculados con la defensa nacional, hallarían adecuada tutela con la sola declaración de "secreto" respecto del pliego de bases y condiciones particulares y especificaciones técnicas, extremo que –por otra parte– requeriría para su instrumentación una resolución ministerial en ejercicio de las competencias otorgadas por el

Decreto Nº 9390/63, en lugar de la mayor complejidad que conlleva la emisión de un decreto presidencial.

Normativa examinada:

- Artículo 1º de la Constitución Nacional.
- Artículo III, apartado 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).
- Artículos 1º, 3º, 9º, 24 y 25, inciso d), apartado 6 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 10, 20 y 44 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 56 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Decreto Nº 9390 del 11 de octubre de 1963.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 recepta normativamente los principios generales a los que debe sujetarse la gestión de las contrataciones públicas, siendo algunas de sus principales directrices las pautas de publicidad, difusión y transparencia en los procedimientos.

II) La publicidad de los actos de los funcionarios públicos es, ciertamente, una de las características de la forma republicana de gobierno, adoptada por el artículo 1º de la Constitución Nacional. El principio de publicidad ha sido contemplado, además, por la Ley Nº 24.759, a través de la cual se ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), cuyo artículo III, apartado 5º, exige a los Estados parte adoptar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y para la contratación de servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

III) Existe una inescindible relación entre los principios de transparencia y de publicidad. En esa inteligencia el artículo 9 del Decreto Delegado 1023/01 prescribe, en su parte pertinente, que 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, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilita el control social sobre las contrataciones públicas.

IV) La publicidad y la transparencia son justamente para permitir la crítica pública, la participación ciudadana, el control judicial y nada de ello puede hacerse eficazmente si en primer lugar no se conoce lo que la Administración se apresta a contratar.

V) Lo hasta aquí expuesto explica, con meridiana claridad, la razón de ser del artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto 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, siendo procedente la selección mediante contratación directa de modo excepcional y sólo en los casos expresamente previstos en el artículo 25, inciso d) del mencionado cuerpo normativo. En sintonía con ello, el artículo 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 ratifica –

como no podría ser de otro modo– la prevalencia de la licitación pública o concurso público, pero sin desconocer que, dadas las particularidades de cada caso, 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.

VI) Habiendo llegado a este punto, es posible afirmar: 1) Que si bien la licitación o el concurso públicos son la regla general en materia de selección del cocontratante, el derecho positivo admite excepciones, las que serán procedentes en la medida en que se corroboren los extremos habilitantes para cada supuesto; 2) Que en todos los casos, los organismos deberán instrumentar procedimientos que resulten razonables, atendiendo a los fines públicos perseguidos y procurando armonizar los principios generales que informan las contrataciones públicas con las particulares aristas que presente –en cada caso– el objeto contractual.

VII) Desde ese prisma deberá evaluarse la pertinencia de enmarcar jurídicamente el procedimiento de selección que nos ocupa en el artículo 25, inciso d), apartado 6) del Decreto N° 1023/01, en tanto dicha norma establece que la selección por contratación directa secreta se utilizará respecto de operaciones contractuales fundadas en razones de seguridad o defensa nacional, cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL así lo haya declarado, siendo ésta una facultad excepcional e indelegable.

VIII) Una vez declarada la operación como secreta por parte del PODER EJECUTIVO NACIONAL, el organismo contratante deberá seguir –en la medida que resulte pertinente– el procedimiento básico establecido en la reglamentación aplicable, teniendo presente que, tal como lo señalara la ASESORÍA LEGAL de la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA FINANCIERA del ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS, esta especie de procedimientos podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso.

IX) Analizando la cuestión de cara a las particularidades de la caso bajo examen, no parece dudoso que exista una íntima relación entre lo que se propicia contratar y la política nacional de ciberdefensa, lo cual justificaría la adopción de las medidas necesarias para que los documentos “sensibles” no sean de público conocimiento, en virtud de la vulnerabilidad de la información contenida. En ese orden de ideas, la alternativa entre sustanciar un procedimiento de selección totalmente secreto –lo cual requiere, como se dijo, de que así sea declarado por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en forma previa, excepcional e indelegable–, o bien optar por declarar “secretos” únicamente el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas, por medio de una resolución del Ministro de Defensa sustentada en el Decreto Nº 9390/63, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, lo cual excede el marco de incumbencia de este Órgano Rector.

X) Máxime si se tiene en cuenta 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 Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional no posee competencia para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad competente del organismo que llevará

adelante la contratación (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 416/2008, 513/2009, 383/2013 entre muchos otros).

XI) Por otra parte, excede las facultades de esta Oficina interpretar el alcance de las competencias asignadas al titular de la cartera de defensa para declarar "secreto militar" a un determinado documento o documentos, en el marco del Decreto Nº 9390 del 11 de octubre de 1963.

CONTRATACIÓN DIRECTA CON UNIVERSIDADES.

DICTAMEN ONC Nº 1005/2012.

Fecha de emisión: 20 de noviembre de 2012.

Referencias: Procedimientos de selección. Regla general. Licitación pública o concurso público. Adquisición de material bibliográfico a una Universidad Nacional. Contratación directa con universidades. Prohibición de subcontratar el objeto.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención, a efectos de que dictamine sobre el correcto encuadre que correspondía asignar a la adquisición de material bibliográfico a una Universidad Nacional por parte de la COMISIÓN NACIONAL PROTECTORA DE BIBLIOTECAS POPULARES (CONABIP).

Así, a los efectos de llevar a cabo la contratación propiciada, el organismo de origen consultó si correspondía encuadrar el procedimiento de selección de que se trata en el marco de una contratación directa por exclusividad –en tanto tiene por objeto la adquisición de material bibliográfico– o si, por el contrario, deberá enmarcarse en el ámbito de las contrataciones directas con Universidades Nacionales, en razón de la singular naturaleza jurídica del sujeto cocontratante.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartados 9º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 28 y 145 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Decreto Nº 1058/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, encontrándose dicha decisión reservada exclusivamente al organismo que llevará adelante la contratación.

II) En virtud del artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01, la regla general en materia de procedimientos de selección del contratista es la licitación pública o concurso público, según corresponda. En todos los casos en que la selección del cocontratante se aparte de la mencionada regla general, corresponderá tener una interpretación restrictiva de los extremos que la normativa exige para la procedencia de procedimientos de selección excepcionales.

III) Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 podrán contratar en forma directa con una Universidad Nacional o bien con una facultad dependiente de una Universidad Nacional, encuadrando dicho procedimiento en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 9° del mencionado Decreto.

IV) Teniendo en cuenta que del Anexo Ib del Decreto Nº 1058/02 se desprende que la COMISIÓN NACIONAL PROTECTORA DE BIBLIOTECAS POPULARES (CONABIP) es un órgano desconcentrado con dependencia directa de la SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN, esta Oficina entiende que en el presente caso se encuentra cumplido el requisito subjetivo que la normativa aplicable exige para esta particular subespecie de contratación interadministrativa.

V) Las contrataciones contempladas en el artículo 25, inciso d) apartado 9 del Decreto Delegado Nº 1023/01 son una especie de contratación interadministrativa, dada la calidad de entes autárquicos que reúnen las Universidades Nacionales. En consecuencia, una hermenéutica integradora y sistemática de la normativa vigente permite sostener que la prohibición de subcontratar el objeto del contrato prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 8*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01 resulta de aplicación extensiva a esta particular especie de contratos interadministrativos.

VI) La *ratio iuris* de la prohibición de subcontratar es evitar la triangulación entre el organismo que procura satisfacer una necesidad pública de un modo eficiente y al menor costo posible, el cocontratante intermediario y la persona física o jurídica que en los hechos termina proveyendo los bienes o prestando los servicios de que se trate. Así, entre otros efectos disvaliosos, la circunstancia descripta conllevaría –de no existir la correspondiente interdicción– a que el Estado termine pagando más caro los bienes y servicios adquiridos a través de intermediarios.

VII) Con la salvedad apuntada, en la medida en que la Universidad Nacional de que se trate cuente con un sello editorial propio, el organismo consultante podrá optar por este procedimiento de selección. En tal caso, a los fines de la suscripción del convenio respectivo, deberá seguirse el trámite previsto en el artículo 145 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 4/2013.

Fecha de emisión: 8 de enero de 2013.

Referencia: Procedimiento de selección: Contratación Directa con Universidades.

Consulta:

El CENTRO DE PRODUCCIÓN E INVESTIGACIÓN AUDIOVISUAL (CEPIA), del ex MINISTERIO DE CULTURA puso en conocimiento de la ONC que: *"…a través del Decreto Nº 345/12, el Poder Ejecutivo ha delegado en el CEPIA el análisis y la elaboración de las acciones culturales que se llevan a cabo en el marco del PLAN NACIONAL IGUALDAD CULTURAL, impulsado por el MINISTERIO DE PLANIFICACION, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS de manera conjunta con LA SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACION. En ese contexto, los contenidos generados por CEPIA, entre otros, llegarán gratuitamente a todo el país mediante las estaciones de exhibición y los diversos medios que integran la RED FEDERAL DE CULTURA DIGITAL, espacios que se constituyen como uno de los ejes del mencionado plan…".*

En ese orden de cosas, a los fines de dar cumplimiento a las misiones previamente reseñadas, el organismo de origen consultó respecto de la viabilidad de contratar en forma directa con Universidades Nacionales y/o Facultades Nacionales –que acrediten capacidad y experiencia en producción audiovisual–, servicios de investigación, guion, producción y realización integral de contenidos audiovisuales.

Normativa examinada.

- Artículo 25 inciso d), apartado 9 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 28 y 145 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 podrán contratar en forma directa con una Universidad Nacional o bien con una Facultad dependiente de una Universidad Nacional, encuadrando dicho procedimiento en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 9° del mencionado Decreto. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el CEPIA es un órgano desconcentrado de la SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN, esta Oficina Nacional entiende que en el presente caso se encuentra cumplido el requisito subjetivo que la normativa aplicable exige para esta particular subespecie de contratación interadministrativa.

II) Tratándose de la contratación de servicios de investigación, guion, producción y realización integral de contenidos audiovisuales, dicha clase de contratación se encuadra, en principio, dentro del ámbito de aplicación objetivo de la normativa aplicable.

III) Conforme lo ha señalado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, se entiende por relación jurídica interadministrativa aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas (v. Dictámenes PTN 259:269). En ese orden de ideas puede sostenerse que las contrataciones contempladas en el artículo 25, inciso d) apartado 9 del Decreto Delegado Nº 1023/01 son supuestos particulares dentro del género "contratación interadministrativa".

IV) Una hermenéutica integradora y sistemática de la normativa vigente lleva a sostener que la prohibición de subcontratar el objeto del contrato prevista expresamente en el artículo 25, inciso d) apartado 8, *in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01 [prohibición de subcontratar el objeto del contrato] resulta de aplicación extensiva a esta particular especie de contrato interadministrativo.

V) La *ratio iuris* de la prohibición de subcontratar es evitar la triangulación entre el organismo que procura satisfacer una necesidad pública de un modo eficiente y al menor costo posible, el cocontratante intermediario y la persona física o jurídica que en los hechos termina proveyendo los bienes o prestando los servicios de que se trate.

VI) En la medida en que las Universidades o Facultades Nacionales cuenten con los medios necesarios para prestar por sí mismas los servicios que se procuran contratar, sin tener que recurrir a subcontrataciones con terceros, nada obstaría a que el organismo consultante opte por utilizar este procedimiento de selección del cocontratante.

VII) A los fines de la suscripción del convenio respectivo, deberá seguirse el trámite previsto en el artículo 145 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 101/2014.

Fecha de emisión: 17 de marzo de 2014.

Referencias: Contrataciones interadministrativas. Consejo interuniversitario nacional. Encuadre de la contratación. Art. 25 inciso d) apartado 9.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a la viabilidad jurídica de celebrar una contratación directa entre el ex MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS y el CONSEJO INTERUNIVERSITARIO NACIONAL (CIN), conforme alguna de las causales previstas en el artículo 25, inciso d) del Decreto Delegado Nº 1023/01, con el objeto de llevar adelante acciones y medidas tendientes a la implementación de la Televisión Digital Abierta, en el marco del "*Plan Operativo de Fomento y Promoción de Contenidos Audiovisuales Digitales del SATVD-T*".

Es dable mencionar que, si bien en dicha oportunidad no se acompañó una copia del proyecto de convenio a suscribirse entre las mencionadas partes, la relación jurídica que uniría a las partes presentaba notas típicas de un contrato de locación de servicios y/o de obra, en cuanto a la capacitación, desarrollo y formación para la producción de contenidos audiovisuales, de asistencia técnica y tecnológica para la producción de tales contenidos, de asistencia en la digitalización de canales públicos, etc.

Normativa examinada:

- Artículos 23, 24 y 25 inciso d) apartado 9º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 28 y 145 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

❖ Decreto Nº 2461/85.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) 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 Nº 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente al organismo que llevará adelante la contratación.

II) El artículo 24 del Decreto Delegado Nº 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, siendo procedente la selección mediante contratación directa de modo excepcional y sólo en los casos expresamente previstos en el artículo 25, inciso d) del mencionado cuerpo normativo.

III) El apartado 9º, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01 contempla en forma individualizada una particular especie de contratación interadministrativa: Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las Universidades Nacionales, dada la calidad de entes autárquicos que revisten las referidas instituciones universitarias (Cfr. Dictámenes ONC Nº 4/13 y Nº 106/13). Cabe recordar que la contratación con universidades nacionales implica un supuesto de contratación interadministrativa.

IV) En su concepción original, el Decreto Delegado Nº 1023/01 no contemplaba la contratación directa con las universidades como un supuesto diferenciado de la interadministrativa; luego el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 2508/02 le adicionó un párrafo al inciso d) del artículo 25 del citado Decreto Delegado Nº 1023/01, a cuyo tenor las universidades nacionales tendrían el carácter de consultoras preferenciales cuando se realizaran contrataciones directas encuadradas en los apartados 2 y 8 del aludido inciso. Posteriormente, el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 666/03 suprimió la contratación directa interadministrativa y finalmente, su similar Nº 204/04 la restituyó también y además incorporó como causal directa de contratación los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las Universidades Nacionales.

V) El MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, en su carácter de jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central se encuentra facultado para contratar en forma directa con una Universidad Nacional o bien con una Facultad dependiente de una Universidad Nacional, encuadrando dicho procedimiento en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 9° del mencionado Decreto.

VI) Para los supuestos enmarcados en el artículo 25, inciso d), apartado 9º del Decreto Nº 1023/01, no existen limitaciones en cuanto al objeto del contrato como sí se establecen para los supuestos del apartado 8º del aludido inciso (Cfr. Dictamen ONC Nº 483/09).

VII) Una lectura integradora del Decreto Nº 2461/85 y del Estatuto del CONSEJO INTERUNIVERSITARIO NACIONAL permite concluir que se trata éste de un organismo público de coordinación, consulta y propuesta de políticas y estrategias de desarrollo universitario, integrado por Universidades Nacionales y por Universidades Provinciales reconocidas por la Nación –todas ellas representadas en el seno del Consejo por sus respectivos Rectores o Presidentes–, y en consecuencia, subsumible dentro de la causal de contratación directa prevista en el artículo 25, inciso d) apartado 9º del Decreto Delegado Nº 1023/01, por aplicación extensiva de la teoría de la superación de las formas jurídicas.

VIII) Si bien el aludido apartado 9º hace referencia a los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL con las Universidades Nacionales, sin hacer expresa mención a los entes públicos que agrupan o nuclean a las distintas instituciones universitarias nacionales, una razonable exégesis del precepto en cuestión permite colegir que no existiría óbice legal para considerar que el CIN se encuentra igualmente comprendido en dicho régimen. Ello así, en tanto el CIN no es otra cosa sino una persona pública conformada en su amplia mayoría por Universidades Nacionales, no pudiendo desconocerse la impronta y trascendente injerencia de dichas instituciones en el control del mentado Consejo.

IX) A criterio de esta Oficina resulta indiferente –respecto de la razón de derecho y del fin perseguido por la ley– que la prestación requerida por el MINPLAN sea ofrecida en forma directa y/o aislada por una Universidad Nacional o Facultad dependiente de una Universidad Nacional o bien a través de convenios suscriptos por un ente que nuclea, coordina y representa a un número más que considerable de establecimientos universitarios nacionales y que cuenta, entre otras, con las siguientes facultades: 1) Establecer relaciones de todo orden y firmar acuerdos de cooperación con otros organismos públicos y privados, nacionales o extranjeros en general y especialmente con aquellos que puedan otorgar líneas de financiamiento, colaboraciones o donaciones de fondos e implementos y apoyo técnico, para la ejecución de programas, proyectos y actividades, en el área científica, tecnológica, cultural y deportiva; 2) Coordinar y/o administrar programas y proyectos financiados por organismos públicos nacionales, provinciales o municipales, o por organismos internacionales (v. Artículo 2º, incisos l) y m) del Estatuto del CIN).

X) Aplicación extensiva de la prohibición de subcontratar el objeto del contrato: En la medida en que el CONSEJO INTERUNIVERSITARIO NACIONAL, por sí o en representación de una Universidad Nacional o Facultad dependiente de una Universidad Nacional cuente con los medios necesarios para prestar los servicios que se procuran contratar, sin tener que recurrir a subcontrataciones con terceros, nada obstaría a que el organismo consultante opte por utilizar este excepcional procedimiento de selección del cocontratante.

CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA.

DICTAMEN ONC Nº 105/2015.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2015.

Referencias: Trámite de la compulsa abreviada por urgencia.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se sirva interpretar diversos incisos del artículo 140 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación a la tramitación de un procedimiento de contratación directa por urgencia.

Normativa examinada:

- Artículos 70, 140 y 240 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Resolución General AFIP Nº 1814/05.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La expresión "las bases aplicables al llamado", son las condiciones que regulan el objeto de la contratación que se intenta, pero con una rigurosidad menor que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

II) El apartamiento permitido por el artículo 140, inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es en relación a los requisitos mínimos que deben contener las ofertas, determinados en el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Es decir que, de acuerdo a las características especiales que tenga la contratación directa por urgencia que se intente y en la medida en que la misma necesite apartarse de los requisitos establecidos en el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, podrá realizarse dicho apartamiento, siempre sobre la base de la razonabilidad y la adecuada fundamentación, enunciando el organismo contratante, los motivos y razones que así lo justifiquen.

III) La UOC emitirá su opinión evaluando que las ofertas presentadas cumplan con los requisitos y documentos exigidos en las bases del llamado.

IV) Toda vez que para el procedimiento de contratación directa por urgencia la normativa imperante no ha dispuesto un plazo distinto al que se encuentra establecido en el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, deberá respetarse el plazo mínimo de CINCO (5) días dispuesto en la norma para subsanar los errores u omisiones relacionados con la documentación exigida a los oferentes.

V) La preinscripción e inscripción en el Sistema de Información de Proveedores no es un requisito exigible a los proveedores que decidan presentarse a ofertar en una contratación directa por urgencia, conforme lo determinan los artículos 140 inciso h) y 240 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Sin perjuicio de ello, a fin de poder verificar de manera fehaciente si los oferentes están habilitados para contratar con la Administración Pública Nacional, el organismo contratante podría requerir a los oferentes interesados en ofertar en la contratación de marras la documentación exigida por este Órgano Rector para inscribirse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), cotejar y evaluar la misma.

VI) El Certificado Fiscal para Contratar es un requisito habilitante para contratar con el Estado Nacional y deberá ser solicitado en todo tipo de contrataciones que se intenten, en los términos de la normativa vigente, salvo las excepciones allí previstas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria.

Antecedentes.

El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"…en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria…"*, por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Luego, en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *"…fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'."*.

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"…Al día de la* fecha [5 de septiembre de 2017] *esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/…"*.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículos 7º y 16 de la Ley Nº 19.549.
- Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El tiempo transcurrido desde el inicio de las presentes actuaciones –prácticamente un año– y la instancia en que el trámite se encontraría en la actualidad, no se condicen –a priori– con la particular premura que da razón de ser a un procedimiento de selección de excepción, como ciertamente lo es la causal de contratación directa por urgencia contemplada en el artículo 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC Nº 241/2013).

II) La aludida norma establece que la selección por contratación directa se utilizará: *"Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad…"*, a lo cual el artículo 19 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 añade, en su parte pertinente que: *"A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 5, del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante* (…) *En las contrataciones encuadradas en el apartado 5 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarias, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno."*.

III) Esta Oficina sugiere que la autoridad administrativa competente evalúe nuevamente los motivos que fundamentaron en su momento el encuadre del procedimiento en el marco de lo establecido en el artículo 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado N° 1023/01.

CONTRATACIONES EN EL EXTERIOR.

DICTAMEN ONC Nº 928/2012.

Fecha de emisión: 26 de septiembre de 2012.

Referencias: Contrataciones en el exterior de las fuerzas de seguridad. Ley Nº 20124. Publicidad y difusión. Vigencia de la Ley Nº 20124. Procedimiento para contratar en el exterior en el marco del Decreto Nº 893/12.

Consulta:

Se remiten las actuaciones a esta Oficina Nacional con motivo de la celebración de una contratación en el extranjero por parte de la ARMADA ARGENTINA en el marco de la Ley Nº 20.124.

Más precisamente, se dio intervención a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en relación al contrato para la adquisición de servicios de mantenimiento del Servicio de Alerta de Socorro Satelital (SASS) del Sistema COSPAS SARSAT con la empresa EMS Technologies Canada Ltd celebrado en el exterior.

Normativa examinada:

- Ley N° 20.124.
- Artículo 38 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 157 al 170 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 38 del Decreto Delegado N° 1023/01 derogó la Ley Nº 20.124, por la se había establecido el régimen de contrataciones de las Fuerzas Armadas y sus organismos dependientes, pero indicando expresamente que se derogaba dicha ley "*en lo que respecta a los contratos comprendidos en este régimen*". Es decir que los contratos celebrados por las Fuerzas Armadas Argentinas con el dictado del Decreto Delegado N° 1023/01 quedaron comprendidos dentro del Régimen de Contrataciones que por él se aprobaba, salvo por aquellas contrataciones que no estuviesen reguladas en dicho cuerpo normativo.

II) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía un capítulo que regulara en forma expresa las contrataciones celebradas en el extranjero. En virtud de ello, la postura sostenida por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en el Dictamen ONC N° 377/08, extensible al resto de las Fuerzas, fue que al no estar este tipo de contrataciones reguladas expresamente en el Decreto N° 1023/01, éstas no estaban alcanzadas por la derogación establecida en el artículo 38 de ese decreto, por lo que correspondía la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Nº 20.124 y las reglamentaciones jurisdiccionales que en virtud de esta última Ley se dictaran.

III) En vista a esta postura, las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas se regían por las disposiciones contenidas en la Ley 20.124 y sus reglamentaciones jurisdiccionales pertinentes. A su vez, debían cumplir con los principios generales establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01, por lo que dichos organismos debían enviar la información de las contrataciones celebradas en el extranjero a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mediante las indicaciones procedimentales señaladas en el Dictamen ONC N° 701/11.

IV) El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 incorpora en un capítulo específico de su Título IV – Capítulo III– la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior.

V) En consecuencia, la derogación de la Ley Nº 20.124 dispuesta en el artículo 38 del Decreto Delegado N° 1023/01 alcanza a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos de selección se autoricen a partir del día 14 de agosto de 2012, por cuanto en la normativa actualmente vigente se regula el trámite de las contrataciones en el extranjero (conf. Título IV, Capítulo III del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12).

DICTAMEN ONC Nº 61/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Publicidad y difusión. Reparticiones en el exterior. Sistema MCC 2.

Consulta:

Los actuados ingresaron a la ONC, a efectos de que se indique el curso de acción a seguir ante la manifestada imposibilidad material de dar cumplimiento a la obligación de difundir las distintas etapas de los procedimientos de selección que se realizan en las reparticiones en el extranjero.

A su vez, se consultó sobre la existencia de una herramienta técnica que supere la imposibilidad reseñada y, en ese caso, los requerimientos técnicos que resulten necesarios, a fin de evaluar si las representaciones cuentan con el equipamiento requerido para tal fin.

En la nota de remisión la SUBSECRETARÍA LEGAL, TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO puso de resalto que las CIENTO CINCUENTA Y SIETE (157) representaciones argentinas en el exterior desempeñan funciones de una Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) sin estar constituidas como tales, y llevan a cabo las distintas etapas del procedimiento dentro del marco de la delegación dispuesta por la Resolución del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO Nº 693/12.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Delegado N° 1023/01, en su artículo 3º, prevé los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, encontrándose entre ellos el principio de transparencia en los procedimientos y la publicidad y difusión de las actuaciones.

II) En cumplimiento de las normas que regulan la publicidad y difusión de los procedimientos de contratación, y en especial de los principios de transparencia, publicidad y difusión, las representaciones argentinas en el exterior se encuentran obligadas a publicar y difundir las contrataciones que gestionen en el sitio Web de esta Oficina Nacional.

III) La publicidad y difusión de las contrataciones que gestionen las reparticiones en el exterior podrá efectuarse utilizando el sistema MCC 2, el cual permite la difusión de las etapas del procedimiento de selección en la página Web de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, sin necesidad de cargar las etapas previamente en el Sistema Local Unificado (SLU). Para ello, cada repartición deberá darse de alta con un número de UOC interna y luego proceder a la instalación del citado sistema.

IV) La instalación del sistema MCC 2 es muy sencilla y sólo se requiere de una computadora con acceso a Internet. Al efecto, cada repartición en el exterior deberá darse de alta con un número de UOC interna y luego proceder a la instalación del sistema.

V) En el caso de las reparticiones en el exterior que por su estructura no cuenten formalmente con una Unidad Operativa de Contrataciones, las funciones asignadas a ésta podrán ser ejercidas por la máxima autoridad de la repartición o por quien ésta designe, en tanto se tratan de actividades que forman parte de la organización administrativa.

DICTAMEN ONC Nº 62/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Reparticiones en el exterior. Cajas chicas: contratos excluidos del régimen. Contratación directa por trámite simplificado.

Consulta:

Consulta realizada por la Embajada Argentina en la REPÚBLICA DE HAITÍ, respecto de la posibilidad de utilizar el régimen de caja chica para atender gastos ordinarios de esa repartición diplomática (v.g. compra de papel higiénico, detergente, agua, combustible para los vehículos y generadores eléctricos, elementos de oficina y refrigerio de personal), debido a que, en virtud de los usos y costumbres locales sería prácticamente imposible adquirirlos a través del procedimiento de trámite simplificado.

Normativa examinada:

- Artículo 81 de la Ley N° 24.156.
- Artículos 6 y 81 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.
- Artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES carece de competencia para pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar el régimen de cajas chicas para atender gastos ordinarios en las representaciones en el exterior, circunstancia que podrá consultarse a la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FIANZAS PÚBLICAS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.

II) En caso de gestionar el procedimiento de compra de los bienes requeridos por la Embajada a través del régimen de cajas chicas, la contratación –por expresa disposición legal– se encuentra excluida del Decreto Delegado N° 1023/01 y del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

III) El artículo 81 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 establece que los órganos de los tres Poderes del Estado y la autoridad superior de cada una de las entidades descentralizadas que conformen la administración nacional, podrán autorizar el funcionamiento de fondos permanentes y/o cajas chicas, con el régimen y los límites que establezcan en sus respectivas reglamentaciones. A estos efectos, las tesorerías correspondientes podrán entregar los fondos necesarios con carácter de anticipo, formulando el cargo correspondiente a sus receptores.

IV) El inciso c) del artículo 81 del Reglamento de la Ley de Administración Financiera aprobado por el Decreto N° 1344/07 prescribe que la ejecución de estos gastos es un procedimiento de excepción, limitado a casos de urgencia que, contando con saldo de crédito y cuota no permitan la tramitación normal de una orden de pago, por consiguiente, tanto la clase de gasto como el monto de las asignaciones, responderán a un criterio restrictivo y sólo podrán ser aplicados a transacciones de contado.

V) En cuanto a los gastos que podrán pagarse con fondos correspondientes a las cajas chicas de los organismos contratantes, el inciso f) del artículo 81 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07 dispone que se podrán realizar pagos con cargo a Fondos Rotatorios y/o Cajas Chicas para los siguientes conceptos del clasificador por objeto del gasto: I. Partida Principal 1.5. Asistencia social al Personal. II. Partida Principal 1.3. Parcial 1. Retribuciones

Extraordinarias (por aquellos conceptos que no revistan el carácter de bonificables). III. Inciso 2 "Bienes de Consumo". IV. Inciso 3 "Servicios no Personales". V. Inciso 4 "Bienes de Uso" (excepto Partida Principal 4.1. "Bienes Preexistentes", Partida Principal 4.2. "Construcciones", Partida Parcial 4.3.1. "Maquinaria y Equipo de Producción" y Partida Parcial 4.3.2. "Equipo de transporte, tracción y elevación". 4.6. Obras de arte. VI. Inciso 5 "Transferencias", Partida Parcial 5.1.4. "Ayudas Sociales a Personas.

VI) Con relación a la complejidad expresada por la Embajada en torno a la imposibilidad de gestionar una contratación por trámite simplificado por no contar con una oficina de compras y contrataciones, esta Oficina Nacional entiende que las tareas que le competen al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones de conformidad con lo regulado en el artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, pueden ser ejercidas por la máxima autoridad de la representación en el exterior o por quien ésta designe para realizar dicha tarea.

DICTAMEN ONC Nº 80/2013.

Fecha de emisión: 12 de abril de 2013.

Referencias: Trámite de las contrataciones en el exterior. Imposibilidad de invitar a la cantidad mínima de oferentes indicados en el Reglamento para cada tipo de procedimiento de selección. Obligación materialmente imposible. Principio de razonabilidad. Justificación de la imposibilidad material. Ofertas en internet y en catálogos. Admisibilidad de la oferta en procedimientos en el exterior.

Consulta:

Se consultó a esta Oficina Nacional respecto del curso de acción a seguir ante las particularidades con las que se encuentran las distintas reparticiones en el extranjero respecto del cumplimiento de los artículos 50 y 53 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012 con relación a la cantidad de oferentes a los que debe remitirse invitaciones y, del artículo 62 del mismo plexo normativo, respecto de la presentación de las ofertas.

La SUBSECRETARÍA LEGAL, TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO informó que por las particularidades de los usos y costumbres del mercado local donde gestionan ciertas reparticiones argentinas en el exterior, existen circunstancias que impiden dar cumplimiento con los artículos 50, 53 y 62 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Se señaló que en algunas sedes los bienes son ofrecidos a través de la página de internet del proveedor o mediante catálogos y cotizaciones entregadas al efecto en el comercio consultado, no siendo factible realizar la invitación y posterior presentación de ofertas.

De igual modo se informó que en algunos países no existe el mínimo de proveedores del rubro que puedan ser invitados a ofertar, sino que se cuenta con mercados locales más restringidos.

Normativa examinada:

- Artículos 50, 53, 62 y 166 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

- Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 888 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En los casos en que la normativa requiera que se invite a cotizar a una cantidad mínima de proveedores, según el procedimiento de selección de que se trate, y ello no fuera posible por no existir en el respectivo mercado local esa cantidad mínima de proveedores a invitar, resultaría razonable apartarse de la regulación legal, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil (extinción de la obligación por imposibilidad material), justificando en el respectivo expediente la imposibilidad material de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 50 y 53 del Reglamento aprobado por Decreto 893/12.

II) Los requisitos de las ofertas y su presentación, de conformidad con el artículo 166 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, serán aquellos que se establezcan en las bases del llamado, que podrán apartarse de lo dispuesto para los procedimientos de selección en general. La repartición de que se trate podrá prever en las bases del llamado que serán consideradas válidas las ofertas publicadas en internet o aquellas que se entreguen en el comercio consultado mediante catálogos o cotizaciones. En dicho supuesto, las reparticiones deberán dejar constancia de ese tipo de cotización en el expediente respectivo.

DICTAMEN ONC Nº 400/2013.

Fecha de emisión: 30 de octubre de 2013.

Referencias: Contrataciones en el exterior. Adquisición de automóviles. Permuta. Gestión de bienes del Estado. Contrato de leasing. Decreto Nº 1188/12.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre las dificultades informadas por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, en cuanto a la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, con el objeto de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de dicha Embajada.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 22, 139, 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La operación propiciada por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil tendiente a “renovar” el automóvil oficial de dicha repartición no revestiría el carácter de permuta, sino que se trataría, en realidad, de dos actos jurídicos sucesivos, claramente diferenciados: En primer lugar se procura la venta del automóvil BMW 530 i modelo 2008 actualmente en uso por la Embajada y con el producido de dicha enajenación, cubrir en

todo o en parte la adquisición de una unidad similar cero kilómetro, en reemplazo. Estaríamos frente a compraventas sucesivas.

II) A los fines de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, el organismo de origen debería, en caso de corresponder, tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo, por cuanto la contratación propiciada se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del referido Decreto (v. Dictamen ONC Nº 1045/12).

III) Para el caso en que la excepción referida en el punto anterior resulte procedente, el organismo contratante deberá evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia de llevar adelante un único procedimiento tendiente a contratar un servicio integral de renovación del automotor oficial –o en su caso tramitar un procedimiento de selección con el fin de permutar el vehículo actual por uno nuevo–, o bien optar por la tramitación de dos procedimientos separados: El primero por el cual se instrumente la venta del mencionado automóvil BMW 530 i modelo 2008 y luego, un segundo procedimiento por el cual se proceda a la adquisición de una unidad nueva unidad.

IV) Cuando los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 lleven a cabo procedimientos de selección en el extranjero, deberán aplicar el régimen jurídico argentino, pero con las adaptaciones que resulten pertinentes. Dicho en otros términos, se flexibilizan algunas exigencias formales de los procedimientos, adaptándolos a los usos y costumbres del lugar donde se va a celebrar la contratación.

V) En todos los casos, a los fines de proceder a la contratación que se considere adecuada con miras a satisfacer las necesidades de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, dicha Representación deberá sujetarse a las previsiones del Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y respecto de las cuestiones no previstas, deberá aplicarse el régimen general argentino, con las adaptaciones que resulten pertinentes de acuerdo a los usos y costumbres del lugar donde se va celebrar el contrato.

VI) Las representaciones argentinas en el exterior se encuentran obligadas a publicar y difundir las contrataciones que gestionen en el sitio Web de esta Oficina Nacional. La publicidad y difusión de las contrataciones que gestionen las reparticiones en el exterior podrá efectuarse utilizando el sistema MCC que permite la difusión de las etapas del procedimiento de selección en la página Web de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

VII) Las funciones asignadas a la Unidad Operativa de Contrataciones podrán ser ejercidas por la máxima autoridad de la repartición en el exterior o por quien ésta designe en el caso en que, por su estructura, la repartición en el exterior no cuente formalmente con una Unidad Operativa de Contrataciones (v. Dictámenes ONC Nros. 61/13 y 62/13).

DICTAMEN ONC Nº 113/2014.

Fecha de emisión: 31 de marzo de 2014.

Referencias: Publicidad de la convocatoria. Contrataciones en el exterior. Publicidad en el Boletín oficial.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de determinar si resultaban aplicables en los procedimientos de selección llevados a cabo en el exterior los artículos 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 49 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, en cuanto establecen la obligación de publicar las convocatorias de las licitaciones y concurso públicos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno.

Normativa examinada:

- Artículos 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49, 168 y 169 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La obligación de las jurisdicciones o entidades contratantes de publicar las convocatorias en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno se encuentra expresamente prevista en el Decreto Delegado Nº 1023/01, el cual posee rango de ley, sin preverse excepción alguna a éste respecto, por lo que en todas las licitaciones o concursos públicos que se lleven a cabo, tanto dentro como fuera del país, debe cumplimentarse éste requisito. Igual requerimiento ha sido reafirmado en el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

II) En el Capítulo III del citado Reglamento, destinado a regular las particularidades de las contrataciones en el exterior, fueron expresamente establecidas las excepciones en la publicidad de las licitaciones o concursos públicos, exceptuándose únicamente la de comunicación a las asociaciones que nuclean a los proveedores. En este sentido, esta Oficina Nacional, siguiendo una inveterada doctrina sentada por la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACIÓN, entiende que las normas que constituyen excepciones a un principio general no admiten aplicaciones analógicas y deben ser interpretadas restrictivamente, máxime cuando el texto normativo no presenta oscuridades ni genera incertidumbre.

III) Restaría evaluar si podría encuadrarse el requisito de publicar el llamado en el Boletín Oficial, dentro de la excepción general del artículo 169 del Reglamento, en cuanto prevé que los procedimientos se desarrollaran cumpliendo en lo posible lo establecido para los procedimientos en general.

IV) Al respecto, es dable destacar que el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO no adujo en su presentación ninguna imposibilidad material de llevar a cabo éste tipo de publicación. En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta además lo previsto en el artículo 9º del Decreto Delegado Nº 1023/01 respecto a la importancia de preservar la transparencia en las contrataciones a través de la publicidad y difusión de las actuaciones, las graves consecuencias

establecidas en el artículo 18 del mismo plexo normativo para los casos en que no se respeten las pautas de publicidad y difusión previstas para cada procedimiento y el artículo 32, esta Oficina Nacional entiende que deberán publicarse en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno las convocatorias de los procedimientos de licitación o concurso público que se lleven a cabo en el exterior.

DICTAMEN ONC Nº 277/2014.

Fecha de emisión: 10 de julio de 2014.

Referencias: Autoridad competente para autorizar y aprobar procedimientos. Valor del módulo para determinar la autoridad competente en los procedimientos en el exterior.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emitiese opinión en relación a la determinación de las competencias asignadas a los funcionarios por la normativa vigente para autorizar y aprobar procedimientos de selección que tramiten en el exterior.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1039/13.
- Artículos 14, 35, 157, 158 y 159 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 14 del Reglamento aprobado por el mencionado Decreto N° 893/12 establece las competencias para el dictado de los actos administrativos de autorización y aprobación de los procedimientos de selección en módulos (M).

II) En relación al valor del módulo, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece en su artículo 35, como principio general, lo siguiente: *"A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL ($1.000)".* El valor correspondiente a cada módulo (M) dependerá exclusivamente del lugar de celebración del procedimiento de selección de que se trate, ya sea en territorio nacional (valor de un módulo = $ 1.000), o en el exterior (valor de un módulo = USD 1.000).

III) Lo expuesto guarda relación con lo dispuesto en el artículo 159, en tanto que en los casos en que el monto estimado del contrato sea el parámetro que se utilice para elegir al procedimiento de selección a llevarse a cabo en el extranjero, se aplicará la escala fijada en el artículo 34 del Reglamento de marras, con la salvedad de que el valor del módulo será de DÓLARES ESTADOUNIDENSES UN MIL (USD 1.000). Si bien la referida norma hace alusión puntualmente al artículo 34 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, en principio no se advierten óbices que obsten a la aplicación extensiva de dicho criterio respecto de los módulos (M) contemplados en el artículo 14 del referido Reglamento, ya que en ambos supuestos nos encontramos dentro del ámbito de los procedimientos celebrados en el exterior,

por lo que resulta congruente unificar en estos casos el "valor módulo", esto es DÓLARES ESTADOUNIDENSES UN MIL (USD 1.000), tanto para determinar el encuadre de los procedimientos de selección, como para dilucidar quién será en cada caso la autoridad competente para autorizar y aprobar los mismos.

IV) Ello, sin desconocer que el artículo 158 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 dispone expresamente que la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad que realizará procedimientos en el exterior, determinará quiénes son los funcionarios competentes para emitir en el exterior los actos enumerados en el artículo 14 del presente reglamento. En ese orden de ideas, corresponderá a la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad que llevará a cabo procedimientos en el exterior determinar quiénes son los funcionarios competentes para emitir en el exterior los actos enumerados en el artículo 14 del Decreto N° 893/12. Aun cuando el artículo 158 no lo aclara, va de suyo que la mentada competencia deberá ser ejercida por la máxima autoridad jurisdiccional dentro de los límites establecidos en los incisos a) y c) del artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) No resulta ocioso recordar que en el marco del Dictamen ONC Nº 218/13 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de sostener que: *"En el marco de los procedimientos de selección tramitados en el ámbito del EJÉRCITO ARGENTINO, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJÉRCITO, en su carácter de máxima autoridad castrense y responsable del Servicio Administrativo Financiero (SAF) Nº 374 tiene las competencias que, en los términos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se encuentran previstas en favor de la máxima autoridad jurisdiccional…".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03037750-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 7 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Contrataciones en el exterior.

Consulta:

La SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INTENDENCIA de la SUBJEFATURA DEL ESTADO MAYOR GENERAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que interprete si las compras realizadas por esa Institución en el extranjero se encontraban excluidas del Decreto N° 1030/16, y en tal caso se indicase cuál era la normativa a aplicar y si la Ley N° 20.124 y su reglamentación resultaban de aplicación.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3,º 4º, 5º y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Ley N° 20.124.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01 derogó la Ley Nº 20.124 por la se había establecido el régimen de contrataciones de las Fuerzas Armadas y sus organismos dependientes, pero indicando expresamente que se derogaba dicha norma: *"…en lo que respecta a los contratos comprendidos en este régimen"*. Es decir que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Delegado N° 1023/01 los contratos celebrados por las Fuerzas Armadas Argentinas quedaron comprendidos dentro del Régimen de Contrataciones que por él se aprobó, salvo por aquellas contrataciones que no estuviesen reguladas en dicho cuerpo normativo.

II) Ahora bien, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó en un capítulo específico de su Título IV –Capítulo III– la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior. En consecuencia, siendo la ausencia de regulación específica el único argumento por el que se interpretó en su momento que la derogación del artículo 38 del Decreto N° 1023/01 no alcanzaba a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas, con el dictado del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 se reconsideró dicha postura entendiéndose, por consiguiente, que la derogación de la Ley N° 20.124 dispuesta en el artículo 38 del Decreto N° 1023/01 alcanzó a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos de selección se autorizaran a partir del día 14 de agosto de 2012, por cuanto la normativa vigente a esa fecha regulaba el trámite de tales contrataciones.

III) El día 3 de octubre de 2016 entró en vigencia el Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, norma que ha venido a modificar el estado de cosas por cuanto en su artículo 3° dispone, en lo que aquí interesa que: *"…quedan excluidos de la aplicación del reglamento aprobado por la presente medida, los siguientes contratos:* (…) *Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior…"*.

IV) En virtud de ello, han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01.

V) En tal sentido, y a efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, pudiendo tenerse asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03063907-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Contrataciones en el exterior. Contratos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la APN.

Consulta:

La CONTADURÍA GENERAL DEL EJÉRCITO puso de relieve lo siguiente: *"En relación a lo publicado en el Boletín Oficial del Decreto Nro 1030 (Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública), en cuyo artículo Nro. 3 excluye de la aplicación del reglamento a las contrataciones en el extranjero realizadas por Unidades Operativas radicadas en el exterior, dicha exclusión plantea el interrogante acerca de cuál será la normativa aplicable a las contrataciones que se lleven adelante en las Agregadurías Militares a las Embajadas de la República Argentina.*

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Ley Nº 20.124.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A partir de la entrada en vigencia del Decreto Delegado N° 1023/01 los contratos celebrados por las Fuerzas Armadas Argentinas quedaron comprendidos dentro del Régimen de Contrataciones que por él se aprobó, salvo por aquellas contrataciones que no estuviesen reguladas en dicho cuerpo normativo. Ahora bien, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó en un capítulo específico de su Título IV –Capítulo III– la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior.

II) Siendo la ausencia de regulación específica el único argumento por el que se interpretó en su momento que la derogación del artículo 38 del Decreto N° 1023/01 no alcanzaba a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas, con el dictado del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 se reconsideró dicha postura entendiéndose, por consiguiente, que la derogación de la Ley N° 20.124 dispuesta en el artículo 38 del Decreto N° 1023/01 alcanzó a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos de selección se autorizaran a partir del día 14 de agosto de 2012, por cuanto la normativa vigente a esa fecha regulaba el trámite de tales contrataciones.

III) El día 3 de octubre de 2016 entró en vigencia el Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, norma que ha venido a modificar el estado de cosas por cuanto en su artículo 3° dispone, en lo que aquí interesa que: *"…quedan excluidos de la aplicación del reglamento aprobado por la presente medida, los siguientes contratos:* (…) *Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior…".*

IV) Han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01.

V) En lo atinente al pedido efectuado por el EJÉRCITO ARGENTINO en cuanto a que esta Oficina Nacional autorice la aplicación "ultra-activa" del Reglamento aprobado por el Decreto Nro. 893/12, forzoso es concluir que la facultad de disponer la aplicación de una normativa derogada para la gestión de las contrataciones aludidas, excede la esfera competencial de este Órgano Rector.

VI) A efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, teniendo asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Venta de inmueble en el exterior – Excepción al Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – Procedimientos en el exterior.

Consulta:

A los fines de sustanciar el procedimiento para la venta del inmueble ubicado en 2136 calle R Noroeste, Kalorama, Washington, Distrito de Columbia, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, conforme fuera autorizada por el artículo 1° del Decreto N° 1064/16, se solicitó a la ONC exima a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO:

1) "*…de requerir las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato en la forma establecida en la normativa aplicable, y autorizar la implementación de la forma de las garantías aplicables conforme la normativa, los usos y costumbres del Distrito de Columbia…".*

2) *"…de la utilización del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).".*

Normativa examinada:

- Artículo 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 3º, incisos c) y f) del Decreto Nº 1030/16
- Artículos 32 y 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

- Artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 65/16.
- Artículos 1º y 8º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431.
- Artículos 17 y 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15.
- Decreto Nº 1064/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En materia de contratación de bienes y servicios – la Administración Pública Nacional se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, reglamentado por el Decreto Nº 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.

II) Teniendo en consideración que en este caso se propicia la venta de un inmueble propiedad del Estado Nacional, ubicado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan encuadrar dicha operación en alguno de los supuestos de exclusión del artículo 5º, puede concluirse que se trata de una contratación comprendida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El portal "COMPR.AR" es el sistema electrónico de gestión de las compras y contrataciones de la Administración Pública Nacional, plataforma que permite a los organismos tramitar y difundir sus procesos de compra y a los proveedores presentar sus ofertas de forma ágil, transparente y segura. Conforme lo establece la aludida Disposición ONC Nº 65/16, las diversas jurisdicciones y entidades deberán utilizar el Sistema Electrónico "COMPR.AR" en forma obligatoria a partir de las fechas previstas en el correspondiente cronograma de implementación.

IV) Dada la plataforma fáctica traída a estudio, los dos aspectos centrales a tener en cuenta a la hora de evaluar el ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 1030/16 son los siguientes: se propicia la venta de un inmueble que el Estado Argentino titulariza en el exterior –más precisamente, en R Street Numero 2136 Northwest, Kalorama, Washington DC, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América– y, para ello, el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizó a la AABE a tramitar dicha enajenación, en tanto Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional, aclarándose en el artículo 4º del Decreto Nº 1.064/16 que la citada Agencia podrá requerir al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO la realización de aquellos trámites necesarios y conducentes para una mejor y más eficiente gestión.

V) Consecuentemente, no es posible soslayar que el artículo 3º del Decreto Nº 1030/16 dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación –en cuanto aquí interesa– las

contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior (inciso c, *in fine*), así como también los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AABE en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1.382 de fecha 9 de agosto de 2012 y sus modificaciones (inciso f).

VI) En lo que concierne a los denominados "procedimientos en el exterior", otrora reglamentados en el Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01* (…) *a efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, teniendo asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01."* (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03063907-APN-ONC#MM e IF-2016-03037750-APN-ONC#MM).

VII) El inmueble cuya venta se persigue en esta oportunidad se encuentra localizado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, no obstante lo cual, corresponde poner de relieve que las contrataciones que la normativa vigente excluye de la aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional son puntualmente aquellas tramitadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, no quedando suficientemente claro si se configura o no dicho extremo en el presente caso.

VIII) En efecto, a partir de la compulsa del EX-2016-01415865--APN-DMEYD#AABE se advierte la existencia de un convenio de colaboración (CONVE-2017-03944544-APN-SSCYCI#MRE), suscripto con fecha 17 de marzo de 2017 entre la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO y el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en virtud del cual la AABE podrá encomendar a la aludida cartera ministerial la realización, por sí, a través de las diferentes Representaciones Diplomáticas y Consulares Argentinas y/o a través de la contratación de terceros (v.g. asistencia de un corredor inmobiliario), de aquellas gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación –entre otros– del inmueble en cuestión (tales como asesoramiento técnico y jurídico, gestiones de publicidad y difusión de la venta, etc.). De tal modo, no sólo se prevé la realización de gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación de la propiedad por parte del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO y de la Embajada de la República Argentina en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sino también la contratación por parte de esta última de un bróker del Distrito de Columbia (Washington Fine Properties LLC) para el desarrollo de la gestión de la venta del mentado inmueble.

IX) A su vez, se dejó expresamente aclarado en dicho convenio que el dictado de los actos administrativos relativos al procedimiento de venta, la confección del pliego, la aprobación de la operación de venta y la suscripción de la documentación correspondiente estará a cargo de los funcionarios competentes de la AABE, con asiento en la República Argentina.

X) Como puede apreciarse, el tema presenta aristas particulares que hacen que el encuadre de la operación inmobiliaria de que se trata en la causal de exclusión contemplada en el artículo 3º, inciso c) *in fine* del Decreto Nº 1030/16 no surja en forma diáfana, desde que dicha norma presupone que es una unidad operativa de contrataciones radicada en el exterior la que sustancia el procedimiento, extremo que –a priori– no se condice exactamente con lo descripto previamente.

XI) Por conducto del artículo 1º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431, se creó la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO, erigiéndola como Órgano Rector centralizador de toda la actividad de administración de bienes muebles e inmuebles del Estado Nacional, ejerciendo en forma exclusiva la administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional, cuando no corresponda a otros organismos estatales. Tan es así que la mencionada Agencia tiene, entre sus objetivos asignados por el Decreto Nº 1.382/12, la ejecución de las políticas, normas y procedimientos que rigen la disposición y administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional en uso, concesionados y desafectados, la gestión de la información del REGISTRO NACIONAL DE BIENES INMUEBLES DEL ESTADO, su evaluación y contralor, la fiscalización permanente de la actividad inmobiliaria estatal y la intervención en toda operación inmobiliaria de la totalidad de las Jurisdicciones y Entidades que conforman el Sector Público Nacional.

XII) Puntualmente, la norma de creación establece que compete a la AABE, entre otras funciones, la de disponer, previa autorización pertinente conforme la normativa vigente, de los bienes inmuebles que integran el patrimonio del Estado Nacional, encontrándose facultada para celebrar todo tipo de contrato que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto con personas humanas y/o jurídicas (v. incisos 3º, 7º y 10 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12).

XIII) En concordancia con ello, el artículo 17 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 –reglamentario del Decreto Nº 1.382/12–, establece que todo acto de disposición de inmuebles de propiedad del ESTADO NACIONAL, cualquiera sea su jurisdicción de origen, será centralizado por AABE, extremo que guarda sintonía con el artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, en tanto este último precepto estipula que la venta de bienes inmuebles propiedad del ESTADO NACIONAL será centralizada por dicha Agencia.

XIV) Finalmente, el artículo 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 dispone que el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizará en forma previa a la AABE para disponer y enajenar bienes inmuebles, conforme lo previsto en los incisos 3 y 7 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12 y sus modificatorios. Con sustento en tales normas y atento a la calidad de Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional –de hecho, en la actualidad centraliza toda la actividad de administración tanto de bienes muebles como inmuebles del Estado nacional–, se autorizó a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO a disponer y/o enajenar

diversos inmuebles, algunos de ellos situados en el extranjero, como el que nos ocupa (v. artículo 1º del Decreto Nº 1064/16).

XV) En razón de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional considera que para la sustanciación de la venta proyectada no resulta de aplicación el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por tratarse de una operación sobre un bien inmueble que celebrará la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO en ejercicio de sus competencias específicas, subsumible –por consiguiente– en la causal de exclusión prevista en el inciso f) del artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.

XVI) Por tanto, el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 deviene inoficioso, desde que dicho sistema electrónico se encuentra habilitado para efectuar en forma electrónica únicamente los procedimientos comprendidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por haber sido diseñado de acuerdo con las características, particularidades y exigencias de dicha normativa.

XVII) Empero, amén de lo expuesto, a los contratos sobre bienes inmuebles del Estado Nacional sí les resulta aplicable el Decreto Nº 1023/01, aún aquellos que se celebren en el exterior, a pesar de que en la actualidad no posean una regulación específica.

XVIII) Por una parte, el Decreto Nº 1023/01 no regula en detalle lo atinente a los diversos tipos y formas de garantías sino que su artículo 31 remite a lo que establezca la reglamentación o los pliegos. Ergo, en la medida en que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resulta de aplicación, conforme fuera señalado previamente, y que, por otra parte, a la fecha no se ha aprobado el Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado, nada obsta a que en el pliego de bases y condiciones particulares se estipulen exigencias en torno a las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato con sujeción a la normativa, restricciones regulatorias, los usos y las costumbres del lugar de ejecución del contrato –en este caso puntual, los usos y las costumbres del Distrito de Columbia–, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

XIX) Lo indicado guarda coherencia con lo expresado por este Órgano Rector en el marco del Dictamen ONC Nº 555/2010, oportunidad en la que se sostuvo que: *"…la aplicación de la legislación del lugar de celebración y ejecución del contrato debería aplicarse resguardando el objeto del régimen de contrataciones expuesto en el artículo 1º del Decreto Nº 1023/2001 y el cumplimiento de los principios generales que rigen la gestión de las contrataciones, contenidos en el artículo 3º del citado cuerpo normativo.".*

XX) En otro orden de cosas, el artículo 2º del Decreto Nº 1064/16 aclara que las ventas de los inmuebles ubicados en el extranjero se realizarán adoptando mecanismos idóneos, adaptados a las modalidades del país en que se realicen las mismas, debiéndose justificar en su caso la imposibilidad o inconveniencia de realizar una licitación o subasta pública, aplicando sea cual fuera el procedimiento, los principios rectores de publicidad, competencia de precios e igualdad de trato a los oferentes, pudiéndose requerir la intervención de entidades bancarias oficiales con especialización inmobiliaria.

CONTRATOS EXCLUÍDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES

DICTAMEN ONC Nº 444/2013.

Fecha de emisión: 17 de diciembre de 2013.

Referencias: Ámbito de aplicación. Contratos comprendidos. Contrato con una empresa extranjera con participación estatal mayoritaria del Estado de Israel. Contrato con estado extranjero. Contrato excluido del régimen.

Consulta:

Se requirió la intervención de la Oficina Nacional, a los efectos de dictaminar si el caso bajo análisis se encontraba comprendido dentro del ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 o, si por el contrario, se encontraba excluido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso c) del citado Decreto.

Es dable mencionar que en dichas actuaciones obraban documentación referida a reuniones mantenidas entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) y la empresa ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD. (IMI) –cuya propiedad era del Estado de Israel en su totalidad–, con el objeto de propiciar la celebración de un Acuerdo de Cooperación para adquirir

las capacidades requeridas tendientes la producción nacional de la munición calibre 105 mm. para el Tanque Argentino Mediano.

Ergo, resultaba ineludible determinar si la figura de una empresa gubernamental de propiedad absoluta del Estado de Israel se encontraba subsumida en el concepto de "Estado extranjero", en los términos del artículo 5° inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Resulta ilustrativo mencionar que al tomar intervención diversas áreas de la entidad de origen, las mismas efectuaron las siguientes consideraciones:

1) En la medida en que los organismos cocontratantes sean entidades públicas conformadas exclusivamente por uno o más estamentos del Estado son, naturalmente, organismos públicos estatales (con indiferencia de tratarse de un organismo autárquico, descentralizado o bajo forma societaria, tal por caso, una Sociedad Anónima o una Sociedad del Estado. Sostener la postura del criterio amplio sería posible y admisible teniendo en cuenta la falta de norma expresa o dictamen que indique lo contrario.

2) La presente operación se inscribe en el marco de una relación bilateral preexistente de promoción de la cooperación en materia de Defensa entre el Estado de Israel y la República Argentina, específicamente orientada al desarrollo conjunto y transmisión de capacidades militares industriales y tecnologías. Las bases de tal relación fueron sentadas con la celebración del citado Memorando de Entendimiento (MDE) entre los Ministerios de Defensa de ambas partes en diciembre de 2010.

Normativa examinada:

- Artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, el Régimen General de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado Nº 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 4º 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.

II) Por su parte, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos: 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 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 de contratos que la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control; d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.

III) Esta Oficina Nacional comparte el criterio amplio desarrollado por el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DGFM, en el sentido de considerar "Estado extranjero" a todo organismo público estatal, independientemente de que se trate de organismos autárquicos, descentralizados o bajo forma societaria. Ese mismo criterio es el adoptado a nivel local por la normativa al considerar como "Contrataciones Interadministrativas" no solo a las que se celebren con jurisdicciones o entidades del Estado Nacional, Provincial, Municipal o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sino también a las que se celebren con empresas o sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado.

IV) La contratación propiciada, en virtud de la naturaleza estatal de los organismos intervinientes, y por tratarse el cocontratante de una entidad perteneciente a un Estado extranjero, se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, por aplicación del artículo 5° inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 110/2014.

Fecha de emisión: 27 de marzo de 2014.

Referencias: Inaplicabilidad del Régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 a las contrataciones con financiamiento parcial de BID. Contratos con organismos multilaterales de crédito. Contratación parcialmente financiada por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). Contrato excluido del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por aplicación del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 292/14) mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba: 1) Aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 16/12 denominada "PROYECTO DE GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN CARLOS DE BARILOCHE Y DINA HUAPI, REMEDIACIÓN DEL BASURAL EXISTENTE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO"; 2) Adjudicar la ejecución de la obra a la firma OPS S.A., por la suma de PESOS VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL TREINTA CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 24.305.030,89.-), en el marco del "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos", parcialmente financiado por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

Se requería especialmente la opinión de la Oficina respecto a si el marco legal en el que correspondía encuadrar la contratación propiciada era el Régimen establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01 y su reglamentación o bien si se trataba de una operación excluida de dicho Régimen.

Normativa examinada:

- Artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante el dictado del Decreto Nº 1524 de fecha 6 de noviembre de 2007 se aprobó el Modelo de Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, destinado a la ejecución del mencionado Programa, con el propósito de apoyar la sustentabilidad ambiental en los municipios turísticos del país.

III) A través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) se comprometió a asistir financieramente a la REPUBLICA ARGENTINA, a fin de posibilitar la ejecución del PROGRAMA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS EN MUNICIPIOS TURISTICOS, por un monto de DOLARES ESTADOUNIDENSES SESENTA MILLONES (U$S 60.000.000)

IV) En ese marco se suscribió el Convenio de Adhesión de fecha 6 de septiembre de 2012, entre el MINISTERIO DE TURISMO y el Municipio de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, con el objeto de establecer las condiciones de ejecución de las obras y actividades previstas en el "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos" en jurisdicción del aludido municipio, en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA a través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR. Corresponde, asimismo, tener presente que en el referido Convenio de Adhesión se establecieron las condiciones de licitación y de ejecución de las obras del mentado Programa en jurisdicción del MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con sujeción a las políticas para la adquisición de obras y bienes con financiamiento del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID).

V) La UNIDAD EJECUTORA DE PRÉSTAMOS INTERNACIONALES (UEPI) depende orgánicamente del MINISTERIO DE TURISMO y fue concebida con la finalidad de gestionar y ejecutar los Programas financiados por organismos de crédito internacional que tienen al MINISTERIO DE TURISMO como Organismo Ejecutor.

VI) Ninguna duda cabe en cuanto a que los trabajos de obra que se procuran contratar mediante el procedimiento de selección identificado como Licitación Pública Nacional Nº 16/2012 llevada a cabo por la UEPI serán parcialmente financiados por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

VII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, por encontrarse parcialmente financiada por una institución multilateral de crédito –BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO– , en los términos del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y, a su vez, por no advertirse cláusula contractual alguna por la cual la REPÚBLICA ARGENTINA y el BID hayan establecido de común acuerdo la sujeción voluntaria al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

DICTAMEN ONC Nº 404/2014.

Fecha de emisión: 20 de octubre de 2014.

Referencias: Contrato financiado parcialmente a través del Préstamo BID. Contrato financiado por instituciones multilaterales de crédito. Inexistencia de cláusula de sujeción voluntaria al Régimen de Decreto Delegado Nº 1023/01. Contratos excluidos. Ámbito de aplicación subjetivo.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2075/14), mediante el cual se propiciaba aprobar la redeterminación de precios solicitada por la firma DESLER S.A., por la suma de PESOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO CON DIEZ CENTAVOS ($ 7.826.665,10).

Resulta pertinente destacar que mediante la Decisión Administrativa Nº 142/14 se había aprobado lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 14/12 denominada "PROYECTO DE GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN CARLOS DE BARILOCHE Y DINA HUAPI, MÓDULO DE RELLENO SANITARIO, PROVINCIA DE RÍO NEGRO", adjudicándose la ejecución de la obra de marras en favor de la firma DESLER S.A., en el marco del "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos", parcialmente financiado por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

Así, mediante el dictado del Decreto Nº 1524 de fecha 6 de noviembre de 2007 se aprobó el Modelo de Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR, destinado a la ejecución del mencionado Programa.

En ese marco se suscribió el Convenio de Adhesión, de fecha 6 de septiembre de 2012, entre el ex MINISTERIO DE TURISMO y el MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con el objeto de establecer las condiciones de ejecución de las obras y actividades previstas en el "Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos" en jurisdicción del aludido municipio, en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA a través del Contrato de Préstamo BID Nº 1868/OC-AR.

Corresponde, asimismo, tener presente que en el referido Convenio de Adhesión se establecieron las condiciones de licitación y de ejecución de las obras del mentado Programa en jurisdicción del MUNICIPIO DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, PROVINCIA DE RÍO NEGRO, con sujeción a las políticas para la adquisición de obras y bienes con financiamiento del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID).

Normativa examinada:

- Artículos 2º y 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 1º del Decreto Nº 1524/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Ninguna duda cabe en cuanto a que los trabajos de obra adjudicados a la firma DESLER S.A., en el marco del procedimiento de selección identificado como Licitación Pública Nacional Nº 16/2012 llevada a cabo por la UEPI, son parcialmente financiados por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO mediante el Préstamo BID Nº 1.868/OC-AR.

II) En consecuencia, siendo el BID un organismo multilateral de crédito, que en la actualidad se encuentra integrado por CUARENTA Y OCHO (48) países miembros, entre ellos la REPÚBLICA ARGENTINA (http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/informacion-basica,6550.html), esta Oficina Nacional coincide con las opiniones vertidas por los servicios jurídicos preopinantes en cuanto a que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 665/11 y Nº 873/12).

III) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la contratación traída a estudio se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en los términos del artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01, por encontrarse parcialmente financiada por una institución multilateral de crédito –BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO–, máxime cuando, habiéndose compulsado la documentación, no se advierte cláusula contractual alguna por la cual la REPÚBLICA ARGENTINA y el BID hayan establecido de común acuerdo la sujeción voluntaria al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

IV) Por las razones expuestas, esta Oficina Nacional carece de competencia para expedirse en torno al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2075/2014), mediante el cual se propicia aprobar la redeterminación de precios solicitada por la firma DESLER S.A.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03037750-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 7 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Contrataciones en el exterior. Contratos excluidos del Reglamento del Régimen de Contrataciones.

Consulta:

La SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INTENDENCIA de la SUBJEFATURA DEL ESTADO MAYOR GENERAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que interprete si las compras realizadas por esa Institución en el extranjero se encontraban excluidas del Decreto N° 1030/16, y en tal caso se indicase cuál era la normativa a aplicar y si la Ley N° 20.124 y su reglamentación resultaban de aplicación.

Normativa examinada:

- Artículos 1,º, 3º, 4º, 5º y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Ley N° 20.124.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01 derogó la Ley Nº 20.124 por la se había establecido el régimen de contrataciones de las Fuerzas Armadas y sus organismos dependientes, pero indicando expresamente que se derogaba dicha norma: *"…en lo que respecta a los contratos comprendidos en este régimen"*. Es decir que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Delegado N° 1023/01 los contratos celebrados por las Fuerzas Armadas Argentinas quedaron comprendidos dentro del Régimen de Contrataciones que por él se aprobó, salvo por aquellas contrataciones que no estuviesen reguladas en dicho cuerpo normativo.

II) Ahora bien, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó en un capítulo específico de su Título IV –Capítulo III– la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior. En consecuencia, siendo la ausencia de regulación específica el único argumento por el que se interpretó en su momento que la derogación del artículo 38 del Decreto N° 1023/01 no alcanzaba a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas, con el dictado del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 se reconsideró dicha postura entendiéndose, por consiguiente, que la derogación de la Ley N° 20.124 dispuesta en el artículo 38 del Decreto N° 1023/01 alcanzó a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos de selección se autorizaran a partir del día 14 de agosto de 2012, por cuanto la normativa vigente a esa fecha regulaba el trámite de tales contrataciones.

III) El día 3 de octubre de 2016 entró en vigencia el Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, norma que ha venido a modificar el estado de cosas por cuanto en su artículo 3° dispone, en lo que aquí interesa que: *"…quedan excluidos de la aplicación del reglamento aprobado por la presente medida, los siguientes contratos:* (…) *Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior…"*.

IV) En virtud de ello, han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01.

V) En tal sentido, y a efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, pudiendo tenerse asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03063907-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Contrataciones en el exterior. Contratos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la APN.

Consulta:

La CONTADURÍA GENERAL DEL EJÉRCITO puso de relieve lo siguiente: *"En relación a lo publicado en el Boletín Oficial del Decreto Nro 1030 (Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública), en cuyo artículo Nro. 3 excluye de la aplicación del reglamento a las contrataciones en el extranjero realizadas por Unidades Operativas radicadas en el exterior, dicha exclusión plantea el interrogante acerca de cuál será la normativa aplicable a las contrataciones que se lleven adelante en las Agregadurías Militares a las Embajadas de la República Argentina.*

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Ley Nº 20.124.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A partir de la entrada en vigencia del Decreto Delegado N° 1023/01 los contratos celebrados por las Fuerzas Armadas Argentinas quedaron comprendidos dentro del Régimen de Contrataciones que por él se aprobó, salvo por aquellas contrataciones que no estuviesen reguladas en dicho cuerpo normativo. Ahora bien, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó en un capítulo específico de su Título IV –Capítulo III– la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior.

II) Siendo la ausencia de regulación específica el único argumento por el que se interpretó en su momento que la derogación del artículo 38 del Decreto N° 1023/01 no alcanzaba a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas, con el dictado del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 se reconsideró dicha postura entendiéndose, por consiguiente, que la derogación de la Ley N° 20.124 dispuesta en el artículo 38 del Decreto N° 1023/01 alcanzó a las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos de selección se autorizaran a partir del día 14 de agosto de 2012, por cuanto la normativa vigente a esa fecha regulaba el trámite de tales contrataciones.

III) El día 3 de octubre de 2016 entró en vigencia el Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, norma que ha venido a modificar el estado de cosas por cuanto en su

artículo 3° dispone, en lo que aquí interesa que: *"…quedan excluidos de la aplicación del reglamento aprobado por la presente medida, los siguientes contratos:* (…) *Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior…".*

IV) Han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01.

V) En lo atinente al pedido efectuado por el EJÉRCITO ARGENTINO en cuanto a que esta Oficina Nacional autorice la aplicación "ultra-activa" del Reglamento aprobado por el Decreto Nro. 893/12, forzoso es concluir que la facultad de disponer la aplicación de una normativa derogada para la gestión de las contrataciones aludidas, excede la esfera competencial de este Órgano Rector.

VI) A efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, teniendo asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de octubre de 2017.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo. Alcance del término "servicios". Convenios de colaboración y cooperación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiera en torno a si diversas actividades que fueron objeto de convenios celebrados por la ex AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (AFSCA) con diversas entidades, públicas y privadas–: *"…constituirían un servicio a la luz del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.".*

Los convenios examinados presentaban –en líneas generales– las siguientes notas comunes:

a) Se trataba de figuras asociativas regidas por criterios de colaboración, cooperación y asistencia técnica, entre la AFSCA y diversas entidades, públicas y privadas (v.g. cooperativas, universidades nacionales, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles, una cartera ministerial), tendientes –directa o indirectamente– al cumplimiento de misiones propias de la AFSCA; más precisamente: la promoción de la comunicación como un servicio de carácter social,

al desarrollo de mecanismos destinados a la desconcentración y democratización del derecho de expresar, recibir, investigar y difundir información, ideas y opiniones, etc., siendo estos unos de los fines primordiales de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522. En todos los casos se invocó el inciso 30) del artículo 12 de la referida ley, en tanto precepto normativo que facultaba a la entonces AFSCA a celebrar toda clase de contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas, pero con la expresa aclaración que tales competencias debían ejercerse "conforme la normativa vigente.". También se fundó la competencia en el apartado 5.24 del Reglamento Interno aprobado por Resolución AFSCA Nº 312/10, norma que habilitaba al Presidente del Directorio de la AFSCA a suscribir convenios con entidades públicas o privadas para el logro de los objetivos previstos.

b) Las prestaciones comprometidas tenían por fin la promoción de actividades (v.g. talleres de capacitación, ponencias, mesas de trabajo, encuentros, ciclos de intercambio, financiación de becas para una tecnicatura universitaria en gestión de medios comunitarios, producción de proyectos comunitarios de comunicación audiovisual, etc.) en favor de terceros (v.g. integrantes de radios comunitarias, cooperativas constituidas a través de programas sociales, jóvenes de todo el país, actores del sector audiovisual comunitario, pueblos originarios, estudiantes universitarios), aspirando a que éstos obtuviesen determinados beneficios, tales como la inserción socio-laboral de jóvenes en situación de vulnerabilidad social de todo el país, la adquisición de saberes, habilidades y competencias vinculadas a la comunicación audiovisual comunitaria a través de estrategias de entrenamiento laboral, etc.

c) Entre las diversas obligaciones que en cada uno de los aludidos convenios asumió la AFSCA, se destacaban los aportes dinerarios –inciso 5, Partida Principal 1, Partida Parcial 7, transferencias a otras instituciones culturales y soc. s/ fines de lucro)–, que la referida entidad se comprometía a girar a las entidades firmantes para que éstas llevaran a cabo tales actividades y de este modo solventar los proyectos, en su totalidad o en algunos casos parcialmente. Esto es, salidas de fondos sin contraprestación, aplicados exclusivamente para la ejecución del objetivo previsto en cada convenio, ya sea que fueren transferencias de carácter intersectorial (del sector público a los sectores privado y externo) o intrasectorial (dentro del propio sector público), en los términos del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional. Sexta edición. 2013. Pág. 115 (disponible online en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/manuales/clasificador13.pdf).

d) Los cocontratantes se obligaron, en términos generales, a aportar su capacidad operativa, equipo de capacitadores y expertos, etc., en pos de la consecución del objetivo u objetivos propuestos. Entre las principales actividades a su cargo pueden citarse: intervenir en la definición de los contenidos y estructuras de los programas a implementar, llevar adelante capacitaciones, realizar seguimiento de tareas, etc.

e) Se contemplaron mecanismos de rendición de erogaciones y gastos aplicados, junto con informes de resultados, incluyendo –por caso– la obligación en cabeza del cocontratante de devolver las sumas de dinero que no hayan sido utilizadas.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 2°, 4º y 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 2º del Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º, 2º, 3º y 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la medida en que el –actualmente derogado– artículo 10 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522 creó a la entonces Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, cabe colegir que dicha entidad se encontraba incluida tanto en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01, así como también en el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A idéntica conclusión corresponde arribar respecto del actual ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM), en tanto se trata de una entidad descentralizada que funciona en el ámbito del MINISTERIO DE COMUNICACIONES (v. artículo 1º del Decreto Nº 267/15).

II) En cuanto respecta al ámbito de aplicación objetivo, queda claro que el Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente (cláusula residual).

III) El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado Nº 1023/01 a todos los contratos cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

IV) A su vez, el artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 establece que toda contratación que realice la Administración Nacional se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado. En cuanto a ello, autorizada doctrina tiene dicho que: *"En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa…",* a lo que se añadió: *"…el RCAN* [Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional] *configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación ('zona común de la contratación administrativa') a los contratos de objeto privado…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 11 y ss.).

V) En virtud de lo expresado, el principio es la aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 respecto de la totalidad de los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, sin perjuicio de las excepciones enumeradas en el artículo 5º. No ha de soslayarse que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contempla en su objeto tanto obras como bienes y servicios, mientras que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12

circunscribía su aplicación únicamente a bienes y servicios; más precisamente a todas las contrataciones comprendidas en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones y a aquellas no excluidas expresamente.

VI) En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, esto es, a los tipos de contratos que se reglamentan, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 reenvía a los indicados en el art. 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01, que enuncia de modo no taxativo y que básicamente tienen por objeto la adquisición y/o prestación de bienes y servicios (Cfr. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Ábaco. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2013. Págs. 37 y ss.).

VII) Ninguna de las citadas normas brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por "servicios". Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas, las cuales se limitan a enumerar los contratos excluidos –entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los de empleo público en tanto servicios a título personal en relación de dependencia–, y a enunciar los contratos comprendidos, con la salvedad de que deberán considerarse incluidos todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

VIII) El artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé –en sintonía con lo contemplado en el artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía. Desde esa atalaya, resulta útil indagar el sentido jurídico que se le otorga al término "servicio" y a la figura del "contrato de servicios" en el derecho privado.

IX) Bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (v. Artículo 774 CCyC).

X) Al respecto, se ha sostenido que: *"…Para el Diccionario de la Lengua Española, servicio (que es un vocablo multívoco) es, en su vigésima acepción, 'prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales'* (…) *En materia económica, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto como elemento determinante…"* (LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo V. Rubinzal-Culzoni Editores. 1era. edición. Santa Fe, 2015. Págs. 162 y ss.).

XI) Por otra parte, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación, hay contrato de servicios cuando una persona –el prestador de servicios–, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a proveer un servicio mediante una retribución.

XII) Las prestaciones involucradas en los convenios examinados presentan naturaleza heterogénea y/o compleja, circunstancia que dificulta la tarea de encuadrarlas jurídicamente en la normativa aplicable. No obstante ello, no se advierten fundamentos de índole jurídica que permitan afirmar –enfática y categóricamente– que se trata de supuestos excluidos del ámbito de aplicación objetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Por el contrario, ante la duda corresponde considerarlos incluidos.

XIII) Se presenta una relación tripartita: Por un lado, la que vinculó a la AFSCA con los cocontratantes (cooperativas, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles) en el marco de contratos *sui generis*, a excepción de los siguientes: "Convenio Cooperación Técnica en Materia de Comunicación Audiovisual entre la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Universidad Nacional de Quilmes" y "Convenio de Asistencia Técnica y Colaboración entre el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata". Estos últimos, dada la naturaleza de las partes intervinientes se incardinan dentro de las denominadas relaciones interadministrativas entre entes públicos, las que se encuentran normativamente contempladas en el artículo 25, inciso d) apartados 8º y 9º del Decreto Nº 1023/01 y que se caracterizan por: *"…carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado…"* (Dictámenes PTN 121:32; 201:229; 225:71).

XIV) Por otra parte, el eventual vínculo entre la AFSCA y los terceros beneficiarios de los distintos planes de acción podría llegar a enmarcarse en las denominadas "relaciones de fomento", sin que sea objeto del presente dictamen adentrarse en el análisis de las diversas modulaciones susceptibles de configurarse en dicho marco, en tanto se trata de una materia que excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

XV) Si bien es cierto que la Ley Nº 26.522 otorgaba a la ex Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual la facultad de celebrar contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas (art. 12, inc. 30), tal competencia debía ser ejercida "conforme la normativa vigente" y ahí es donde cobra relevancia la cláusula residual prevista tanto en el Decreto Nº 1023/01 como en su reglamentación. De este modo, sólo estarían excluidos aquellos acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos mencionados en el artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01, lo cual no se verifica en el presente caso.

XVI) Desde esa óptica, no ha de perderse de vista que ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional ni su reglamentación excluyen de su ámbito de aplicación a los convenios objeto de consulta, ni existe una regulación específica sobre la materia, como sí acontece en otras latitudes.

XVII) Esta Oficina Nacional se ha expedido en el marco del Dictamen ONC Nº 446/09, donde se trajo a consideración un Convenio Marco de Cooperación Técnica suscripto con fecha 2 de julio de 2007 por la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, la ex SUBSECRETARÍA DE TIERRAS PARA EL HÁBITAT SOCIAL de la mencionada Secretaría y la UNIVERSIDAD POPULAR DE RESISTENCIA, de la Ciudad

de Resistencia, Provincia de Chaco. En dicha oportunidad se opinó que: *"…las características de las prestaciones a cargo de la Universidad Popular de Resistencia conforme con el Proyecto de Capacitación glosado a fs. 132/157 no se corresponden con ninguna de las figuras jurídicas enumeradas en el artículo 5 del Decreto Nº 1023/2001 y, por lo tanto, no resultaría un contrato excluido del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública en razón del objeto de la contratación* (…) *En atención a lo expuesto, corresponde concluir que el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública resultaría aplicable al convenio celebrado en los presentes actuados.".*

XVIII) Posteriormente, en el marco del Dictamen ONC Nº 510/09 la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA solicitó asesoramiento con respecto a la celebración de un Convenio Marco de Cooperación y Asistencia con la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA NACIONAL. En dicha oportunidad se expresó: *"…La relación entre el organismo contratante y la Universidad Tecnológica Nacional, por aplicación de dicho principio, podría instrumentarse mediante un convenio interadministrativo* (…) *Lo expuesto resulta aplicable a los Programas de Asistencia Técnica que surjan de ese convenio, por cuanto también se enmarcan en la esfera de las contrataciones interadministrativas por la naturaleza pública de las partes* (…) *El Convenio Marco de Cooperación y Asistencia entre la Universidad Tecnológica Nacional y la Gendarmería Nacional Argentina, y los Programas de Asistencia Técnica que de este surjan, se podrán encuadrar en el artículo 25, inc d), apartado 9° del Decreto N° 1023/01.".*

XIX) Por otra parte, que las prestaciones de los cocontratantes hayan redundado exclusivamente en beneficios para terceros tampoco implica, por esa sola circunstancia, que deba estarse fuera del régimen, en la medida en que buena parte de los contratos administrativos denominados "de colaboración" presuponen que el contratista particular colabora con la Administración para lograr un cometido público y que la prestación a cargo del cocontratante se relaciona, directa e inmediatamente, con alguna función esencial del Estado.

XX) En suma, sin desconocer la existencia de un margen abierto a discusión, esta Oficina entiende que los "convenios" sometidos a estudio –ya sea que se los considere de servicios o bien contratos innominados– no se corresponden, en principio, con ninguno de los supuestos de exclusión expresamente previstos, motivo por el cual ha de estarse por la interpretación que incluya tales contrataciones dentro del régimen general establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01. Téngase presente, sin embargo, que el hecho de afirmar que esta clase de convenios deben entenderse insertos en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no implica *per se* que las prerrogativas de poder público del Estado allí contempladas, al igual que el régimen de penalidades y sanciones, resulten en todos los casos de aplicación y/o que rijan del mismo modo o con el mismo vigor con el que lo hacen en el contexto de un contrato administrativo típico.

XXI) Corresponderá eventualmente efectuar modulaciones –vía hermenéutica– con el objeto de adaptar tales prerrogativas, morigerarlas o incluso declararlas inaplicables cuando sea necesario, según el caso, en virtud de las particularidades que presentan estos contratos. En este orden de ideas, autorizada doctrina tiene dicho que: *"…Para realizar los cometidos estatales, la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación con el grado y naturaleza del interés público tutelado en*

cada caso […] *el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado cuyo grado de aplicación depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato* […] *c) contratos interadministrativos, cuyas características diferenciales no excluyen los puntos de conexión ni las notas que resultan comunes a todos los contratos que celebran los órganos o sujetos estatales* […]. *A su vez, en el campo típico del contrato administrativo, aparece la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos contienen modalidades y características que admiten una diferente modulación dentro de la especie contrato administrativo* […] *Por lo tanto, resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto"* (CASSAGNE, Juan Carlos. Op Cit. Págs. 18 y ss).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-27922992-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de junio de 2018.

Referencias/voces: Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional – Ámbito de aplicación – Servicio de Delivery – Encuadre Legal – Contratos excluidos del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la APN.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación al encuadre legal que corresponde dar a la contratación de un servicio de proveedurías externas –expendio de productos de almacén, lácteos, panadería, limpieza, librería, higiene personal, verdulería y kiosco para los internos del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y sus visitantes–, del tipo "Delivery". Ello, a los efectos de dilucidar si el mentado objeto contractual resulta subsumible en el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

En caso de respuesta afirmativa, se solicita adicionalmente: 1) "Indicar tipo de procedimiento en el que correspondería encuadrar el servicio de proveedurías externas, bajo la modalidad de Servicio Delivery.";

2) *"…se nos indique si es posible lograr establecer un 'canon de exclusividad', el mismo otorga exclusividad al concesionario quien será el único que podrá desarrollar la actividad de proveeduría externa del tipo Delivery.".*

De tal modo, la consulta se circunscribía al encuadre legal que correspondía dar a la contratación de un servicio de proveeduría externa destinada al expendio de productos de almacén, lácteos, panadería, limpieza, librería, higiene personal, verdulería y kiosco para los internos y sus visitantes, en distintas unidades penitenciarias.

Dicho servicio de proveeduría para internos implicaría, según explica el organismo consultante, la contratación de una persona humana o jurídica a fin de que provea los bienes que se le soliciten, los entregue en el lugar y se retire, similar a lo que comúnmente se conoce como "delivery".

Es decir, el proveedor de los bienes no explotaría un espacio físico dentro del establecimiento penitenciario, sino que acercaría la mercadería al ingreso del establecimiento, a efectos de que los internos alojados en los establecimientos penitenciarios puedan adquirir artículos de uso y consumo personal autorizados y afrontar su costo con fondos propios disponibles o bien depositados por sus familiares. No estarían comprometidos fondos públicos sino el dinero de los propios internos.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º y 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Artículo 127 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24.660.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación al ámbito de aplicación material u objetivo, debe tenerse presente que el Decreto Delegado Nº 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional.

II) El Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente. Dicho carácter residual implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

III) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 resultan de aplicación, entre otros, a los contratos de servicios (anteriormente denominados por el Código Civil locaciones de servicios).

IV) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por “servicios”; es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas. Sin embargo, el artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía (v.g. artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación).

V) 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 Nº 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias, por cuanto prima el deber de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos. Desde esa óptica, toda contratación de bienes y/o servicios que lleve a cabo dicho organismo en pos de satisfacer las necesidades públicas a su cargo debe

necesariamente ampararse en las previsiones de los Decretos Nros. 1023/01 y 1030/16, a menos que se trate de alguno de los supuestos expresamente excluidos.

VI) El artículo 127 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24.660 y el Artículo 110 inc. a) del Reglamento General de Procesados establece un fondo disponible a la orden del interno para la adquisición de artículos de uso y consumo personal que autoricen los reglamentos mediante la vía de cantina y/o proveeduría de internos.

VII) El esquema aquí analizado podría sintetizarse del siguiente modo: internos que solicitan determinados productos y lo abonan con fondos propios o facilitados por sus familias; proveedores externos (en el sentido de que no se trataría de concesionarios de cantina) que brindan un servicio tipo "delivery" hasta el ingreso al establecimiento penitenciario y finalmente, la intermediación del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en la entrega y el pago.

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no resulta de aplicación a la contratación propiciada. Ello así, tomando en consideración que, de acuerdo a la información que surge de los presentes actuados, el contrato tenido en miras no implicaría la utilización de fondos públicos sino el dinero de los propios internos y que, en rigor de verdad, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no sería el adquirente de los bienes en cuestión sino un mero intermediario entre el proveedor y el interno solicitante, al recibir los bienes y liberar el pago autorizado por los internos –intermediación ciertamente necesaria y razonable a fin de posibilitar la operatoria en cuestión, dada las condiciones de reclusión y/o de privación de la libertad de quienes integran la población carcelaria–.

IX) No se trataría, en puridad, de un contrato de la Administración Nacional y/o atribuible a la Administración Nacional, desde que esta última no es parte –a la luz de lo informado por el organismo de origen–. Es así que no podría asignársele el carácter de contrato administrativo, desde el momento en que no sería celebrado por una persona jurídica estatal, lo cual explica que ni siquiera se encuentre previsto entre las causales de exclusión del artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

CONVENIOS DE COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-23893278-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de octubre de 2017.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo. Alcance del término "servicios". Convenios de colaboración y cooperación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiera en torno a si diversas actividades que fueron objeto de convenios celebrados por la ex AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (AFSCA) con diversas

entidades, públicas y privadas–: *"…constituirían un servicio a la luz del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.".*

Los convenios examinados presentaban –en líneas generales– las siguientes notas comunes:

a) Se trataba de figuras asociativas regidas por criterios de colaboración, cooperación y asistencia técnica, entre la AFSCA y diversas entidades, públicas y privadas (v.g. cooperativas, universidades nacionales, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles, una cartera ministerial), tendientes –directa o indirectamente– al cumplimiento de misiones propias de la AFSCA; más precisamente: la promoción de la comunicación como un servicio de carácter social, al desarrollo de mecanismos destinados a la desconcentración y democratización del derecho de expresar, recibir, investigar y difundir información, ideas y opiniones, etc., siendo estos unos de los fines primordiales de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522. En todos los casos se invocó el inciso 30) del artículo 12 de la referida ley, en tanto precepto normativo que facultaba a la entonces AFSCA a celebrar toda clase de contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas, pero con la expresa aclaración que tales competencias debían ejercerse "conforme la normativa vigente.". También se fundó la competencia en el apartado 5.24 del Reglamento Interno aprobado por Resolución AFSCA Nº 312/10, norma que habilitaba al Presidente del Directorio de la AFSCA a suscribir convenios con entidades públicas o privadas para el logro de los objetivos previstos.

b) Las prestaciones comprometidas tenían por fin la promoción de actividades (v.g. talleres de capacitación, ponencias, mesas de trabajo, encuentros, ciclos de intercambio, financiación de becas para una tecnicatura universitaria en gestión de medios comunitarios, producción de proyectos comunitarios de comunicación audiovisual, etc.) en favor de terceros (v.g. integrantes de radios comunitarias, cooperativas constituidas a través de programas sociales, jóvenes de todo el país, actores del sector audiovisual comunitario, pueblos originarios, estudiantes universitarios), aspirando a que éstos obtuviesen determinados beneficios, tales como la inserción socio-laboral de jóvenes en situación de vulnerabilidad social de todo el país, la adquisición de saberes, habilidades y competencias vinculadas a la comunicación audiovisual comunitaria a través de estrategias de entrenamiento laboral, etc.

c) Entre las diversas obligaciones que en cada uno de los aludidos convenios asumió la AFSCA, se destacaban los aportes dinerarios –inciso 5, Partida Principal 1, Partida Parcial 7, transferencias a otras instituciones culturales y soc. s/ fines de lucro)–, que la referida entidad se comprometía a girar a las entidades firmantes para que éstas llevaran a cabo tales actividades y de este modo solventar los proyectos, en su totalidad o en algunos casos parcialmente. Esto es, salidas de fondos sin contraprestación, aplicados exclusivamente para la ejecución del objetivo previsto en cada convenio, ya sea que fueren transferencias de carácter intersectorial (del sector público a los sectores privado y externo) o intrasectorial (dentro del propio sector público), en los términos del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional. Sexta edición. 2013. Pág. 115 (disponible online en: http://www.mecon.gov.ar/onp/html/manuales/clasificador13.pdf).

d) Los cocontratantes se obligaron, en términos generales, a aportar su capacidad operativa, equipo de capacitadores y expertos, etc., en pos de la consecución del objetivo u objetivos propuestos. Entre las principales actividades a su cargo pueden citarse: intervenir en la definición de los contenidos y estructuras de los programas a implementar, llevar adelante capacitaciones, realizar seguimiento de tareas, etc.

e) Se contemplaron mecanismos de rendición de erogaciones y gastos aplicados, junto con informes de resultados, incluyendo –por caso– la obligación en cabeza del cocontratante de devolver las sumas de dinero que no hayan sido utilizadas.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 2°, 4º y 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 2º del Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º, 2º, 3º y 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 774 y 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la medida en que el –actualmente derogado– artículo 10 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Nº 26.522 creó a la entonces Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, cabe colegir que dicha entidad se encontraba incluida tanto en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01, así como también en el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A idéntica conclusión corresponde arribar respecto del actual ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM), en tanto se trata de una entidad descentralizada que funciona en el ámbito del MINISTERIO DE COMUNICACIONES (v. artículo 1º del Decreto Nº 267/15).

II) En cuanto respecta al ámbito de aplicación objetivo, queda claro que el Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente (cláusula residual).

III) El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado Nº 1023/01 a todos los contratos cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

IV) A su vez, el artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 establece que toda contratación que realice la Administración Nacional se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado. En cuanto a ello, autorizada doctrina tiene dicho que: *"En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa…",* a lo que se añadió: *"…el RCAN* [Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional]

configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación ('zona común de la contratación administrativa') a los contratos de objeto privado…" (CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 11 y ss.).

V) En virtud de lo expresado, el principio es la aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 respecto de la totalidad de los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, sin perjuicio de las excepciones enumeradas en el artículo 5º. No ha de soslayarse que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contempla en su objeto tanto obras como bienes y servicios, mientras que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 circunscribía su aplicación únicamente a bienes y servicios; más precisamente a todas las contrataciones comprendidas en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones y a aquellas no excluidas expresamente.

VI) En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, esto es, a los tipos de contratos que se reglamentan, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 reenvía a los indicados en el art. 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01, que enuncia de modo no taxativo y que básicamente tienen por objeto la adquisición y/o prestación de bienes y servicios (Cfr. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Ábaco. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2013. Págs. 37 y ss.).

VII) Ninguna de las citadas normas brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por "servicios". Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas, las cuales se limitan a enumerar los contratos excluidos –entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los de empleo público en tanto servicios a título personal en relación de dependencia–, y a enunciar los contratos comprendidos, con la salvedad de que deberán considerarse incluidos todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

VIII) El artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé –en sintonía con lo contemplado en el artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía. Desde esa atalaya, resulta útil indagar el sentido jurídico que se le otorga al término "servicio" y a la figura del "contrato de servicios" en el derecho privado.

IX) Bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (v. Artículo 774 CCyC).

X) Al respecto, se ha sostenido que: *"…Para el Diccionario de la Lengua Española, servicio (que es un vocablo multívoco) es, en su vigésima acepción, 'prestación humana que satisface*

alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales' (…) *En materia económica, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto como elemento determinante…"* (LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo V. Rubinzal-Culzoni Editores. 1era. edición. Santa Fe, 2015. Págs. 162 y ss.).

XI) Por otra parte, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación, hay contrato de servicios cuando una persona –el prestador de servicios–, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a proveer un servicio mediante una retribución.

XII) Las prestaciones involucradas en los convenios examinados presentan naturaleza heterogénea y/o compleja, circunstancia que dificulta la tarea de encuadrarlas jurídicamente en la normativa aplicable. No obstante ello, no se advierten fundamentos de índole jurídica que permitan afirmar –enfática y categóricamente– que se trata de supuestos excluidos del ámbito de aplicación objetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Por el contrario, ante la duda corresponde considerarlos incluidos.

XIII) Se presenta una relación tripartita: Por un lado, la que vinculó a la AFSCA con los cocontratantes (cooperativas, entidades sin fines de lucro, asociaciones civiles) en el marco de contratos *sui generis*, a excepción de los siguientes: "Convenio Cooperación Técnica en Materia de Comunicación Audiovisual entre la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Universidad Nacional de Quilmes" y "Convenio de Asistencia Técnica y Colaboración entre el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN, la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata". Estos últimos, dada la naturaleza de las partes intervinientes se incardinan dentro de las denominadas relaciones interadministrativas entre entes públicos, las que se encuentran normativamente contempladas en el artículo 25, inciso d) apartados 8º y 9º del Decreto Nº 1023/01 y que se caracterizan por: *"…carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado…"* (Dictámenes PTN 121:32; 201:229; 225:71).

XIV) Por otra parte, el eventual vínculo entre la AFSCA y los terceros beneficiarios de los distintos planes de acción podría llegar a enmarcarse en las denominadas "relaciones de fomento", sin que sea objeto del presente dictamen adentrarse en el análisis de las diversas modulaciones susceptibles de configurarse en dicho marco, en tanto se trata de una materia que excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

XV) Si bien es cierto que la Ley Nº 26.522 otorgaba a la ex Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual la facultad de celebrar contratos y convenios de reciprocidad o de prestación de servicios con otros organismos, entidades o personas físicas o jurídicas (art. 12, inc. 30), tal competencia debía ser ejercida "conforme la normativa vigente" y ahí es donde cobra relevancia la cláusula residual prevista tanto en el Decreto Nº 1023/01 como en su reglamentación. De este modo, sólo estarían excluidos aquellos acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos mencionados en el artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01, lo cual no se verifica en el presente caso.

XVI) Desde esa óptica, no ha de perderse de vista que ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional ni su reglamentación excluyen de su ámbito de aplicación a los convenios objeto de consulta, ni existe una regulación específica sobre la materia, como sí acontece en otras latitudes.

XVII) Esta Oficina Nacional se ha expedido en el marco del Dictamen ONC Nº 446/09, donde se trajo a consideración un Convenio Marco de Cooperación Técnica suscripto con fecha 2 de julio de 2007 por la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, la ex SUBSECRETARÍA DE TIERRAS PARA EL HÁBITAT SOCIAL de la mencionada Secretaría y la UNIVERSIDAD POPULAR DE RESISTENCIA, de la Ciudad de Resistencia, Provincia de Chaco. En dicha oportunidad se opinó que: *"…las características de las prestaciones a cargo de la Universidad Popular de Resistencia conforme con el Proyecto de Capacitación glosado a fs. 132/157 no se corresponden con ninguna de las figuras jurídicas enumeradas en el artículo 5 del Decreto Nº 1023/2001 y, por lo tanto, no resultaría un contrato excluido del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública en razón del objeto de la contratación* (…) *En atención a lo expuesto, corresponde concluir que el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública resultaría aplicable al convenio celebrado en los presentes actuados.".*

XVIII) Posteriormente, en el marco del Dictamen ONC Nº 510/09 la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA solicitó asesoramiento con respecto a la celebración de un Convenio Marco de Cooperación y Asistencia con la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA NACIONAL. En dicha oportunidad se expresó: *"…La relación entre el organismo contratante y la Universidad Tecnológica Nacional, por aplicación de dicho principio, podría instrumentarse mediante un convenio interadministrativo* (…) *Lo expuesto resulta aplicable a los Programas de Asistencia Técnica que surjan de ese convenio, por cuanto también se enmarcan en la esfera de las contrataciones interadministrativas por la naturaleza pública de las partes* (…) *El Convenio Marco de Cooperación y Asistencia entre la Universidad Tecnológica Nacional y la Gendarmería Nacional Argentina, y los Programas de Asistencia Técnica que de este surjan, se podrán encuadrar en el artículo 25, inc d), apartado 9° del Decreto N° 1023/01.".*

XIX) Por otra parte, que las prestaciones de los cocontratantes hayan redundado exclusivamente en beneficios para terceros tampoco implica, por esa sola circunstancia, que deba estarse fuera del régimen, en la medida en que buena parte de los contratos administrativos denominados "de colaboración" presuponen que el contratista particular colabora con la Administración para lograr un cometido público y que la prestación a cargo del cocontratante se relaciona, directa e inmediatamente, con alguna función esencial del Estado.

XX) En suma, sin desconocer la existencia de un margen abierto a discusión, esta Oficina entiende que los "convenios" sometidos a estudio –ya sea que se los considere de servicios o bien contratos innominados– no se corresponden, en principio, con ninguno de los supuestos de exclusión expresamente previstos, motivo por el cual ha de estarse por la interpretación que incluya tales contrataciones dentro del régimen general establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01. Téngase presente, sin embargo, que el hecho de afirmar que esta clase de convenios deben entenderse insertos en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no implica *per se* que las prerrogativas de poder público del Estado allí contempladas,

al igual que el régimen de penalidades y sanciones, resulten en todos los casos de aplicación y/o que rijan del mismo modo o con el mismo vigor con el que lo hacen en el contexto de un contrato administrativo típico.

XXI) Corresponderá eventualmente efectuar modulaciones –vía hermenéutica– con el objeto de adaptar tales prerrogativas, morigerarlas o incluso declararlas inaplicables cuando sea necesario, según el caso, en virtud de las particularidades que presentan estos contratos. En este orden de ideas, autorizada doctrina tiene dicho que: *"…Para realizar los cometidos estatales, la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación con el grado y naturaleza del interés público tutelado en cada caso* […] *el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado cuyo grado de aplicación depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato* […] *c) contratos interadministrativos, cuyas características diferenciales no excluyen los puntos de conexión ni las notas que resultan comunes a todos los contratos que celebran los órganos o sujetos estatales* […]. *A su vez, en el campo típico del contrato administrativo, aparece la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos contienen modalidades y características que admiten una diferente modulación dentro de la especie contrato administrativo* […] *Por lo tanto, resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto"* (CASSAGNE, Juan Carlos. Op Cit. Págs. 18 y ss).

COTIZACIONES PARCIALES.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Cotización y adjudicación por grupo de renglones. Cotizaciones parciales.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de diversos extremos, entre ellos la cotización de los renglones en forma agrupada y por renglón total, así como también sobre la posibilidad de efectuar cotizaciones parciales.

Normativa examinada:

- Artículos 9º y 31 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 16 inciso 4º y 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente permite ofertar y adjudicar por grupo de renglones, pero tratándose de una medida restrictiva de la concurrencia, debe necesariamente estar claramente establecido en el pliego de bases y condiciones particulares, con una adecuada explicación de la finalidad pública que se persigue con ello.

II) En cuanto a la posibilidad de efectuar cotizaciones parciales, la autoridad competente para aprobar el pliego de bases y condiciones particulares podrá disponer que no se aceptarán ofertas parciales, aunque deberá hacerlo fundadamente.

III) La normativa permite que en los pliegos de bases y condiciones particulares se prohíba la cotización parcial de renglones y asimismo permite que se fijen adjudicaciones por grupo de renglones o por el total. No obstante lo señalado, sobre la adopción de tales medidas en este procedimiento en particular, no corresponde que esta Oficina se expida por cuanto hace a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia de la autoridad llamada a decidir y asimismo tiene que ver con cuestiones técnicas del objeto contractual sobre las cuales esta Oficina tampoco tiene competencia para expedirse.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-05345495-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 1º de febrero de 2018.

Referencias/voces: Ofertas parciales por parte de oferentes que no revisten la calidad de MIPYME. Consulta sobre ofertas parciales de oferentes que no revistan la calidad de Micro, Pequeña y Mediana Empresa (MiPyME).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de la posibilidad de establecer en los pliegos de bases y condiciones particulares que cualquier oferente, independientemente de la calidad que reviste, pueda efectuar ofertas por parte del renglón –cotización parcial– sin tener que ofertar por la totalidad de éste.

Normativa examinada:

- Artículo 7º del Decreto Nº 1023/01.
- Artículos 9º y 31 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 16, apartado 4º, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Atendiendo a la consulta específica del organismo girante en cuanto a si podría establecerse en los pliegos de bases y condiciones particulares la posibilidad de que cualquier oferente –independientemente de la calidad que revistiera– efectúe cotizaciones parciales, cabe señalar lo siguiente: La normativa citada regula expresamente la forma y porcentajes de la cotización parcial por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas empresas y de los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad. Asimismo, establece que la autoridad competente para aprobar el pliego de bases y condiciones particulares podrá disponer expresa y fundadamente que no poseen dicha posibilidad haciéndolo constar en el pertinente pliego.

II) En el marco del régimen normativo actualmente vigente, la regla general es la posibilidad de que las Micro, Pequeñas y Medianas empresas y los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad, puedan presentar ofertas parciales. Sin perjuicio de ello, si bien el supuesto traído a consideración –oferentes que no reúnan las condiciones de MIPYMES o no fueren oferentes que cumplieran con criterios de sustentabilidad– no se encuentra comprendido dentro de la regla general, nada obstaría a que la autoridad competente estableciera dicha posibilidad en forma expresa y fundada en el pliego de bases y condiciones particulares de la contratación.

III) En relación con lo señalado, cabe traer a colación lo dictaminado por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en el Dictamen ONC N° 687/2011, en el que se dejó establecido que: *"…en primer lugar, si bien no estaríamos en presencia de oferentes que reúnan las condiciones de MIPYMES, puesto que no surge de las actuaciones tal situación, la adjudicación parcial que se propone en el proyecto de acto administrativo analizado sería posible en virtud del Artículo 6.3. del Pliego de Bases y Condiciones Particulares* (…) *Las adjudicaciones parciales pueden exceder el porcentaje fijado para las cotizaciones parciales de empresas MIPYMES, por cuanto las mismas no se realizan por aplicación de lo estipulado en el artículo 12 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/2000, sino en virtud de lo regulado por el propio Pliego de Bases y Condiciones Particulares, que admitió la posibilidad de cotizar parcialmente o bien adjudicar parcialmente, independientemente de la calidad que revistiera el oferente…".*

IV) Las micro, pequeñas y medianas empresas y los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad, cuentan con la posibilidad de presentar cotizaciones por parte del renglón, aun cuando no se regule en forma expresa en los pliegos de bases y condiciones particulares, por cuanto dicha posibilidad surge de la normativa general aplicable.

V) La autoridad competente para aprobar el pliego de bases y condiciones particulares podrá disponer fundadamente que las micro, pequeñas y medianas empresas y los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad, no poseen la posibilidad de presentar cotizaciones por parte del renglón, lo que deberá hacerse constar en el pertinente pliego. Sólo en estos casos, las micro, pequeñas y medianas empresas y los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad, tendrán vedada la posibilidad de presentar cotizaciones por parte del renglón.

VI) Los oferentes que no revistan la calidad de micro, pequeñas y medianas empresas y los oferentes que no cumplan con los criterios de sustentabilidad, sólo podrán presentar cotizaciones por parte del renglón cuando se regule tal posibilidad en forma expresa en los

respectivos pliegos de bases y condiciones particulares, por cuanto esta posibilidad no se desprende de la normativa general aplicable.

VII) Cuando no se prohíban expresamente las cotizaciones por parte del renglón para las micro, pequeñas y medianas empresas y para quienes cumplan con los criterios de sustentabilidad, es decir, cuando dichos oferentes puedan cotizar parte del renglón, y en los pliegos particulares no se permita la cotización parcial del renglón para el resto de los interesados, éstos últimos igualmente podrán cotizar diferentes precios considerando los diferentes porcentajes de adjudicación posibles, sin perjuicio de que deberán presentar la cotización pertinente por la cantidad total indicada para cada renglón.

VIII) La autoridad competente para aprobar el pliego de bases y condiciones particulares podrá disponer fundadamente que los oferentes que no revistan la calidad de micro, pequeñas y medianas empresas y que los oferentes que no cumplan con los criterios de sustentabilidad, poseen la posibilidad de presentar cotizaciones por parte del renglón.

DECLARACIÓN DE LLAMADO DESIERTO/FRACASADO.

DICTAMEN ONC Nº 66/2015.

Fecha de emisión: 12 de marzo de 2015.

Referencias: Interpretación de los términos "desierto" y "fracasado".

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el objeto de determinar qué se entiende por llamado y/o renglón “desierto” y por llamado y/o renglón “fracasado” en el ámbito de la normativa vigente.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Un llamado a contratación y/o un renglón resultará desierto cuando no se reciban ofertas para el mismo (conf. Dictámenes PTN 89:106, 97:395, 103:3, entre otros).

II) Corresponderá declarar fracasado un procedimiento de selección y/o un renglón o determinados renglones si las propuestas presentadas son consideradas inadmisibles o inconvenientes. En relación a esto último, cabe reiterar que una oferta será considerada inadmisible cuando no se ajuste a las cláusulas que conforman el pliego de bases y condiciones particulares que rija el llamado de que se trate, mientras que una propuesta podrá ser declarada

inconveniente cuando, no obstante ajustarse a las condiciones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, no cumpla con las expectativas del organismo contratante por razones de precio u otros motivos económicos (v. Dictamen ONC Nº 786/11).

III) Puede darse el caso de que en una misma contratación se soliciten varios ítems organizados en diversos renglones afines. En este caso, los oferentes podrán presentar propuestas para cada uno de los renglones en los que estén interesados en cotizar. Como consecuencia lógica de dicha técnica, en una misma contratación pueden resultar adjudicados, fracasados y/o desiertos algunos o todos los renglones de la misma (v. Dictamen ONC Nº 786/11).

IV) Frente al supuesto en el cual se presente una única oferta para determinados renglones de un procedimiento de selección y luego, al momento de emitirse el acto administrativo de adjudicación la oferta en cuestión no se encuentre vigente (v.g. por haber manifestado el proveedor, en tiempo y forma, su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento de la misma), a criterio de esta Oficina Nacional no correspondería declarar "desiertos" a tales renglones, en tanto la circunstancia descripta debiese asimilarse a un supuesto de "fracaso" del llamado respecto de los renglones de que se trate, aun cuando no resulte estrictamente encuadrable en la variable dicotómica: inconveniencia/inadmisibilidad de la propuesta.

V) Abona dicha interpretación la siguiente premisa: el presupuesto de hecho para la declaración de "desierto" de un determinado llamado o renglón o renglones no puede ser otro que la inexistencia o falta de presentación de ofertas para los mismos (conf. Dictamen ONC Nº 492/09), y en un caso como el esbozado *ut supra* hay al menos un proveedor que presenta una oferta, cuya existencia no puede ser soslayada, independientemente de que durante la tramitación del procedimiento de selección, el plazo de mantenimiento de la misma se extinga con anterioridad a la adjudicación, imposibilitando el posterior perfeccionamiento del contrato.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento desierto/fracasado.

Consulta:

Frente a la circunstancia de que en el marco de la Licitación Pública Nº 49/2014 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL ninguna de las ofertas cumplía con lo previsto en el inciso I) del artículo 9 del pliego de bases y condiciones particulares, se consultó al Órgano Rector sobre la posibilidad de continuar adelante con su tramitación.

Cabe mencionar, al respecto, que la DIRECCIÓN de la AUDITORIA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL expresó: *"…en la práctica, al momento de presentar las ofertas, se aprecia que –en este caso en particular- el requerimiento resulta ser a todas luces excesivo, puesto que ninguna de las firmas que se encuentra en situación de ser preadjudicada logra cumplir con dicha cláusula".*

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 25 inciso d) apartado 4 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco del Dictamen ONC Nº 492/09 este Órgano Rector sostuvo que: "*Se sostiene que un procedimiento de selección resultará desierto cuando no se hubiere presentado ningún proponente. Por el contrario, cuando un procedimiento de selección resulta fracasado implica que, habiéndose presentado una o varias ofertas, todas ellas resultan inadmisibles y/o inconvenientes. A su vez se entiende por oferta inadmisible la oferta que, conveniente o no, no se ajusta a los requisitos estipulados en el pliego particular. En cambio, se denomina oferta inconveniente la oferta que siendo admisible -por ajustarse al pliego y al objeto licitatorio- no resulta conveniente para esa contratación por razones de precio, financiación, etc…".*

II) Una oferta será considerada inadmisible cuando no se ajuste a las cláusulas que conforman el pliego de bases y condiciones particulares que rija el llamado de que se trate, mientras que una propuesta podrá ser declarada inconveniente cuando, no obstante ajustarse a las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones particulares, no cumpla con las expectativas del organismo contratante por razones de precio, financiación u otros motivos económicos (v. Dictamen ONC Nº 786/11).

III) Dado los antecedentes del presente caso, no es dudoso ni arbitrario colegir que ninguna de las ofertas presentadas se ajusta al requisito establecido en el artículo 9 l) del pliego de bases y condiciones particulares, resultando, en consecuencia de ello, todas las propuestas presentadas inadmisibles para la Licitación Pública Nº 49/2014.

IV) Al momento de establecer los parámetros de una contratación, delimitando su objeto, características, especificaciones técnicas así como todo otro requisito propio de la contratación que se intente, puede existir cierto número de interesados que quedaran excluidos de participar en la misma en virtud de que sus productos o servicios no se ajustan a la demanda de la Administración.

V) Si en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación de marras, oportunamente aprobado mediante el correspondiente acto administrativo, se estipularon las cláusulas que hacen a los requisitos de la contratación de referencia, y como consecuencia de los parámetros delimitados en el procedimiento licitatorio pretensos interesados no presentaron sus ofertas por no ajustarse sus productos o servicios a la demanda de la Administración, no resulta posible que en el transcurso del procedimiento licitatorio se pretenda eliminar una de las cláusulas estipuladas en el referido pliego argumentando que ninguna de las propuestas presentadas cumplía con la misma, tal como pretende realizar la jurisdicción contratante.

VI) El organismo contratante, al incorporar la Cláusula del artículo 9 inciso l) del respetivo Pliego, limitó la posibilidad de participar en el aludido procedimiento de selección a un mayor número de interesados. Es por ello que de conformidad con lo expresado en los párrafos precedentes, la alternativa de evaluar nuevamente las ofertas presentadas sin tomar en consideración lo previsto en el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones particulares importaría una vulneración del principio de igualdad y concurrencia.

VII) Esta Oficina Nacional entiende que las ofertas presentadas en el procedimiento licitatorio de marras resultan inadmisibles, ello por cuanto ninguna de ellas cumple con el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones particulares.

VIII) El organismo contratante deberá declarar fracasada la Licitación Pública N° 49/2014 y efectuar un segundo llamado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 inciso d) punto 4 del Decreto Delegado 1023/01 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IX) Este Órgano Rector aconseja que para futuros procedimientos de selección no se coloquen este tipo de cláusulas limitativas como la expresada en el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones Particulares, cuando resulta evidente de la compulsa de las presentes actuaciones que no eran necesarias para contratar un servicio adecuado, ello toda vez que la propia jurisdicción contratante es quien está propiciando adjudicar sin tenerlas en cuenta.

DECLARACIÓN JURADA ANTICIPADA DE IMPORTACIÓN (DJAI).

DICTAMEN ONC Nº 994/2012.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2011.

Referencias: Bienes a importar. Oferta condicionada. Elaboración del pliego de bases y condiciones particulares.

Consulta:

Se consultó a la ONC si resultan inadmisibles las ofertas de bienes a importar que contemplen alguna previsión sobre eventuales inconvenientes en sus trámites aduaneros y los plazos de entrega de los productos.

Al respecto, en el organismo de origen fueron receptados planteos, por parte de proveedores, respecto a que los tiempos para la obtención de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI) no les permite garantizar la disponibilidad de los bienes a una determinada fecha, lo que implicaría no cumplir con el plazo de entrega establecido en los pliegos de bases y condiciones particulares.

Luego, la segunda cuestión consultaba radicaba en desentrañar si la situación descripta puede entenderse o no, como una oferta que contuviere condicionamientos.

Normativa examinada:

- Resolución General AFIP Nº 3252/12.
- Artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme el artículo 2º de la Resolución General AFIP Nº 3252 los importadores, en forma previa a la emisión de la Nota de Pedido, Orden de Compra o documento similar para concertar sus operaciones de compra en el exterior, deberán producir la información que se indica en el micrositio “DECLARACION JURADA ANTICIPADA DE IMPORTACION (DJAI)”,

disponible en el sitio "web" de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (http://www.afip.gob.ar), relacionado con las destinaciones definitivas de importación para consumo.

II) Si al 1º de febrero de 2012 no fueron oficializadas las destinaciones definitivas de importación para consumo, dicha operación de importación queda sujeta a las disposiciones de la Resolución General AFIP Nº 3252, conforme lo dispuesto en los artículos 5º, 8º y 9º de la norma analizada.

III) Se está frente a una oferta condicionada cuando la misma *"se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido."* (conf. Artículo 528 Código Civil). En igual sentido la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido que la oferta está condicionada cuando el precio ofertado dependerá del *"…acaecimiento de un acontecimiento futuro e incierto…"* (en Dictámenes PTN, 254:63).

IV) La Administración no puede quedar sujeta al cumplimiento de un acontecimiento incierto y futuro, establecido por el oferente, en contradicción con las regulaciones legales y con las condiciones del pliego de bases y condiciones, pues la oferta estaría condicionada a la voluntad de aquél. Sin embargo, hay casos o situaciones en las que no es posible presentar una oferta sin "condicionamientos", es decir que su cumplimiento depende de una condición de índole, por ejemplo, administrativo. Son situaciones donde la inclusión o el surgimiento de condicionamientos se impone de hecho, pero que no son atribuibles a la voluntad del oferente, rasgo esencial de una oferta condicionada.

V) La existencia de una pirámide normativa que conlleva la obligación de cumplir e interpretar las normas a partir de un determinado orden de prelación, contiene la obligación de elaborar un pliego de bases y condiciones particulares que considere no sólo la normativa específica de contrataciones sino también las normas especiales que regulan en este caso, la materia aduanera e impositiva.

VI) En este caso, para que sea factible la presentación de una oferta no condicionada es preciso que, el organismo contratante considere la normativa impositiva y aduanera, la cual es obligatoria para todos los interesados en realizar importaciones de bienes, por lo que constituye un imperativo también para todos aquellos que intervienen en un procedimiento de compra de bienes importados y, por ende, debería ser tenido presente por los organismos a la hora de elaborar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación. Rescisión contractual. Penalidades. Caso fortuito. Fuerza Mayor. Declaraciones juradas anticipadas de importación (DJAI). Principio de buena fe. Diligencia. Principio de continuidad del contrato.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Junto con las actuaciones se acompañó la nota presentada por el proveedor con fecha 29 de julio de 2014 a través de la cual solicitó la aplicación del artículo 120 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 ante la imposibilidad de entregar los bienes por supuestos inconvenientes en la importación de los mismos, circunstancia que consideró acreditada con el correo electrónico que le remitiera su distribuidor.

Normativa examinada:

- Artículos 119, 120, 122, 126 inciso b) apartado 1º e inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Resolución General AFIP Nº 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del caso de fuerza mayor o caso fortuito, en tanto el proveedor no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente las razones esgrimidas.

II) No acompañó constancia de la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI), sino que, por el contrario, únicamente adjuntó una impresión de un correo electrónico remitido por su distribuidor en el cual menciona supuestas demoras en las importaciones de los tóner.

III) La obligación de presentar las DJAI fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012, es decir que el régimen ya estaba vigente a la fecha del llamado a Licitación Pública en cuestión, por lo que debió ser tenido en cuenta por el oferente al momento de realizar sus propuestas. Lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/2011).

IV) Atento que el organismo consultante ya intimó al proveedor a la entrega de los bienes bajo apercibimiento de rescindir el contrato, de conformidad con la normativa aplicable, correspondería proceder en tal sentido y ejecutar la garantía de cumplimiento del mismo.

DICTAMEN ONC Nº 24/2016.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Rechazo recurso de reconsideración – Proveedor IDP S.A. Hecho del príncipe. Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI). *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

Normativa examinada:

- Artículo 13, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 95 del Anexo al Decreto Nº 436/00.
- Artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12-
- Resolución General AFIP Nº 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El agravio central del proveedor radica en la supuesta existencia de un vicio en el elemento causa del acto administrativo sancionatorio, al no haber tenido en cuenta las consecuencias de la Resolución General AFIP Nº 3252/12, subsumibles –desde el punto de vista de la recurrente– en la teoría del "hecho del príncipe", en tanto eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 25/12.

II) A los fines de resguardar las garantías de defensa y debido procedimiento administrativo, deviene necesario efectuar un análisis sobre la eventual configuración en el caso concreto del mentado "hecho del príncipe", entendido como un acto emanado de autoridad pública, de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 565/2010 y 448/2013, entre otros).

III) Ello, toda vez que la quejosa aduce que debido al trámite correspondiente a las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importaciones no pudo cumplir con sus obligaciones en tiempo oportuno y debida forma, de lo cual se deduce que la misma alegó el hecho del príncipe como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

IV) El Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00 no previó el "Hecho del Príncipe" como tal, limitándose a receptar en el citado artículo 95 –correspondiente al Capítulo VI "Circunstancias Accidentales"– los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Por el contrario, en el marco del inciso c) del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 fueron regulados en forma claramente diferenciada al menos tres institutos distintos, a saber: 1) El caso fortuito o fuerza mayor de carácter natural; 2) El hecho del Príncipe; 3) La *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento contractual.

V) El Decreto Delegado Nº 1023/01 –norma posterior en el tiempo y de mayor jerarquía que el Decreto Nº 436/00– incorporó la figura del "Hecho del Príncipe". Al no encontrarse contemplado el "Hecho del Príncipe" entre los supuestos detallados en el artículo 95 del Anexo al Decreto Nº 436/00, no resultarían exigibles los requisitos allí estipulados para restringir la procedencia de tal instituto, en particular la carga en cabeza del interesado de comunicarlo al organismo contratante dentro de los TRES (3) días de producido o desde que cesaren sus efectos, bajo pena de no poder invocarlo ulteriormente. Tampoco la nueva norma prevé un plazo dentro del cual deba invocarse el hecho del príncipe, como sí lo hace respecto del caso fortuito y/o la fuerza mayor.

VI) A partir de un análisis armónico del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 a la luz de la doctrina y de los principios generales que rigen las contrataciones públicas, pueden identificarse los siguientes requisitos necesarios para tener por configurado un supuesto de "hecho del príncipe" como eximente de responsabilidad frente a un incumplimiento contractual. A saber: 1) Debe tratarse de un acto o medida de carácter general emanado de una autoridad pública nacional que de modo reflejo o indirecto haya incidido negativamente en el cumplimiento del contrato. Autorizada doctrina tiene dicho que por "acto de autoridad pública" deberán entenderse no solo los actos administrativos y reglamentos emanados de la Administración, sino también las vías de hecho, las leyes en sentido formal, etc.; 2) La circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que coloque al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; 3) Si bien ni el Decreto Delegado Nº 1023/01 ni los sucesivos decretos reglamentarios nada dicen en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad –de raigambre constitucional y especialmente previsto en el Decreto Delegado Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional ha entendido que la invocación del "hecho del príncipe" debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate (Cfr. Dictamen ONC Nº 448/2013).

VII) La obligación de presentar las "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012 y, conforme con lo estipulado en su artículo 9º, el citado régimen entró en vigencia el 1º de febrero de ese año. En relación al referido régimen, este Órgano Rector ya ha dicho que para que proceda la eximición de penalidades a un proveedor ante el incumplimiento de sus obligaciones con motivo de la demora del trámite de la Declaración Jurada Anticipada de Importación, el proveedor debe acreditar –mínimamente– haber realizado el trámite de la DJAI en tiempo oportuno, sumado ello a la imposibilidad de satisfacer las prestaciones contractuales en término frente a la demora imputable a la Administración.

VIII) De la compulsa de las presentes actuaciones surge que la Orden de Compra N° 25/2015 fue emitida con fecha 1º de marzo de 2012 y el cumplimiento de la misma consistía en una única entrega, cuya fecha de vencimiento operaba el día 23 de abril de 2012 (v. considerandos de la Disposición COAA Nº 17/13), extremo sobre el cual no se advierte

controversia, en tanto fue expresamente reconocido por IDP S.A. en su recurso. Siendo ello así, forzoso es colegir que en oportunidad de la presentación de la Nota fechada el 5 de julio de 2012, mediante la cual el proveedor invocó los problemas derivados de la importación de la mercadería y ofreció entregar las pilas entre el 23 y 27 de julio de 2012, el plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para cumplir con la entrega de los bienes adjudicados se encontraba vencido, tal como fue sostenido por la ARMADA ARGENTINA al rechazar la solicitud de prórroga.

IX) Por otra parte, si bien está fuera de discusión la pública notoriedad del régimen de Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI) implementado mediante la Resolución General AFIP N 3252/12, ello en modo alguno eximía a la recurrente de acreditar el alcance puntual y específico de las alegadas restricciones frente a su concreta obligación de cumplimentar con la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 25/12, extremo que no surge de autos que haya sido satisfecho por la agraviada, en la medida en que ni siquiera se encuentra acreditada la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación.

X) Tampoco se ha acreditado de manera fehaciente que la medida emitida por la autoridad nacional haya tornado imposible la ejecución del contrato. Por el contrario, el proveedor en cuestión sólo acompañó diversas órdenes de compra correspondientes a otros procedimientos de selección a fin de demostrar sus antecedentes licitatorios, argumento que no hace a la cuestión traída a debate.

XI) No es posible soslayar que el régimen de las DJAI se encontraba vigente al momento de la emisión de la orden de compra, y en consecuencia el proveedor debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con la obligación impuesta por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con la ARMADA ARGENTINA en el marco de la Licitación Pública Nº 92/11.

XII) La firma IDP S.A. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar, por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales N°19.550. Resulta reprochable su conducta al pretender excusarse de las obligaciones a su cargo invocando, con fecha 5 de julio de 2012, la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado (el cual a esas alturas ya se encontraba vencido), en razón de supuestos inconvenientes a raíz de la implementación de un régimen que entró en vigencia el 1º de febrero de 2012, es decir, alrededor de cinco meses antes de la presentación efectuada por la contratista en el organismo licitante.

XIII) Lo expuesto implicó en los hechos desconocer la inveterada doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en relación a que el mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración que presupone una diligencia del postulante que excede la común (v. Dictámenes PTN 167:447; 211:370).

XIV) En efecto, sabido es que proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propio del “buen hombre de negocios”, que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan. Más

aun, lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictámenes ONC Nros. 750/2011, 402/2013, 32/2015, entre otros).

XV) Ninguna duda puede caber, entonces, en cuanto a que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557).

XVI) En suma, sobre la base de lo que se viene de exponer, esta Oficina Nacional entiende que la defensa intentada por la adjudicataria, a fin de eximirse de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 25/12, no puede tener acogida favorable por resultar extemporánea. Ello así por cuanto las mentadas circunstancias susceptibles de encuadrar en la figura del "Hecho del Príncipe" fueron puestas en conocimiento del organismo contratante una vez agotado el plazo contractualmente estipulado para el cumplimiento de la provisión de los bienes adjudicados, motivo por el cual resulta inconducente continuar con el análisis de los demás requisitos enumerados *ut supra*.

XVII) A su vez, deviene oportuno mencionar la regla conocida en el derecho como *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* –nadie puede alegar su propia torpeza–, a partir de la cual no es posible escudarse en un acto realizado con negligencia, impericia o imprudencia para salir beneficiado de una situación controversial. Desde esa óptica, resulta negligente y hasta contradictoria la conducta del proveedor en tanto que, por un lado esgrime que la entrada en vigencia de la Resolución General AFIP Nº 3252/12 –el día 1° de febrero de 2012– era un hecho de público y notorio conocimiento, sin perjuicio de lo cual efectuó su presentación recién el día 5 de julio de 2012.

XVIII) Habida cuenta de lo expuesto, y de acuerdo a los argumentos de hecho y los presupuestos de derecho sobre la cual se asienta el tema bajo estudio, esta Oficina Nacional considera que en tanto el proveedor en cuestión no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente los requisitos exigidos, no se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del hecho del príncipe.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-05053596-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 23 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Hecho del príncipe. DJAI.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El argumento de la sociedad recurrente a partir del cual pretende eximirse de responsabilidad en el incumplimiento en la entrega de bienes correspondiente a la Orden de Compra Nº 394/14 al alegar problemas en las importaciones, resulta pasible de ser tipificado dentro del supuesto de "Hecho del Príncipe" y no corresponde considerarlo, como pretende argumentar la firma agraviada, dentro de los supuestos de "fuerza mayor" o "caso fortuito".

II) A partir de un análisis armónico del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 a la luz de la doctrina y de los principios generales que rigen las contrataciones públicas, pueden identificarse los siguientes requisitos necesarios para tener por configurado un supuesto de "hecho del príncipe" como eximente de responsabilidad frente a un incumplimiento contractual. A saber: 1) Debe tratarse de un acto o medida de carácter general emanado de una autoridad pública nacional que de modo reflejo o indirecto haya incidido negativamente en el cumplimiento del contrato. Por "acto de autoridad pública" deberán entenderse no solo los actos administrativos y reglamentos emanados de la Administración, sino también las vías de hecho, las leyes en sentido formal, etc.; 2) La circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que coloque al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; 3) Si bien ni Decreto Delegado Nº 1023/01 ni los sucesivos decretos reglamentarios nada dicen en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad –de raigambre constitucional y especialmente previsto en el Decreto Delegado Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional ha entendido que la invocación del "hecho del príncipe" debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate (Cfr. Dictamen ONC Nº 448/2013).

III) De la presentación recursiva efectuada por la sociedad comercial no se desprende que el proveedor en cuestión haya manifestado la imposibilidad de cumplir a raíz de restricciones a las importaciones, ni tampoco acompañó documentación respaldatoria tendiente a acreditar los extremos invocados, sino que solo reserva argumentaciones meramente dogmáticas carentes de sustento probatorio.

IV) No es posible soslayar que el régimen de las DJAI se encontraba vigente al momento de la emisión de la orden de compra, y en consecuencia el proveedor en cuestión debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con la obligación impuesta por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con la ARMADA ARGENTINA en el marco de la Licitación Pública Nº 87/14.

V) Debe tenerse presente que la firma A y M D´ ESPÓSITO S.R.L. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar, por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales N°19.550. Resulta reprochable su conducta al pretender excusarse de las obligaciones a su cargo invocando, la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado, en razón de supuestos inconvenientes a raíz de la implementación de un régimen que entró en vigencia el 1º de febrero

de 2012, es decir, alrededor de dos años y medio antes de la emisión de la Orden de Compra Nº 394/2014, de fecha 13 de noviembre de 2014.

VI) Sabido es que proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propio del "buen hombre de negocios", que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan.

VII) Esta Oficina Nacional considera que en tanto el proveedor en cuestión no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente los requisitos exigidos, no se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del caso hecho del príncipe.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 5 de abril de 2017.

Referencias/voces: Sanciones proveedor CASA RUERE S.A.I.C.F - Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI).

Normativa examinada:

- Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La obligación de presentar las "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012 y, conforme con lo estipulado en su artículo 9º, el citado régimen entró en vigencia el 1º de febrero de ese año.

II) Ergo, el régimen de la Declaración Jurada Anticipada de Importación se encontraba vigente al momento del perfeccionamiento del contrato, y en consecuencia, el proveedor debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con las obligaciones impuestas por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

III) Por otra parte, si bien está fuera de discusión la pública notoriedad del régimen de Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI) implementado mediante la Resolución General AFIP N 3252/12, ello en modo alguno eximía a la recurrente de acreditar el alcance puntual y específico de las alegadas restricciones frente a su concreta obligación de cumplimentar con la entrega de los bienes adjudicados, extremo que no surge de autos que haya sido satisfecho por la agraviada, en la medida en que ni siquiera se encuentra acreditada la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación.

IV) No parece aventurado afirmar, desde esta perspectiva, que la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar.

DECLARACIÓN JURADA DE INTERESES (DTO. 202/17).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: SIPRO - COMPR.AR – Declaración Jurada de Intereses.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 202/17.
- Disposición ONC Nº 64/16.
- Comunicación General ONC Nº 76/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector: La Comunicación General ONC Nº 76/17 establece que en los procedimientos de selección que se realicen por el Sistema Electrónico de Contrataciones de

la Administración Nacional "COMPR.AR", la obligación de presentar la "Declaración Jurada de Intereses" junto con la oferta se tendrá por cumplida una vez presentada y actualizada en el SIPRO y que la obligación de manifestar con igual carácter que la declaración jurada obrante en el SIPRO está actualizada, se tendrá por cumplida con la sola presentación de la oferta. Ergo, la "Declaración Jurada de Intereses", en los términos del Decreto Nº 202/17, solo deberá presentarse cuando corresponda modificar algo de lo declarado en oportunidad de realizar la preinscripción en SIPRO-COMPR.AR.

DEJAR SIN EFECTO PROCEDIMIENTO/RENGLÓN.

DICTAMEN ONC Nº 30/2016.

Fecha de emisión: 1º de abril de 2016.

Referencias/voces: Posibilidad de dejar sin efecto un procedimiento en forma parcial. *Qui potest plus, potest minus.*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre la posibilidad de dejar sin efecto el Renglón Nº 5 de la Licitación Pública Nº 52/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

El SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL sustentaba la falta de necesidad de adquirir los bienes integrantes del Renglón Nº 5 de la Licitación Pública Nº 52/14, en el hecho de haberlos adquirido mediante contratación directa durante el año 2015.

Normativa examinada:

- Artículos 11 y 20 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 7°, 8º y 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a un cambio –o agotamiento– del interés público tenido en miras a la hora de llamar a licitación para contratar determinados bienes o servicios, la Administración se encuentra facultada para dejar sin efecto un procedimiento de selección sin lugar a indemnización alguna, en la medida en que haga uso de dicha prerrogativa en cualquier momento anterior a la notificación de la/s orden/es de compra.

II) Desde otro vértice, vale decir –en cuanto a la posibilidad de dejar sin efecto un solo renglón–, que el derecho reconoce principios generales que informan el ordenamiento jurídico y con base en los cuales debe ser éste interpretado y aplicado por el operador jurídico. Conforme a uno de esos principios, la atribución de un poder jurídico o potestad a la Administración no

implica necesariamente para ésta una obligación o deber de ejercicio *in totum*, sino que resulta razonable interpretar que se encuentra habilitada para ejercer dicha potestad "parcialmente".

III) Dicho principio se conoce bajo el apotegma jurídico *"qui potest plus, potest minus",* –quien puede lo más, puede lo menos– y consiste en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor –de rango inferior– de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley, y parte de la idea de la norma atributiva de competencia como un límite externo al ejercicio de la misma.

IV) En consecuencia, en tanto un organismo licitante se encuentra habilitado normativamente a dejar sin efecto un procedimiento completo, en virtud del principio jurídico de "quien puede lo más puede lo menos" también se encuentra investido de la facultad de dejar sin efecto un solo renglón.

V) Si la determinación de dejar sin efecto un procedimiento debe realizarse, necesariamente, mediante el dictado de un acto administrativo que satisfaga los requisitos esenciales establecidos en el artículo 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, forzoso es colegir que dicho acto deberá encontrarse adecuadamente motivado; es decir, deberán fundarse las razones por las cuales se adopta el aludido temperamento, más allá de que el artículo 20 del Decreto Delegado Nº 1023/01 no lo exija expresamente.

VI) Si con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, el ordenamiento jurídico vigente faculta a la Administración a dejar sin efecto un procedimiento de selección en su totalidad sin tener la obligación de indemnizar a eventuales interesados u oferentes, va de suyo que, sujeta a los mismos requisitos, se encuentra implícita la competencia para dejar sin efecto uno o solo algunos de los renglones que pudieren integrar el objeto contractual. Ello así, por aplicación del viejo axioma del derecho: "*qui potest plus, potest minus"* (quien puede lo más puede lo menos).

VII) En principio nada obsta a que, en oportunidad de emitir el acto administrativo de adjudicación de diversos renglones, la jurisdicción contratante disponga dejar sin efecto el llamado a licitación respecto a un determinado renglón –en este caso, el Renglón Nº 5, integrado por CUATRO MIL OCHOCIENTOS (4.800) envases de alcohol en gel–, no obstante lo cual, dicha decisión deberá encontrarse debidamente motivada en los considerandos del referido acto.

VIII) El acto administrativo mediante el cual se deje sin efecto todo un procedimiento de selección o un renglón o renglones del mismo deberá satisfacer –independientemente de los requisitos que impone la normativa de contrataciones– los requisitos previstos los artículos 7° y 8° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

IX) Ergo, ha de obedecer necesariamente a una determinada causa de hecho y de derecho y contar con motivación suficiente que la explicite. De lo contrario, la determinación de dejar sin efecto el procedimiento sería nula, de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la Ley Nº 19.549.

X) En lo atinente a la motivación de la medida propiciada en este caso concreto, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL sustenta la falta de necesidad de adquirir los bienes integrantes del Renglón Nº 5 de la Licitación Pública Nº 52/14, en el hecho de haberlos adquirido

mediante contratación directa durante el año 2015. En relación a esto último, esta Oficina Nacional no cuenta con la información completa y necesaria a los fines de opinar sobre la legitimidad de dicho accionar, sin perjuicio de lo cual, el mero análisis de las fechas mencionadas permitiría inferir que la contratación directa habría tenido lugar, por razones de urgencia, con posterioridad al llamado a licitación. De ser así, estaríamos frente a una circunstancia sobreviniente, que –como ya se ha dicho– deberá encontrarse debidamente fundada en el acto administrativo correspondiente.

DESEMPATE DE OFERTAS.

DICTAMEN ONC Nº 162/2015.

Fecha de emisión: 1º de junio de 2015.

Referencias: Regímenes de preferencias. Mipyme. Protección de Personas con Discapacidad. Escenario de Empate.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar cómo deberán conjugarse, frente a un eventual empate de ofertas, los regímenes de preferencias establecidos en la Ley N° 22.431 y en el Decreto Nº 312/10 (Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas Discapacitadas), por una parte, y en la Ley Nº 25.300 y el Decreto Nº 1075/01, por otro (Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa).

Más precisamente, se consultó qué preferencia deberá privilegiarse en el hipotético caso de existir un empate de ofertas entre un oferente que acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15 –pero que no encuadre en la categoría de MIPyME–, frente a una MIPyME que ofrezca insumos producidos en el país.

Es decir, que en caso de pugna entre el derecho de preferencia regulado en el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 frente a la preferencia contemplada en los artículos 39 de la Ley N° 25.300 y 1° de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01, el interrogante planteado por la jurisdicción de origen giró en torno a dilucidar si correspondería dar prevalencia a un régimen por sobre el otro y, en su caso, a cuál de ellos.

Normativa examinada:

- Artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.
- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70 inciso g) apartado 2°, 88 y 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 39 de la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Nº 25.300.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Nº 1075/01.
- Artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689.
- Artículo 8º del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En caso de igualdad de precios y calidad de dos o más ofertas, lo primero que debe tenerse en cuenta con miras a procurar un desempate es si existe algún derecho de preferencia establecido por la normativa vigente, que sea de aplicación a los oferentes en pugna. En esa inteligencia, pueden citarse, a título de ejemplo, las preferencias receptadas en el marco del Sistema de protección integral de los discapacitados y en el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

II) Bajo el título "Compre mipyme", el artículo 39 de la Ley Nº 25.300 estableció que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156 deberán otorgar un derecho de preferencia del CINCO POR CIENTO (5%) a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas para igualar la mejor oferta y ser adjudicatarias de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios que ofrezcan, producidos en el país.

III) La referida Ley Nº 25.300 fue oportunamente reglamentada a través del Decreto Nº 1075/01, cuyo artículo 1º establece: *"Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, que coticen bienes o servicios producidos en el país a los sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, para ser adjudicatarios de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios y ofrezcan precios con una diferencia que no supere en más de un CINCO POR CIENTO (5%) la mejor oferta presentada por una empresa no MIPyME, deberán ser invitadas, por única vez, para que puedan*

igualar la mejor oferta: a) En el caso de organismos del Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes al vencimiento del plazo establecido por artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/2000. La Autoridad Competente para determinar que las empresas se encuentran en la situación descripta en el presente inciso, será la Comisión Evaluadora contemplada en el artículo 77 del citado Reglamento. b) Los demás sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes a la fecha de apertura de las ofertas.".

IV) Luego, el artículo 3º del Decreto Nº 1075/01 prescribe: *"Si la invitación a la que se refiere el artículo primero comprendiera a más de UN (1) oferente que revistiere el carácter de Micro, Pequeña y Mediana Empresa o formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, la adjudicación recaerá sobre aquella empresa que hubiera optado por igualar y cuya oferta original haya sido la más próxima a la oferta que fuera objeto de igualación. De subsistir el empate, se procederá al sorteo público de las ofertas empatadas.".*

V) El artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689, prescribe que el Estado Nacional —entendiéndose por tal los tres Poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— está obligado a priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad.

VI) Por su parte, el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 contempla un sistema de desempate para los contratos de insumos y provisiones, favoreciendo a los oferentes que cuenten con personal con discapacidad, o bien, a los que tengan el mayor porcentaje. Trátase de un régimen de preferencias para el caso de los contratos de insumos y provisiones, en el que, a igual costo y en las formas que establece la reglamentación, las jurisdicciones y/o entidades deberán priorizar a aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, circunstancia que deberá ser corroborada por el organismo contratante a partir de los documentos en donde conste el vínculo entre el empleado discapacitado y la empresa contratista, como así también el correspondiente Certificado Único de Discapacidad otorgado por el MINISTERIO DE SALUD.

VII) El 13 de abril de 2015 esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 21/15, tendiente a instrumentar determinadas medidas encaminadas a establecer parámetros que permitan una implementación adecuada y efectiva de las obligaciones impuestas por el Decreto Nº 312/10, vinculadas a las contrataciones públicas. Ello así, con miras a utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como una herramienta indispensable, en el marco de un régimen tuitivo de personas con discapacidad.

VIII) Por un lado se encuentra la preferencia consagrada en la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa N° 25.300, y su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01. Por el otro, el sistema normativo que protege integralmente los derechos de las personas con discapacidad, conformado por la Ley N° 22.431 –modificada por la Ley N° 25.689–, con su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 312/10. Corresponde entonces dilucidar qué solución correspondería dar a la hipótesis de yuxtaposición o concurrencia de regímenes preferenciales, planteada por la jurisdicción consultante, a saber:

Empate de ofertas, en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre un oferente que, sin ser una micro, pequeña o mediana Empresa, acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15, frente a una MIPyME que no cuente entre sus dependientes con personal con discapacidad.

IX) En cuanto a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas, sabido es que tienen un rol preponderante dentro del modelo de crecimiento económico con inclusión social. Ninguna duda cabe en cuanto a que se fomenta el desarrollo de las MIPyMEs en las compras públicas mediante la instrumentación de políticas de tipo vertical –preferencias directas en su favor– en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social del país.

X) Se trata de unidades productivas flexibles de gran trascendencia en la economía, a lo largo y a lo ancho de cada país, pudiéndose señalar su importancia como instrumento clave para la generación de empleo y contribución al Producto Interno Bruto (PIB).

XI) Uno de los principios rectores que nutre a las normas que conforman el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa es el de "sustentabilidad social", el cual tiene como objeto el desarrollo de prácticas laborales éticas, dignas, equitativas y diversas, garantizándose así un mejor impacto a nivel comunidad. Más aun, por sobre tales normas y criterios, no es posible soslayar que se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional tutelados, entre otros, por los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

XII) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito –en su artículo 194– al mentado principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.

XIII) En otro orden de cosas, las medidas reglamentadas mediante el Decreto Nº 312/10 y la Disposición ONC Nº 21/15 deben interpretarse como parte de la implementación gradual y progresiva de políticas públicas basadas en la integración económica-social de las personas con discapacidad como medio para preservar su derecho constitucional al trabajo y a la igualdad real de oportunidades, entre otros (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 622/10, 696/11 y 731/11).

XIV) Las disposiciones estipuladas en el Decreto Nº 312/10 también se enmarcan dentro de las denominadas contrataciones públicas sustentables desde una perspectiva social, por cuanto buscan generar un incremento en la oferta de trabajo para las personas con discapacidad, como así también premiar a las empresas que hayan contribuido en su inclusión socio-laboral.

XV) Tal como se puede apreciar, los regímenes aquí comparados tutelan derechos análogos, siendo la generación y protección del trabajo y el derecho a la inclusión social, las notas sobresalientes en ambos. Siendo ello así, a criterio de esta Oficina Nacional no resulta posible establecer una prevalencia, prioridad o mayor jerarquía de un régimen de preferencia sobre el otro.

XVI) El artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al decir "de mantenerse la igualdad", está de alguna manera contemplando como posibilidad que ninguna de las ofertas en pugna se encuentren beneficiadas por un régimen preferencial o bien que ambas gocen de preferencias insusceptibles de imponerse una por sobre la otra, siendo esta última hipótesis la que se corresponde con la consulta traída a estudio. Ergo, resulta razonable interpretar que en casos como estos el empate no se resolverá por aplicación de las preferencias vigentes, sino que deberán agotarse las restantes opciones previstas en el citado artículo 90, culminando en un sorteo público, para el caso de no poder desempatar por los otros medios allí citados.

XVII) En conclusión, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que no existen –en principio– razones por las cuales uno de los regímenes normativos analizados prevalezca por sobre el otro, puesto que ambas preferencias tutelan y consagran derechos, garantías y principios de igual jerarquía normativa. Consecuentemente, ante un eventual empate en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre la propuesta de una MIPyME y la oferta de una empresa a la que no le sea aplicable el régimen tuitivo de las MIPyME, pero que acredite contar con personal con discapacidad, deberá estarse a las restantes soluciones previstas en el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo el sorteo público la última alternativa allí prevista.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Desempate de ofertas.

Consulta:

La GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) efectuó diversas consultas.

Normativa examinada:

- Artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 29 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Previo a invitar a los respectivos oferentes para que formulen una mejora de precios, el organismo contratante procurará resolver la situación de empate –de ser ello posible– conforme las preferencias que resulten de aplicación, según el caso.

II) De mantenerse la igualdad se invitará a los respectivos oferentes para que formulen la mejora de precios. Para ello se fijará día, hora y lugar y comunicarse a los oferentes llamados a desempatar y se labrará el acta correspondiente.

III) De subsistir el empate, se procederá al sorteo público de las ofertas empatadas, debiendo fijarse día, hora y lugar del sorteo público y comunicarse a los oferentes llamados a desempatar.

DESESTIMACIÓN DE OFERTAS.

DICTAMEN ONC Nº 304/2013.

Fecha de emisión: 13 de septiembre de 2013.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Documentación a presentar junto con la oferta. Declaración jurada de habilidad para contratar. Documentación distinta a la exigida en la normativa general. Certificado de visita. Procedencia. Causales de desestimación de ofertas en los pliegos de bases y condiciones particulares. Seguros de caución.

Consulta:

La SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN sometió a consideración de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES un proyecto de Resolución tendiente a autorizar un llamado a licitación pública para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN y aprobar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 45, inciso a), 70, *in fine*, 71, 72 y 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Decisión Administrativa Nº 344/97.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La exigencia –puesta en cabeza de los oferentes– de acreditar antecedentes y experiencia en la prestación de servicios de similares características en los últimos DOS (2) años, así como también los requisitos de antigüedad en el rubro (punto 4.7.6.), de personal mínimo requerido (punto 4.8.2.) etc., deberán encontrarse adecuadamente justificadas. Es decir, en todos los casos deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas. Ello así, en la medida en que el artículo 70, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula: "*En los procedimientos de selección de etapa única sólo se podrá exigir en el pliego de bases y condiciones particulares información y/o documentación distinta de la establecida en este reglamento, cuando se consideren de especial relevancia los antecedentes del proveedor, lo que deberá fundarse*".

II) Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas susceptibles de limitar la concurrencia de interesados y oferentes.

III) En el caso de exigirse la acreditación de "un Sistema de Gestión de Calidad", el organismo licitante deberá tener una razonable certeza de que existen en el mercado potenciales interesados susceptibles de satisfacer las características requeridas. En ese sentido, tratándose de una cláusula limitativa de la concurrencia, va de suyo que la misma deberá resultar razonable y encontrarse adecuadamente fundada.

IV) Se recomienda indicar la cantidad de copias en que los oferentes deben presentar sus ofertas, conforme lo establecido en el artículo 70, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. De igual modo, se sugiere indicar si se admitirán ofertas alternativas y/u ofertas variantes, en los términos previstos en los artículos 71 y 72 del aludido Reglamento.

V) Se advierte sobre la improcedencia de establecer en el pliego de bases y condiciones particulares, como causal de inadmisibilidad de la oferta, la no presentación del certificado de visita de instalaciones. Ello así, por cuanto el supuesto de marras no se encuentra contemplado dentro de las causales de desestimación no subsanables reguladas en el artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Asimismo, dicho artículo expresamente dispone que: "*En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de ofertas".*

VI) Sin perjuicio de lo expuesto, se recomienda que se estipule en el pliego de bases y condiciones particulares que, frente al incumplimiento de efectuar la visita respectiva, el oferente no podrá alegar desconocimiento del lugar donde se ejecutarán las tareas o cualquier tipo de información relativa a la contratación. Además, se recomienda que la fecha límite para realizar la visita, coincida con la fecha límite para efectuar el retiro, compra o descarga del pliego de bases y condiciones particulares.

VII) Tomando en consideración el grado de complejidad y envergadura de la contratación a realizar, se sugiere la incorporación de fórmulas polinómicas donde se establezca un puntaje por el cumplimiento de determinados requisitos, a efectos de una clara determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta para la evaluación y selección de las ofertas.

VIII) Deberá consignarse, para cada renglón, el número de catálogo que genera el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común creado por Decisión Administrativa Nº 344 de fecha 11 de junio de 1997, de conformidad con lo estipulado en el artículo 45, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Se recomienda considerar las herramientas de calificación que brinda la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, a efectos de establecer en el pliego de bases y condiciones particulares los requisitos de solvencia que deberán reunir las compañías aseguradoras con quienes se contraten las pólizas de caución que se presenten como garantía, con el fin de preservar el eventual cobro de los respectivos seguros.

DICTAMEN ONC Nº 314/2014.

Fecha de emisión: 21 de agosto de 2014.

Referencias: Desestimación de ofertas. Subsanación de defectos. Precio total de la oferta en letras. Importe general ofertado en números difiere del valor de multiplicar el precio unitario por las cantidades. Principio de inmodificabilidad de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que, en su carácter de Órgano Rector, se expidiese sobre la viabilidad jurídica de intimar al oferente Federico Pablo CAMPOLONGO para que procediera a subsanar defectos en su oferta, presentada en el marco de la Contratación Directa N° 15/2014 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Cabe destacar que la Comisión Evaluadora interviniente recomendaba desestimar la oferta de Federico Pablo CAMPOLONGO, en tanto el aludido proveedor había expresado el importe total cotizado en números pero no en letras, apartándose de lo establecido en el Artículo 70, inciso g) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Asimismo, en el Cuadro Comparativo, el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA observó que: *"…El importe general ofertado por el proveedor y que figura en el acta de apertura ($ 86.025,00) difiere del valor que surge de multiplicar el precio unitario por las cantidades…".*

Luego, al tomar intervención el servicio jurídico de la PSA opinó lo siguiente: "…*cabe mencionar que si bien el artículo 70 del Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar 'Precio unitario y cierto en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total general de la oferta expresado en letras y números,…' La falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado* […] *No permitir la subsanación de los defectos indicados en el Dictamen de Evaluación N° 18/2014, a criterio de este servicio jurídico, resultaría un rigorismo exagerado al dejar de considerar la oferta en cuestión por una deficiencia, que en caso de ser subsanada, en nada puede modificar la oferta original.".*

Siendo ello así, correspondía dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la intimación a subsanar una oferta en la que por un lado se había omitido indicar el precio total de la misma en letras en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares y por el otro dicho precio total no coincidía con el precio unitario multiplicado por las cantidades ofrecidas.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70, inciso g) Apartado 1º, 84 y 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional comparte el criterio del servicio jurídico preopinante, en cuanto a que, si bien el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar el *"Precio unitario y cierto, en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total de la oferta, expresado en letras y números…"*, la falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado.

II) Por otra parte, el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece expresamente que si el precio cotizado para cada renglón no respondiera al precio unitario, se tomará este último como precio cotizado.

III) En el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas, a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Empero, huelga decir que la imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictamen ONC Nº 795/11).

IV) En consecuencia, la posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad (v. Dictamen ONC Nº 813/12). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta original del oferente.

V) En tal sentido, la normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse.

VI) Es indispensable destacar la importancia que reviste el principio de concurrencia en el proceso licitatorio, en tanto permite a la Administración un mayor cotejo de las condiciones ofertadas. Ello así, puesto que para la interpretación de los pliegos no debe perderse de vista el criterio rector de que los procedimientos de selección del contratista del Estado han sido establecidos básicamente en beneficio del Estado mismo, en resguardo de sus conveniencias económicas, financieras y técnicas, por lo cual todo aquello que tienda a una fundada competencia entre los oferentes y a una mayor concurrencia de propuestas no debe ser desalentado por ritualismos formales e interpretaciones limitativas (Dictámenes PTN 213:147).

VII) La *ratio iuris* del mencionado principio radica en que la Administración pueda contar con la mayor variedad y mejor calidad de ofertas posibles sobre el bien, obra o servicio

requerido. Corolario del principio de concurrencia es la posibilidad de subsanación de errores formales de las ofertas (v. Dictamen ONC Nº 529/09).

VIII) En razón de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco del caso bajo examen, la omisión de detallar en letras el precio total de la oferta presentada por Federico Pablo CAMPOLONGO no constituye un error esencial que torne inadmisible su oferta. Por consiguiente, frente a tal omisión y teniendo en consideración, además, lo advertido por el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA en cuanto a la falta de coincidencia entre el importe total ofertado y el valor que surge de multiplicar los precios unitarios por las cantidades ofrecidas para cada Renglón, deberá estarse a la solución expresamente prevista en el artículo 87, primer párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 388/2014.

Fecha de emisión: 8 de octubre de 2014.

Referencias: Error de cotización. Precio unitario. Precio total. Desestimación de la oferta. Aplicación de penalidades.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, se expida sobre cómo debe interpretarse la oferta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014.

En ese orden de ideas, frente a un supuesto de error de cotización, se solicita opinión sobre la posibilidad de subsanar la aludida oferta o en su caso, prescindir de la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En la nota de remisión la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS puso de manifiesto que el día 8 de septiembre tuvo lugar el acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública Nº 16/2014, del registro de la citada cartera ministerial, llevada adelante con el objeto de contratar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo con provisión de materiales, mano de obra especializada y reparaciones respecto de ascensores, montacargas, sube escaleras y bombas de agua. En dicho marco fueron recibidas las propuestas de las firmas FEMYP S.R.L. y CETINE S.A.

Del formulario de cotización surgía que la firma CETINE S.A. había efectuado para el Renglón Nº 7 las siguientes cotizaciones:

Renglón	Ítem	Descripción	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
7	**MORENO 1228**			
	7.A.	Mantenimiento mensual de ascensores	$ 7.500,00.-	$ 90.0000
	7.B.	Mantenimiento mensual de bombas de agua	$ 58.900,00.-	$ 58.800,00.-
TOTAL RENGLÓN NÚMERO 7				$ 148.800,00.-

El organismo –de oficio– advirtió un error en la cotización de CETINE S.A.: en el ítem de mantenimiento de bombas de agua; error en la cotización del valor unitario (valor mensual) ya

que si bien en el total indicó que cotizó $ 58.800, a criterio de la jurisdicción en el costo mensual el proveedor debió haber querido poner $ 4.900 pero indicó $ 58.900.

En consecuencia, se solicitó que sea el Órgano Rector quien se expida sobre la posibilidad de subsanar la propuesta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014, *"…ya que en su oferta el precio total del renglón no se vería modificado y, en caso negativo, se indique si se puede evitar la aplicación de la penalidad a que hace mención el referido artículo 87",* ya que, a juicio del organismo, el error era de transcripción dada la falta de lógica del precio unitario consignado y su desproporción con el valor de mercado de ese servicio.

Así las cosas, correspondía dilucidar los siguientes extremos: 1) Si resultaba jurídicamente procedente brindar la posibilidad a la empresa CETINE S.A. de aclarar si al momento de efectuar la cotización correspondiente al Ítem "7.B." (mantenimiento de bombas de agua) indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integra el Pliego de Bases y Condiciones Particulares; 2) Llegado el caso en que el proveedor asuma dicha equivocación, si resultaría viable la subsanación del presunto error.

Vale aclarar que se hizo alusión a un "presunto error" por cuanto de la compulsa de los actuados girados a estudio no surgía presentación alguna efectuada por la firma CETINE S.A. invocando un error en su oferta para el Renglón e Ítem en cuestión, sino que, en todo caso, había sido el propio organismo contratante el que presumía un error, basándose en un examen comparativo de los diversos precios ofertados para servicios análogos.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En tanto el propio interesado no ha asumido error alguno se dificulta la tarea de clarificar si el equívoco radica efectivamente en el precio unitario o en el precio total o incluso en ambos, circunstancia que por su vaguedad podría dar lugar a especulaciones y, en tal sentido, resultar potencialmente violatoria de los principios generales que informan las contrataciones públicas, regulados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) De cualquier modo, no puede perderse de vista que la normativa aplicable regula expresamente la solución a adoptar en el caso bajo análisis. Es decir, de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, si existiese una discordancia entre el precio unitario y el precio total cotizado para el Renglón de que se trate, deberá tomarse el unitario como precio cotizado. En ese sentido, de aplicarse lo previsto en el citado precepto normativo, debería considerarse como valor unitario ofertado por CETINE S.A. para el Ítem b) del Renglón Nº 7 la suma de PESOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS ($ 58.900,00.-) y multiplicarse dicha suma por la cantidad de DOCE (12) servicios –conforme lo Previsto en el pliego de bases y condiciones particulares–, a fin de obtener el monto total cotizado para el Ítem objeto de controversia.

III) Una interpretación en contrario, desnaturalizaría el fin buscado por la norma, permitiendo la modificación ulterior de ofertas en partes esenciales de las mismas. Permitir la subsanación de defectos en las ofertas encuentra su límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas, luego de vencido el plazo para presentarlas (Principio de inmodificabilidad/inalterabilidad de la oferta) (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, violando en este caso, el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, receptado en el artículo Nº 3 del Decreto Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008 y 548/2010).

V) La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes (Conf. Dictamen ONC N° 813/12). De lo expuesto surge con meridiana claridad que se parte del principio de la imposibilidad de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia.

VI) Va de suyo que asignar un alcance relativo al principio de inmodificabilidad de las ofertas implica permitir la subsanación y aquí es en donde se pueden colocar en pugna dos principios esenciales en materia de contrataciones públicas: la Igualdad y la concurrencia. El punto de equilibrio se encuentra en la imposibilidad de subsanar cuando ello implique la modificación en aspectos sustanciales de las propuestas y en la posibilidad de sanear cuando los defectos sean formales o de naturaleza no sustancial (Cfr. Dictamen ONC Nº 795/2011).

VII) Lo que sin duda queda fuera de discusión es que en ningún caso la corrección de errores u omisiones podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes, situación que se presentaría si se le permitiera aclarar cuestiones relativas al precio de la misma, cuando no queda claro cuál fue el importe cotizado, situación que se asemejaría a la dada en el expediente que nos ocupa.

VIII) En el caso de marras, cualquier aclaración que pudiera presentar la firma CETINE S.A. con posterioridad a la apertura de ofertas, en referencia a un error en el precio unitario cotizado –centro neurálgico de la oferta, en tanto propuesta comercial en concreto, destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del Renglón de que se trata– podría implicar una modificación sustancial y esencial de la misma, razón suficiente para vedar tal posibilidad (Cfr. Dictámenes ONC N° 529/2009 y Nº 787/2011). Máxime no advirtiéndose en el presente caso deficiencias en el pliego de bases y condiciones particulares susceptibles de inducir al interesado a consignar en forma errónea el precio unitario del respectivo Ítem.

IX) Frente a la incongruencia advertida por la jurisdicción de origen, en relación a la cotización efectuada para el Renglón Nº 7, Ítem B) por la firma CETINE S.A., resulta de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No procede la desestimación de la oferta para el Renglón de que se trata con pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta en forma proporcional, en razón de que dichas

consecuencias se encuentran expresamente contempladas para las hipótesis subsumibles en el segundo párrafo del referido artículo.

X) Lo sostenido en el punto que antecede no resultaría óbice, llegado el caso, para proceder a la desestimación de la oferta de la firma CETINE S.A. por aplicación del artículo 84, inciso d) del aludido cuerpo reglamentario, en el hipotético caso de verificarse que, como consecuencia de la solución adoptada de acuerdo al punto 1) del presente acápite, la garantía de mantenimiento de oferta ha sido insuficientemente constituida en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.

DICTAMEN ONC Nº 38/2016.

Fecha de emisión: 18 de abril de 2016.

Referencias/voces: Causales de desestimación. Falta de presentación de muestras. Desestimación total de la oferta vs. Desestimación del renglón.

Consulta:

Se requiere la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de la interpretación que debe darse al artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 el cual reza: *"Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos:* (…) *o) Si las muestras no fueren acompañadas en el plazo fijado en el pliego.".*

Normativa examinada:

- Artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 68, 70 y 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 9° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Corresponde abocarnos al análisis de la consulta enunciada por el organismo remitente la cual versa sobre la interpretación que debe darse al artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 para el supuesto en que el pliego de bases y condiciones particulares requiriese la presentación de muestras para determinados renglones y el oferente omitiere la presentación de la muestra en relación a un renglón, cumpliendo con tal requisito en el resto de los renglones cotizados. Concretamente, se consulta si en la hipótesis planteada y en atención a lo establecido en el artículo 84 inciso o) del Decreto N° 893/12, correspondería la desestimación de la totalidad de los renglones cotizados o sólo debería desestimarse el renglón respecto del cual se hubiere omitido acompañar la muestra.

II) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina que –en el caso– correspondería únicamente la desestimación de la oferta en relación con el renglón respecto del cual se hubiere incumplido con el requerimiento de presentar la muestra.

III) Los oferentes podrán presentar propuestas por uno, varios o todos los renglones que integren el pliego de bases y condiciones particulares, debiendo cumplimentar por un lado con los requisitos generales de las ofertas contenidos en el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, y por el otro con las especificaciones técnicas y presentación de muestras requeridas para cada renglón. Dicho en otras palabras, y en lo que al caso compete, la Comisión evaluadora examinará los requisitos generales formales de la oferta y luego los requisitos específicos de cada renglón cotizado.

IV) Si del análisis efectuado se hubiere vislumbrado que la oferta adolece del defecto de no haber presentado la muestra requerida en el pliego de bases y condiciones particulares para alguno de los renglones, deberá recomendarse la desestimación de ese único renglón en virtud de lo establecido en el artículo 84 inc. o) del reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. La solución plasmada tiene estrecha relación con el principio de concurrencia expresamente establecido en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

V) En virtud de las consideraciones desarrolladas en el acápite anterior, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en el supuesto planteado por el organismo girante sería procedente la desestimación de un solo renglón – y no de la totalidad de la oferta- en los términos previstos por el artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VI) Sin perjuicio de todo lo expuesto, es menester poner de resalto que la solución brindada en el presente no será aplicable a los procedimientos llevados a cabo bajo la modalidad llave en mano o se hubiere establecido la cotización por grupo de renglones, en cuyo caso se deberán cotizar – y presentar muestras en caso de corresponder- todos los renglones que integren el pliego de bases y condiciones particulares.

DISMINUCIÓN DEL CONTRATO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria.

Antecedentes.

El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"…en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria…"*, por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Luego, en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *"…fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'.".*

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"…Al día de la* fecha [5 de septiembre de 2017] *esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/...".*

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículos 7º y 16 de la Ley Nº 19.549.
- Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector: Si bien el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 –reglamentario del artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01– contempla la posibilidad de disminuir el contrato, en su apartado 6º se aclara expresamente que la prerrogativa de disminuir el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para disminuir el plazo de duración del mismo, con lo cual dicha opción en este caso queda descartada.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de noviembre de 2018.

Referencias/voces: Disminución del contrato – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – *Potestas variandi*. Precio unitario.

Antecedentes.

Se trataba de una licitación Pública cuyo objeto era la contratación del servicio de limpieza integral de diversos edificios del MINISTERIO DE TRANSPORTE y de la traza y paradores del Metrobus La Matanza, incluyendo la provisión de insumos y equipos por parte del/los adjudicatario/s, a fin de realizar debidamente el servicio.

El pliego de bases y condiciones particulares se encontraba conformado por CINCO (5) renglones. El Renglón N° 1 –en cuanto aquí interesa– incluía el servicio integral de limpieza de OCHO (8) edificios ubicados en esta CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

El organismo contratante declaró en el pliego las superficies aproximadas de la cada una de las oficinas y/o edificios emplazados en esta ciudad que integraban el Renglón Nº 1.

A través del Dictamen de Evaluación de fecha 12 de julio de 2018, la Comisión Evaluadora recomendó –entre otras cuestiones– adjudicar el Renglón Nº 1 a la firma LAREDO Y ASOCIADOS S.R.L., por haber resultado su oferta técnica y formalmente admisible, así como económicamente conveniente.

Junto con su oferta LAREDO Y ASOCIADOS S.R.L. acompañó un "PLAN DE TRABAJO A REALIZARSE EN CADA UNO DE LOS EDIFICIOS MINISTERIALES" y, entre otra documentación, el detalle de su estructura de costos respecto del Renglón Nº 1, donde fueron discriminados los porcentajes asignados a cada uno de los ítems involucrados. En el mismo documento la empresa también presentó un detalle del costo de la mano de obra por operario con una carga de OCHO (8) horas diarias.

Sin perjuicio de dicha información, con fecha 2 de agosto de 2018 la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE solicitó a la firma LAREDO Y ASOCIADOS S.R.L. que acompañe el desglose del valor mensual y total cotizado, respecto de cada uno de los OCHO (8) edificios que componen el Renglón Nº 1, extremo que fue cumplimentado por la firma en cuestión el día 3 de agosto de 2018.

Con posterioridad a dicha presentación, la unidad requirente informó que ya no persistía la necesidad del servicio de limpieza del inmueble sito en la Av. San Juan N° 777 (inmueble

incluido entre los que conforman el Renglón Nº 1). Ello así, como consecuencia de la relocalización de la COMISIÓN NACIONAL DE TRÁNSITO Y LA SEGURIDAD VIAL.

A lo dicho cabe agregar que en esa misma fecha –6 de agosto de 2018– la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE advirtió que tampoco subsistía la necesidad del servicio de limpieza de las oficinas ubicadas en Esmeralda N° 117, a raíz de la rescisión del contrato de locación de dicho inmueble.

En efecto, tanto el edificio sito en Esmeralda N° 117 como el inmueble sito en Avenida San Juan N° 777 –en ambos casos emplazados dentro del ejido de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES–, formaban parte del Renglón N° 1 de la Licitación Pública Nº 451-0006-LPU18, razón por la cual la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE proyectó la disminución de dicho renglón en forma proporcional a los servicios no requeridos en ambos edificios.

Consultas:

1. *"¿Resulta legalmente viable realizar un aumento o disminución de un contrato de prestación de servicio que se cotiza bajo la unidad de medida 'servicio', a la luz de lo dispuesto por el artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16?".*

2. *"¿Qué debe entenderse por 'precio unitario' según las palabras empleadas por el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, en el caso de contratos de prestación de servicios cuya cotización se compone de un conjunto de costos de diversa naturaleza?".*

3. *"¿Resulta legalmente viable disminuir el Renglón Nº 1 de la Licitación Pública Nº451-0006-LPU18, en función del cálculo efectuado sobre los datos aportados en la estructura de costos por el oferente al momento de presentar su propuesta y las Especificaciones Técnicas?".*

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 9, 38 y 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 9º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Punto 16 del Anexo II a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículo 1133 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoria (v. Dictámenes ONC Nros. 558/2010, 611/2010, 9/2016, IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APN-ONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM e IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

II) El principio de mutabilidad es inherente a la contratación administrativa y consiste en la potestad que asiste a la Administración para modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, pudiendo variar –con sujeción a ciertos límites– las prestaciones debidas por el cocontratante particular.

III) La mentada mutabilidad encuentra su fundamento en la necesaria atención del interés público confiado a la gestión de la Administración. Es decir, la razón de ser de esta prerrogativa radica en la preeminencia del interés público comprometido en la ejecución del respectivo contrato, ya que el Estado no puede quedar indefinidamente ligado a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resulten adecuadas para satisfacer el interés general (ver en este sentido: REJTMAN FARAH, Mario (Director). *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 124 y ss. CARDACI MENDEZ, Ariel en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (Coordinador). *Contratos de la Administración: Teoría y Práctica*. 1era. edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017. Págs. 158 y ss.).

IV) En esa misma línea de pensamiento, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…Al contrato administrativo subyace un imperativo institucional de que el objeto en que consiste se realice efectivamente y, además, del modo más ajustado en cada momento al interés público. Ello ha dado lugar a una serie de instrumentos jurídicos que operan como técnicas de aseguramiento de los intereses públicos, técnicas que, en sustancia, se encuentran recogidas por los artículos 12 y 13 del Régimen aprobado por el Decreto Nº 1023/01 y particularmente, de interpretación unilateral, la potestad modificatoria o ius variandi, también denominada como de mutabilidad del contrato administrativo…"* (v. Dictámenes PTN 253:167).

V) En sentido técnico, la posibilidad de modificar el contrato en forma unilateral por parte del Estado no se trata de un derecho (ius) sino una potestad (potestas) o facultad "exorbitante" que, como tal, configura un rasgo característico del contrato administrativo (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *"La contratación pública",* en Tratado general de los contratos públicos, T. I, La Ley, 2013, p. 24 y ss.). No obstante ello, va de suyo que tiene límites que no deben ser sobrepasados.

VI) Ciertamente, tales límites al ejercicio de la potestas variandi representan –en lo esencial– garantías para el cocontratante privado, sobre quien no puede recaer en forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés público y de las cambiantes necesidades colectivas.

VII) En términos generales puede decirse que, como primera condición para que la Administración pueda ejercer esta prerrogativa –género que incluye la ampliación de las prestaciones, la disminución de las mismas, etc.– es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique su ejercicio a la luz del interés público comprometido

(Cfr. DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1965, p. 526.).

VIII) Una vez que el interés público determina la necesidad de una modificación de las estipulaciones contractuales, existen dos clases de límites a esas modificaciones: los cualitativos y los cuantitativos. Desde un punto de vista cualitativo, debe preservarse la finalidad del contrato. Por otra parte, las modificaciones no pueden desnaturalizar la sustancia del contrato a un punto tal que éste termine teniendo un nuevo objeto. Por supuesto que tampoco deben verse afectadas la transparencia del procedimiento e igualdad entre los interesados y oferentes, principios que deben tutelarse también durante la ejecución contractual. Las modificaciones deben ser necesarias, cualquiera hubiese sido el contratista seleccionado; en otras palabras, deben ser objetivamente necesarias.

IX) El restante límite sustancial generalmente reconocido para el ejercicio de la potestas variandi radica en el respecto a las garantías constitucionales que pudieran resultar comprometidas por las modificaciones introducidas por la Administración, siendo particularmente atendible el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato.

X) Como contrapartida, ha de tenerse presente que en el caso particular en que la potestad modificatoria unilateral importe la disminución de las prestaciones, no debe otorgarse una ventaja al cocontratante mediante una mejora de la ecuación económico-financiera del contrato, lo que resultaría violatorio de los principios de igualdad y transparencia previamente mencionados.

XI) Más allá de las disquisiciones teóricas, cierto es que los distintos ordenamientos legales y reglamentarios aplicables a los contratos administrativos denominados "típicos" establecen restricciones normativas puntuales, tanto cualitativas como cuantitativas, para el ejercicio de la potestad en cuestión.

XII) Ninguna duda cabe en cuanto a que, frente a un cambio en el interés público tenido en miras a la hora de convocar un procedimiento de selección para contratar determinados bienes o servicios, la Administración se encuentra facultada para adecuar las prestaciones –en más o en menos– a las necesidades sobrevinientes, con apego a los límites preestablecidos en el ordenamiento jurídico positivo.

XIII) A partir de lo expresamente establecido en el apartado 6 del inciso a) del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, la prerrogativa de aumentar o disminuir el monto total del contrato no resulta procedente para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo. Esto último ya había sido analizado por este Órgano Rector con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Nº 1030/16, en un caso en el que se pretendía "ampliar" por TRES (3) meses la duración de un contrato de servicios de seguridad y vigilancia. En dicho ocasión esta Oficina opinó que: *"…la prerrogativa de ampliar o aumentar el monto total del contrato no puede ser utilizada para aumentar y/o ampliar el plazo del mismo, porque ello configuraría en sí una 'prórroga' del plazo de duración del contrato, en los términos del artículo 124 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12…"* (v. Dictamen ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM). De hecho, en similares términos se había expedido con anterioridad esta Oficina en el Dictamen ONC Nº IF-2016-00074070-APN-ONC#MM, en un caso

en el que se propiciaba la ampliación –por el término de UN (1) mes– del "servicio anual del sistema Tango Gestión".

XIV) Lo expuesto no debe llevar a pensar –equivocadamente– que en ningún supuesto procede la ampliación o disminución cuando se trata de un contrato de servicios, porque en opinión de este Órgano Rector ello no es así. Por el contrario, es menester aclarar que las normas que aquí se analizan no restringen el uso de la prerrogativa de ampliar o disminuir a un tipo particular de contratos, como podría ser suministros, excluyendo a los servicios.

XV) Si bien actualmente está fuera de discusión que no procede la potestad de ampliación o disminución –contemplada en el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16– para aumentar o disminuir el plazo de duración de un contrato administrativo regido por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, muy distinto sería afirmar en términos categóricos que en ningún caso puede ampliarse o disminuirse un contrato de prestación de servicios, en tanto las citadas normas no lo prohíben más allá de lo reseñado en torno al plazo de duración del mismo y tampoco parece razonable hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 177:117; 226:26; 227:111; 229:1; 233:223; 235:377; 249:630; 253:156; 253:167; 268:287, entre muchos otros y Dictámenes ONC Nros. 243/2015 e IF-2018-42841186-APN-ONC#MM).

XVI) En todo caso, dilucidar si la ampliación o disminución del monto total de un determinado contrato de prestación de servicios es o no viable exigirá un detenido examen del pliego de bases y condiciones particulares, en contexto con las singularidades del caso concreto.

XVII) Por ejemplo, en un contrato de limpieza, no se advierten *prima facie* reparos para proceder a ampliar o disminuir la superficie a limpiar, siempre que la forma de cotización diseñada en el pliego lo permita y no se vulneren –va de suyo– los restantes límites, que operan tanto como garantía del cocontratante así como también tutelan la legalidad administrativa y el respeto irrestricto de la juridicidad y razonabilidad del actuar de la Administración. No ha de perderse de vista que la etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego –no pocas veces– el éxito o el fracaso de la contratación (conf. FARRANDO, Ismael, *"Contratos Administrativos*". Ed. Abeledo-Perrot, año 2002 LexisNexis. Pág. 219 y Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 157/2014 y 353/2014, entre otros).

XVIII) El artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 estipula que tanto los aumentos como las disminuciones deberán realizarse –entre otras condiciones– sin variar los precios unitarios adjudicados. Esto último vino a reglamentar al inciso b) del artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en cuanto exige que el aumento o disminución del monto del contrato tenga lugar *"…en las condiciones y precios pactados…".*

XIX) La definición de la palabra "cotizar", de acuerdo con la segunda acepción del diccionario de la Real Academia Española, es "poner o fijar precio a algo" (v. http://dle.rae.es/), vinculando de esta forma un precio con un objeto cotizado, ya sea un bien o un servicio. Es decir,

que no puede escindirse del concepto de cotización tanto el precio como el objeto cotizado (v. Dictamen ONC Nº 789/2011, entre otros).

XX) A su vez, el término "unitario" significa, también en su segunda acepción, que constituye una unidad. Mientras que en su quinta acepción, la Real Academia lo define en el siguiente sentido: *"Que toma por base una unidad determinada."*. De otra parte, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –de aplicación analógica– ya no habla de precio cierto sino de precio determinado, en tanto el artículo 1133 prescribe: *"El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo."*.

XXI) El concepto de "precio unitario" está intrínsecamente vinculado al diseño del pliego de bases y condiciones particulares –muy especialmente en cuanto concierne a la composición de los renglones–.

XXII) Cada renglón debe estar comprendido por un único ítem del catálogo correspondiente al Sistema de Identificación de Bienes y Servicios (SIByS). Como es sabido, el SIByS utiliza un catálogo que, a partir del clasificador por objeto del gasto del Manual de Clasificaciones Presupuestarias, permite, siguiendo un orden decreciente de agregación, la individualización de los ítems específicos, ya sean bienes o servicios (Inciso, partida principal, partida parcial; clase genérica; ítem específico). De ahí que lo que cada oferente cotice como "precio unitario" deberá necesariamente guardar correspondencia con la composición del renglón previamente delineada por el organismo contratante en el pliego de bases y condiciones particulares.

XXIII) En el caso concreto traído a estudio no es dable soslayar que el Renglón Nº 1, bajo el código de catálogo 3.3.5-1688.1 ("LIMPIEZA DE EDIFICIOS"), incluye el servicio integral de limpieza de OCHO (8) inmuebles emplazados en locaciones diversas de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo la unidad de medida: "mes".

XXIV) Conforme el pliego, la exigencia de cotizar un precio unitario y cierto consistía, en este caso puntual, en estipular un valor mensual para la prestación del servicio integral de limpieza en los diversos inmuebles comprendidos en el renglón en cuestión. Esto último complejiza el concepto de "precio unitario" por cuanto, como puede apreciarse, el costo de la mano de obra (horas/hombre) si bien es la variable principal no es la única, con lo cual aun cuando la prestación sea de cumplimiento diario, en turnos de "x" cantidad de horas de lunes a viernes, el "unitario" a cotizar según el pliego tiene como unidad de medida al "mes" –valor mensual, comprensivo de todos los restantes componentes mencionados en el párrafo anterior, tales como los elementos de limpieza, equipos, etc,– y, amén de ello, se ha dispuesto en el pliego que un mismo renglón englobe prestaciones que deben satisfacerse en más de un inmueble.

XXV) Si bien es "unitario" porque exige individualizar el valor mensual del servicio (en oposición al valor anualizado, teniendo presente que se estipuló una duración de DOCE (12) meses), no puede desconocerse también que de algún modo es un valor susceptible de ser desagregado, con lo cual el concepto de precio unitario empleado en las normas previamente

referenciadas queda, *a priori*, relativizado y precisa ser examinado en forma desagregada a partir de la información que emana esencialmente de la oferta presentada por parte del proveedor (incluyendo la estructura de costos) y los datos que surgen del pliego de bases y condiciones particulares.

XXVI) Esta Oficina entiende que si la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE utiliza para calcular la disminución necesaria los datos aportados por la firma LAREDO Y ASOCIADOS S.R.L. en su propuesta (costo de la mano de obra por operario con una carga de OCHO (8) horas diarias; el porcentaje que ello representa en la estructura de costos), en relación con la información obrante en el pliego de bases y condiciones particulares (v.g. carga horaria solicitada según cada uno de los edificios involucrados), no se vulnera el principio de inmodificabilidad de la oferta, ni de igualdad entre oferentes.

XXVII) Siendo ello así, puede sostenerse que el desglose presentado por el oferente luego de la apertura se trata de una mera aclaración que permitió corroborar el porcentaje de disminución (7,14%) al que la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE arribó utilizando los datos aportados por el oferente en su propuesta.

XXVIII) En esa línea de pensamiento, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que el principio de igualdad no se encuentra vulnerado por admitir una nota aclaratoria con posterioridad al acto de apertura de ofertas, en la medida en que no constituya una modificación a la oferta (conf. Dictámenes PTN 251:851).

XXIX) En cuanto al límite cuantitativo para ejercer la prerrogativa de marras, la disminución del Renglón N° 1 propiciada representa el SIETE COMA CATORCE POR CIENTO (7,14%) del monto total del contrato, con lo cual está claro que al no superarse el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) contemplado en el inciso a) apartado 1º del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resulta innecesario requerir la conformidad del proveedor.

XXX) La disminución del Renglón N° 1 proyectada responde a razones objetivas y sobrevinientes al inicio del procedimiento de selección (relocalización de la COMISIÓN NACIONAL DE TRÁNSITO Y LA SEGURIDAD VIAL, previamente situada en el inmueble ubicado en la Avenida San Juan N° 777 y la rescisión del contrato de locación de las oficinas ubicadas en Esmeralda N° 117). Ambas medidas, suficientemente motivadas, tuvieron lugar con posterioridad a la fecha del acto de apertura de la Licitación Pública Nº Nº 451-0006-LPU18.

XXXI) En cuanto al límite temporal para poder ejercer válidamente la medida propiciada, no parece dudoso afirmar –en tanto se trata de un criterio consolidado al amparo de anteriores reglamentaciones y que en la actualidad surge expresamente de la normativa vigente– que la disminución de la prestación puede tener lugar en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación. Sin embargo, en relación a esto último, se comparte lo observado por parte del servicio jurídico preopinante, en los siguientes términos: *"…respecto de la implementación de la disminución, cabe destacar que por el artículo 2° de la medida proyectada se propicia adjudicar el renglón N° 1 a Laredo y Asociados S.R.L. por la suma total de pesos dieciocho millones*

setecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos cuarenta ($18.757.440) –monto que según lo manifestado por la Dirección de Contratación de Bienes y Servicios es el que resulta de restar al total del renglón los edificios ubicados en Esmeralda N° 177 y San Juan N° 777– y asimismo, por el artículo 6° se propicia disminuir dicho renglón. En virtud de lo expuesto, este órgano de servicio jurídico entiende que, en caso de llevarse a cabo la disminución propiciada, deberá readecuarse el acto adjudicando el renglón N° 1 por el monto total de la oferta, es decir, pesos veinte millones doscientos mil trescientos veinte ($20.200.320) y luego proceder a la disminución por el monto indicado en el artículo 6° del acto proyectado…" (v. IF-2018-47815656-APN-DGAJ#MTR).

XXXII) Dado que la disminución del Renglón N° 1 sería aprobada –en un único acto– por la autoridad competente para suscribir la adjudicación, no se observan discordancias con el principio de paralelismo de formas y de competencias, expresamente receptado en el artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, en los siguientes términos: *"La autoridad con competencia para dictar los actos administrativos de aprobación de ampliaciones, disminuciones, prórrogas, suspensión, resolución, rescisión, rescate y declaración de caducidad, será la que haya dictado el acto administrativo de adjudicación o la autoridad en la que se hubiese delegado tal facultad".*

XXXIII) Por las razones indicadas no se advierten reparos que oponer a la medida en ciernes.

DIVISIÓN EN RENGLONES.

DICTAMEN ONC Nº 102/2013.

Fecha de emisión: 7 de mayo de 2013.

Referencias: Artículo 47 del Reglamento. División de renglones. Concepto jurídico indeterminado. Evaluación de las propuestas. Principio de razonabilidad.

Consulta:

Los actuados ingresaron a esta Oficina Nacional a efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL realice DOS (2) procedimientos para la adquisición de bienes afines, en atención a lo dispuesto por los artículos 37 y 47 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada: Artículo 47 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien el artículo 47 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 es imperativo respecto del trámite a seguir cuando una misma convocatoria abarque un número importante de unidades pertenecientes al mismo ítem del catálogo SIByS, es discrecional para la autoridad administrativa determinar cuándo tiene lugar esa situación particular.

II) Cabe entender que la norma en cuestión utiliza un concepto jurídico indeterminado que deberá evaluarse en cada caso particular. Corresponderá evaluar las particularidades del caso en concreto y la situación del mercado a efectos de determinar si para un supuesto determinado se da el requisito de solicitar un "número importante de unidades".

III) Resulta razonable que la adquisición de UN MILLÓN (1.000.000) de estuches de leche en polvo de OCHOCIENTOS (800) gramos cada uno se divida en diferentes renglones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. De tal forma, las cantidades se dividen en diferentes renglones a efectos de propiciar la participación de las pequeñas y medianas empresas.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que no existe óbice legal para la prosecución de la medida propiciada, considerando especialmente que la misma responde a materializar principios como el de razonabilidad, eficiencia y eficacia. Sin embargo, debería aclararse en el pliego que cualquier oferente podrá resultar adjudicatario de cualquier reglón perteneciente a un mismo producto requerido.

DOMICILIO ESPECIAL/DOMICILIO CONSTITUIDO.

DICTAMEN ONC Nº 958/2012.

Fecha de emisión: 17 de octubre de 2012.

Referencias: Constitución de domicilio especial. Alcance.

Consulta:

Se solicita a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 18, 56 y 70 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Como principio general, las jurisdicciones y entidades se encuentran facultadas para determinar, en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares, el ámbito territorial dentro del cual los oferentes interesados en participar en los distintos procedimientos de selección deberán constituir un domicilio especial. Así, los organismos cuentan con la mencionada facultad, independientemente de que tengan o no delegaciones en el interior del país.

II) Subsidiariamente, para los casos en que en los pliegos de bases y condiciones particulares nada se estipule al respecto, los interesados en participar deberán constituir domicilio especial dentro de la ciudad asiento de la jurisdicción o entidad contratante.

III) Respecto de la potestad reglamentaria con la que cuenta cada organismo para delimitar en los pliegos –según su conveniencia– la respectiva extensión territorial, corresponde señalar que se trata de una facultad discrecional sujeta a ciertos límites, tales como los principios generales de razonabilidad, promoción de la concurrencia e igualdad de tratamiento previstos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

IV) La exigencia de constituir un domicilio especial en el marco de un procedimiento de selección guarda relación directa con la necesidad de contar con un asiento físico donde poder efectuar válida y útilmente las notificaciones que deban cursarse durante la tramitación del mismo. Ahora bien, en la medida en que el nuevo Reglamento considera a las comunicaciones efectuadas por correo electrónico o vía fax como medios válidos de notificación entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes (conf. artículo 56 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12), nada obsta a que, a los fines de la obligación de constituir domicilio, se fije en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares un ámbito espacial tan amplio como el territorio nacional en su conjunto. Este criterio es el que, en opinión de esta Oficina, favorece en mayor medida la concurrencia de interesados, en los términos del artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

V) En el marco de una licitación nacional, la circunscripción territorial delimitada en un pliego de bases y condiciones particulares a los efectos de la constitución del domicilio especial, de ningún modo podrá impedir y/o limitar la concurrencia de interesados domiciliados en cualquier otro punto dentro de la REPÚBLICA ARGENTINA o que tengan la sede principal de sus negocios en el país, o cuenten con sucursal en el país debidamente registrada, en tanto puedan cumplir con la carga de constituir un domicilio ad hoc –a los efectos del procedimiento– dentro del radio exigido en el respectivo pliego.

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Domicilio especial.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases

y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 70, *in fine,* del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3°, 8º, 10 y 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- Artículos 13, inciso c), 15 y 45 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Decreto N° 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 3° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece que los pliegos de bases y condiciones particulares deberán permitir la constitución de domicilio especial en cualquier territorio nacional o extranjero, en este último caso siempre que no cuente con domicilio o representación legal en el país, situación que deberá acreditarse mediante declaración jurada.

II) En el caso en que no se constituyera un domicilio especial en la respectiva oferta se tendrá por domicilio constituido el declarado bajo el título 'Domicilio especial para los procedimientos que se realicen en el ámbito de la Oficina Nacional de Contrataciones´' en la base de datos que administra ese órgano rector.

DICTAMEN ONC Nº 178/2015.

Fecha de emisión: 16 de junio de 2015.

Referencias: Notificación. Domicilio constituido. Verdad jurídica objetiva. Verdad material. Actuación del agente postal. Falta de diligencia. Prueba suficientemente persuasiva. Violación al derecho de defensa. Violación del debido proceso adjetivo. Vía procedimental para impugnar una notificación. Instrumento público. Instrumento privado. Notificación defectuosa.

Objeto de la intervención:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, interpuesto por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. (C.U.I.T. N° 30-70879913-7) contra la Disposición ONC N° 36, de fecha 30 de mayo de 2014.

Por la referida Disposición se le aplicó al citado proveedor una sanción de apercibimiento, en los términos del artículo 131, inciso a), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, como consecuencia de la rescisión parcial por su culpa, del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública N° 145/2012 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de SEIS

(6) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.2 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, como consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida en el plazo fijado al efecto, al que fuera intimado en el marco del mencionado procedimiento licitatorio.

Para así sancionar, este Órgano Rector consideró y tuvo por acreditados los siguientes extremos, a saber:

Por conducto de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° 8385, de fecha 24 de julio de 2013, la jurisdicción contratante resolvió rescindir en forma parcial el contrato perfeccionado con el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. mediante la Orden de Compra Nº 94/2013 y le aplicó la penalidad de pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato por el monto de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80.-), intimándolo a hacer efectivo el pago de la misma en el plazo improrrogable de DIEZ (10) días hábiles.

El día 12 de agosto de 2013 el organismo de origen diligenció, a través del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., una carta expreso con confronte y sellado –individualizada bajo el código "EC31460264 4"– a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, con el objeto de notificar el contenido de la citada Resolución SCyMI N° 8385/2013.

A pesar de que la respectiva notificación resultó infructuosa y fue devuelta al remitente sin intervención del destinatario –en la aludida pieza postal se tildó el casillero correspondiente a "SE MUDÓ"–, la mentada Resolución se tuvo por notificada el día 15 de agosto de 2013, a raíz de lo informado por la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Al tomar intervención el área Tesorería del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, informó que el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. procedió a pagar la penalidad aplicada. En dicha ocasión se adjuntó copia fiel del respectivo recibo de donde surge que el aludido pago tuvo lugar el día 17 de septiembre de 2013, configurando, por ende, un pago extemporáneo de una suma relevante, en tanto el monto ascendía a un total de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80.-).

Se expidió el servicio permanente de asesoramiento jurídico del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, instancia que con fecha 16 de octubre de 2013 concluyó que la Resolución SCyMI N° 8385/13 se encontraba firme en sede administrativa por haber expirado los plazos reglamentarios para recurrirla sin que ALIMENTOS GENERALES S.A. hubiere cuestionado el acto de que se trata.

La DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A informó: *"…que la pieza postal en trato al momento de realizar la entrega consta en nuestros registros con la observación: 'se mudó', con fecha 15 de agosto del 2013, conforme se puede observe de la historia del T&T."*. Asimismo, el distribuidor encargado de la entrega confirmó tal observación en el descargo que se adjuntó en dicha ocasión.

Ahora bien, con fecha 23 de junio de 2014 la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Disposición O.N.C Nº 36/2014.

Así, frente al hecho acreditado en autos relativo a que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL cursó una carta expreso con confronte y sellado al domicilio constituido por ALIMENTOS GENERALES S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 145/12 –Av. Monteverde 4570 PB (BURZACO)–, procurando notificar la Resolución SCyMI Nº 8385/2013 por la cual se penalizó al proveedor en cuestión con la rescisión parcial de la Orden de Compra Nº 94/2013 y se intimó al pago del monto correspondiente a la penalidad de pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato, la empresa impugnante alegó, como hecho principal, que dicha notificación resultó infructuosa, por cuanto la pieza postal en cuestión no fue recepcionada por ella, sino que fue devuelta al remitente, habiendo consignado el agente postal del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., en el aviso de retorno, que el destinatario "se mudó".

Asimismo manifestó que, sin perjuicio de ello, el día 12 de septiembre de 2013 la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., por intermedio de su apoderado, se notificó en forma personal del acto administrativo de que se trata y que con fecha 17 de septiembre de 2013 el proveedor en cuestión abonó la penalidad impuesta, por la suma de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80), enfatizando que: *"…si se toma como válida la notificación personal, la multa fue abonada en término".*

La agraviada tachó de falsedad la constancia del correo –aviso de retorno– a partir de la cual se tuvo por mudada a su empresa y, como efecto propio del domicilio constituido, se consideró debidamente notificado el acto de penalidad a pesar de que el proveedor no haya recibido la mentada carta.

En razón de lo expuesto la firma agraviada planteó la violación de derechos de raigambre constitucional, tales como su derecho a defenderse (artículo 18 de la Constitución Nacional), a ejercer el comercio e industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional), y a la propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional).

La recurrente presentó con fecha 9 de enero de 2015, un escrito al que acompañó las constancias de las tasas de inspección de seguridad e higiene –y sus correspondientes pagos– que el DEPARTAMENTO DE INDUSTRIAS Y COMERCIOS de la AGENCIA MUNICIPAL DE RECAUDACIÓN del GOBIERNO MUNICIPAL DE ALMIRANTE BROWN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, emitió a nombre de ALIMENTOS GENERALES S.A. y al domicilio de la calle Avenida Monteverde 4570 PB de la LOCALIDAD DE BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, durante el período agosto 2013-diciembre 2014, es decir, período o lapso dentro del cual tuvo lugar el diligenciamiento infructuoso de la pieza postal objeto de controversia, individualizada bajo el código "EC 31460264 4".

Asimismo, ALIMENTOS GENERALES S.A. adjuntó las constancias de las tasas por riesgo ambiental que el DEPARTAMENTO DE INDUSTRIAS Y COMERCIOS de la AGENCIA MUNICIPAL DE RECAUDACIÓN de ALMIRANTE BROWN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, envió a su nombre al mentado domicilio. Fueron anexados también los correspondientes pagos de dicho impuesto.

Normativa examinada:

- Artículo 18 de la Constitución Nacional.
- Artículos 5, 56 y 70, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 21, 44 y 106 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).
- Artículos 979, inc. 2° y 4°, 986 y 993 del Código Civil.
- Artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Luego de una lectura detenida de la prueba arrimada, no es posible soslayar que las boletas correspondientes al impuesto por seguridad e higiene fueron abonadas debidamente, especialmente aquellas que tienen fecha de agosto de 2013, momento en el cual la firma en cuestión se "habría mudado".

II) Al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL se le solicitó mediante Nota O.N.C. N° 1586/14 que enviara todas las notificaciones que desde su DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS se hubieren diligenciado con posterioridad al día 12 de agosto de 2013 a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., al domicilio de la calle Avenida Monteverde 4570 PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES. A propósito de ello, la primera reflexión que suscita el análisis de los referidos documentos radica en que cierto número de notificaciones diligenciadas por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL a la empresa ALIMENTOS GENERALES S.A. al domicilio de la Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES –con posterioridad al día 12 de agosto de 2013–, fueron recibidas de conformidad por el proveedor en cuestión, mientras que el resto de ellas resultaron infructuosas, con la particularidad de que éstas últimas fueron diligenciadas –en todos los casos, salvo una excepción en que no resulta legible el acuse– por el mismo agente postal que tuvo por mudada a la firma en cuestión en oportunidad de devolver al remitente la pieza postal que sirvió de antecedente de hecho para aplicar la sanción de suspensión.

III) De ahí podría presumirse, en principio, que el señor agente postal Ramón GÓMEZ (L.P. 20801), al ser quien intervino en el diligenciamiento de –probablemente todas– las piezas postales que resultaron infructuosas, no obró con la debida diligencia, a los efectos de constatar realmente la mudanza de la que dio cuenta en cada oportunidad en que devolvió una notificación al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL sin diligenciar, puesto que de otro modo no se explica cómo el éxito o fracaso de las respectivas notificaciones termino siendo, prácticamente, una cuestión de azar. La hipótesis sostenida en el párrafo que antecede cobra mayor entidad a partir de deficiente la explicación brindada por el propio agente postal, quien se limitó a informar que: *"…al visitar el domicilio en cuestión se encontraba cerrado, al consultar en el domicilio lindero y me confirmaron que se había mudado, por eso observé la carta."*.

IV) Respecto de dicha explicación, no es posible dejar de considerar que esta Oficina Nacional ofició oportunamente al CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A a fin de que dicha entidad satisfaga los siguientes extremos: 1) Informar cuál es el procedimiento previo que debe cumplimentar un agente postal durante el diligenciamiento de una pieza postal tipo "carta expreso con confronte sellado", para poder tener válidamente por "mudado" al

destinatario de la misma; 2) Informar si existe una regulación al respecto y, en caso afirmativo, si se trata de un régimen de cumplimiento obligatorio para el Correo Oficial; 3) Informar el resultado de la diligencia de la carta expreso y confronte sellado identificada bajo el código "EC314602644" cursada por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL con fecha 12 de agosto de 2013 a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES; 4) Arbitrar los medios conducentes para que el agente postal GÓMEZ, Ramón (LP 20801) declare por escrito de qué manera y/o por medio de qué fuentes constató que la empresa ALIMENTOS GENERALES S.A. se había mudado del domicilio ubicado en la Avenida Monteverde N° 4570 PB, BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES; o bien, que manifieste si la existencia material de los hechos que interesan a esta Oficina Nacional –en este caso, la mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A.– pasaron en su presencia o fueron cumplidos por él mismo, en los términos del artículo 993 del Código Civil.

V) Por consiguiente, forzoso es advertir que al responder, el CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. omitió pronunciarse en torno a los puntos 1) y 2) citados más arriba. Es decir, nada se informó a este Órgano Rector en cuanto al procedimiento debido para dar por mudado al destinatario de una carta expreso; mucho menos se acompañó –como hubiese sido deseable– un reglamento interno o manual de procedimiento cuyas normas puedan cotejarse con el proceder del agente postal GÓMEZ. De igual modo, al declarar por escrito, el señor agente postal Ramón GÓMEZ omitió brindar detalles precisos respecto a la persona o personas del domicilio lindero al de Avenida Monteverde Nº 4570 PB –al que tampoco identifica–, quien o quienes le habrían suministrado la información respecto de la mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A.

VI) Reviste cabal importancia el principio de la verdad jurídica objetiva, según el cual el procedimiento debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material y sus circunstancias, tal cual son. Dicho principio exige que la Administración, dejando de lado el panorama que pretenden ofrecerle las partes, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión (Cfr. Dictámenes PTN 287:175).

VII) La prueba obtenida es lo suficientemente persuasiva como para considerar atendibles los agravios invocados por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A., vinculados directa y/o indirectamente con la notificación de la penalidad impuesta por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, cursada al domicilio de Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

VIII) A nadie escapa que por "domicilio especial" debe entenderse aquel que una persona tiene para ciertos efectos; en otros términos, es aquel especialmente constituido –valga la redundancia– para uno o más asuntos determinados, con el objeto de facilitar las notificaciones que hayan de hacerse las partes (v.g. en el caso que nos ocupa, para intervenir en un procedimiento de selección, que luego se extiende a la etapa contractual). El domicilio especial es el único eficaz y al que se diligenciarán todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento, que se tendrán por conocidas por el administrado.

IX) Podríamos apresurarnos a concluir que encontrándose acreditado que la Administración cumplió con el requisito de diligenciar la notificación de las penalidades

aplicadas al domicilio constituido por el proveedor en su oferta, la misma habría resultado eficaz, aun frente al supuesto en que el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario. Empero, dada la trascendencia de las garantías de rango constitucional que se encuentran en juego (v.g. derecho de defensa, debido proceso adjetivo), no es posible analizar con liviandad los argumentos defensivos, máxime si se tiene presente que la notificación de los actos administrativos tiene trascendental importancia en el procedimiento administrativo, dado que resulta fundamental para preservar la seguridad jurídica, constituyéndose como un deber de información impuesto como carga a la Administración en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa en juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (Cfr. Dictámenes PTN 255:505).

X) En el presente caso, el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL despachó con fecha 12 de agosto de 2013, por intermedio del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. "Correo Argentino", una carta expreso con confronte sellado individualizada bajo el código "EC314602644". Del sitio institucional de internet del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. surge que el servicio expreso supone el envío urgente de la correspondencia, siendo transportado y entregado en forma prioritaria. Asimismo, se establece –sin mayores precisiones– que: *"Posee 2 intentos de entrega, el segundo a las 24 horas del primero. Si no se logra la entrega, el cartero deja un Aviso de Visita, y la pieza queda a disposición en la sucursal correspondiente al domicilio del destinatario por 5 días hábiles, para que pase a retirarla.".*

XI) Sin embargo, el "Manual de Productos y Servicios para Sucursales" elaborado por la GERENCIA DE ORGANIZACIÓN Y NORMATIZACIÓN del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA nada dice respecto de qué procedimientos y/o recaudos debe cumplimentar el personal del Correo, previo a tener por "mudado" al destinatario, con las graves consecuencias que ello puede acarrear.

XII) Si bien esta Oficina Nacional no es el órgano con competencia primaria para interpretar y aplicar la normativa relacionada a las formalidades que deben seguirse en el diligenciamiento de los diversos servicios postales, no es menos cierto que, luego de analizar las afirmaciones del proveedor junto con la documental arrimada en autos, la cuestión amerita una reconsideración, a la luz de tales extremos y con sujeción a los principios de juridicidad, debido procedimiento previo, razonabilidad, verdad material y buena fe.

XIII) Ante todo, por aplicación del principio de juridicidad o de legalidad objetiva la actuación de la Administración debe sujetarse al ordenamiento jurídico en su conjunto, comenzando por la Constitución Nacional, cuyo artículo 18 establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, garantía cuyo menoscabo resulta susceptible de ocasionar graves perjuicios al administrado.

XIV) Dicho lo anterior, se presenta como razonablemente fundada la reflexión del recurrente, en torno a que el agente postal interviniente debió consignar quién o de dónde obtuvo la información que daba cuenta que la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se había mudado. Ello así, por cuanto, aunque la normativa aplicable no lo exija expresamente, sería *a priori* el único modo coherente y razonable de diferenciar tal caso de la mera ausencia de personas en el domicilio o de la hipótesis del domicilio cerrado, en cuyos supuestos el agente

postal se encuentra compelido a seguir un procedimiento específico y ciertamente riguroso que prevé, como mínimo, DOS (2) avisos de visita y un plazo de gracia de CINCO (5) días hábiles para retirar personalmente la pieza postal de la sucursal más cercana, previo a que se pueda proceder a su devolución, sin diligenciar, al remitente.

XV) Luego, el sobre con membrete del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, diligenciado bajo el código identificador "EC574743083" a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS y recibido exitosamente por ALIMENTOS GENERALES S.A., conjuntamente con las piezas postales diligenciadas por la referida Cartera Ministerial al domicilio en cuestión y recibidas sin inconvenientes entre el 22 de agosto de 2013 y el 23 de junio de 2014, tornan verosímiles los dichos del proveedor en cuanto a que la mentada mudanza nunca tuvo lugar.

XVI) Si se admite que solo alcanza con que el oficial de correos tenga por mudado a alguien, sin previa sujeción a un procedimiento específico y sin dejar asiento o constancia alguna en la propia pieza postal que dé cuenta de las gestiones realizadas para arribar a tal constatación –más allá de la mera indicación formal, inmotivada, de la mudanza–, las graves consecuencias derivadas de hacer surtir al domicilio constituido sus efectos propios quedarían a merced de la discrecionalidad y/o subjetividad del agente postal –tercero, por quien el proveedor no se encuentra obligado a responder–, lo cual no parece jurídicamente admisible, menos aún en casos en que tal circunstancia coloque al particular en una situación de indefensión o –en el mejor de los casos– frente a la espinosa tarea de acreditar, ya sea en sede administrativa y/o judicial, un hecho negativo (no haberse mudado en determinada fecha).

XVII) Corresponde, en consecuencia, tener presente que el debido procedimiento adjetivo deriva de la garantía constitucional de la defensa en juicio y como tal abarca diversos aspectos, entre ellos el derecho del particular a un leal conocimiento de las actuaciones, en tanto presupuesto necesario, ya sea para el cumplimiento oportuno de las obligaciones y/o cargas impuestas, o bien para "ser oído" y oponer, en su caso, las defensas que estime pertinentes. En el marco del principio reseñado precedentemente, no parece dudoso que el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. ha visto afectado su derecho al leal conocimiento de lo decidido por la Resolución SCyMI N° 8385/13, impidiendo que la firma agraviada tenga la posibilidad de cumplir temporal y adecuadamente lo ordenado por el Ministerio, o bien de defenderse sin menoscabos ni cortapisas, garantías estas que de haberse preservado bien pudieron evitar que se incurra en el tipo legal de la sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, impuesta por este Órgano Rector.

XVIII) Tampoco puede dejar de considerarse que ALIMENTOS GENERALES S.A. carece de otros antecedentes negativos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) y que, a partir de un nuevo y más detenido examen de la cuestión, bien podría interpretarse una actitud diligente en relación a la cancelación de la penalidad que le fuera impuesta, si se acepta que el proveedor tomó real conocimiento de la misma al notificarse personalmente el día 12 de septiembre de 2013 –y no antes, por causas que no le serían en apariencia imputables– y abonó el monto adeudado el día 17 de septiembre de 2013. Es decir, conforme dicha interpretación, la empresa habría efectivizado el pago en forma temporánea, dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos determinado en la Resolución SCyMI N° 8385/13.

XIX) La jurisprudencia mayoritaria parece conteste en atribuir a determinadas piezas postales –esencialmente a la carta documento y al telegrama colacionado– el carácter de instrumento público, con las consecuencias propias que de ello se deriva. En contraste, un autorizado sector de la doctrina administrativista vernácula efectúa una distinción entre instrumentos públicos, documentos públicos e instrumentos privados, en los siguientes términos: "*Los registros y demás actos documentados de la Administración se ubican en una tercera categoría, intermedia entre las anteriores* [instrumentos públicos e instrumentos privados]. *Su valor probatorio se halla en directa vinculación con la presunción de legitimidad del actuar administrativo. Por lo que prima facie, tienen valor probatorio, pero éste puede ser desvirtuado por cualquier medio de prueba.".*

XX) Aun para el caso en que se conceda el carácter de instrumento público a una pieza postal como la correspondiente al servicio de "Carta Expreso" brindado por el CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., lo cierto es que tal condición requiere, como mínimo, que el agente postal haya obrado dentro de su competencia y en la forma en que la normativa determina. Premisa que, a criterio de esta Oficina Nacional, no se cumple en autos, en la medida en que no aparece acreditado, siquiera mínimamente, que el oficial de correos haya efectuado las gestiones básicas –en el sentido de razonablemente esperables– en forma previa a consignar que la empresa destinataria de la misiva se "había mudado". Ello sumado a que el agente postal Ramón GÓMEZ no firmó la pieza donde daba cuenta de la mudanza del destinatario de la pieza postal objeto de diligenciamiento.

XXI) La idea fundamental que subyace en materia de notificaciones es que la comprobación de una irregularidad en el procedimiento acarrea, en principio, la nulidad de la notificación, si con ello se ha causado indefensión al particular.

XXII) Se advierte es que la convalidación contemplada en el artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos exige, a los fines de purgar el vicio, la recepción del instrumento por la parte interesada, extremo que –precisamente– no se acredita en autos.

XXIII) Sin embargo, el artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de aplicación supletoria en el procedimiento administrativo (v. artículo 106 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991) establece: *"NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN. Será nula la notificación que se hiciere en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores siempre que la irregularidad fuere grave e impidiere al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica. Cuando del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución, la notificación surtirá sus efectos desde entonces."*.

XXIV) En virtud de ello, esta Oficina Nacional entiende jurídicamente viable tener por subsanado el vicio en la notificación a partir de que la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se notificó en forma personal del acto administrativo de penalidad. Si se parte de la concepción de que la notificación defectuosa es susceptible de convalidación, si surge de las actuaciones que ha tenido conocimiento del acto, forzoso es concluir que recién en tal oportunidad habrá de tenérselo por notificado.

XXV) El vicio advertido resulta susceptible de subsanación a partir de la acreditación en las actuaciones que la parte interesada tomó conocimiento del acto. Pero en tal caso, los plazos deben computarse desde ese momento y no desde el momento en que se diligenció infructuosamente la notificación viciada (siguiendo el espíritu del artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos y del artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

XXVI) La recta inteligencia de los preceptos normativos en juego lleva a colegir que si la notificación personal tuvo lugar el día 12 de septiembre de 2013, el plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos para dar cumplimiento al pago de la penalidad impuesta surtió efectos desde entonces, lo cual implica que al abonar la suma en cuestión el día 17 de septiembre de 2013 el pago debe computarse en término, dejando a la sanción de suspensión impuesta por el artículo 2º de la Disposición O.N.C. N° 36/14 carente de causa.

XXVII) Frente al valladar que para cierta doctrina podría significar la calidad de instrumento público de la pieza postal diligenciada por el "Correo Argentino", con la consecuencia de considerar improcedente la producción de prueba de descargo para cuestionarla en sede administrativa –debiendo necesariamente encausarse en el marco de la redargución de falsedad en sede judicial–, lo cierto es que el artículo 993 del Código Civil establece que el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. En ese sentido, la vaguedad de la que adolece la lacónica respuesta brindada por el señor GÓMEZ no impide inferir que la hipotética mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. no pasó en su presencia ni mucho menos puede tenerse por un hecho cumplido por él mismo, en los términos del referido artículo 993.

XXVIII) Ergo, encontrándose en juego la afectación de garantías de raigambre constitucional, ante la duda esta Oficina Nacional entiende que corresponde resolver en favor del administrado, siendo de aplicación la siguiente jurisprudencia: *"La redargución de falsedad no es la vía idónea para cuestionar una notificación judicial, cuando lo que se esgrime es que el domicilio donde se practicó la diligencia no es el real de la persona a quien se dirigió la cédula de que se trata. Es que, en tal caso, no se encuentra comprometida la fe pública que emana del instrumento, sino las manifestaciones del tercero ante quien se procedió a notificar la demanda."* (CNCiv. 23/05/1996. Ramírez Ramos, Feliciano c/ CASTELLARIN DE DIZ, Rosana s/ Daños y Perjuicios.).

XXIX) A la luz de las consideraciones vertidas, esta Oficina Nacional entiende que una nueva valoración de los elementos de juicio obrantes en los presentes actuados justifica la revocación de la decisión adoptada mediante el artículo 2º de la Disposición OCN Nº 36/2014.

DICTAMEN ONC Nº 203/2015.

Fecha de emisión: 14 de julio de 2015.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. Ley penal más benigna. Proveedor BIOSEIF S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70843687-5). Notificaciones. Domicilio constituido. No se configura pago extemporáneo.

Antecedentes.

Mediante la Resolución de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES N° 172, de fecha 4 de febrero de 2013 se resolvió rescindir en forma total, por culpa del proveedor, el contrato perfeccionado con BIOSEIF S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 8/12, como consecuencia de la falta de integración de la garantía de cumplimiento del contrato, conforme lo dispuesto el artículo N° 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

Asimismo, en la citada Resolución se decidió aplicar la penalidad de pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta y se intimó al proveedor en cuestión para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado hiciere efectiva la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($ 15.622,00.-).

Se acompañó una copia certificada de la Nota del ÁREA SUMINISTROS, CONTRATACIONES Y CONTROL DE SERVICIOS BÁSICOS de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES Nº 97, de fecha 4 de febrero de 2013. En dicha constancia podía advertirse un sello de "RECIBIDO", firmado y aclarado por la señora Tatiana SILVA, circunstancia de la cual se desprendía que la Resolución ex-CNC N° 172/13 habría sido notificada con fecha 8 de febrero de 2013.

A su vez, se acompañó copia de la Factura N° 105558 de fecha 19 de junio de 2013, emitida por el ÁREA TESORERÍA de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, mediante la cual se acredita que el proveedor BIOSEIF S.R.L. hizo efectivo el importe de la penalidad aplicada mediante la Resolución ex-CNC N° 172/13.

Oportunamente, el Órgano Rector solicitó al organismo la constancia que acredite que la Sra. Tatiana SILVA –quien se notificó de la Resolución ex-CNC N° 172/13, con fecha 8 de febrero de 2013– tenía poder suficiente para comprometer la voluntad de la firma BIOSEIF S.R.L., a lo que el ÁREA SUMINISTROS, CONTRATACIONES Y CONTROL DE SERVICIOS BÁSICOS de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES respondió: *"…no surge del expediente por el cual tramitó la Licitación Pública N° 8/2012 ninguna documentación que acredite las funciones de la Sra. Tatiana Silva en la firma Bioseif SRL. Sin embargo, y a los efectos de mejor proveer se adjunta al presente en copia fiel la Declaración Jurada del domicilio comunicado por la empresa en cuestión…".*

Normativa examinada:

- Inciso a) del artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto Nº 436/00.
- Artículo 7º del Anexo II de la Resolución ex-SSGP Nº 39/05.

- Artículos 21, 41, 43 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional considera que no se ha configurado un incumplimiento de pago en el plazo fijado al efecto, sino que por el contrario, el proveedor BIOSEIF S.R.L. abonó el valor de la penalidad aplicada por la Resolución ex-CNC N° 172/13 en tiempo y forma.

II) De la compulsa de los presentes actuados puede constatarse, en primer término, que la Resolución ex-CNC N° 172/13 fue comunicada al proveedor BIOSEIF S.R.L. al domicilio por él constituido en su oferta. Este extremo fue puesto de resalto por el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, recordando a tal efecto que: *"…el hecho de que deba constituirse un domicilio especial, tiene por objeto facilitar las notificaciones que hayan de hacerse personalmente a las partes.".*

III) Ahora bien, no es posible soslayar que la mentada notificación no fue diligenciada a través de una empresa que brinde servicio de correo postal. Ello, por cuanto si se observa con detenimiento la pieza, forzoso es concluir que carece tanto de sello indicador de la fecha de diligenciamiento como también del correspondiente ticket de envío del cual se desprendería el respectivo código identificatorio. La hipótesis más factible es que la propia ex-CNC haya enviado la nota al domicilio del proveedor. Así, frente a este escenario resulta oportuno dilucidar dos cuestiones de suma relevancia: por un lado, si quien diligenció la nota en cuestión estaba investido de "fe pública", a los fines de hacer surtir al domicilio constituido por el proveedor todos sus efectos propios y, de no ser así, si quién suscribió dicha notificación tenía poder suficiente como para comprometer la voluntad de la firma BIOSEIF S.R.L.

IV) El artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991) establece: *"El domicilio constituido producirá todos sus efectos sin necesidad de resolución y se reputará subsistente mientras no se designe otro.".* En efecto, a nadie escapa que el domicilio especial o constituido es aquel al que deberán diligenciarse todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento de selección, las que –en principio– se tendrán por conocidas por el administrado aun frente al supuesto en que, en los hechos, el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario (Cfr. Dictamen ONC Nº 178/15).

V) En nuestro ordenamiento jurídico se admite la notificación realizada a persona distinta del destinatario –cuando sea al domicilio constituido por el interesado– para evitar retrasos o paralizaciones de procedimientos. Empero, dada la trascendencia de las garantías de rango constitucional que se encuentran en juego (v.g. derecho de defensa, debido proceso adjetivo), deviene ineludible analizar la investidura de quien diligenció la nota con la cual se intentó notificar el acto administrativo de penalidad al domicilio del proveedor. Para ello, es menester analizar si su figura se condice o se asemeja a la de un oficial notificador o si existe una similitud con la figura del agente postal integrante de un servicio de correos.

VI) Ya sea por su investidura y/o por la estructura institucional-burocrática en la que se encuentran insertos, cuando se cumplen las formalidades exigidas por la ley, tanto el notificador

judicial como el agente postal dan fe pública de la existencia material de los hechos, que el agente hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. En esa inteligencia, se advierte que un agente –que ha sido dotado de la fe pública– será quien trasladará, inserta en una determinada pieza postal, un acto de voluntad, de juicio, de conocimiento o de constatación, emanado de un tribunal o de la Administración, hasta el domicilio constituido por el interesado, garantizando con ello el derecho de defensa y la garantía del debido proceso. En efecto, la actuación de estos oficiales forma parte de la seguridad jurídica indispensable para que el sistema marche, y su función no es reemplazable, menos aún equiparable, con la de un simple mensajero.

VII) En el caso de marras no intervino un oficial público que legitime el acto mismo de notificación, de ahí que esta Oficina Nacional considere que es importante que se encuentre debidamente acreditado en autos que la señora Tatiana SILVA contaba, a los fines de la contratación de que se trata, con una autorización y/o poder por parte de BIOSEIF S.R.L., en pos de evitar la indefensión del proveedor, quien si bien abonó la penalidad, podría ser pasible de una sanción por pago extemporáneo si se tiene por notificada la penalidad el día en que la recibió la señora Tatiana SILVA.

VIII) Esta Oficina Nacional entendió pertinente consultar al organismo girante, quien comunicó que de las constancias obrantes en el expediente por el cual tramitó la Licitación Pública N° 8/2012 no se desprendió ninguna documentación que acreditase las funciones de la Sra. Tatiana Silva en la firma BIOSEIF S.R.L.

IX) El principio general que se infiere del artículo 41 del citado Reglamento es que las notificaciones se pueden practicar por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento y de su contenido.

X) La norma es clara en cuanto a los requisitos que exige para que una notificación personal produzca todos sus efectos legales: la presentación de la parte interesada o su apoderado o representante legal, por lo tanto el hecho de que la nota esté suscripta por la Sra. Tatiana Silva no hizo surtir los efectos propios al acto que se pretendió notificar.

XI) Por otro lado, no es posible soslayar que si bien en la nota de marras consta que se adjuntó copia certificada de la Resolución ex-CNC N° 172/13, la misma no ha sido incorporada al expediente, por lo que tampoco podría aseverarse que la firma penalizada haya tomado conocimiento en forma íntegra del texto del acto administrativo.

XII) En virtud de todo lo expuesto, resulta razonable colegir que, por aplicación del artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), la notificación cursada con fecha 8 de febrero de 2013 carece de validez, sin perjuicio de lo cual de las constancias que surgen del expediente de marras, se desprende que el día 19 de junio de 2013 la firma BIOSEIF S.R.L. libró un cheque por la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($15.622,00.-), es decir que medió un acto voluntario posterior que da la pauta que el administrado tomó conocimiento del acto administrativo de penalidad.

XIII) En conclusión, esta Oficina Nacional interpreta que la firma BIOSEIF S.R.L. tomó conocimiento efectivo de la Resolución ex-CNC N° 172/13 el día en que procedió a abonar el monto de la penalidad impuesta por ese acto administrativo, es decir, el día 19 de junio de 2013. Por lo tanto los plazos comenzaron a correr desde el día hábil siguiente a la mencionada fecha, y el pago de la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($15.622,00.-) fue abonado en tiempo y forma.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09293516-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de mayo de 2017.

Referencias/voces: Domicilio especial. Notificaciones. Procedimiento recursivo. No constituye antecedente válido para sancionar.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 247 de fecha 25 de septiembre de 2014 se rescindió, por culpa del proveedor, la Orden de Compra N° 19/14, emitida en favor del proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. en el marco de la Contratación Directa N° 135/13, por un monto total de PESOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO CON CINCUENTA Y NUEVE ($ 62.818,59.-).

Asimismo, se penalizó al proveedor en cuestión con la pérdida del valor equivalente a la garantía de cumplimiento de contrato, el que ascendía a la suma de PESOS SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UNO CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 6.281,86.-), y se lo intimó a que en el plazo de DIEZ (10) días de notificado hiciere efectivo dicho importe.

La Disposición DGAGF Nº 247/14 fue notificada al interesado con fecha 1° de octubre de 2014.

Por conducto de la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 23, de fecha 13 de febrero de 2015, se resolvió rechazar el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. contra su similar N° 247/14.

Luego, mediante Resolución del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 1169, de fecha 20 de mayo de 2015, se resolvió desestimar el recurso jerárquico en subsidio del recurso de reconsideración interpuesto por el proveedor en cuestión contra la Disposición DGAGF N° 247/14. La Resolución ex ME N° 1169/15 fue notificada a la recurrente el día 1° de junio de 2015.

Mediante nota del DEPARTAMENTO DE TESORERÍA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 1265, de fecha 12 de agosto de 2015, se informó que el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. no realizó el pago correspondiente a la penalidad impuesta por la Disposición DGAGF N° 247/14. Asimismo, el DEPARTAMENTO DE REGISTRO CONTABLE informó que no se registraron facturas correspondientes al proveedor penalizado.

Al presentar su descargo ante la ONC el proveedor adujo que la Disposición DGAGF N° 247/14 no se encontraba firme en sede administrativa por no haberse resuelto –o cuanto menos

notificado– la resolución del recurso jerárquico en subsidio del reconsideración presentado contra la mentada Disposición.

A raíz de esto último Órgano Rector solicitó al organismo de origen la remisión de las constancias de permitan corroborar si la dirección a la cual se notificó la resolución del recurso jerárquico en subsidio se correspondía con el domicilio constituido por la firma PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. en su recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Disposición DGAGF Nº 247/14.

En respuesta al requerimiento efectuado se acompañó copia certificada del escrito –junto con la documental adjunta– presentado por el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. con el objeto de recurrir la Disposición DGAYGF N° 247/14. De su lectura se desprendía que la agraviada no había constituido domicilio especial a los efectos del trámite recursivo, en los términos previstos en el artículo 19 y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

Finalmente, tomó intervención la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN, instancia que aclaró que nunca se intimó al proveedor a constituir un domicilio a los efectos del procedimiento recursivo: *"…ya que entendemos que no es necesario por lo siguiente: el recurso de reconsideración –con jerárquico en subsidio-de PINTURERIAS PRESTIGIO S.A. fue presentado en el Expediente N° 2368/13, donde dicha firma ya había constituido domicilio en el momento de presentar su oferta* (…)*; allí también denunció domicilio real.".*

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 29*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 11 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 5º y 6º de la Disposición ex SSTG N° 6/12.
- Comunicación General ONC N° 31/15.
- Artículos 15 y 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) El procedimiento de selección del cocontratante individualizado como Contratación Directa N° 135/13 y el procedimiento recursivo que tuvo lugar ulteriormente no deben ser considerados "un mismo procedimiento", en tanto presentan características propias que los diferencian entre sí; a su vez persiguen fines disímiles y, fundamentalmente, se rigen por regímenes diferentes.

II) Así, la Contratación Directa N° 135/13 se rigió por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, junto con sus normas modificatorias y complementarias, mientras que el procedimiento recursivo iniciado a partir del cuestionamiento del acto de penalidad debió tramitarse con sujeción al Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991). Lo expuesto resulta concordante con lo regulado en el artículo

11 del propio Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establecía que: *"Los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la Ley Nº 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias.".*

III) Ello permite interpretar que la carga de constituir un domicilio especial puesta en cabeza de los proveedores por la normativa de contrataciones –v.g. artículo 70 inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– se ciñe al procedimiento de selección de que se trate y, eventualmente, a la etapa de ejecución contractual, pero ninguna duda cabe en cuanto a que, de iniciarse un procedimiento recursivo, resultan de aplicación los artículos 15 y siguientes del Reglamento de Procedimientos Administrativos, en tanto regulan las formalidades de los escritos –incluyendo, va de suyo, la constitución de un domicilio especial a los efectos de comunicarse el decisorio adoptado por la Administración en relación con el recurso interpuesto–. Para el caso en que el recurrente no satisfaga adecuadamente tales extremos, la solución viene dada por el artículo 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

IV) En efecto, si en el recurso interpuesto el proveedor agraviado no constituyó domicilio, el organismo contratante debió intimarlo a que subsane dicha deficiencia dentro del plazo que a tal efecto se fije, bajo apercibimiento de tener por desistido el recurso interpuesto.

V) En opinión de esta Oficina Nacional dicha interpretación es la que mejor resguarda los derechos y garantías que asisten al administrado, máxime si se repara en los extensos períodos de tiempo que pueden transcurrir entre la presentación de una oferta y la notificación del acto que agota la vía administrativa. Valga como ejemplo el presente caso, en el que la celebración del acto de apertura tuvo lugar el día 11 de septiembre de 2013, mientras que se procuró notificar el rechazo del recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración prácticamente dos años después.

VI) No resulta ocioso recordar que en el marco de un procedimiento de contratación, el domicilio especial es aquel que ha de constituir una persona humana o jurídica a los efectos –precisamente– de dicha contratación y es una carga del interesado constituirlo. Es aquel al que deberán diligenciarse todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento de selección o incluso de la etapa contractual, las que –en principio– se tendrán por conocidas por el administrado aun frente al supuesto en que, en los hechos, el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario (Cfr. Dictamen ONC Nº 178/15).

VII) Una vez notificada una medida por parte de la Administración, la toma de conocimiento por parte del particular es una cuestión que le resulta ajena, pero ello es así, siempre y cuando se haya procedido a notificar al domicilio válidamente constituido por el interesado –o cuanto menos se lo haya intimado a constituirlo con resultado infructuoso–, con sujeción al régimen que resulte aplicable según el tipo de procedimiento que se trate.

VIII) En esta oportunidad, el propio organismo de origen reconoce que el proveedor no constituyó ningún domicilio a los efectos del procedimiento recursivo, así como también reconoce que no se procedió a intimarlo en los términos del artículo 77 del Reglamento de

Procedimientos Administrativos por considerar tal diligencia un dispendio administrativo. Criterio que, como ya quedara expuesto, no es compartido por este Órgano Rector.

IX) Si bien es cierto que el propio proveedor reconoció haber recibido en el domicilio de la calle Av. Mitre N° 5899 de la localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, la notificación correspondiente a la Disposición DGAGF Nº 23/15 por la cual se rechazó el recurso de reconsideración oportunamente interpuesto, no es posible soslayar que la firma interesada niega haber sido notificada de la Resolución ex ME N° 1169/15 por la cual se desestimó el recurso jerárquico en subsidio –siendo este último un extremo indispensable para considerar la firmeza del acto de penalidad– y frente a dicha negativa, no es dable soslayar que del expediente bajo análisis no surge en forma clara e indubitada que el domicilio objeto de controversia al cual fue diligenciada la notificación de la Resolución ex ME N° 1169/15 revista la virtualidad de producir los efectos contemplados en el artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos –precisamente, por no tratarse de un domicilio constituido–. Forzoso es colegir, entonces, que no se encuentra adecuadamente acreditado que la Disposición DGAGF Nº 247/14 se encuentre firme en sede administrativa.

X) En última instancia, no se trata de promover la nulidad por la nulidad misma, sino simplemente de considerar que el acto administrativo de rechazo del recurso jerárquico en subsidio no surtió eficacia –en los términos del artículo 11 de la Ley Nº 19.549– y, por consiguiente, el acto de penalidad no adquirió firmeza.

XI) No ha de perderse de vista que la notificación de los actos administrativos tiene trascendental importancia en el procedimiento administrativo, dado que resulta fundamental para preservar la seguridad jurídica, constituyéndose como un deber de información impuesto como carga a la Administración en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa en juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (Cfr. Dictámenes PTN 255:505).

XII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que con los antecedentes que obran en los presentes actuados no es posible sancionar al proveedor ALMACENAJE CATRIEL S.A. (C.U.I.T. N° 33-70967057-9), en la medida en que no se encuentra adecuadamente acreditada la firmeza del acto administrativo de penalidad, siendo este un requisito ineludible, en los términos del artículo 29*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de los artículos 5º y 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

ELEGIBILIDAD (PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD).

DICTAMEN ONC Nº 445/2013.

Fecha de emisión: 18 de diciembre de 2013.

Referencias: Causales de inelegibilidad de la oferta. Situación de los ex esposos. Relación de parientes en el primer grado de consanguinidad. Presunción iuris tantum.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que fije el criterio interpretativo del inciso d) del artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

En este caso particular se trataba de evacuar diversas inquietudes acerca de las pautas de inelegibilidad que deben considerarse en la evaluación de las ofertas. Al respecto, cabe indicar que el organismo consultante planteaba el caso particular interpuesto por el señor Jorge Luis LAVERGNE, quien era proveedor del Estado Nacional desde hacía más de veinte años, habiendo realizado contrataciones con el EJÉRCITO ARGENTINO primeramente a nombre propio, luego bajo el nombre de fantasía JET SERVICE y finalmente bajo la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada JET SERVICE INSTRUMENTS S.R.L., sociedad que había constituido conjuntamente con su esposa y su hijo.

Se indicaba al respecto que Indica que se encontraba divorciado y que a raíz de la disolución de la sociedad conyugal la empresa JET SERVICE INSTRUMENTS S.R.L., quedó en manos de su esposa, quien desde entonces la explotaba conjuntamente con su hijo.

En tal sentido, el proveedor puso de manifiesto que había retomado su actividad laboral en el mismo rubro –venta de repuestos de avión–, con lo cual ambas empresas, presentaban sus ofertas en los mismos procedimientos.

Normativa examinada:

- Artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 86, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 ha sido dictado en aras de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes en perjuicio de ésta. Es por ello que dispone que la oferta deberá desestimarse cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección.

II) Seguidamente, la norma contempla específicamente el caso de los cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad estableciendo que se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad, salvo que se pruebe lo contrario.

III) En el caso, siendo que existe sentencia de divorcio vincular en relación a los esposos, resta determinar si la circunstancia de que sean padre e hijo quienes presentan distintas ofertas en un mismo procedimiento de selección, es causal suficiente para desestimar las mismas. Al respecto, para que se configure la causal de desestimación, el organismo deberá contar además con los indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que el padre y el hijo –en el caso de que se trate– han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección. En tal caso, deberá desestimarse la oferta, salvo que los oferentes prueben lo contrario.

IV) En razón de las consideraciones vertidas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES concluye en que cualquiera sea el supuesto de que se trate, el organismo deberá contar con los indicios que por su precisión le permitan presumir que se ha configurado la causal de inelegibilidad que contempla el artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 y el artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Elegibilidad.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Normativa examinada:

- Artículo 86, inciso g) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si el organismo decide tomar como antecedente negativo del oferente los incumplimientos anteriores registrados, se recomienda establecer claramente cuál será la consecuencia de dicha circunstancia, esto es, si se asignará un puntaje negativo a quién tenga estos antecedentes o si se desestimará la oferta conforme el artículo 86, inciso g) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, atento que no surge de manera clara del artículo del pliego cuál sería la valoración que hará el organismo de tal circunstancia.

DICTAMEN ONC Nº 202/2015.

Fecha de emisión: 10 de julio de 2015.

Referencias: Admisibilidad de ofertas. Elegibilidad. Pautas para la inelegibilidad. Cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad. Indicios precisos y concordantes de haber concertado posturas. Colusión. Presentación en más de una oferta.

Consulta:

Ingresaron los actuados a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión, a la luz de lo dispuesto en los artículos 67 y 86 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, respecto de la admisibilidad de las ofertas presentadas por las firmas

REYSA EDICIONES S.R.L. y AKTION S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 14/15 del registro de ex MINISTERIO DE SALUD.

Vale la pena exponer ciertos extremos relevantes, que es menester considerar a fin de comprender el caso.

Mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex MINISTERIO DE SALUD Nº 23, de fecha 26 de marzo de 2015 se autorizó la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública Nº 14/2015 para la provisión de impresiones para diversas áreas del ex MINISTERIO DE SALUD. Es dable mencionar que del pliego de bases y condiciones particulares se desprendía que el objeto contractual estaba compuesto por TREINTA Y CINCO (35) renglones.

En el marco de dicho procedimiento licitatorio presentaron ofertas –en cuanto aquí interesa– las firmas AKTION S.R.L. (CUIT Nº 30-70789428-4) y REYSA EDICIONES S.R.L. (CUIT Nº 30-70931335-1). A partir de un análisis detenido de la documentación acompañada en las actuaciones, se pudo advertir que:

1) AKTION S.R.L. ofertó para los Renglones Nros. 9, 10, 11 y 12, por la suma total de PESOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS ($ 49.300,00.-), mientras que REYSA EDICIONES S.R.L. cotizó para los Renglones Nros. 15 y 16, por el monto total de PESOS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS ($ 48.700,00.-).

2) La cotización de la firma AKTION S.R.L. es de fecha 6 de mayo de 2015 y se encuentra suscripta por el señor Walter BELLO, en carácter de socio gerente. Por su parte, la cotización de REYSA EDICIONES S.R.L. también es de fecha 6 de mayo de 2015, resultando particularmente destacable que se encuentra suscripta por la señora Verónica BELLO –es decir, no puede obviarse la coincidencia en el apellido, aunque no quede claro en autos el vínculo entre ambos–, cuyo sello aclaratorio al pie de la propuesta indicaría que esta última es socia gerente de la firma AKTION S.R.L. A lo dicho cabe agregar que tratándose en ambos casos de notas y no de planillas de cotización estandarizadas, resulta llamativa la similitud estética y de diseño entre ambas propuestas.

3) Ambas firmas declaran un mismo domicilio tanto en su folletería, como en sus ofertas y en la información obrante en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), a saber: “Tabaré 1526 C.A.B.A.” El domicilio fiscal declarado ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) por las sociedades comerciales en cuestión también resulta coincidente para ambas: “Avenida Córdoba 1522, 1º Piso. C.A.B.A.”.

4) A partir de la compulsa de los contratos sociales, junto con la información volcada en los formularios de actualización de sus respectivas inscripciones en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) puede corroborarse que: a) Verónica Viviana BELLO (DNI Nº 25.909.102) junto con el señor Manuel Enrique ROMERO son socios de REYSA EDICIONES S.R.L., firma constituida en 2005 y que tiene por objeto la realización de actividades de importación, exportación, comercialización e industrialización de las máquinas y los enseres necesarios para la explotación de una imprenta editorial, elaboración de papel, comercialización de insumos de computación, de software y de imprenta, participación en licitaciones, etc. Resta señalar que la señora Verónica Viviana BELLO es socia gerente y a su vez socia mayoritaria con SETENTA Y

OCHO (78) cuotas sobre un total de CIENTO VEINTE (120) cuotas; b) Verónica Viviana BELLO (DNI Nº 25.909.102) junto con el señor Walter Leonardo BELLO (DNI Nº 23.146.753) integran la sociedad comercial que gira en plaza bajo la denominación AKTION S.R.L., firma constituida en el año 2001 con el objeto de comercializar regalos empresariales, "merchandising", diseño y armado de stands, exposiciones, ferias, congresos, producción gráfica integral, etc. En dicha persona jurídica la señora Verónica Viviana BELLO aparece como socia mayoritaria con UN MIL OCHOCIENTAS (1800) cuotas sobre DOS MIL (2000), mientras que la gerencia sería ejercida únicamente por el socio minoritario Walter Leonardo BELLO, que como ya se dijo, no pudo determinarse la existencia de un vínculo de parentesco entre ambos.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 16, 23 y 28, inc. f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 67, 84 inciso n) y 86 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º y 2º de la Resolución General AFIP Nº 1814/05.
- Artículo 54, *in fine* Ley Nº 19.550.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector pronunciarse respecto de la admisibilidad de las ofertas presentadas por las firmas REYSA EDICIONES S.R.L. y AKTION S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 14/15 del registro de ex MINISTERIO DE SALUD, por tratarse de competencias propias de la Comisión Evaluadora de la jurisdicción contratante y de la autoridad competente para decidir. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el Sistema de Contrataciones, tal como se encuentra establecido en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) El artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 vino a reglamentar las prescripciones del artículo 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01. El inciso d), puntualmente, se trata de una norma que, al vedar la colusión (en tanto pacto ilícito en perjuicio de terceros) tutela entre otras cosas el principio de promoción de la concurrencia y la competencia.

III) El ordenamiento jurídico vigente contempla algunos mecanismos tendientes a prevenir y/o sancionar, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, a fin de evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas. En relación a ello, esta Oficina Nacional tiene dicho que el inciso d) del artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 ha sido dictado en aras de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes en perjuicio de ésta. Es por ello que dispone que la oferta deberá desestimarse cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección.

IV) Seguidamente, la norma contempla el caso de los cónyuges o parientes, estableciendo que se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad, salvo que se pruebe lo contrario (v. Dictamen ONC N° 445/13).

V) Cierto es que a la luz del artículo 86, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional no cuenta con la suficiente información como para determinar el parentesco –si es que existe– entre el señor Walter BELLO y la señora Verónica BELLO. No obstante ello, no es posible soslayar las irregularidades detectadas, tales como suscribir la señora Verónica BELLO la cotización de REYSA EDICIONES S.R.L. invocando la calidad de socia gerente de AKTION S.R.L.

VI) En otro orden de cosas, es dable mencionar que el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece, en su parte pertinente: *"PROHIBICIÓN DE PARTICIPAR EN MÁS DE UNA OFERTA. Cada oferente podrá participar solamente en una oferta, ya sea por sí solo o como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica. Se desestimarán todas aquéllas ofertas en las que participe quien transgreda esta prohibición…".* Luego, el inciso n) del artículo 84 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 prevé que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que se transgreda la prohibición prescripta por el citado artículo 67.

VII) El fundamento de la prohibición de participar en más de una oferta debe buscarse en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, que tiene justamente por finalidad que la competencia sea real y efectiva, no simulada, como indefectiblemente sucedería si en un determinado procedimiento la puja se produce entre personas físicas o jurídicas que desde lo formal y/o en apariencia son distintas, pero que en la práctica resultan ser la misma o controladas por un mismo sujeto, sociedad y o grupo económico.

VIII) En el marco licitatorio, la colusión consiste, básicamente, en una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo, a través de acuerdos de precios, acuerdos de cantidades y repartos de mercados. La competencia entre oferentes aparece como la conducta claramente opuesta a la colusión, de tal modo que la primera representa la rivalidad entre oferentes que operan en el mercado, en una interacción distinta de la que se produciría si esas empresas operan como partes de un mismo grupo económico.

IX) El sólo hecho de que dos o más oferentes –que se encuentren de algún modo vinculados– presenten ofertas para distintos renglones no anula, por esa sola circunstancia, la hipótesis de simulación de competencia. Por el contrario, resultará menester analizar la posible vulneración del ordenamiento jurídico frente a la plataforma fáctica que presente cada caso concreto.

X) En determinados mercados relevantes existe la posibilidad de que se conformen pools de proveedores que carterizan la venta de ciertos bienes o la ejecución de obras, fingiendo concurrencia –aun en aquellos casos en que oferten por renglones separados–, limitando el ingreso de competidores y afectando finalmente el precio de las contrataciones.

XI) En el confronte con la realidad la cuestión dista de ser sencilla, en tanto será requisito ineludible, en cada oportunidad, recabar información, con su correspondiente sustento documental, para luego ponderar el grado de connivencia y/o injerencia que una persona física, jurídica o grupo empresario pueda tener en el control de la voluntad social de otra u otras

organizaciones empresariales que participen de un mismo procedimiento de selección, aun cuando coticen renglones diferentes.

XII) Un socio minoritario en una sociedad por acciones de gran envergadura –v.gr. una sociedad anónima abierta que cotice en bolsa– podría no tener la menor injerencia en las decisiones del ente, mientras que, en el extremo opuesto puede situarse al socio mayoritario de una sociedad de responsabilidad limitada encuadrable en la categoría "PYME" o "MIPyME", así como también al socio que titularice el paquete accionario de control de una sociedad anónima, tratándose en estos últimos supuestos de personas físicas que controlan y dirigen en mayor o menor medida –según las características de las empresas y el número de cuotas o acciones que posean– los destinos de las personas jurídicas que integran.

XIII) No es posible pasar por alto que aquí estamos frente a dos sociedades de responsabilidad limitada, muy probablemente "PYME's", respecto de las cuales la señora Verónica Viviana BELLO, al titularizar el SESENTA Y CINCO POR CIENTO (65%) de las cuotas sociales de REYSA EDICIONES S.R.L. –siendo además socia gerente– y el NOVENTA POR CIENTO (90%) de las cuotas sociales de AKTION S.R.L. ejerce, en los hechos, el control de la voluntad social de ambas empresas. Siendo ello así, las llamativas coincidencias y/o erratas reseñadas *supra* podrían cobrar otro tenor, máxime si se repara en los montos cotizados en el marco de la Licitación Pública N° 14/15 del registro de MINISTERIO DE SALUD: AKTION S.R.L. ofertó por un total de PESOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS ($ 49.300,00.-), mientras que REYSA EDICIONES S.R.L. cotizó por la suma total de CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS ($ 48.700,00.-).

XIV) Las sumas en cuestión fuerzan a sospechar –a título de mera hipótesis en esta instancia–, que quien controla ambas sociedades optó por dividir los renglones que pretendía cotizar, utilizando instrumentalmente las dos firmas comerciales, como una maniobra tendiente a eludir la obligación de contar con el certificado fiscal para contratar que actualmente resulta exigible a partir de ofertas de PESOS CINCUENTA MIL ($ 50.000,00). Esto, que no deja de ser una mera hipótesis o presunción *iuris tantum*, cobra fuerza si se tiene en cuenta que la sumatoria de ambas ofertas totalizaría la suma de PESOS NOVENTA Y OCHO MIL ($ 98.000,00.-) y ninguna de las sociedades de que se trata contaba al momento de la apertura ni cuenta actualmente con el correspondiente certificado fiscal para contratar.

XV) La principal finalidad del certificado fiscal es que sirva como instrumento para verificar la situación tributaria de los oferentes, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 –entre las que se encuentra el MINISTERIO DE SALUD– no contraten con aquellos que posean deudas fiscales o previsionales (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 81/13, 241/13 y 96/15, entre muchos otros). En esa inteligencia, el artículo 28, inc. f) del Decreto Delegado N° 1023/01 establece que serán inhábiles para contratar con la Administración Pública Nacional las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.

XVI) No deja de resultar sugestivo que ambas empresas, conducidas bajo la voluntad de una misma persona, se hayan repartido determinados renglones, ofertando cada una por cifras apenas por debajo del monto en que el Certificado Fiscal se torna exigible.

XVII) El artículo 54, *in fine*, de la ley de sociedades comerciales dispone: *"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".* El citado artículo, bajo el título de "Inoponibilidad de la persona jurídica", busca ser un justo correctivo frente a supuestos en que, mediante un uso ilegítimo del recurso de la personalidad jurídica, se concretan maniobras en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

XVIII) En este orden interpretativo, la falta de certificado fiscal de ambas empresas, probablemente motivada en la existencia de deudas tributarias y/o previsionales, tal vez pueda servir como indicio a partir del cual investigar si en este supuesto, las sociedades comerciales AKTION S.R.L. y REYSA EDICIONES S.R.L. representaron una mera fachada a fin de concretar una maniobra elusiva en pos de sortear las exigencias de la Resolución General AFIP Nº 1814/05.

XIX) A partir de las constancias documentales acompañadas por la jurisdicción consultante y la información obrante en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), no es posible tener por configuradas en esta instancia ninguna de las causales de desestimación contempladas en los artículos 84, inciso n) y 86 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, no obstante lo cual, dadas las irregularidades advertidas corresponderá a la COMISIÓN EVALUADORA del MINISTERIO DE SALUD llevar adelante las diligencias que, en el ámbito de su competencia, estime conducentes con miras a esclarecer si los integrantes de las sociedades comerciales AKTION S.R.L. y REYSA EDICIONES S.R.L. son cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad o bien si con posterioridad a esta intervención se configuran indicios precisos y concordantes que hagan presumir que existió colusión.

XX) Sin perjuicio de lo expresado en el punto que antecede, en tanto la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) es el organismo de aplicación de la Resolución General AFIP Nº 1814/05, corresponde dar intervención a su servicio jurídico, a fin de que en el marco de su competencia se expida sobre la legalidad del accionar de las sociedades comerciales AKTION S.R.L. y REYSA EDICIONES S.R.L.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04239686-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Pautas para la inelegibilidad. Competencia de la ONC. Colusión.

Antecedentes:

En el marco de la Licitación Pública N° 45/16 del registro de ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL llevada adelante para la adquisición de maquinaria textil, CASA RUERE S.A.I.C.F. ofertó para los Renglones Nros. 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 por la suma total de PESOS NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS ($ 9.343.200,00.-), mientras que MACOSER S.A. cotizó para los Renglones Nros. 4 y 11, por el monto total de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA ($ 1.504.260,00.-).

La cotización de la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. se encontraba suscripta por la señora Celia Alba RUERE, en carácter de vicepresidente de la empresa. Por su parte, la cotización de MACOSER S.A. se encontraba suscripta por el señor Edgardo A. RUERE en su carácter de presidente.

De las declaraciones juradas existentes en la base de datos del SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PROVEEDORES (SIPRO) surgía que el señor Edgardo A. RUERE, era Presidente de CASA RUERE S.A.I.C.F. y de MACOSER S.A. al momento de presentación de las ofertas.

Al tomar intervención la Comisión Evaluadora recomendó desestimar, entre otras, las ofertas presentadas por CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A. por poseer el mismo presidente, de acuerdo con la información obrante en el SIPRO, entendiendo que se configuran en el caso los supuestos previstos en los artículos 67 y 86 inciso d) del Anexo al Decreto N° 893/12, según artículo 84 incisos m) y n) de la citada norma. Dicho dictamen fue impugnado por ambas firmas.

El servicio permanente de asesoramiento jurídico del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL consideró que la impugnación efectuada por la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. debía ser rechazada únicamente en relación a los Renglones Nros. 4 y 11 que son aquellos donde también ofertó la firma MACOSER S.A. y podría configurarse las causales de desestimación no subsanables del artículo 84 incisos m) y/o n) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y sus modificatorios.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión: *"…respecto de si la condición de inadmisibilidad e inelegibilidad debe ser aplicada a la totalidad de las ofertas presentadas por las firmas CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A.; o solo a las cotizaciones recibidas por dichas empresas para los Renglones 4 y 11.".*

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 86, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede la competencia de este Órgano Rector pronunciarse respecto del criterio a adoptar en torno a las impugnaciones presentadas por las firmas CASA RUERE S.A.I.C.F. y MACOSER S.A. Ello así por cuanto la determinación de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas presentadas en el marco de la Licitación Pública N° 45/2016 del registro de MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL hace a las competencias propias de la Comisión Evaluadora de la jurisdicción contratante y de la autoridad competente para decidir.

II) Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el Sistema de Contrataciones, tal como se encuentra establecido en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01 (v. Dictamen ONC Nº 71/2015).

III) El artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 vino a reglamentar las prescripciones del artículo 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01. Por su parte, el inciso d), puntualmente, se trata de una norma que al vedar la colusión (en tanto pacto ilícito en perjuicio de terceros) tutela entre otras cosas el principio de promoción de la concurrencia.

IV) Por cierto que el principio de concurrencia supone también que existan por parte del mercado conductas francas y leales para lo cual el ordenamiento jurídico vigente contempla algunos mecanismos tendientes a prevenir y/o sancionar, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, a fin de evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas.

V) Esta Oficina Nacional tiene dicho que el inciso d) del artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 ha sido dictado en aras de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes en perjuicio de ésta. Es por ello que la oferta deba desestimarse cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección.

VI) El inciso d) del artículo 86 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se constituye en una norma que procura vedar la colusión (en tanto pacto ilícito en perjuicio de terceros) y que tutela, particularmente, a los principios de promoción de la concurrencia y competencia. Por tales motivos el ordenamiento jurídico vigente contempla algunos mecanismos tendientes a prevenir y/o sancionar, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, a fin de evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas.

VII) Seguidamente, la norma contempla el caso de los cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad, estableciendo que se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges o parientes hasta el primer grado de consanguinidad, salvo que se pruebe lo contrario.

VIII) En el caso particular que nos ocupa, el organismo desconoce la relación de parentesco que pueda haber entre Edgardo Ángel RUERE, Celia Alba RUERE, Presidente y Vicepresidente de CASA RUERE S.A.I.C.F. respectivamente y Valeria Andrea RUERE, Directora de MACOSER S.A, sin perjuicio de lo cual del Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) surge que el señor Edgardo Ángel RUERE era el presidente de ambas firmas. Asimismo, resalta, que ambas firmas han presentado ofertas para los Renglones 4 y 11 de la Licitación Pública N° 45/16.

IX) Según entiende esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, la elegibilidad es una cualidad del oferente y no de la oferta. Ergo, la condición de inelegible debe necesariamente recaer sobre la persona del oferente, sea esta persona humana o jurídica y no sobre cada renglón ofertado.

X) La norma previene e incluso sanciona los actos ilegítimos llevados a cabo por los oferentes a partir de una connivencia o coordinación de posturas entre ellos, motivo por el cual quien resulta inelegible es la persona humana o jurídica que lleva adelante tal conducta reprochable. Sería irrazonable que la Administración propicie la contratación con un proveedor respecto del cual tiene indicios que le permiten inferir que ha realizado actos de connivencia a

todas luces ilegítimos en aras de burlar el procedimiento licitatorio avasallando, entre otros, los mentados principios de concurrencia y competencia expresamente receptados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

XI) Dicho esto, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa antes aludido, corresponderá a la jurisdicción de origen verificar en el caso concreto la configuración de una maniobra tendiente a transgredir el ordenamiento jurídico y/o bien a perjudicar a terceros, a partir de la utilización de las mentadas sociedades comerciales como vehículos para concertar o coordinar posturas en el procedimiento de selección en perjuicio de la Administración Pública Nacional, en cuyo caso deberá desestimarse la totalidad de la oferta presentada por cada proveedor incurso en la causal de inelegibilidad correspondiente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-01958585-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de enero de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Pautas para la inelegibilidad.

Antecedentes.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 resolvió, en autos caratulados "Echegaray, Ricardo y otros s/ negociaciones incompatibles" (Causa Nº 2.610/2011), disponer el procesamiento –entre otros– de Cecilia PELUSO, por considerarla partícipe necesaria del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio del Estado, en concurso ideal con el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5 y art. 265 del Código Penal de la Nación).

A raíz de ello, surgió la inquietud en el organismo contratante acerca del alcance que correspondía asignarle al procesamiento de la señora Cecilia PELUSO, quien según se desprende del auto de mérito de fecha 13 de noviembre de 2017, ejercía en el momento de los hechos allí ventilados el cargo de Presidente de la firma LIMPIOLUX S.A. y, hasta el 16 de noviembre de 2017 el cargo de Directora Titular de la empresa –fecha en que, según se informa en la nota de remisión, habría presentado la renuncia–. Sumado a que, por otra parte, es hija del señor Norberto PELUSO, en ese entonces presidente de la empresa.

Consulta:

El MINISTERIO DE HACIENDA requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto del alcance que correspondía asignarle a las circunstancias descriptas, teniendo especialmente en cuenta lo establecido en el artículo 28 inciso e) del Decreto Delegado N° 1.023/01.

A su vez, se solicitó opinión en torno a si correspondía o no considerar inelegible a la firma LIMPIOLUX S.A., en los términos del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1.030/16.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28 inciso e) del Decreto Delegado N° 1.023/01.

- Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 173 inc. 7, en función del art. 174 inciso 5 y artículo 265 del Código Penal de la Nación.
- Artículos 2º y 54 de la Ley General de Sociedades Nº 19.550.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las condiciones de habilidad para contratar con la Administración Nacional previstas en el Decreto Delegado Nº 1023/01 pueden resumirse en tres requisitos: 1) Ser una persona humana o jurídica con capacidad para obligarse; 2) No estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 28 y 3) Encontrarse preinscripto en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) al momento en que los actuados sean remitidos a la Comisión Evaluadora, debiendo estar inscripto y con los datos actualizados cuando se emita el dictamen de evaluación (v. Comunicación General ONC Nº 63/17).

II) Desde esa perspectiva y como resultado de la compulsa de los presentes actuados, no parece dudoso afirmar que Cecilia PELUSO se encuentra actualmente inhabilitada para contratar, a título personal, con la Administración Nacional; condición que subsistirá en tanto se mantenga invariable su situación procesal –es decir, no se revoque el procesamiento, se dicte el sobreseimiento, etc.–. Ello así, en el entendimiento de que a la fecha se mantendría su condición de procesada por delitos que –sin duda– se subsumen en la hipótesis del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El delito de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública" (art. 265) se encuentra contemplado en el Libro Segundo "De los Delitos", Título XI "Delitos contra la Administración Pública", Capítulo VIII.

IV) En el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, siempre que se trate de delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, el mero procesamiento que al respecto recaiga sobre un determinada persona humana –o incluso jurídica, en los supuestos específicamente previstos en el marco de la nueva ley de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas Nº 27.401– la tornará inhábil para contratar por el tiempo que subsista dicha circunstancia.

V) No obsta a lo expuesto el hecho de que el procesamiento no se encuentre "firme", desde que la firmeza del auto de mérito no aparece como un requisito exigido por la normativa en cuestión. Por tanto, desde que la norma no exige que el procesamiento esté firme, resulta de aplicación lo dicho por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN respecto a que, de conformidad con el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111; 235:377; 249:630, entre muchos otros).

VI) Desde otro vértice, no es posible soslayar un dato ciertamente relevante: que el procesamiento dictado respecto de Cecilia PELUSO guarda estrecha vinculación con el rol que

ejercía como presidente de LIMPIOLUX S.A., quien resultó adjudicataria de la Licitación Pública Nº 99/10 producto –según sostuvo en el auto de mérito– de un obrar espurio de quien dirigía la empresa, con la connivencia de los propios funcionarios de la Administración. A criterio de este Órgano Rector el mencionado no es un dato menor, en tanto la circunstancia que dio lugar a la inhabilidad no se sustenta en un hecho ajeno o estrictamente personal de la señora PELUSO sino que, por el contrario, habría una vinculación directa entre su procesamiento y la utilización de una sociedad comercial proveedora del Estado para la comisión de graves delitos contra la Administración Pública –según pudo corroborarse con el grado de provisionalidad que implica un procesamiento–.

VII) También debe considerarse que, a la fecha de la comisión de los hechos no existía, jurídicamente hablando, la posibilidad de procesar a la persona jurídica en sí misma por los delitos imputados.

VIII) Las circunstancias descriptas ameritan traer a colación el Dictamen ONC Nº 938/2012, pronunciamiento que tuvo lugar a raíz de una comunicación oportunamente cursada por el entonces Fiscal de Control Administrativo de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, por la cual puso en conocimiento de esta Oficina Nacional el procesamiento de los señores Diego DE ELÍAS, Carlos Fabián GONZÁLEZ y Edgardo PELLIZA, recaído en la causa judicial Nº 16.225/10 caratulada "Orduna, Hernán Darío y otros s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", tramitada por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 4, Secretaría Nº 8, en orden al delito de fraude en perjuicio de una Administración Pública (artículo 174, inciso 5º del CPN).

IX) En dicha oportunidad se tuvieron por acreditadas maniobras espurias desplegadas por los señores GONZÁLEZ, PELLIZA y DE ELÍAS al amparo del andamiaje societario inherente a las firmas que integraban (GONZÁLEZ y PELLIZA en calidad de socios de las firmas CONGRESS CITY S.R.L. y AVR S.R.L., respectivamente, y DE ELÍAS en carácter de presidente del directorio de PUNTO BAIRES S.A.), todo ello a fin de simular una concurrencia y compulsa ficticia en el marco de la Licitación Pública Nº 20/10, llevada a cabo por el entonces MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO. Los hechos que motivaron el pronunciamiento en la referida causa involucraron a las empresas en una maniobra defraudatoria, en perjuicio de la Administración Pública. Resultaba evidente que las sociedades pasaron a revestir el carácter de mero recurso técnico instrumental para la consecución de maniobras ilegítimas. Ello formó convicción en este Órgano Rector respecto de la necesidad de hacer extensiva la inhabilidad para contratar con el Estado Nacional a las firmas PUNTO BAIRES S.A., AVR S.R.L. y CONGRESS CITY S.R.L, con el fin de evitar que fueran utilizadas como instrumentos para eludir la propia inhabilidad personal de la que adolecían las personas humanas que las integraban y/o dirigían según el caso. Se sostuvo, de tal modo, una interpretación que –en un sentido práctico– significó transitar el camino inverso a la clásica aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario. Esto es, se consideró indispensable hacer extensiva a sociedades comerciales consecuencias jurídicas (inhabilidad para contratar) derivadas de los procesamientos decretados sobre las personas humanas que las utilizaban como instrumento para fines ilegítimos.

X) Frente al requerimiento efectuado por el organismo de origen en el marco de la Licitación Pública Nº 8/2017 (34-0008-LPU17), el señor Norberto PELUSO, en carácter de presidente de la firma LIMPIOLUX S.A. puso de relieve que *"…la Sra. Cecilia Peluso no integra actualmente el directorio de Limpiolux S.A., ni como Directora ni como Presidente, ni tampoco como accionista de la empresa, acompañando a dicha presentación, la renuncia presentada por aquella, con fecha 16 de noviembre de 2017, al cargo de Director que venía ejerciendo.".* Junto con la nota de consulta no se ha adjuntado copia de la supuesta renuncia a la que se hace alusión –menos aún de su inscripción ante la autoridad registral–, motivo por el cual no consta a esta Oficina Nacional que ello sea así, en tanto no se acompañó prueba documental alguna que permita corroborar dicho extremo.

XI) Efectuada dicha salvedad, ha podido verificarse que del texto ordenado del estatuto social de la empresa, modificado en el año 2005 y debidamente inscripto ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ), surge que con la denominación "LIMPIOLUX S.A." funciona una sociedad anónima por transformación de "LIMPIOLUX S.R.L.", mientras que en el Acta de Designación de Autoridades protocolizada por escritura pública de fecha 26 de diciembre de 2016 –con constancia de inscripción en la IGJ– se refleja que en la Asamblea Anual Ordinaria y Extraordinaria Unánime Nº 42 celebrada el 10 de noviembre de 2016 el señor Norberto PELUSO fue designado Presidente por un nuevo período, mientras que la señora Cecilia PELUSO fue designada Directora Titular de la firma, en ambos casos con mandatos por TRES (3) años. Si bien no obran constancias que den cuenta que la señora Cecilia PELUSO se encuentre, al día de la fecha, efectivamente desvinculada de la sociedad comercial LIMPIOLUX S.A., cierto es que la regla de la cual se parte es que la personalidad del ente societario –máxime tratándose de una sociedad anónima– y de quien sea su presidente, director o accionista no se confunden.

XII) Ninguna duda cabe respecto a que la Ley Nº 19.550 reconoce a las sociedades comerciales –en particular a las sociedades anónimas– la calidad de sujetos de derecho, es decir, que en tanto herramienta jurídica para el desarrollo la personalidad del ente societario se distingue de las personas humanas que las integran y/o dirigen. No escapa a esta Oficina Nacional que tal reconocimiento tiene sus límites, los que se encuentran –en líneas generales– establecidos en el artículo 54, *in fine*, de la Ley General de Sociedades.

XIII) Si se toma como consumada –por vía de hipótesis– la efectiva desvinculación de la señora Cecilia PELUSO, no se advierten elementos que hagan suponer la utilización de la firma LIMPIOLUX S.A. como un mero recurso para sortear la inhabilidad para contratar que pesa sobre quien otrora fuera su presidenta y directora, máxime cuando tampoco se han arrimado elementos probatorios que permitan presumir tales maniobras en el marco de la Licitación Pública Nº 8/2017 (34-0008-LPU17). Desde ese punto de vista –que, como ya se dijo, se sustenta esencialmente en la renuncia de la señora PELUSO, entendida como un presupuesto fáctico que no le es dado corroborar a este Órgano Rector– la inhabilidad para contratar que pesa actualmente sobre la Cecilia PELUSO, en los términos del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01, no resultaría susceptible de extenderse a la firma LIMPIOLUX S.A.

XIV) La inhabilidad resultante del procesamiento recaído sobre la persona de Cecilia PELUSO, en la causa "Echegaray, Ricardo y otros s/ negociaciones incompatibles", no puede hacerse "automáticamente" extensiva a la firma LIMPIOLUX S.A., desde que se trata de personas

distintas, salvo que –como aconteció en el Dictamen ONC Nº 938/2012– se logre corroborar una utilización indebida del andamiaje societario con el fin de sortear la restricción prevista en el inciso e) del artículo 28 del Decreto Nº 1023/01.

XV) En materia de elegibilidad, esta Oficina Nacional tiene dicho que se trata de una cualidad del oferente (v. IF-2016-04239686-APN-ONC#MM) y, desde esa óptica, se impone la desestimación de las ofertas cuando, entre otros supuestos, se trate de integrantes de empresas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 (v. artículo 68 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16).

XVI) Resulta claro que aquí no se ha puesto en tela de juicio la habilidad para contratar de la sociedad LIMPIOLUX S.A. en sí misma, sino a raíz del procesamiento de quien fuera dependiente jerárquica, Cecilia PELUSO, quien no consta que se haya presentado como oferente a título personal o como integrante de otra sociedad en el procedimiento licitatorio individualizado como 34-0008-LPU17. Ergo, en la medida en que la citada causal de inelegibilidad representaría, si se quiere, el supuesto inverso al que aquí se examina, la misma no resulta de aplicación al caso. Valga la reiteración: no se consulta sobre una sociedad inhábil cuyos integrantes se han presentado a título personal en un procedimiento de selección con el objeto de eludir dicha limitante, sino de una persona humana inhábil, que no reviste la calidad de oferente en el procedimiento Nº 34-0008-LPU17.

XVII) Frente a la causal de inelegibilidad vinculada con la concertación o coordinación de posturas, parece claro que se trata de una norma dictada en aras de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes, en perjuicio de ésta. Desde ese prisma, podría haber cobrado cierta relevancia el hecho de que Cecilia PELUSO y el actual presidente de LIMPIOLUX S.A. Norberto PELUSO sean parientes –padre e hija, según surge del auto de procesamiento acompañado–, más no puede soslayarse que en el procedimiento licitatorio en el cual se enmarca la presente consulta la señora PELUSO no reviste la calidad de oferente, extremo que desarticula la posibilidad de concertación de posturas y, por ende, torna improcedente la aplicación de esta causal, por falta de un presupuesto lógico para ello.

XVIII) Por último, resta indicar que tampoco se han arrimado elementos probatorios que permitan presumir que ha mediado en el caso una simulación tendiente a eludir los efectos de las causales de inhabilidad para contratar previstas en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01.

XIX) La inhabilidad para contratar que actualmente pesa sobre la señora Cecilia PELUSO –en los términos del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01– no resulta susceptible de hacerse extensiva a la firma LIMPIOLUX S.A., a menos que se acredite la utilización en concreto o bien el riesgo cierto de manejo de la aludida sociedad comercial como un vehículo para violar la ley. Concluir lo contrario implicaría, en los hechos, un desconocimiento de la personalidad del ente, en riña con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Nº 19.550.

XX) A la luz de los antecedentes acompañados, no es posible tener por configurado –con el mínimo grado de presunción que la normativa exige– ninguno de los supuestos de inelegibilidad contemplados en el artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº

1030/16 que podrían guardar relación con la plataforma fáctica analizada en el marco del presente dictamen.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de febrero de 2018.

Referencias/voces: Comisión Evaluadora. Elegibilidad. Pautas para la inelegibilidad.

Normativa.

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La determinación de la admisibilidad y conveniencia de las ofertas presentadas en el marco de la Licitación Pública 80-0027-LPU17 hace a las competencias propias de la Comisión Evaluadora de la jurisdicción contratante y de la autoridad competente para decidir.

II) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento. Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad. La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección…" (v. Dictamen ONC Nº 36/16).

III) Por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, corresponderá a la jurisdicción de origen verificar, en concreto, la configuración de una posible maniobra tendiente a transgredir el ordenamiento jurídico. Va de suyo que en caso de desestimarse las ofertas presentadas por los proveedores, por considerarlos incursos en alguna de las causales de inelegibilidad, resultará exigible una debida fundamentación respecto de la precisión, concordancia y entidad de los indicios en los que se apoye la medida.

IV) La elegibilidad es una cualidad del oferente.

V) El fundamento de la prohibición de participar en más de una oferta debe buscarse en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, que tiene justamente por finalidad que la competencia sea real y efectiva, no simulada, como indefectiblemente sucedería si en un determinado procedimiento la puja se produce entre personas humanas o jurídicas que desde lo formal y/o en apariencia son distintas, pero que en la práctica resultan ser la misma o controladas por un mismo sujeto, sociedad y o grupo económico." (v. Dictámenes ONC Nros. 202/2015 y 1/2016).

VI) El principio de concurrencia supone también que existan por parte del mercado conductas francas y leales para lo cual el ordenamiento jurídico vigente contempla algunos mecanismos tendientes a prevenir y/o sancionar, en el marco de un procedimiento de selección, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, a fin de evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre supuestos competidores.

VII) Se trata, en suma, de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes, procurando evitar que los mismos lleven a cabo entre sí acuerdos o conductas ilegítimas, en violación de los principios generales de concurrencia y competencia.

VIII) La concurrencia no debe restringirse a una mera cuestión de cantidad –mientras más oferentes, mejor– sino que, para su mayor eficacia, esa concurrencia debe ser genuina, sincera; es decir que trasunte la existencia real y efectivamente competitivas en el mercado (MURATORIO, Jorge I., *"Cuestiones de Contratos Administrativos"*- 1ª ed. – Buenos Aires: Rap, 2007).

IX) La competencia entre oferentes aparece como la conducta claramente opuesta a la colusión, de tal modo que la primera representa la rivalidad entre oferentes que operan en el mercado, en una interacción distinta de la que se produciría si esas empresas operan como partes de un mismo grupo económico. La colusión, en cambio, consiste básicamente en una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo, a través de acuerdos de precios, acuerdos de cantidades y repartos de mercados (v. Dictamen ONC Nº 430/2013).

X) En un caso donde se discutía la procedencia de aplicar o no el artículo 67 del derogado Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 en relación a las ofertas presentadas por dos sociedades anónimas –en virtud de que una misma persona humana ocupaba en una ellas el cargo de director titular, mientras que ejercía, en simultáneo, la presidencia en la otra firma–, esta Oficina Nacional se expidió por la negativa, teniendo especialmente en cuenta que las sociedades comerciales involucradas habían cotizado diferentes renglones, razón por la cual se sostuvo que el fin último perseguido por la norma, esto es, la existencia de una real competencia entre oferentes, no se había visto vulnerado en dicho caso por tratarse de ofertas para renglones distintos (v. Dictamen ONC Nº 430/2013). No obstante ello, posteriormente, en oportunidad de emitirse el Dictamen ONC Nº 202/2015 se aclaró que: *"…el sólo hecho de que dos o más oferentes –que se encuentren de algún modo vinculados– presenten ofertas para distintos renglones no anula, por esa sola circunstancia, la hipótesis de simulación de competencia. Por el contrario, resultará menester analizar la posible vulneración del ordenamiento jurídico frente a la plataforma fáctica que presente cada caso concreto* (…) *Bajo este prisma, importa destacar que en el confronte con la realidad la cuestión dista de ser sencilla, en tanto será requisito*

ineludible, en cada oportunidad, recabar información, con su correspondiente sustento documental, para luego ponderar el grado de connivencia y/o injerencia que una persona física, jurídica o grupo empresario pueda tener en el control de la voluntad social de otra u otras organizaciones empresariales que participen de un mismo procedimiento de selección, aun cuando coticen renglones diferentes.".

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-17682235-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de abril de 2018.

Referencias/voces: Elegibilidad. Pautas para la inelegibilidad. Prohibición de participar en más de una oferta. Fusión de sociedades.

Antecedentes:

En cuanto a la plataforma fáctica del caso girando en consulta, cabe mencionar los siguientes extremos:

I. El día 30 de junio de 2017 se celebró el compromiso previo de fusión por absorción o incorporación entre las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. (absorbente y continuadora) y CABLEVISIÓN S.A. (sociedad absorbida, que se disolvería sin liquidarse). En dicho acuerdo se estipuló que la fusión surtiría efectos a partir de la 0:00 horas del día en que los Presidentes de los Directorios de las partes suscribiesen un acta de traspaso de las operaciones.

II. El día 11 de octubre de 2017 la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE RELACINES EXTERIORES Y CULTO autorizó el llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26-0009-LPU17.

III. El día 31 de octubre de 2017 se otorgó el Acuerdo Definitivo de Fusión, "Ad referéndum" de las autorizaciones del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM);

IV. El día 6 de diciembre de 2017 tuvo lugar el acto de apertura de las ofertas recibidas para el procedimiento N° 26-0009-LPU17, a través del sistema electrónico de contrataciones "COMPR.AR". Presentaron ofertas SIETE (7) empresas del rubro, entre ellas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A.;

V. El día 21 de diciembre de 2017 el ENACOM otorgó las autorizaciones que le competen;

VI. El día 1° de enero de 2018 se instrumentó el Acta de Traspaso de las Operaciones de CABLEVISIÓN S.A. a TELECOM ARGENTINA S.A., haciéndose efectiva la fusión;

VII. El 7 de enero de 2018 el apoderado de TELECOM ARGENTINA S.A. informó de la fusión a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV).

VIII. Finalmente, el día 28 de febrero de 2018 el señor Gustavo BOTTA, en carácter de apoderado de la firma TELECOM ARGENTINA S.A., puso en conocimiento del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO que, en el marco de la reorganización societaria del "Grupo Telecom", el día 1º de enero de 2018 operó la mentada fusión entre Telecom Argentina S.A. y

Cablevisión S.A. Por tal motivo, a partir de esta última fecha, todos los derechos y obligaciones de Cablevisión S.A. pasaron a ser asumidos por Telecom Argentina S.A.

A la luz de tales antecedentes, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO efectuó las siguientes consideraciones: *"...si bien la fusión requería de la autorización del ENACOM para concretarse de manera definitiva, haciéndose efectiva finalmente a partir del traspaso de operaciones ocurrida el día 1° de enero de 2018, lo cierto es que al momento en que las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A., realizaron sus ofertas, respectivamente, los días 24 de noviembre y 6 de diciembre de 2017, las mismas ya habían avanzado en el proceso de fusión por absorción que contaba en esas instancias con el otorgamiento del Acuerdo Definitivo de Fusión de fecha 31 de octubre de 2017, por el cual la firma CABLEVISIÓN S.A. se disolvería para ser absorbida por la firma TELECOM ARGENTINA S.A. quedando en cabeza de esta última todos los derechos y obligaciones de la primera* (…) *2.1.1. Es decir que previo a la apertura de las ofertas ambas empresas habían ya concretado su voluntad de fusionarse a través del mencionado Acuerdo Definitivo de Fusión, presuponiendo ello, en virtud de la debida diligencia que conlleva este tipo de negocios, que la firma absorbente debería haber tenido conocimiento de todos los documentos firmados y obligaciones contraídas por la empresa absorbida a partir de la firma de dicho Acuerdo, situación que no fue siquiera mencionada por las firmas involucradas en sus respectivas presentaciones.".*

Consecuentemente, la citada DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO concluyó: "*…tal situación configura un supuesto que se encuadra en la causal de inelegibilidad prevista en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016, la cual se configura, como claramente lo expresa dicha norma, con la sola presunción de la existencia de una simulación de competencia o concurrencia. Lo contrario importaría afectar, fundamentalmente, los principios de Transparencia, Igualdad y Competencia que deben regir todo proceso licitatorio y que deben ser interpretados de manera rigurosa* (…) *Por todo lo expuesto este Servicio Jurídico entiende que deberían desestimarse las ofertas de TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A. en virtud de que la situación planteada configuraría un supuesto encuadrado en la causal de inelegibilidad prevista en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016…".*

<u>Consulta:</u>

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de dilucidar si la situación descripta encuadraría o no en la causal de inelegibilidad establecida en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 68, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 82 de la Ley Nº 19.550.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) El artículo 67 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecía una prohibición de participar en más de una oferta, en los siguientes términos: *"…Cada oferente podrá participar solamente en una oferta, ya sea por sí solo o como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica. Se desestimarán todas aquellas ofertas en las que participe quien* transgreda esta prohibición…". A la luz de dicha norma, este Órgano Rector interpretó que: *"…esta prohibición encuentra fundamento en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Nº 1023/01. Este principio tiene como finalidad que la competencia entre oferentes sea real y efectiva, no simulada, lo que sucede si en un procedimiento la puja de las ofertas se produce entre personas físicas o jurídicas que en apariencia son distintas pero que en la práctica resultan ser la misma* (…) *debe entenderse que el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 pretende resguardar el principio de concurrencia buscando que los oferentes no puedan realizar acuerdos o conductas ilegítimas entre sí, en perjuicio de la efectiva competencia que requieren ciertos procedimientos de selección…"* (v. Dictámenes ONC Nros. 430/2013 y 202/2015).

II) Actualmente, en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 la otrora prohibición de participar en más de una oferta se traduce en una causal de inelegibilidad frente a supuestos de simulación de competencia o concurrencia.

III) La interpretación del régimen legal atinente a los procesos societarios de fusión –regulados esencialmente en los artículos 82 a 87 de la Ley General de Sociedades Nº 19.550 y en los artículos 174 a 178 del Anexo a la Resolución General de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Nº 7/15– excede el ámbito competencial de esta Oficina Nacional. Basta simplemente con recordar que, conforme el artículo 82 de la Ley Nº 19.550, hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.

IV) Autorizada doctrina tiene dicho que: *"…La fusión de sociedades constituye el instrumento jurídico más idóneo para la concentración empresaria y tiene lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva sociedad (fusión propiamente dicha), o cuando una sociedad ya existente incorpora a otra y otras que, sin liquidarse, son disueltas (fusión por absorción o incorporación). En cuanto a su naturaleza jurídica, la fusión es un contrato celebrado entre sociedades que tiene por objeto la transferencia universal del patrimonio de las sociedades fusionadas a la nueva sociedad o del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente…"* (NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. 3ra. edición actualizada. Hammurabi. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 299-300).

V) En sentido concordante, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"Por absorción puede entenderse al procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionaron, creando una sociedad nueva que asume todas las preexistentes, o previa disolución de todas menos una, que absorbe a las restantes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de las sociedades que se extinguen."* (Dictamen N° 399, 25 de noviembre de 2005. Expte. N° 1753/96. Comité Federal de Radiodifusión. Dictámenes PTN 255:505).

VI) En consecuencia, la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento del capital social que hubiera tenido que efectuar la incorporante (v. art. 82 de la Ley Nº 19.550).

VII) En cuanto a los requisitos de trámite, el primer paso consiste evidentemente en el compromiso previo de fusión otorgado por los representantes de ambas sociedades (artículo 83, Ley Nº 19.550), el cual debe contener, sucintamente: a) La exposición de los motivos y la finalidad de la fusión; b) Los balances especiales de fusión; c) La relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones; d) El proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente, según el caso; e) Las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de un actividad normal de gestión, durante el lapso que trascurra hasta la efectiva inscripción del acto de fusión en el Registro Público.

VIII) Aprobado por el órgano de gobierno de todas las sociedades intervinientes el compromiso previo de fusión y los balances especiales, deben satisfacerse los requisitos de publicidad que exige la normativa vigente, con el fin de dar a conocer al mercado la proyectada fusión de empresas y, muy especialmente, anoticiar de dicho acto a los acreedores de todas las sociedades intervinientes, para que puedan ejercer el derecho de oposición a la ejecución de la fusión.

IX) El acuerdo definitivo de fusión deberá contener a grandes rasgos: a) Las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión; b) la nómina de socios que hayan ejercido el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad; c) La nómina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieren sido garantizados, los que hubieren obtenido embargo y una lista de los acreedores desinteresados; d) La agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan.

X) Por último, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el acuerdo definitivo debe inscribirse en la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ), momento a partir del cual la fusión resulta oponible para la sociedad, sus integrantes y frente a terceros (Cfr. NISSEN, Ricardo A. *Op. Cit*. Pág. 304).

XI) Este Órgano Rector comparte las conclusiones a las que ha arribado el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES y CULTO en el marco del Dictamen Nº IF-2018-14589310-APN-DGAJ#MRE.

XII) Esta Oficina Nacional opina, respecto de las ofertas presentadas por las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISION S.A. en el marco de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº26-0009-LPU17 del registro del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, que se ha configurado el supuesto de inelegibilidad establecido en el inciso d) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

ENTREGA DE BIENES DISTINTOS A LOS COTIZADOS.

DICTAMEN ONC Nº 47/2013.

Fecha de emisión: 22 de febrero de 2013.

Referencias: Sustitución del equipamiento ofrecido. Modificación de la oferta. Principio de igualdad, razonabilidad y eficiencia.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en cuanto a la viabilidad jurídica de adjudicar el objeto de la Licitación Pública Nacional de Etapa Múltiple modalidad "llave en mano" Nº 16/2010 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA a la Unión Transitoria de Empresas TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A., en la medida en que la mencionada UTE ha propuesto entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta; ello así a raíz de tratarse de la única oferta admisible y encontrarse discontinuado el equipamiento originariamente ofertado por el consorcio empresarial en cuestión.

La consulta se vinculaba con la posibilidad de que, de resultar adjudicataria, la firma TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A. (UTE) hiciera entrega de bienes diferentes a los indicados en su oferta, en vista de circunstancias sobrevinientes (equipos discontinuados).

Desde el punto de vista técnico, la DIVISIÓN COMPUTACIÓN de la PFA indicó lo siguiente: 1) El nuevo equipamiento propuesto es el reemplazo natural del oportunamente ofertado, superando considerablemente las características técnicas y encuadrándose en las mismas normas ETAP que su original. 2) Los equipos ofrecidos se ajustan a los requerimientos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares. 3) No modifican técnicamente el objeto del llamado. 4) Los precios oportunamente ofertados continúan siendo los corrientes y equitativos en plaza.

Normativa examinada.

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Ley Nº 25.188 de Ética en la Función Pública.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración. La doctrina es conteste en señalar que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna de la propuesta después de esa circunstancia.

II) Una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia permite concluir que si la aceptación de los bienes ofrecidos en reemplazo es necesaria para satisfacer el interés público comprometido por cuanto se trata de la única oferta admisible y conveniente, no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo.

III) La entrega por parte de la firma TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A. (UTE) de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta, por cuanto tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes. Ello así por cuanto la suya resulta ser la única oferta admisible, conforme lo dictaminado por la Comisión Evaluadora de Ofertas en el Dictamen Nº 41/2012.

IV) No se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación. En consecuencia, la actitud adoptada por el consorcio oferente

resultó ser acorde con la diligencia colaboradora que le es exigible, de acuerdo con las circunstancias del caso y la magnitud de los intereses en juego.

V) El principio de eficiencia, de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, reviste un rol preponderante en la actividad administrativa y compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la presente licitación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto, que en este caso resulta ser la adquisición, instalación y puesta en marcha de una nueva plataforma tecnológica para satisfacer las necesidades de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA.

DICTAMEN ONC Nº 195/2013.

Fecha de emisión: 11 de julio de 2013.

Referencias: Principio de igualdad. Sustitución del equipamiento ofrecido. Modificación de la oferta. Principio de inmodificabilidad. Procedencia para la modificación del contrato.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó que esta Oficina Nacional se expida sobre la viabilidad de que las empresas adjudicatarias de la Licitación Pública Nº 19/2012 entreguen bienes distintos a los oportunamente ofertados, en la medida en que los proveedores DINATECH S.A. y CORADIR S.A. informaron la imposibilidad de entregar los productos ofrecidos aduciendo distintos motivos y ofreciendo entregar bienes sustitutos.

La DIRECCIÓN DE SISTEMAS de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES había dejado asentado en el expediente que el equipamiento propuesto por las firmas adjudicatarias se ajusta en un todo, e incluso supera en prestaciones, a las especificaciones técnicas requeridas oportunamente.

Por su parte, las adjudicatarias habían invocado problemas con las importaciones, agregando que en virtud del tiempo transcurrido se habían producido cambios en los aranceles de importación, cambios en las políticas de las empresas y que le resultaba imposible poseer un stock de SEISCIENTOS (600) equipos inmovilizados.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La garantía de igualdad, consagrada de modo general por el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos administrativos y debe regir desde la preparación de los pliegos, durante la publicación del llamado, en la etapa de recepción y evaluación de las ofertas, al momento de adjudicar y durante la ejecución del contrato hasta su total finalización. Se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de

selección. Así, los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna de la propuesta después de esa circunstancia.

III) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración. Sin embargo, puede verse menguado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

IV) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia.

V) A criterio de este Órgano Rector, no surgen de las notas presentadas por las empresas DINATECH S.A. y CORADIR S.A., ni de las actuaciones obrantes en autos circunstancias objetivas que ameriten una modificación de los términos contractuales.

VI) La empresa DINATECH S.A. adujo que la solicitud de remplazo de los bienes obedecía a los *"problemas existentes con las importaciones"* pero no manifestó y mucho menos acreditó cuales fueron los inconvenientes con las importaciones para el bien particular que ofertó y que no le permitieron cumplir con la entrega del mismo. Asimismo, dicho proveedor hizo alusiones respecto de cambios en los aranceles de importación, cambios en las políticas de las empresas y la imposibilidad de poseer un stock de SEISCIENTOS (600) equipos inmovilizados. Esta Oficina entiende que dichos argumentos no resultan suficientes para que el proveedor pueda modificar su oferta original ya que no obedecen a parámetros objetivos y ajenos a su voluntad. Iguales consideraciones resultan aplicables a lo manifestado por la empresa CORADIR S.A., ya que en su presentación únicamente argumentó no contar con stock en la actualidad del producto oportunamente ofertado.

VII) A efectos de considerar la procedencia de la modificación solicitada, se deberá acreditar que la situación alegada por los proveedores se debe a causas objetivas ajenas a su voluntad, y siempre que los nuevos bienes ofrecidos cumplan con las especificaciones técnicas requeridas en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y se mantengan los precios oportunamente ofertados.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de Junio de 2016.

Referencias/voces: Entrega de bienes distintos a los cotizados. Requisitos. Entrega fuera de plazo. Procedencia de la multa por mora.

Antecedentes:

El MINISTERIO DE SEGURIDAD llevó adelante la Contratación Directa Nº 41/14 con el objeto de adquirir DOS (2) equipos de almacenamiento masivo de datos informáticos para satisfacer las necesidades de la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA CRIMINAL, con sujeción a las especificaciones técnicas estipuladas en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

En ese marco, se recibió una única oferta correspondiente a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., la que resultó adjudicataria por considerarse su propuesta económicamente conveniente y ajustada a los requisitos exigidos en el pliego. Consecuentemente, se emitió la Orden de Compra Nº 82/15, la cual fue retirada por la adjudicataria el día 25 de agosto de 2015.

Ahora bien, el día 7 de octubre de 2015, es decir, habiendo transcurrido un poco más de un mes desde el perfeccionamiento del contrato, el proveedor propuso cambiar el material adjudicado por otro (en teoría superador), aduciendo que el mencionado en la orden de compra se encontraba discontinuado a nivel mundial y que sería la propia firma la que absorbería toda diferencia económica.

Frente a este escenario, con fecha 19 de octubre de 2015 la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD propició el rechazo de la propuesta en cuestión por considerarla improcedente, invocando a tal efecto cuestiones técnicas vinculadas con la funcionalidad requerida.

Sin embargo, de las constancias obrantes en autos se desprende que los equipos ofrecidos en reemplazo fueron finalmente recibidos por el organismo y, más aún, casi un semestre después del primer informe –cambio de autoridades mediante– la referida Dirección emitió una nueva opinión técnica pero en sentido contrario, en tanto que en este segundo examen se entendió que el producto recibido por el MINISTERIO DE SEGURIDAD es superador del originariamente solicitado, sin perjuicio de haberse mantenido el valor inicialmente cotizado.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos:

a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la entrega, por parte del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., de bienes diferentes a los oportunamente requeridos y adjudicados en el marco Contratación Directa Nº 41/14 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de los equipos en cuestión, correspondía –o no– aplicar la penalidad de multa por mora, atento a que los mismos habrían sido entregados fuera del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 119 y 126 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del principio de igualdad, la regla general es el mantenimiento de las condiciones de los contratos, siendo la modificación su excepción (v. Dictamen ONC Nº 993/2012). Tan es así que, actualmente, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y el artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales receptan expresamente el principio general de inmodificabilidad de la oferta, en los siguientes términos: *"La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia".*

II) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye así una de las reglas específicas de los procedimientos de selección, como una derivación del principio de igualdad. La doctrina es conteste en señalar que, a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

III) La postura tradicional en la materia ha sido reflejada en el Dictamen ONC Nº 159/2006 en el que se sostuvo: *"…no puede la firma adjudicataria entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta, atento a que todo lo cotizado, en cuanto a marca, calidad, especificaciones técnicas y precio, en su conjunto, es tenido en cuenta por el organismo contratante al momento de adjudicar".* Sin embargo, en lo que respecta al principio de inmodificabilidad de las ofertas se fueron abriendo paso las concepciones que postulan que no se trata de un principio absoluto, sino relativo, que debe armonizarse con los principios de razonabilidad, eficiencia, igualdad y transparencia.

IV) En puridad, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí, correspondiendo al operador jurídico acercarse a la solución más justa, teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el procedimiento licitatorio (Cfr. CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director)*, Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.). Desde esta óptica, el principio de inmodificabilidad de las ofertas puede verse morigerado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes

oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

V) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia. En dicho sentido, se ha admitido la posibilidad de modificar los términos de un contrato administrativo con fundamento en el interés público y dentro de ciertos límites. Tales límites, derivados de las garantías constitucionales consisten, básicamente, en la inalterabilidad de la sustancia misma del contrato y de su ecuación económico-financiera en favor del cocontratante (conf. COMADIRA, Julio. *La licitación pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 89/90).

VI) El cambio contractual no podría implicar ventajas para el contratista; pero no sería violatoria del principio de igualdad una modificación fundada en la necesidad de satisfacer el interés público, configurada a causa de un cambio objetivo de circunstancias, en condiciones tales que ninguno de los restantes oferentes tuviera motivos para considerar que, de haber conocido el cambio, hubiera modificado la oferta.

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha expedido en sentido concordante con lo expuesto, al expresar en el marco del Dictamen Nº 527, del 29 de Diciembre de 2004: *"En la medida en que no puede cambiar el precio ofertado y que el producto sólo puede cambiar para mejorar –adaptación– para evitar la rápida obsolescencia de este tipo de elementos-, en el caso no hubo apartamiento del pliego. Ello así, teniendo en cuenta que la oferente entregará el mismo bien tecnológicamente licitado y ofertado y, eventualmente, podrá entregar productos de mejor calidad que los ofrecidos."* (v. Dictámenes PTN 251:851). Más aún, ya en un antiguo dictamen de fecha 27 de marzo de 1979 el más alto organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL había advertido que: *"…en determinadas circunstancias resulta admisible una mejora en la oferta que no se aparte de las bases y pliegos que rigieron la licitación, si se trata de la única propuesta en condiciones de ser adjudicada"* (v. Dictámenes PTN 148:279).

VIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha sostenido que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo."* (Dictamen ONC Nº 9/2013).

IX) A mayor abundamiento, este Órgano Rector entendió que: *"…la entrega por el oferente de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta* (…) *por cuanto en esta oportunidad tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes."*. Asimismo, en dicho pronunciamiento, se agregó:

"Dicho de otro modo, no se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación." (Dictamen ONC Nº 47/2013).

X) En el marco del presente caso la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. solicitó al organismo contratante autorización para sustituir el material oportunamente ofertado por tratarse "de un producto discontinuado a nivel mundial", pero tal invocación no se presenta debidamente acreditada en los presentes actuados, salvo por el hecho de haber sido aceptada sin cuestionamientos por la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

XI) Por otra parte, la referida DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD emitió en el expediente dos informes en sentido contrapuesto sin que, a criterio de este Órgano Rector, haya quedado adecuadamente comprobado que los nuevos equipos ofrecidos cumplen con los requisitos técnicos mínimos previstos en el pliego, sin implicar una tecnología diferente. Es decir, de la lectura del expediente no queda claro si las circunstancias invocadas efectivamente acaecieron y si las mismas hubiesen afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma situación; ergo, deberá acreditarse tanto la discontinuidad alegada como el no apartamiento del pliego.

XII) Resulta imperioso comprobar que el reemplazo de los bienes haya respondido a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad de la empresa SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. y que las características técnicas de las unidades entregadas no implican un apartamiento de las bases que rigieron la contratación, sino tan solo una suerte de "sustituto natural" o "superador" de los bienes presuntamente discontinuados.

XIII) Va de suyo que el escrutinio y valoración de tales cuestiones de índole eminentemente técnica excede con creces la competencia de esta Oficina Nacional, debiendo recabarse, en su caso, la opinión especializada de la OFICINA NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (ONTI) y/o incorporarse un nuevo informe técnico debidamente motivado.

XIV) Salvados que fueren los extremos previamente indicados, una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia conduce a pensar que la cuestión se resuelve adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

XV) Este Órgano Rector entiende que la viabilidad jurídica de aceptar la entrega de bienes diferentes a los cotizados queda supeditada a la acreditación en el expediente de los siguientes requisitos: 1) El motivo de sustitución del equipamiento ofertado debe responder a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad del proveedor, que no le hayan permitido cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia, como ser –en caso de acreditarse– la discontinuación de bienes tecnológicos por el mero transcurso del tiempo; 2) aun cuando se ofrezca entregar un mejor y más actualizado equipamiento –en comparación con

el requerido y ofertado– debe verificarse el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares; 3) Debe respetarse el valor cotizado. La aceptación por parte de la jurisdicción o entidad contratante no puede importar una ventaja en favor del adjudicatario ni un perjuicio para el Estado; 4) La finalidad perseguida no puede ser otra que procurar una adecuada satisfacción del interés público, razón por la cual la aceptación de la sustitución debe operar de igual manera cualquiera fuere el proveedor que se hallare en igual condición. Ello así, por cuanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros).

XVI) En el hipotético caso en que se corroboren los extremos indicados, corresponderá considerar válidamente aceptados los bienes entregados por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., en reemplazo de los oportunamente ofertados que, a la postre, hubieren sido discontinuados. Máxime, teniendo en consideración que se trató del único oferente en el marco Contratación Directa Nº 41/14 y que las unidades se encuentran actualmente en funcionamiento "a total satisfacción de los usuarios".

XVI) Así se ha sostenido que *" …debe estarse a una solución más justa respecto de los conflictos que puedan presentarse entre 'formas' y 'sustancia'; y resolver la situación del conflicto teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el proceso licitatorio, privilegiando la 'sustancia' por sobre cualquier rigorismo formal…"* (FARRANDO, Ismael (h). *Contratos administrativos*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 294 y ss.).

XVII) De constatarse el cumplimiento de los requisitos enumerados *ut supra*, el principio de eficiencia –de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01–, compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la contratación de marras y aceptar los bienes ofrecidos en reemplazo, circunstancia que –bajo los recaudos delineados– no implicaría una vulneración de los principios de inmodificabilidad de la oferta ni de igualdad, ni perjudica al Estado, sino que lo beneficia al permitir que adquiriera, por el mismo precio, un producto más moderno, máxime tratándose de bienes informáticos, que se caracterizan por su rápida obsolescencia.

XVIII) La aplicación de una multa por mora en la entrega de los bienes presupone un contrato válido.

XIX) A partir de la lectura del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Contratación Directa Nº 41/2014 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD se advierte que el adjudicatario debía entregar los bienes objeto del contrato, dentro de los CINCO (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la Orden de Compra. Siendo ello así, en la medida en que la Orden de Compra Nº 82/2015 fue retirada por la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. el día 25 de agosto de 2015 –de acuerdo a la firma y fecha insertas en el instrumento obrante a fs. 160/161– cabe concluir que el plazo de cumplimiento del contrato expiró el día 1º de septiembre de 2015.

XX) Luego, el correo electrónico a través del cual el proveedor de marras ofreció sustituir el material ofertado data del 7 de octubre de 2015, es decir, más de un mes después de fenecido el plazo contractualmente previsto para la entrega. En consecuencia, si bien no se advierten incorporadas en los presentes actuados constancias que den cuenta de la fecha cierta en que fueron recibidos los equipos que se encuentran actualmente en funcionamiento, no parece dudoso presumir que dicha entrega tuvo lugar encontrándose ampliamente vencido el plazo para ello, en cuyo caso corresponderá la aplicación de la penalidad de multa por mora, con sujeción a lo establecido en el artículo 126 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

ERRORES DE COTIZACIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 453/2013.

Fecha de emisión: 20 de diciembre de 2013.

Referencia: Diferencias entre el precio unitario y el precio total. Nota aclaratoria. Nota modificatoria de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expidiese sobre la procedencia de considerar las aclaraciones del proveedor POWERCOM S.A., respecto de la planilla de cotización, atento que había indicado un único precio tanto para el unitario como para el total, en el marco de la Licitación Pública Nº 10/2012 del registro del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL.

En este caso el objeto contractual era la adquisición, instalación y puesta en marcha operativa de TRES (3) Sistemas AWOS Categoría I con modalidad llave en mano.

El proveedor POWERCOM S.A. presentó una nueva nota aclarando que el precio unitario y el total propuesto en la planilla de cotización eran el mismo, por cuanto entendió que se trataba de UN (1) sistema para ser instalado en TRES (3) aeropuertos y por lo tanto de la contratación de un único trabajo llave en mano que implica la previsión, instalación y puesta en marcha del mismo sistema en tres lugares diferentes.

Es decir, el proveedor adujo que colocó el mismo monto en el precio unitario y en el total por entender que se trataba de la contratación de un único servicio llave en mano para ser instalado en tres lugares diferentes.

Correspondía entonces dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la aclaración que el proveedor POWERCOM S.A. realizó sobre su cotización, en la que indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares.

Al tomar intervención el DEPARTAMENTO SERVICIO JURÍDICO del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL opinó que resultaba razonable considerar que el proveedor

incurrió en un error que resultaría subsanable, más allá de lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ateniéndose al real objeto de la contratación y a la conducta de los demás oferentes que también cotizaron un único precio y lo dividieron por tres al sólo efecto de cumplir con la formalidad de la planilla de cotización.

Normativa examinada.

- Artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que el principio de igualdad no se encuentra vulnerado por admitir una nota aclaratoria con posterioridad al acto de apertura de ofertas, pues no constituye una modificación a la oferta, en la medida en que no pueda cambiar el precio ofertado (conf. Dictamen PTN 251:851).

II) La posibilidad de subsanación de defectos debe encontrar un límite, el mismo debe encontrarse en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas.

III) La subsanación de deficiencias entonces debe posibilitarse en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, etc.; en general, quedaría alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente.

V) La nota aclaratoria presentada con posterioridad a la apertura de ofertas se refirió al precio cotizado, circunstancia esencial y que repercute directamente en la oferta y por lo tanto implica una modificación sustancial y esencial de la misma (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 529/09 y 787/11).

VI) La normativa aplicable regula expresamente la solución a adoptar en el caso bajo análisis y de aplicarse la solución prevista por el artículo 87 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, esto es, tomar el precio unitario como precio cotizado cuando existiese una diferencia entre éste y el total, la oferta de la empresa POWERCOM S.A. sería de DOLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLON CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA (U$S 1.180.950), precio que podría considerarse dentro de los parámetros del mercado en atención

a que la empresa AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. cotizó por la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO (U$S 1.452.564) en el mismo procedimiento licitatorio.

DICTAMEN ONC Nº 314/2014.

Fecha de emisión: 21 de agosto de 2014.

Referencias: Desestimación de ofertas. Subsanación de defectos. Precio total de la oferta en letras. Importe general ofertado en números difiere del valor de multiplicar el precio unitario por las cantidades. Principio de inmodificabilidad de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que, en su carácter de Órgano Rector, se expidiese sobre la viabilidad jurídica de intimar al oferente Federico Pablo CAMPOLONGO para que procediera a subsanar defectos en su oferta, presentada en el marco de la Contratación Directa N° 15/2014 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Cabe destacar que la Comisión Evaluadora interviniente recomendaba desestimar la oferta de Federico Pablo CAMPOLONGO, en tanto el aludido proveedor había expresado el importe total cotizado en números pero no en letras, apartándose de lo establecido en el Artículo 70, inciso g) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Asimismo, en el Cuadro Comparativo, el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA observó que: *"…El importe general ofertado por el proveedor y que figura en el acta de apertura ($ 86.025,00) difiere del valor que surge de multiplicar el precio unitario por las cantidades…".*

Luego, al tomar intervención el servicio jurídico de la PSA opinó lo siguiente: "…*cabe mencionar que si bien el artículo 70 del Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar 'Precio unitario y cierto en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total general de la oferta expresado en letras y números,…' La falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado* […] *No permitir la subsanación de los defectos indicados en el Dictamen de Evaluación N° 18/2014, a criterio de este servicio jurídico, resultaría un rigorismo exagerado al dejar de considerar la oferta en cuestión por una deficiencia, que en caso de ser subsanada, en nada puede modificar la oferta original.".*

Siendo ello así, correspondía dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la intimación a subsanar una oferta en la que por un lado se había omitido indicar el precio total de la misma en letras en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares y por el otro dicho precio total no coincidía con el precio unitario multiplicado por las cantidades ofrecidas.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70, inciso g) Apartado 1º, 84 y 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional comparte el criterio del servicio jurídico preopinante, en cuanto a que, si bien el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar el *"Precio unitario y cierto, en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total de la oferta, expresado en letras y números…"*, la falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado.

II) Por otra parte, el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece expresamente que si el precio cotizado para cada renglón no respondiera al precio unitario, se tomará este último como precio cotizado.

III) En el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas, a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Empero, huelga decir que la imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictamen ONC Nº 795/11).

IV) En consecuencia, la posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad (v. Dictamen ONC Nº 813/12). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta original del oferente.

V) En tal sentido, la normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse.

VI) Es indispensable destacar la importancia que reviste el principio de concurrencia en el proceso licitatorio, en tanto permite a la Administración un mayor cotejo de las condiciones ofertadas. Ello así, puesto que para la interpretación de los pliegos no debe perderse de vista el criterio rector de que los procedimientos de selección del contratista del Estado han sido establecidos básicamente en beneficio del Estado mismo, en resguardo de sus conveniencias

económicas, financieras y técnicas, por lo cual todo aquello que tienda a una fundada competencia entre los oferentes y a una mayor concurrencia de propuestas no debe ser desalentado por ritualismos formales e interpretaciones limitativas (Dictámenes PTN 213:147).

VII) La *ratio iuris* del mencionado principio radica en que la Administración pueda contar con la mayor variedad y mejor calidad de ofertas posibles sobre el bien, obra o servicio requerido. Corolario del principio de concurrencia es la posibilidad de subsanación de errores formales de las ofertas (v. Dictamen ONC Nº 529/09).

VIII) En razón de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco del caso bajo examen, la omisión de detallar en letras el precio total de la oferta presentada por Federico Pablo CAMPOLONGO no constituye un error esencial que torne inadmisible su oferta. Por consiguiente, frente a tal omisión y teniendo en consideración, además, lo advertido por el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA en cuanto a la falta de coincidencia entre el importe total ofertado y el valor que surge de multiplicar los precios unitarios por las cantidades ofrecidas para cada Renglón, deberá estarse a la solución expresamente prevista en el artículo 87, primer párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 388/2014.

Fecha de emisión: 8 de octubre de 2014.

Referencias: Error de cotización. Precio unitario. Precio total. Desestimación de la oferta. Aplicación de penalidades.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, se expida sobre cómo debe interpretarse la oferta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014.

En ese orden de ideas, frente a un supuesto de error de cotización, se solicita opinión sobre la posibilidad de subsanar la aludida oferta o en su caso, prescindir de la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En la nota de remisión la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS puso de manifiesto que el día 8 de septiembre tuvo lugar el acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública Nº 16/2014, del registro de la citada cartera ministerial, llevada adelante con el objeto de contratar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo con provisión de materiales, mano de obra especializada y reparaciones respecto de ascensores, montacargas, sube escaleras y bombas de agua. En dicho marco fueron recibidas las propuestas de las firmas FEMYP S.R.L. y CETINE S.A.

Del formulario de cotización surgía que la firma CETINE S.A. había efectuado para el Renglón Nº 7 las siguientes cotizaciones:

Renglón	Ítem	Descripción	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
7	**MORENO 1228**			

	7.A.	Mantenimiento mensual de ascensores	$ 7.500,00.-	$ 90.0000
	7.B.	Mantenimiento mensual de bombas de agua	$ 58.900,00.-	$ 58.800,00.-
TOTAL RENGLÓN NÚMERO 7				$ 148.800,00.-

El organismo –de oficio– advirtió un error en la cotización de CETINE S.A.: en el ítem de mantenimiento de bombas de agua; error en la cotización del valor unitario (valor mensual) ya que si bien en el total indicó que cotizó $ 58.800, a criterio de la jurisdicción en el costo mensual el proveedor debió haber querido poner $ 4.900 pero indicó $ 58.900.

En consecuencia, se solicitó que sea el Órgano Rector quien se expida sobre la posibilidad de subsanar la propuesta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014, *"…ya que en su oferta el precio total del renglón no se vería modificado y, en caso negativo, se indique si se puede evitar la aplicación de la penalidad a que hace mención el referido artículo 87",* ya que, a juicio del organismo, el error era de transcripción dada la falta de lógica del precio unitario consignado y su desproporción con el valor de mercado de ese servicio.

Así las cosas, correspondía dilucidar los siguientes extremos: 1) Si resultaba jurídicamente procedente brindar la posibilidad a la empresa CETINE S.A. de aclarar si al momento de efectuar la cotización correspondiente al Ítem "7.B." (mantenimiento de bombas de agua) indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integra el Pliego de Bases y Condiciones Particulares; 2) Llegado el caso en que el proveedor asuma dicha equivocación, si resultaría viable la subsanación del presunto error.

Vale aclarar que se hizo alusión a un "presunto error" por cuanto de la compulsa de los actuados girados a estudio no surgía presentación alguna efectuada por la firma CETINE S.A. invocando un error en su oferta para el Renglón e Ítem en cuestión, sino que, en todo caso, había sido el propio organismo contratante el que presumía un error, basándose en un examen comparativo de los diversos precios ofertados para servicios análogos.

<u>Normativa examinada</u>:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector</u>:

I) En tanto el propio interesado no ha asumido error alguno se dificulta la tarea de clarificar si el equívoco radica efectivamente en el precio unitario o en el precio total o incluso en ambos, circunstancia que por su vaguedad podría dar lugar a especulaciones y, en tal sentido, resultar potencialmente violatoria de los principios generales que informan las contrataciones públicas, regulados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) De cualquier modo, no puede perderse de vista que la normativa aplicable regula expresamente la solución a adoptar en el caso bajo análisis. Es decir, de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, si existiese una discordancia entre el precio unitario y el precio total cotizado para el Renglón de que se

trate, deberá tomarse el unitario como precio cotizado. En ese sentido, de aplicarse lo previsto en el citado precepto normativo, debería considerarse como valor unitario ofertado por CETINE S.A. para el Ítem b) del Renglón Nº 7 la suma de PESOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS ($ 58.900,00.-) y multiplicarse dicha suma por la cantidad de DOCE (12) servicios –conforme lo Previsto en el pliego de bases y condiciones particulares–, a fin de obtener el monto total cotizado para el Ítem objeto de controversia.

III) Una interpretación en contrario, desnaturalizaría el fin buscado por la norma, permitiendo la modificación ulterior de ofertas en partes esenciales de las mismas. Permitir la subsanación de defectos en las ofertas encuentra su límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas, luego de vencido el plazo para presentarlas (Principio de inmodificabilidad/inalterabilidad de la oferta) (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, violando en este caso, el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, receptado en el artículo Nº 3 del Decreto Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nº 412/08 y Nº 548/10).

V) La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes (Conf. Dictamen ONC N° 813/12). De lo expuesto surge con meridiana claridad que se parte del principio de la imposibilidad de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia.

VI) Va de suyo que asignar un alcance relativo al principio de inmodificabilidad de las ofertas implica permitir la subsanación y aquí es en donde se pueden colocar en pugna dos principios esenciales en materia de contrataciones públicas: la Igualdad y la concurrencia. El punto de equilibrio se encuentra en la imposibilidad de subsanar cuando ello implique la modificación en aspectos sustanciales de las propuestas y en la posibilidad de sanear cuando los defectos sean formales o de naturaleza no sustancial (Cfr. Dictamen ONC Nº 795/11).

VII) Lo que sin duda queda fuera de discusión es que en ningún caso la corrección de errores u omisiones podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes, situación que se presentaría si se le permitiera aclarar cuestiones relativas al precio de la misma, cuando no queda claro cuál fue el importe cotizado, situación que se asemejaría a la dada en el expediente que nos ocupa.

VIII) En el caso de marras, cualquier aclaración que pudiera presentar la firma CETINE S.A. con posterioridad a la apertura de ofertas, en referencia a un error en el precio unitario cotizado –centro neurálgico de la oferta, en tanto propuesta comercial en concreto, destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del Renglón de que se trata– podría implicar una modificación sustancial y esencial de la misma, razón suficiente para vedar tal posibilidad (Cfr. Dictámenes ONC N° 529/2009 y Nº 787/2011). Máxime no advirtiéndose en el presente caso deficiencias en el pliego de bases y condiciones particulares susceptibles de inducir al interesado a consignar en forma errónea el precio unitario del respectivo Ítem.

IX) Frente a la incongruencia advertida por la jurisdicción de origen, en relación a la cotización efectuada para el Renglón Nº 7, Ítem B) por la firma CETINE S.A., resulta de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No procede la desestimación de la oferta para el Renglón de que se trata con pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta en forma proporcional, en razón de que dichas consecuencias se encuentran expresamente contempladas para las hipótesis subsumibles en el segundo párrafo del referido artículo.

X) Lo sostenido en el punto que antecede no resultaría óbice, llegado el caso, para proceder a la desestimación de la oferta de la firma CETINE S.A. por aplicación del artículo 84, inciso d) del aludido cuerpo reglamentario, en el hipotético caso de verificarse que, como consecuencia de la solución adoptada de acuerdo al punto 1) del presente acápite, la garantía de mantenimiento de oferta ha sido insuficientemente constituida en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 17 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principios de Inmodificabilidad de la oferta, igualdad y formalismo moderado.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE ARSENALES del EJÉRCITO ARGENTINO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida con respecto a si la subsanación del error cometido por parte de la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. en oportunidad de completar la planilla de cotización constituía o no un supuesto de modificación de la oferta, en los términos del artículo 53 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Cabe destacar que en el marco de la Licitación Privada Nº 10/2017 –para contratar un "Servicio para desarrollo de software"– la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. cotizó el precio unitario para el servicio de desarrollo de software –siendo la unidad de medida equivalente a UN (1) mes– en la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-), reiterando dicho valor en el casillero correspondiente al importe total por el periodo de DOCE (12).

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 2.178.000,00	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

A raíz de ello, la Comisión Evaluadora intimó al oferente a subsanar dicho error, extremo que fue cumplimentado por la interesada mediante la presentación de una nueva planilla, junto con la siguiente aclaración: *"…La misma se encuentra firmada y aclarada. En la misma se confirma el precio ofrecido total de la oferta, aclarando el desglose mensual. Manteniendo en todo la oferta original.".*

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 181.500,00.-	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros).

VI) Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VII) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros).

VIII) Desde que TAURI SOLUTIONS S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-) y reiteró dicha suma en el casillero correspondiente a precio unitario mensual, cabe colegir que en este caso concreto entender que el total cotizado es el correcto no implica en absoluto la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

IX) Esta Oficina Nacional opina que no corresponde desestimar la oferta presentada por el proveedor TAURI SOLUTIONS S.R.L., en la medida en que en este caso concreto no se produce una modificación del precio ofertado oportunamente, por lo que no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principio de inmodificabilidad de la oferta. Formalismo moderado. Igualdad. Posibilidad de subsanación.

Consulta:

El DEPARTAMENTO CONTRATACIONES CÓNDOR de la FUERZA AÉREA ARGENTINA requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de dilucidar si resulta subsanable la falta de indicación del precio unitario en la oferta presentada por la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. en el marco de la Licitación Publica Nº 1/17 convocada para la contratación del servicio de limpieza para el Edificio "Cóndor" y Anexos.

Más precisamente, se consultó si la falta de indicación del precio unitario -costo del servicio de limpieza por mes- en la oferta presentada por el proveedor SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L constituía una omisión subsanable de acuerdo al Régimen de Contrataciones Públicas vigente, o si, por el contrario, dicha omisión acarrea sin más la desestimación de la propuesta presentada en esas condiciones.

Cabe destacar que la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. había cotizado el precio total del servicio de limpieza por el periodo de CUATRO (4) meses, omitiendo indicar el costo mensual del mismo. Tal como fuera advertido por el servicio jurídico preopinante *"…la firma oferente, dejó de lado el formulario de cotización que forma parte del pliego y en su lugar acompañó un formulario propio con la cotización total para el servicio por los CUATRO (4) meses de prestación, omitiendo indicar el precio unitario para cada uno de esos meses….".*

En efecto, en la cotización presentada por el oferente SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. se individualizó el precio total del servicio de limpieza, pero no se indicó el costo por mes que aquel implicaría, omitiendo de este modo especificar el precio unitario.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de*

Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VI) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros). Es decir, este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificar la oferta en aspectos esenciales, a la luz de cada caso concreto.

VII) Desde que SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS CINCO MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL NOVECIENTOS TREINTA ($ 5.121.930) cabe colegir que en este caso concreto el total cotizado es el correcto y que no implica en absoluta la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

VIII) La presente postura se sostiene en el entendimiento de que la cotización original no será modificada y que el importe total a pagar por la Administración no ha de sufrir variaciones. Caso contrario, se estaría en presencia de una modificación sustancial y esencial de la oferta cotizada.

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00042428-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2016.

Referencias/voces: Rechazo. Recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. Excepción de incumplimiento contractual. *Exceptio non adimpleti contractus.*

Antecedentes.

Mediante la Disposición ONC N° 1/16 se le aplicaron al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. DOS (2) sanciones de suspensión para contratar con el Estado Nacional; una de ellas por el plazo de UN (1) año y CINCO (5) meses, con fundamento en el artículo 131, inciso b), apartado 3.1 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de la rescisión total por culpa del proveedor del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 97/2013 del Registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL; mientras que la otra, por el plazo de SIETE (7) meses, como consecuencia del incumplimiento de

pago del valor de la garantía perdida, en los términos del artículo 131, inciso b) apartado 2.2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

La Disposición ONC N° 1/16 fue notificada al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. con fecha 12 de abril de 2016, mientras que con fecha 26 de abril de 2016 fue recibido el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por la firma agraviada.

Normativa examinada:

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La sociedad comercial sostuvo: *"…en forma arbitraria y alterando toda la ecuación de cualquier Contrato, debemos destacar que al día de la fecha, el Ministerio de Desarrollo Social nos adeuda facturas por materiales entregados hace más de un año, causándonos un considerable daño de suma gravedad que ha roto todo equilibrio económico que pueda existir entre dos partes contratantes.".*

II) Esta Oficina Nacional entiende que la excepción de incumplimiento debió haber sido articulada en tiempo oportuno ante el organismo de origen, acreditándose incumplimientos de la contraparte pública, de tal gravedad que hayan colocado al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

III) La excepción alegada por la recurrente resulta improcedente, no sólo por no haber sido invocada ante la jurisdicción contratante, sino porque a su vez esta Oficina Nacional tiene dicho que para que funcione esta eximente las obligaciones deben ser conexas, es decir, derivadas de la misma causa. De lo expresado anteriormente surge con claridad que no cualquier incumplimiento por parte del organismo autoriza al cocontratante del Estado a oponer tal defensa frente a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en tanto que la obligación que la jurisdicción o entidad debe haber incumplido tiene que, entre otros requisitos, guardar equivalencia o correlación con la obligación que es dable exigirle al proveedor, en la medida en que el fundamento de la excepción de incumplimiento se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales, que son aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

IV) Si, en cambio, las obligaciones son independientes entre sí –como acontece en el caso que nos ocupa– la mora en que eventualmente haya incurrido el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL no resulta óbice para que esta Oficina Nacional –una vez verificados los extremos citados en el artículo 131 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 y el artículo 6° de la Disposición SSTG N° 6/12– aplique al proveedor las sanciones que pudieran corresponderle al proveedor incumplidor.

V) La eventual deuda que pudiera tener el organismo de origen con el proveedor de que se trata responde a causas fuente diferenciadas. Es decir, el supuesto monto adeudado encontraría su origen en contratos autónomos e independientes entre sí, incumpliéndose, por ende, uno de los requisitos de procedencia de la defensa intentada.

VI) A todo lo expuesto resta añadir que si los incumplimientos de pago tuvieron por causa fuente órdenes de compra independientes entre sí, la mora en que eventualmente haya incurrido el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL podrá dar lugar, en su caso, al correspondiente reclamo administrativo previo a la acción judicial por pago de sumas de dinero, pero de ningún modo justifica el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco de un contrato celebrado con posterioridad.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00035745-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. Excepción de incumplimiento contractual. *Exceptio non adimpleti contractus.* Proveedor CPS COMUNICACIONES S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 13, inciso c); 23, inciso a) y 29 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 131, incisos a) apartado 1º y b), apartado 2.2; 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 104; 106 inciso b) apartados 1.2 y 1.3 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La excepción de incumplimiento contiene requisitos de procedencia para su configuración, a saber: 1. El incumplimiento por parte del Estado debe ser grave y trascendente. De allí que no cualquier incumplimiento por parte de la Administración autoriza al proveedor a oponer tal defensa frente a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones a su cargo; 2. Debe existir una interdependencia y reciprocidad entre las obligaciones: esto es que la obligación que el Estado debe haber incumplido debe guardar equivalencia o correlación con la obligación que es dable exigida al proveedor. En síntesis, para que funcione esta circunstancia obstativa las obligaciones deben ser conexas, es decir, derivadas de la misma causa; 3. El contratista no debe encontrarse en mora; el fundamento es la reciprocidad obligacional. El contratista deberá probar el ofrecimiento de cumplir sus obligaciones, cuando sean a plazo; 4. Debe haber una interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales, definidos como aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra; 5. Para que resulte procedente la excepción de incumplimiento, la misma debe ser articulada en tiempo oportuno y por escrito ante el organismo de origen.

II) Así el más alto Tribunal de la Nación ha sostenido: *"La exceptio non adimpleti contractus puede ser opuesta por la contratista si existe prueba de una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas, frente al incumplimiento de pago de la Administración. La mora en las obligaciones de la demandada no habilitaba por sí la ruptura,*

pues no se daba objetivamente la razonable imposibilidad de cumplir los compromisos asumidos" (CSJN, *in re* "Cinplast IAPSA c/ Entel s/ ordinario", del 2/03/1993. Fallos 316:212).

III) El examen vinculado a la gravedad y trascendencia del incumplimiento resulta ser una cuestión de hecho insusceptible de ser planteada en esta instancia, sino que el cocontratante particular debió acreditar el extremo de la razonable imposibilidad de cumplir –como consecuencia de la mora imputable al ANLIS– al tiempo de impugnar el acto administrativo que a la postre sirvió de antecedente a la sanción a aplicar por este Órgano Rector. Sin embargo, se encuentra debidamente acreditado en los antecedentes remitidos por el organismo contratante que la Disposición N° 363/16 fue consentida por la agraviada.

IV) A su vez, no sólo la defensa no fue interpuesta en tiempo oportuno, sino que asimismo no se encuentra comprobado de manera fundada el incumplimiento grave y trascendente de la Administración, la reciprocidad en las obligaciones, el cumplimiento por parte del cocontratante, etc.

FONDOS ROTATORIOS Y CAJAS CHICAS.

DICTAMEN ONC Nº 33/2013.

Fecha de emisión: 5 de febrero de 2013.

Referencias: Régimen de fondos rotatorios y cajas chicas.

Consulta:

La SUBSECRETARÍA DE PRESUPUESTO de la SECRETARÍA DE HACIENDA del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS solicitó la opinión de esta Oficina Nacional en torno a la incidencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 respecto del Régimen de Fondos Rotatorios previsto en el artículo 81 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156, normas modificatorias y complementarias.

Finalmente, la consulta giró en torno a la inclusión o exclusión del régimen de fondos rotatorios del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Normativa examinada.

- Artículos 4 y 5 del Decreto Delegado N° 1023/01.

- Artículo 81 de la ley N° 24.156.
- Artículo 81 del anexo al Decreto N° 1344/07, reglamentario de la Ley Nº 24.156.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) La Administración Pública Nacional en materia de contratación de bienes y servicios se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto N° 1023/01, con los alcances que este decreto establece, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos, se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente el patrimonio público.

II) El Régimen de Fondos Permanentes y Cajas Chicas constituido en los términos del artículo 81 de la Ley N° 24.156 y del artículo 81 del Anexo al Decreto N° 1344/07 se encuentra excluido del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01 y del Decreto N° 893/12.

III) Los Fondos Rotatorios consisten en la entrega de una determinada cantidad de dinero a un Servicio Administrativo Financiero o a una unidad dependiente de éste, para que la utilice en el pago de gastos expresamente autorizados. Pueden constituirse dentro de los límites tanto de monto como de objeto del gasto, expresamente previstos en las normas que regulan su operatoria.

IV) Se trata de un régimen de excepción, limitado a casos de urgencia que no permitan la tramitación normal del documento de pago; por consiguiente, tanto la clase del gasto como el monto de las asignaciones responderán a un criterio restrictivo y únicamente podrán ser aplicados a transacciones de contado.

IV) De la normativa que regula el Régimen de Fondos Rotatorios y Cajas Chicas se puede inferir que se trata de un régimen unificado, en el cual las segundas se constituyen dentro de los primeros y tienen la misma operatoria que estos, con lo cual serían equiparables.

DICTAMEN ONC Nº 62/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Reparticiones en el exterior. Cajas chicas: contratos excluidos del régimen. Contratación directa por trámite simplificado.

Consulta:

Consulta realizada por la Embajada Argentina en la REPÚBLICA DE HAITÍ, respecto de la posibilidad de utilizar el régimen de caja chica para atender gastos ordinarios de esa repartición diplomática (v.g. compra de papel higiénico, detergente, agua, combustible para los vehículos y generadores eléctricos, elementos de oficina y refrigerio de personal), debido a que, en virtud de los usos y costumbres locales sería prácticamente imposible adquirirlos a través del procedimiento de trámite simplificado.

Normativa examinada:

- Artículo 81 de la Ley N° 24.156.
- Artículos 6 y 81 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.
- Artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES carece de competencia para pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar el régimen de cajas chicas para atender gastos ordinarios en las representaciones en el exterior, circunstancia que podrá consultarse a la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FIANZAS PÚBLICAS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07.

II) En caso de gestionar el procedimiento de compra de los bienes requeridos por la Embajada a través del régimen de cajas chicas, la contratación –por expresa disposición legal– se encuentra excluida del Decreto Delegado N° 1023/01 y del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

III) El artículo 81 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 establece que los órganos de los tres Poderes del Estado y la autoridad superior de cada una de las entidades descentralizadas que conformen la administración nacional, podrán autorizar el funcionamiento de fondos permanentes y/o cajas chicas, con el régimen y los límites que establezcan en sus respectivas reglamentaciones. A estos efectos, las tesorerías correspondientes podrán entregar los fondos necesarios con carácter de anticipo, formulando el cargo correspondiente a sus receptores.

IV) El inciso c) del artículo 81 del Reglamento de la Ley de Administración Financiera aprobado por el Decreto N° 1344/07 prescribe que la ejecución de estos gastos es un procedimiento de excepción, limitado a casos de urgencia que, contando con saldo de crédito y cuota no permitan la tramitación normal de una orden de pago, por consiguiente, tanto la clase de gasto como el monto de las asignaciones, responderán a un criterio restrictivo y sólo podrán ser aplicados a transacciones de contado.

V) En cuanto a los gastos que podrán pagarse con fondos correspondientes a las cajas chicas de los organismos contratantes, el inciso f) del artículo 81 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1344/07 dispone que se podrán realizar pagos con cargo a Fondos Rotatorios y/o Cajas Chicas para los siguientes conceptos del clasificador por objeto del gasto: I. Partida Principal 1.5. Asistencia social al Personal. II. Partida Principal 1.3. Parcial 1. Retribuciones Extraordinarias (por aquellos conceptos que no revistan el carácter de bonificables). III. Inciso 2 "Bienes de Consumo". IV. Inciso 3 "Servicios no Personales". V. Inciso 4 "Bienes de Uso" (excepto Partida Principal 4.1. "Bienes Preexistentes", Partida Principal 4.2. "Construcciones", Partida Parcial 4.3.1. "Maquinaria y Equipo de Producción" y Partida Parcial 4.3.2. "Equipo de transporte, tracción y elevación". 4.6. Obras de arte. VI. Inciso 5 "Transferencias", Partida Parcial 5.1.4. "Ayudas Sociales a Personas.

VI) Con relación a la complejidad expresada por la Embajada en torno a la imposibilidad de gestionar una contratación por trámite simplificado por no contar con una oficina de compras y contrataciones, esta Oficina Nacional entiende que las tareas que le competen al titular de la

Unidad Operativa de Contrataciones de conformidad con lo regulado en el artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, pueden ser ejercidas por la máxima autoridad de la representación en el exterior o por quien ésta designe para realizar dicha tarea.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02931224-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Penalidades. Pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato aplicada al proveedor AUGEMI S.R.L. – Pago en cuotas.

Antecedentes:

Mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO Nº 487/16 se rescindió totalmente por culpa del proveedor el contrato perfeccionado con AUGEMI S.R.L. y se lo intimó a integrar la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS CON DIECISIETE CENTAVOS ($ 67.156,17) en un plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificada la medida. Cabe remarcar que el acto en cuestión fue notificado a la firma interesada el día 6 de junio de 2016.

Luego, con fecha 30 de junio de 2016, la Administración reiteró la intimación de pago a la empresa AUGEMI S.R.L.

Con fecha 4 de julio DE 2016, el proveedor presentó una nota ante el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, por cuyo intermedio solicitó que se lo autorizara a cancelar la penalidad pecuniaria aplicada –de PESOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS CON DIECISIETE CENTAVOS ($67.156,17)–, en DIEZ (10) pagos iguales, mensuales y consecutivos de PESOS SEIS MIL SETECIENTOS QUINCE CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($ 6.715,61.-).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a si resultaba procedente que el importe de la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato aplicada al proveedor AUGEMI S.R.L. sea cancelado por la aludida firma en pagos iguales, mensuales y consecutivos, conforme la solicitud que en tal sentido realizó el proveedor al organismo de origen.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector emitir opinión sobre el criterio a adoptar en relación con el planteo efectuado por el proveedor AUGEMI S.R.L. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Esta Oficina Nacional comparte la opinión del servicio permanente de asesoramiento jurídico preopinante, en cuanto considera que: *"…la decisión de otorgar al adjudicatario la posibilidad de efectuar el pago del importe de la respectiva penalidad en cuotas, constituiría una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia…"* de incumbencia exclusiva de la cartera ministerial de origen.

III) Las penalidades de índole económica deben ser canceladas por el proveedor penalizado en forma íntegra, dentro del plazo que a tal efecto le fije la Administración, lapso que nunca podrá ser inferior a DIEZ (10) días hábiles administrativos. En efecto, de la lectura del artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 surge que una vez diligenciada la intimación por la Administración, el particular queda obligado a hacer efectivo el monto de la penalidad aplicada; de aquí surge claramente que está refiriéndose a la cancelación íntegra de la penalidad.

IV) Refuerza este razonamiento el hecho de que, seguidamente, el mencionado precepto establece que, una vez vencido plazo otorgado, sin ser satisfecho el importe reclamado –de aquí también se desprende que se reclama la integración total de la penalidad– la Administración queda habilitada a proceder conforme las modalidades previstas en los incisos subsiguientes –afectación de facturas pendientes de cobro o, en su defecto, a la ejecución de la garantía correspondiente–.

V) En suma, de lo antedicho pareciera desprenderse que el artículo 129 del reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 solo contempla la posibilidad de que el particular cancele en forma íntegra la penalidad correspondiente, descartando, en consecuencia, cualquier posibilidad de acceder a un fraccionamiento en su integración (v.g. plan de pagos en cuotas, etc.).

VI) Desde otro enfoque, debe tenerse presente que: *"…la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan"* (Fallos 287:79). Más precisamente, la interpretación teleológica consiste en atribuir significado a una norma atendiendo a la finalidad del precepto, lo cual supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma (v. ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. *Métodos de Interpretación Jurídica*. Págs. 48 y ss. El artículo puede consultarse online en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/.../cnt4.pdf).

VII) La pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato cumple una doble función; por un parte, importa para el particular una penalidad, es decir, una pena de índole pecuniaria

al cocontratante incumplidor, mientras que, por otra, constituye un resarcimiento mínimo a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución del acuerdo por parte del proveedor.

VIII) Cuando la Administración contrata lo hace utilizando recursos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. No deben perderse de vista aquí los daños que el retiro de una propuesta o el incumplimiento contractual irrogan al Estado, tanto por los intereses insatisfechos de la comunidad, como por la pérdida de tiempo y costos de agentes y recursos afectados al procedimiento de contratación de que se trate.

IX) Esta Oficina Nacional considera que el otorgamiento de facilidades en el cumplimiento de la penalidad pecuniaria aplicada –por el caso, su cancelación en DIEZ (10) cuotas sin intereses– podría llegar a desvirtuar la finalidad perseguida por el régimen de penalidades establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto ello redundaría en una mitigación injustificada de la penalidad para el particular incumplidor y un retardo en el ingreso de la suma en las arcas de la Administración que hace mella en la función resarcitoria mínima que ella viene a cumplir.

X) La evaluación sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de autorizar o no la modalidad de pago propuesta por el proveedor para la cancelación de la penalidad pecuniaria aplicada, es de exclusiva incumbencia de la jurisdicción de origen. Sin perjuicio de ello –y con las salvedades oportunamente efectuadas– este Órgano Rector entiende que no correspondería hacer lugar a lo solicitado por el proveedor AUGEMI S.R.L.

XI) Si la autoridad competente decidiera hacer lugar a la petición formulada por el particular, debería luego conceder estas mismas facilidades a todo otro proveedor -en igualdad de condiciones a las que se ventilan en el presente caso- que así lo solicite, a fin de no cercenar la igualdad de tratamiento contemplada en el artículo 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01, que a su vez abreva en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Art. 100. Cómputo de impugnaciones en un año calendario.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Puntualmente, respecto de la interpretación del artículo 100, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se consultó lo siguiente: ¿El cómputo de las impugnaciones es por año calendario? Es decir ¿No se suman las impugnaciones de un año más la de otro año?

Normativa examinada:

- Artículo 100, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A los fines de requerir en los pliegos de bases y condiciones particulares la garantía de impugnación prevista en el artículo citado, las impugnaciones contra dictámenes de evaluación deberán computarse en año calendario. Es decir, sólo servirán de antecedentes las impugnaciones impetradas entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada año.

DICTAMEN ONC Nº 111/2014.

Fecha de emisión: 31 de marzo de 2014.

Referencias: Garantía de impugnación. Requisitos para su procedencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de determinar si para la constitución de la garantía de impugnación contra el dictamen de evaluación de las ofertas resulta suficiente que la entidad o jurisdicción contratante la requiera en los pliegos de bases y condiciones particulares o si además debe darse el supuesto de que el oferente hubiere presentado más de DOS (2) impugnaciones en un año calendario. En éste último caso, solicitan que además se informe sí la impugnación debe haber sido efectuada contra dictámenes de un mismo organismo o de cualquier repartición.

Normativa examinada:

- Artículo 100, inciso d) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En primer lugar, la entidad o jurisdicción contratante tiene que haber contemplado la constitución de éste tipo de garantía en los pliegos de bases y condiciones particulares, a fin de poder ser exigida al proveedor. Una vez constatada dicha circunstancia aplicará, conforme indica el articulado, *"…en aquellos casos en que el oferente hubiere presentado más de DOS (2) impugnaciones contra dictámenes de evaluación en un año calendario"*. En consecuencia, corresponde verificar ambos requisitos para poder exigir la constitución de dicha garantía.

II) Respecto de la inquietud sobre si las impugnaciones tienen que haber sido presentadas en un mismo organismo o en cualquier jurisdicción o entidad contratante, esta Oficina Nacional entiende que tal requisito deberá verificarse en el ámbito del propio organismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-22702545-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de octubre de 2017.

Referencias: Excepciones a la presentación de garantías. Garantía de impugnación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se expida respecto a si la garantía de impugnación al dictamen de evaluación se encuentra comprendida dentro de las excepciones a presentar garantías reguladas en el artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.

Normativa examinada:

- Artículo 30 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 73, 78 y 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 29 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 31, 32 y 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Tanto oferentes como quienes no revistan tal calidad se encuentran facultados para impugnar el dictamen de evaluación de las ofertas, siempre que lo hagan dentro del plazo fijado al efecto y previa integración –en ambos casos– de la garantía de impugnación.

II) Entre los diversos supuestos exceptuados de la obligación de presentar garantías en los términos del artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no se encuentra específicamente previsto ni se hace mención en forma expresa a las garantías de impugnación. En efecto, si bien el citado artículo establece –entre otros supuestos– que no será necesario presentar garantías cuando así se establezca para cada procedimiento de selección en particular en el Manual de Procedimiento o en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, no es posible soslayar que nada dice al respecto el artículo 50 del aludido Manual a la hora de delinear las particularidades del trámite de las compulsas abreviadas por monto, como la que aquí nos ocupa.

III) Habiendo llegado a este punto del análisis, resta dilucidar si la excepción contemplada en el inciso c) del artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 –prevista, en principio, para exceptuar de la obligación de constituir la garantía de mantenimiento de oferta a aquellas propuestas que no superen la cantidad que represente UN MIL TRESCIENTOS MÓDULOS (1.300 M)– resulta extensible, o no, a las garantías de impugnación, en aquellos supuestos en que la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato no supere dicha cantidad de módulos, equivalentes en la actualidad a la suma de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL ($ 1.300.000,00). Así las

cosas, en forma previa a emitir opinión sobre la consulta de marras, esta Oficina estima ilustrativo abordar en forma sucinta los distintos fines que se persiguen con el establecimiento de la garantía de mantenimiento de oferta, por una parte, y con la exigencia de integrar una garantía como requisito de admisibilidad de la impugnación al dictamen de evaluación, por otra.

IV) Cuando la Administración selecciona y contrata lo hace utilizando recursos de la población y en cumplimiento de cometidos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. Es imperativo que la Administración se asegure de que quien participe del procedimiento de contratación mantenga su propuesta…" (v. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 15/16 citado por REJTMAN FARAH, Mario (Director). *Contrataciones de la Administración Nacional*. Decreto 1023/2001. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Pág. 322).

V) Las garantías tanto de mantenimiento de la oferta como de cumplimiento del contrato constituyen un motivo más de compulsión, un incentivo adicional para que el oferente o contratista, según sea el caso, cumplan con sus obligaciones, razón por la cual se ha dicho que representan *"…una incitación al cumplimiento hacia el obligado que refuerza el vínculo entre la Administración y el oferente o contratista, suministrando un medio de eficacia más intenso para lograr que se cumpla con la prestación debida…"* (v. REJTMAN FARAH, Mario. Op. Cit. Pág. 323).

VI) La garantía de mantenimiento de la oferta es una obligación accesoria a otra principal (mantenimiento de la propuesta por el plazo establecido) y tiene como finalidad principal la seriedad de la presentación de la oferta y su mantenimiento, dado que *"…los oferentes tienen la obligación de mantener sus ofertas por el plazo determinado en la normativa aplicable, por lo general, el pliego* (…) *Es que la función de asegurar el cumplimiento de esa obligación por parte de los oferentes, se opera mediante el establecimiento de una garantía de oferta…"* (v. CASSAGNE, Juan Carlos*. El contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot. 2da. Edición. Buenos Aires, 2005. Págs. 103 y ss.; REGAZZONI, Carlos Javier – Director–. *Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada y concordada*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015. Pág. 27).

VII) A través de la garantía de mantenimiento de la oferta, el oferente asegura el cumplimiento de una obligación que genera responsabilidad precontractual. La normativa tiende a asegurar la seriedad y mantenimiento de las propuestas desde el momento de la apertura de los sobres hasta el perfeccionamiento del contrato; tal es el propósito de dicha garantía.

VIII) De otra parte, la pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta importa una penalidad para el incumplidor, a la vez que constituye un resarcimiento mínimo al Estado –estimado de un modo genérico y anticipado– por los daños causados a raíz del incumplimiento. Así, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que de lo que se trata es de: *"…evitar un perjuicio al Estado como se le ocasionaría por proveedores que cotizaran actuando con negligencia, impericia, ligereza o dolo, que luego desistieran de su propuesta durante el término de mantenimiento de oferta, quitando seriedad al ofrecimiento…"* (Dictámenes PTN 194:179).

IX) En oportunidad de reglamentar el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en ejercicio de sus competencias constitucionales, ha entendido que en determinados supuestos no es necesario constituir la garantía de mantenimiento de la oferta, lo cual no significa en modo alguno dispensar la obligación de mantener la propuesta, desde que todos los oferentes quedan obligados a responder por el importe de la garantía no constituida, de acuerdo al orden de afectación de penalidades establecido, a requerimiento de la jurisdicción o entidad contratante, sin que puedan interponer reclamo alguno sino después de obtenido el cobro o de efectuado el pago (Cfr. artículo 80, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16).

X) La excepción a la presentación de garantías no exime a los sujetos involucrados de responsabilidad, la que –llegado el caso– la Administración deberá hacer valer mediante resolución fundada, reclamando al oferente que abone el importe correspondiente a la garantía que hubiese debido constituir en el caso de no mediar dicha excepción.

XI) La garantía de impugnación al dictamen de evaluación encuentra su razón de ser en el artículo 30 del Decreto Delegado Nº 1023/01, el que establece: *"OBSERVACIONES E IMPUGNACIONES: La reglamentación deberá prever cuáles actuaciones podrán ser susceptibles de observaciones o impugnaciones, el trámite que se dará a ellas y los requisitos para su procedencia formal...".* A partir de dicha habilitación legal, la garantía de impugnación tiende a disuadir presentaciones carentes de fundamentación, desalentar conductas abusivas que persiguen como única finalidad el aplazamiento de la finalización de un procedimiento de selección y en consecuencia de ello se pretende evitar un menoscabo al interés público comprometido en la contratación que se intenta.

XII) La garantía de impugnación se justifica para prevenir perjuicios para la normal actividad administrativa, que puede verse detenida a raíz de impugnaciones improcedentes y que no puede hablarse de lesión a la garantía de defensa ante la eventual falta de medios económicos del impugnante, atento a que es de esperar que quien pretende afrontar un contrato administrativo la solvencia necesaria para esa contingencia. Desde luego que el monto de esa garantía debe ser razonable y proporcional a la de la prestación licitada."(Conf. *"La licitación pública y sus distintas fases en el nuevo régimen de contrataciones administrativas"*, RDA, 2002-113).

XIII) En todos los supuestos en los que el oferente y/o interesado decida ejercer la facultad de impugnar el Dictamen de Evaluación deberá presentar, sin excepción, la correspondiente garantía.

XIV) La práctica administrativa de los últimos años da cuenta de que la mentada garantía se presenta como una herramienta razonablemente idónea en pos de desalentar planteos infundados, meramente dilatorios o esencialmente enderezados a entorpecer el procedimiento de selección de que se trate. Consecuentemente, tomando en consideración que se encuentra estrechamente vinculada con el principio de eficiencia –desde que procura desalentar la figura del "impugnador serial" tan tristemente célebre en otros tiempos e indudablemente reñida con la buena fe que debe primar desde el inicio hasta el final de las actuaciones– y, por otra parte, en tanto cumple una función diferente a las que corresponde asignarles a la garantía de

mantenimiento de oferta, esta Oficina Nacional interpreta que la garantía de impugnación al dictamen de evaluación no se encuentra comprendida dentro de las excepciones reguladas en el artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.

XV) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación no se encuentra incluida en las excepciones a la presentación de garantías establecidas en el artículo 80 del Decreto N° 1030/16.

GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE LA OFERTA.

DICTAMEN ONC Nº 187/2015.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2015.

Referencias: Concurso de etapa múltiple. Presentación de garantía en sobre b. Posibilidad de subsanar el error. Causal de desestimación no subsanable. Principio de igualdad.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a la posibilidad de subsanar el error invocado por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A., respecto de la oferta que presentara dicho proveedor en el marco del Concurso Público de Etapa Múltiple Nacional Nº 1/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC).

De la compulsa de los actuados surgía que el pliego de bases y condiciones particulares establecía en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta en el sobre correspondiente a la propuesta técnica (sobre “A”), en sintonía con lo previsto por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Ahora bien, la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. había acompañado la póliza de seguro de caución junto con su propuesta económica (sobre “B”).

En consecuencia, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un concurso público de etapa múltiple, la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. haya acompañado “por error” la garantía de mantenimiento de su oferta en el sobre “B” (oferta económica), en lugar de hacerlo en el sobre “A” (oferta técnica) resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable.

El proveedor DATASTAR ARGENTINA S.A. proponía subsanar el error de dos maneras, ya sea que el procedimiento de selección continuase bajo la condición de constatar la debida integración de la garantía de mantenimiento de oferta al momento de apertura del sobre “B”, correspondiente a la oferta económica; o bien proceder de manera inmediata a la apertura del sobre “B” en presencia de un escribano público, extraer la póliza y en consecuencia corroborar el cumplimiento del requisito oportunamente exigido.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 17, 25, inciso a) apartado 2 y 26, inciso a), apartado 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84, 85, 148 y 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud principio de centralización normativa y descentralización de la gestión operativa, esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante.

II) Aclarado lo anterior, de la lectura del artículo 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se desprende con meridiana claridad que sólo después de que la autoridad competente haya aprobado la respectiva preselección y que hayan sido resultas las eventuales impugnaciones que se hubieren planteado, se podrá proceder a la apertura en acto público de las ofertas económicas (sobres "B") de quienes hubieren sido preseleccionados –únicamente de los oferentes preseleccionados–.

III) La garantía de igualdad, consagrada de modo general en el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos administrativos, posibilitando que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Los oferentes en una licitación o concurso deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros (Dictamen ONC Nº 47/13).

IV) Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Conf. Dictámenes ONC Nros. 93/13 y 313/13, entre otros).

V) La exigencia de presentar la garantía de mantenimiento de oferta en el sobre correspondiente a la oferta técnica (sobre "A") es un requisito exigido a todos los interesados en ofertar cuando se lleva a cabo un procedimiento de selección de etapa múltiple, de acuerdo a lo normado en el artículo 148 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) De optar el organismo contratante por alguna de las alternativas propuestas por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A., a criterio de este Órgano Rector se estaría colocando al referido proveedor en una situación de inaceptable privilegio en relación con los restantes oferentes.

VII) Puntualmente, lo peticionado por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. en cuanto a que se proceda a la apertura inmediata del sobre 'B', en presencia de un escribano público colisiona de lleno con la regulación efectuada en el artículo 153 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto una interpretación a *contrario sensu* de dicha norma lleva necesariamente a sostener que se encuentra vedada la posibilidad de abrir las ofertas económicas de quienes no hayan sido preseleccionados. A idéntica conclusión corresponde

arribar respecto de la pretensión de continuar bajo la condición de que al momento de la apertura del sobre "B", se encuentre en él la garantía en cuestión. Ello así, en tanto que ninguna norma del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita la "preselección condicional".

VIII) El inciso d) del artículo 84 del citado Reglamento determina que una oferta será desestimada sin posibilidad de subsanación –entre otros supuestos– si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta en la forma debida. Así las cosas, en el marco de un concurso público de etapa múltiple, la exigencia de acompañar la garantía de mantenimiento de oferta "en la forma debida" de modo alguno puede conciliarse con el equívoco –reconocido por la propia interesada–, consistente en agregar la póliza de caución de que se trata en el sobre equivocado.

IX) Todos los interesados en participar de un procedimiento de selección de etapa múltiple deben presentar la garantía de mantenimiento de oferta junto con la propuesta técnica, entendiendo por ello, que la misma no puede acompañarse válidamente en una instancia ulterior, ni tampoco en el sobre que contiene la propuesta económica. Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia, pudiendo dar lugar, eventualmente, a maniobras de dudosa legitimidad.

X) La exclusión de la rigurosidad en el procedimiento no puede llegar a la paradoja del legal incumplimiento de las normas que rigen el procedimiento administrativo (Dictámenes PTN 213:147).

XI) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que la oferta presentada por la firma DATASTAR ARGENTINA S.A. en el marco del Concurso Público de Etapa Múltiple Nacional Nº 1/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL, habría incurrido en la causal de desestimación no subsanable contemplada en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00870245-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 23 de agosto de 2016.

Referencias/voces: Garantía de mantenimiento de oferta. Sustitución de garantía constituida por encima del monto debido. Momento en que debe realizarse.

Antecedentes:

El proveedor WOOLAND S.R.L. presentó una oferta para la Licitación Pública Nº 31/14, cuyo acto de apertura tuvo lugar el día 21 de junio de 2016. Junto con su oferta, la firma en cuestión acompañó una garantía de mantenimiento de oferta constituida por el monto total ofertado.

Ahora bien, una vez advertida dicha circunstancia –presumiblemente acaecida por error–, el gerente de la sociedad comercial WOOLAND S.R.L. se apersonó con fecha 23 de junio de 2016 al organismo contratante a fin de solicitar la sustitución de la garantía de

mantenimiento de oferta oportunamente presentada –equivalente al CIEN POR CIENTO (100%) del monto cotizado–, por otra que cubriría el CINCO POR CIENTO (5%) del total de la oferta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos: a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la sustitución, por parte del proveedor WOOLAND S.R.L., de la garantía de mantenimiento de oferta oportunamente constituida por encima del porcentaje estipulado en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en el marco de la Licitación Pública Nº 31/14 del registro de SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL; b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de la sustitución de la referida garantía, la misma debía realizarse durante el período de vista de las actuaciones o bien durante el período de evaluación de las ofertas, etapa en la que el expediente de marras se encuentra en la Comisión Evaluadora.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 31 del Decreto Delegado 1023/01.
- Artículos 70, inciso h) apartado 1º, 76, 79, 84, 85, 100, 101 y 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se encuentra establecida en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta como parte integrante de la misma o la constancia de haberla constituido, salvo los casos en que no correspondiere su presentación. Los oferentes deberán constituir garantías de mantenimiento de la oferta por el CINCO POR CIENTO (5%) del monto total ofertado.

II) La garantía de mantenimiento de la oferta tiene como finalidad principal la seriedad de la presentación de la oferta y su mantenimiento (REGAZZONI, Carlos Javier – Director–. *Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada y concordada*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015. Pág. 27).

III) La garantía de mantenimiento de la oferta tiene por objeto asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el pliego de bases y condiciones particulares y sus eventuales prórrogas. Ello es así, dado el carácter accesorio que posee la garantía.

IV) Cuando la Administración contrata lo hace utilizando recursos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. No deben perderse de vista aquí los daños que el retiro intempestivo de una oferta o el incumplimiento contractual pueden irrogar al Estado, tanto por los intereses insatisfechos de la comunidad, como por la pérdida de tiempo y costos de agentes afectados al procedimiento de contratación de que se trate.

V) La presentación de esta garantía configura un requisito de admisión al procedimiento de selección del contratista estatal, debiendo ser acompañada por el oferente junto con su propuesta. A su vez, esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la

respectiva garantía "en la forma debida" debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

VI) Ante una presentación defectuosa, la normativa vigente contiene herramientas habilitantes para requerir su subsanación, en determinados supuestos. En efecto, los artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecen las pautas para la desestimación de las ofertas, clasificando las causales que en ellos se enumeran en "subsanables" y "no subsanables".

VII) Más precisamente, el artículo 84 regula las causales de desestimación no subsanables, contemplando en su inciso d) el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto. Como contrapartida, el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 reglamenta el principio general de la subsanación establecido en el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-22702545-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de octubre de 2017.

Referencias: Excepciones a la presentación de garantías. Garantía de mantenimiento de la oferta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se expida respecto a los alcances del artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.

Normativa examinada:

- Artículo 30 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 73, 78 y 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 29 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 31, 32 y 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando la Administración selecciona y contrata lo hace utilizando recursos de la población y en cumplimiento de cometidos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. Es imperativo que la Administración se asegure de que quien participe del procedimiento de

contratación mantenga su propuesta…" (v. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 15/16 citado por REJTMAN FARAH, Mario (Director). *Contrataciones de la Administración Nacional*. Decreto 1023/2001. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Pág. 322).

II) Las garantías tanto de mantenimiento de la oferta como de cumplimiento del contrato constituyen un motivo más de compulsión, un incentivo adicional para que el oferente o contratista, según sea el caso, cumplan con sus obligaciones, razón por la cual se ha dicho que representan *"…una incitación al cumplimiento hacia el obligado que refuerza el vínculo entre la Administración y el oferente o contratista, suministrando un medio de eficacia más intenso para lograr que se cumpla con la prestación debida…"* (v. REJTMAN FARAH, Mario. Op. Cit. Pág. 323).

III) La garantía de mantenimiento de la oferta es una obligación accesoria a otra principal (mantenimiento de la propuesta por el plazo establecido) y tiene como finalidad principal la seriedad de la presentación de la oferta y su mantenimiento, dado que *"…los oferentes tienen la obligación de mantener sus ofertas por el plazo determinado en la normativa aplicable, por lo general, el pliego* (…) *Es que la función de asegurar el cumplimiento de esa obligación por parte de los oferentes, se opera mediante el establecimiento de una garantía de oferta…"* (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot. 2da. Edición. Buenos Aires, 2005. Págs. 103 y ss.; REGAZZONI, Carlos Javier – Director–. *Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada y concordada*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015. Pág. 27).

IV) A través de la garantía de mantenimiento de la oferta, el oferente asegura el cumplimiento de una obligación que genera responsabilidad precontractual. La normativa tiende a asegurar la seriedad y mantenimiento de las propuestas desde el momento de la apertura de los sobres hasta el perfeccionamiento del contrato; tal es el propósito de dicha garantía.

V) De otra parte, la pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta importa una penalidad para el incumplidor, a la vez que constituye un resarcimiento mínimo al Estado –estimado de un modo genérico y anticipado– por los daños causados a raíz del incumplimiento. Así, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que de lo que se trata es de: *"…evitar un perjuicio al Estado como se le ocasionaría por proveedores que cotizaran actuando con negligencia, impericia, ligereza o dolo, que luego desistieran de su propuesta durante el término de mantenimiento de oferta, quitando seriedad al ofrecimiento…"* (Dictámenes PTN 194:179).

VI) En oportunidad de reglamentar el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en ejercicio de sus competencias constitucionales, ha entendido que en determinados supuestos no es necesario constituir la garantía de mantenimiento de la oferta, lo cual no significa en modo alguno dispensar la obligación de mantener la propuesta, desde que todos los oferentes quedan obligados a responder por el importe de la garantía no constituida, de acuerdo al orden de afectación de penalidades establecido, a requerimiento de la jurisdicción o entidad contratante, sin que puedan interponer

reclamo alguno sino después de obtenido el cobro o de efectuado el pago (Cfr. artículo 80, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16).

VII) La excepción a la presentación de garantías no exime a los sujetos involucrados de responsabilidad, la que –llegado el caso– la Administración deberá hacer valer mediante resolución fundada, reclamando al oferente que abone el importe correspondiente a la garantía que hubiese debido constituir en el caso de no mediar dicha excepción.

GARANTÍAS (DEVOLUCIÓN).

DICTAMEN ONC Nº 15/2016.

Fecha de emisión: 3 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Garantía de cumplimiento de Contrato. Devolución. Incumplimiento de contrato. Cancelación de la penalidad por parte de la compañía de seguros emisora de la póliza. Pago por subrogación. Devolución a persona no prevista en el reglamento de contrataciones.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión respecto del requerimiento formulado por la firma PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., a fin de que la Tesorería jurisdiccional de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN procediese a devolver la póliza de seguro de caución Nº 219.301 emitida a solicitud del proveedor César FRANCIA, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 1/2014.

Normativa examinada:

- Artículos 5, 104 y 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 914, 918 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En los supuestos en que un determinado contrato haya sido cumplido en su totalidad a satisfacción de la jurisdicción o entidad contratante –es decir, en debido tiempo y forma, de acuerdo al pliego–, corresponderá a la respectiva Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) notificar al cocontratante, dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos desde que los bienes o servicios hayan sido recibidos de conformidad, para que proceda al retiro de la respectiva garantía de cumplimiento de contrato.

II) Al reglamentar los supuestos de devolución de garantías a pedido de parte, el artículo 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita a los interesados a solicitar el reintegro y/o sustitución parcial de las mismas, en los términos allí contemplados. Nótese que mientras el artículo 104 hace alusión a "oferentes, adjudicatarios o cocontratantes", el artículo 106 resulta ser más amplio al indicar que las garantías podrán ser reintegradas a solicitud de los "interesados".

III) El caso sometido a consideración de este Órgano Rector no configura un supuesto de cumplimiento del contrato a satisfacción de la jurisdicción contratante. Muy por el contrario, tras incumplir con las obligaciones emergentes de la Orden de Compra Nº 2/2014, el señor César FRANCIA fue penalizado mediante la Disposición SST Nº 9/14 con la rescisión contractual y con la pérdida total de la garantía de cumplimiento de contrato. Luego, frente al incumplimiento de pago –por parte del proveedor penalizado– del importe equivalente a la garantía perdida, la jurisdicción contratante intimó a la firma PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., en su carácter de garante de las obligaciones asumidas por el proveedor César FRANCIA, de acuerdo con las estipulaciones vertidas en la póliza de seguro de caución Nº 219.301.

IV) En los presentes actuados ha quedado acreditada la cancelación, por parte de la compañía aseguradora, de la suma total adeudada por el señor César FRANCIA. A su vez, a raíz del pago efectuado, la mentada aseguradora solicitó la devolución de la respectiva póliza de seguro de caución.

V) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo…"* (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

VI) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la

garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

VII) De la lectura del punto 7, *in fine*, de las aludidas Condiciones Generales surge, con meridiana claridad, que al haber sido la firma PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. quien abonó la penalidad, los derechos que correspondían a la jurisdicción contratante contra el proveedor César FRANCIA se transfieren a la aseguradora hasta el monto de la indemnización abonada por ésta, configurándose así un supuesto de subrogación personal, ya que existe en él un cambio de sujeto en la relación jurídica.

VIII) El artículo 5º, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 prevé la aplicación de las normas de derecho privado por analogía, razón por la cual resulta pertinente traer a colación que de los artículos 914, 918 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley Nº 26.994, se desprende que el pago por subrogación transmite al tercero que paga todos los derechos y acciones del acreedor. Así se ha sostenido que: *"…el pago por subrogación (también llamado subrogación por ejecución de la prestación por un tercero) tiene lugar cuando lo efectúa un tercero, y en razón de ello, se sustituye al acreedor en la obligación que lo une respecto del deudor. Ello así, puesto que, cuando el tercero es quien paga en lugar del deudor, se produce la satisfacción del interés del acreedor, pero no la extinción de la deuda, ya que ésta subsiste en cabeza del deudor: por ende, el crédito del accipiens a quien el tercero le ha pagado se traslada al patrimonio de este último, quien puede exigir al deudor el pago de lo que ha efectuado por él."* (LORENZETTI, Ricardo Luis (director). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado.* Tomo V. Rubinzal – Culzoni Editores. 1ra. edición. Santa Fe, 2015. Págs. 435 y ss.).

IX) Esta Oficina Nacional entiende que el caso traído a estudio no resulta susceptible de ser subsumido en ninguno de los preceptos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ni siquiera en el artículo 106 del referido cuerpo reglamentario, el que a pesar de ser amplio al hablar de "interesados", regula –exclusivamente– la devolución parcial de las garantías en proporción a la parte ya cumplida del contrato y no otros supuestos.

X) Empero, tomando en consideración la subrogación personal operada en el presente caso (cambio de acreedor a raíz del pago de la penalidad por parte de la aseguradora a satisfacción de la jurisdicción contratante), así como también que la aludida compañía aseguradora, luego de cancelar la asuma adeudada por el tomador, solicitó formal y oportunamente la devolución de la póliza de seguro de caución Nº 219.301, a criterio de este Órgano Rector corresponde que la Unidad Operativa de Contrataciones de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN comunique a la Tesorería jurisdiccional dicha circunstancia para que proceda a su inmediata devolución.

XI) En razón de las consideraciones vertidas *ut supra*, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que resulta atendible la solicitud efectuada por la firma PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. respecto de la devolución de la garantía de cumplimiento de contrato presentada por el proveedor César FRANCIA en el marco de la Licitación Pública Nº 1/2014 del registro de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

GARANTÍAS (EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUCIÓN).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de febrero de 2018.
Referencias/voces: Excepciones a la obligación de presentar Garantías.

Antecedentes:

En la Licitación Pública 80-0027-LPU17 presentó oferta el FIDEICOMISO PROGRAMA PROVINCIAL DE PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (LABORATORIO INDUSTRIAL FARMACÉUTICO SOCIEDAD DEL ESTADO), cuyo único socio es el Estado Provincial Santafesino según consta en el Estatuto Social adjunto como archivo embebido, no presentando garantía de mantenimiento de oferta atento el artículo 80, inciso h) del Anexo del Decreto 1030/16.

Consulta:

Se solicitó la opinión de esta Oficina para que se expida si la no presentación de la garantía constituye una causal de desestimación, visto que podría estar siendo violado el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes del artículo 3°, inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Normativa examinada: Inciso h) del artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No le corresponde a esta Oficina determinar si la oferta presentada es válida, así como tampoco analizar la naturaleza jurídica del oferente en cuestión.

II) Si el organismo contratante entendiera que se trate de alguna de las personas a que hace referencia el inciso h) del artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 estará exceptuado de presentar garantías en los términos allí dispuestos, sin que se viole el principio de igualdad, por cuanto cualquier oferente que tuviera esa naturaleza estaría en las mismas condiciones.

III) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, interpretando el artículo 16 de la Constitución Nacional, ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros).

GARANTÍAS (FORMAS) – CESIÓN DE FACTURAS.

DICTAMEN ONC Nº 2/2014.

Fecha de emisión: 7 de enero de 2014.

Referencias: Garantías. Cesión de facturas. Certificación Pertinente. Artículo 101, inciso f) del reglamento aprobado por el Decreto 893/12. Causal de desestimación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a qué debe entenderse por "certificación pertinente", conforme la terminología empleada por el artículo 101, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Ello, a efectos de dilucidar si la cesión de facturas acompañada por la firma GÜNTER S.A. en carácter de garantía de mantenimiento de la oferta presentada por dicha firma en el marco de la Licitación Pública Nº 14/2012 del registro del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO fue correctamente constituida "*ab initio*".

GÜNTER S.A. había presentado junto con su oferta la cesión en garantía, en favor del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, de TRES (3) facturas –DOS (2) de las cuales corresponden a servicios prestados a la SECRETARÍA DE CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN–, por una suma total de PESOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UNO ($ 55.431,00.-). Se declaraba bajo juramento que ninguna de las facturas había sido cedida en forma previa o cobrada y que eran líquidas y exigibles. Asimismo, se establecía que una vez aceptada la cesión por el cesionario, se notificaría a los deudores cedidos (sin aclarar en cabeza de quien recaía dicha carga).

Sin embargo, con posterioridad la firma GÜNTER S.A. comunicó al organismo contratante lo siguiente: *"…debido a que las facturas presentadas como garantía de oferta de la licitación, han sido acreditadas administrativamente en nuestra empresa adjuntamos en su reemplazo, la póliza de caución de la empresa Berkley International seguros, número 122477, por un monto total final de $ 56.000,00.".*

Normativa examinada:

- Artículo 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5; 70, inciso h) apartado 1º; 84, inciso d); 85; 100, inciso a) y 101, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.
- Artículos 1434, 1437, 1454, 1459, 1460, 1468 y 1792 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 101 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 enumera las formas en que podrán constituirse las distintas clases de garantías, mencionando específicamente en el inciso f): *"la afectación de créditos líquidos y exigibles que el proponente o adjudicatario tenga en entidades de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, a cuyo efecto el interesado deberá presentar, en la fecha de la constitución de la garantía, la certificación pertinente y simultáneamente la cesión de los mismos al organismo contratante".*

II) A partir de que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla y habilita esta forma de garantía como medio para afianzar el cumplimiento de las obligaciones de oferentes y/o adjudicatarios –en los términos del artículo 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01–, resulta necesario dilucidar de qué manera debe instrumentarse una cesión de créditos. A tal fin, deviene ineludible la aplicación por analogía, conforme lo estipula el artículo 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, de las normas de derecho privado que regulan esta particular especie de contrato, en tanto el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 nada dice sobre la cuestión, más allá de los extremos que se desprenden del propio inciso f).

III) La cesión de créditos, de acuerdo al Código Civil, es un contrato consensual, por cuanto queda perfeccionado con el consentimiento del cedente (acreedor primitivo) y del cesionario (nuevo acreedor); debe ser instrumentada por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, pero no necesariamente por escritura pública, sino que se exige tal forma, entre otros supuestos, cuando el crédito cedido está instrumentado en escritura pública; por último, puede señalarse que, respecto de terceros que tengan un interés legítimo, la propiedad del crédito no es transmisible al cesionario, sino por la notificación del traspaso al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia de parte de éste (Cfr. artículos 1434, 1454 y 1459 del Código Civil).

IV) En particular, la cesión de créditos con fines de garantía produce la transferencia del crédito del cedente al cesionario; esta transferencia cumple la función de garantía, que se une a una obligación que puede ser preexistente, contemporánea o futura.

V) A todo lo expuesto, cabe agregar que la cesión debe ser aceptada expresamente por el cesionario sólo cuando impone obligaciones bilaterales. En consecuencia, nada obsta a una aceptación tácita en el caso de la cesión gratuita (v. artículos 1437 y 1792 del Código Civil) o incluso de la cesión en garantía.

VI) La aceptación por el deudor de la cesión sobreviniente no debe ser aprehendida con el significado de que el deudor tiene que estar de acuerdo con la cesión, ya que el deudor cedido no es parte en dicho negocio, aunque obviamente le concierne la transmisión. A los fines de la cesión de créditos, no se necesita el consentimiento del deudor cedido, siendo suficiente la notificación.

VII) El deudor cedido es un tercero y como tal no puede oponerse a la cesión, aunque tiene un interés directo en conocer a quien pagar, lo que justifica que deba ser notificado para que le sea oponible la cesión.

VIII) Entre las partes la cesión es perfecta por el solo consentimiento o acuerdo constitutivo del contrato, pero con relación a los terceros entre los que se haya el propio deudor cedido la cesión es como inexistente y sin fuerza coercitiva mientras no se haya cumplido con el requisito de la notificación o de la aceptación. Como un corolario lógico de lo expuesto, se halla expresamente establecido en el artículo 1.468 del Código Civil que el deudor cedido queda libre de la obligación por el pago hecho al cedente antes de la notificación o aceptación del traspaso.

IX) En cuanto incumbe a los requisitos que debe revestir dicha notificación, el Código Civil no exige un medio en particular, sino que, por el contrario, el artículo 1.460 del Código Civil establece: "*La notificación de la cesión será válida, aunque no sea del instrumento de la cesión, si se le hiciere saber al deudor la convención misma de la cesión, o la sustancia de ella".* Así, del citado precepto normativo puede razonablemente inferirse que tal comunicación podrá ser efectuada por cualquier medio, debiéndose adoptar, en consecuencia, un criterio amplio al momento de valorar la prueba.

X) El Código Civil no fija plazo alguno para cursar la mentada notificación, ni establece sobre cuál de las partes del contrato de cesión recae dicha carga.

XI) En suma, esta Oficina Nacional entiende que a los fines de considerar correctamente constituida la garantía de mantenimiento de la oferta mediante la forma prevista en el artículo 101, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, deberán acreditarse los extremos que a continuación se enumeran: 1) El contrato de cesión deberá instrumentarse por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, pero no necesariamente por escritura pública, sino que se exigirá escritura pública cuando el crédito cedido esté instrumentado de tal forma; 2) La cesión debe tener por objeto créditos líquidos y exigibles. Por líquidos y exigibles deben entenderse aquellos créditos de monto determinado o determinable y al cobro; 3) El oferente debe tener dichos créditos en jurisdicciones o entidades de la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, de acuerdo a una aplicación extensiva del artículo 8º, inciso a) de la Ley Nº 24.156; 4) Junto con la presentación de su oferta, el interesado deberá acompañar tanto el respectivo contrato de cesión en favor del organismo contratante, como así también deberá presentar en dicha oportunidad la certificación pertinente, extendida por la jurisdicción o entidad que revista el carácter de deudor cedido.

XII) Esta Oficina Nacional entiende que el concepto de "certificación pertinente", empleado por el artículo 101, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 hace alusión a la constancia que dé cuenta: 1) De la existencia de créditos líquidos y exigibles en favor del proveedor de que se trate. 2) De la notificación de la respectiva cesión en garantía de los aludidos créditos –en el marco de un procedimiento de selección en particular– a la jurisdicción o entidad deudora.

XIII) Dicha certificación deberá estar suscripta por el titular del área competente o con incumbencia específica en la materia, del organismo de que se trate (v.g. Dirección de Contabilidad, Tesorería, etc.).

XIV) Si bien el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no menciona en forma expresa la carga de notificar al deudor cedido, esta Oficina Nacional entiende que dicho requisito

se encuentra razonablemente implícito en la mentada certificación que: *"…el interesado deberá presentar, en la fecha de la constitución de la garantía…".*

XV) En el ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en la medida en que el oferente (cedente) debe presentar "la certificación pertinente" en la fecha de constitución de la garantía, es dable colegir que también deberá presentar en ese momento la constancia de notificación al deudor cedido, si no surgiera de la propia certificación.

XVI) Lo expresado no implica desconocer que la notificación al deudor cedido y la certificación del crédito por parte del organismo que revista ese carácter son –en esencia– requisitos susceptibles de ser cumplimentados en forma separada, por cuanto podría admitirse, en principio, la acreditación ulterior por parte del interesado, ya sea de la certificación del crédito o bien de la notificación al deudor cedido por cualquier medio, en tanto ambos extremos hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha del acto de apertura de ofertas.

XVII) No resulta admisible que el interesado (cedente) pretenda poner en cabeza del organismo contratante (cesionario) la carga de notificar al deudor cedido, ya que dicho requisito deberá ser cumplimentado con anterioridad a la fecha de presentación de la oferta. De otro modo, podría suceder, como de hecho sucedió en el caso girado en consulta, que durante la tramitación del procedimiento de selección el organismo deudor (que es un tercero ajeno a la cesión), abone al proveedor los créditos que han sido presentados en garantía, tornándola ilusoria y/o de ejecución imposible.

XVIII) En la fecha de la constitución de la garantía de mantenimiento de su oferta, la empresa GÜNTER S.A. no acompañó certificación alguna extendida por parte de la SECRETARÍA DE CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, ni tampoco acreditó haber notificado por algún otro medio a dicha jurisdicción la cesión de las Facturas. La firma en cuestión tampoco acompañó elemento probatorio alguno a fin de acreditar tales requisitos, en oportunidad de haber sido requerido por el organismo contratante.

XIX) En consecuencia, el deudor cedido (SECRETARÍA DE CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN) no fue debidamente anoticiado de la cesión en garantía, lo cual explicaría la razón del pago de las correspondientes facturas.

XX) La cesión de facturas presentada por el proveedor en concepto de garantía de mantenimiento de su oferta fue incorrectamente constituida *ab initio*, en la medida en que GUNTER S.A. no presentó junto con su oferta la certificación exigida por el Artículo 101 inc. f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, la cual a criterio de este Órgano Rector, lleva implícita la exigencia de notificar de la cesión en garantía al deudor cedido. Dicha certificación debió haber sido emitida por la SECRETARÍA DE CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN con anterioridad a la presentación de la oferta de GÜNTER S.A.

XXI) Los supuestos en que la garantía de mantenimiento de la oferta haya sido irregularmente constituida por no cumplimentar acabadamente con las exigencias previstas en la normativa aplicable, deben necesariamente encuadrarse dentro las causales de desestimación de la oferta no susceptibles de subsanación posterior (Cfr. artículo 84, inciso d)

del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12). La falta de acompañamiento junto con la oferta de la certificación exigida por el artículo 101, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 solo sería susceptible de subsanación posterior, en la medida en que tal certificación (y en su caso, la notificación de la cesión al deudor cedido, cuando no surja de la misma) haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de presentación de la oferta.

XXII) No debe perderse de vista que la presentación de la garantía de mantenimiento de la oferta es un requisito de admisión al procedimiento de selección del contratista estatal. Por ello dicha garantía debe ser debidamente constituida y acompañada por el oferente antes del plazo máximo fijado por el organismo convocante para la presentación de ofertas.

GARANTÍAS (FORMAS) – PAGARÉ.

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Garantías. Pagaré. Requisitos. Pagaré firmado sin sellar.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Puntualmente, se consultó si el hecho de que un oferente integre la garantía de mantenimiento de oferta mediante la presentación de un pagaré firmado por él, pero sin sellar, es o no causal de desestimación.

Normativa examinada:

- Artículos 85 y 101, inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El principio rector en la materia es el de subsanación de errores u omisiones intrascendentes, a fin de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles. Ello así, va de suyo, en la medida no se afecte el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes.

II) Si la circunstancia de que un oferente presente como garantía de oferta un pagaré firmado pero "sin sellar significa que dicho título se encuentra suscripto por el proponente pero sin aclaración de la respectiva firma, esta Oficina entiende que por aplicación del principio reseñado en el párrafo anterior corresponderá que la comisión evaluadora o la unidad operativa de contrataciones proceda a intimar al oferente en cuestión a que subsane dicha omisión dentro del término de CINCO (5) días, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara un plazo mayor.

III) Esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente incluir en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares el requisito de la certificación de firma en las garantías constituidas mediante pagaré, por cuanto de dicha forma se estarían modificando las condiciones establecidas en la normativa vigente en materia de contrataciones." (Dictamen ONC Nº 9/04).

IV) En la medida en que en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no se encuentra previsto como requisito para el caso de ofrecerse un pagaré como garantía que la firma en dicho título se encuentre certificada, esta Oficina Nacional entiende que la falta de certificación no configura causal de desestimación.

DICTAMEN ONC Nº 186/2015.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2015.

Referencias: Garantías. Pagaré. Formato. Certificación de firma inserta en pagaré. Falta de firma certificada. No configura causal de desestimación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre la validez del modelo de pagaré que se acompañó junto con los actuados.

Es dable mencionar que la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA (UAI) del INCUCAI había diseñado un modelo de pagaré y recomendado su uso para aquellos casos en que los proveedores decidiesen presentar este instrumento como garantía.

En relación con ello se consultó: a) Si es válido requerir el formato de pagaré confeccionado por la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA (UAI) del INCUCAI; b) Si es posible admitir un pagaré cuya firma se encuentre certificada ante una entidad bancaria, frente a la exigencia del órgano de contralor interno del INCUCAI, respecto a que la firma del pagaré sea certificada por un notario.

Normativa examinada:

- Artículos 35 y 101 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Artículos 5, 101, 102, 103 del Decreto Ley Nº 5.965/63.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Para que un documento sea considerado un pagaré, debe cumplimentar los requisitos esenciales preceptuados en el artículo 101 del Decreto Ley Nº 5.965/63. Si bien no existe una formula sacramental para la redacción de un pagaré, el mismo debe contener todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable, toda vez que la falta de alguno de ellos importa la inhabilidad del documento, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 102 de la referida norma.

II) El Decreto Ley en cuestión nada establece respecto a la forma en que debe ser presentado el instrumento para ser considerado un pagaré, razón por la cual, en tanto se encuentren satisfechos los extremos reseñados *ut supra*, el documento podría ser válidamente presentado en cualquier tipo de hoja y formato.

III) En lo referente a la exigencia propiciada por la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del INCUCAI referida a que la firma inserta en el pagaré debe estar certificada, ya sea por un escribano público o una entidad bancaria, no se encuentra dentro de los requisitos que debe contener un documento para ser considerado pagaré, de acuerdo a lo normado por la legislación vigente. En efecto, de acuerdo a la normativa regulatoria de la letra de cambio y pagaré, la exigencia de certificación de la firma inserta en el título no se encuentra dentro de los requisitos establecidos en el artículo 101 del Decreto 5.965/63 para que un documento sea considerado pagaré y en consecuencia tenga plena validez.

IV) No hay reparos que oponer al formato de pagaré acompañado en autos, con la salvedad de que no hay una exigencia normativa que establezca que la firma inserta en un pagaré que se ofrezca como garantía en un procedimiento de selección deba estar certificada, ya sea mediante escribano público o a través de una entidad bancaria, toda vez que dicho requisito no se encuentra previsto en el Decreto Ley Nº 5.965/63 así como tampoco el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) La falta de certificación de la firma inserta en el pagaré que se presente como garantía en un procedimiento de selección no configura una causal de desestimación de oferta.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de enero de 2018.

Referencias/voces: Subsanación de garantía constituida mediante pagaré por una suma superior a la permitida.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación al defecto advertido en la forma de presentación de la garantía de mantenimiento de oferta por parte de la firma MECANO GANADERO S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 14/17 del registro de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 17 y 31 del Decreto Delegado 1023/01.
- Artículos 28, 66 inciso k), 67, 78 y 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 13, 39 inciso g) y 40 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En tanto la firma MECANO GANADERO S.A. ofertó por la suma de PESOS TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL TRESCIENTOS CATORCE CON VEINTITRES CENTAVOS ($ 32.510.314,23.-), sin que se configure ninguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resultaba meridianamente clara su obligación de acompañar junto con su propuesta la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. Esto último se encuentra acreditado y está fuera de discusión: La sociedad comercial de que se trata acompañó junto con su oferta un pagaré sin protesto por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-).

II) La verificación de dicho extremo resulta relevante, en la medida de lo contrario resultaría de inexcusable aplicación la causal de desestimación de ofertas –sin posibilidad de subsanación– contemplada en el artículo 66 inciso k) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

III) El medio elegido por el proveedor MECANO GANADERO S.A. para constituir la garantía de mantenimiento de su oferta –pagaré– se encuentra en riña con lo establecido en el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en tanto esta última norma establece, interpretada a contrario sensu, que no podrá afianzarse mediante pagaré cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda –en este caso el 5% de la oferta– supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260 M), que en la actualidad representa el importe de PESOS DOSCIENTOS SESENTA MIL ($ 260.000,00.-). De tal suerte en la medida en que el guarismo resultante de aplicar el CINCO POR CIENTO (5%) al monto ofertado por MECANO GANADERO S.A. excede con creces el límite cuantitativo previamente mencionado, resulta necesario dilucidar si se trata de un defecto subsanable o no subsanable, en los términos de los artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

IV) Resulta ilustrativo remarcar la diferencia sustancial que puede apreciarse en la redacción del artículo 66 inciso k) del cuerpo reglamentario actualmente vigente, si se la compara con lo que establecía el artículo 84 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. En efecto, esta última norma estipulaba: *"…Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: d) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.".*

V) El actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta "en forma indebida". Se trata de un cambio de criterio en el "legislador".

VI) Si bien es cierto que en pretéritas intervenciones esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" debía entenderse en el sentido de que la misma fuera constituida mediante alguno de los medios autorizados, pero también implicaba que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida conforme la regulación específica para cada caso (v. Dictamen ONC Nº 36/2016, entre otros), no lo es menos que la norma tenida en cuenta a la hora de emitir tal pronunciamiento ya no se encuentra vigente, lo cual conlleva un cambio sustancial a la luz de la actual reglamentación.

VII) Resulta oportuno recordar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: 1) Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014). El límite es la imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); 2) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); 3) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014 y 66/2015).

VIII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial. Desde esa óptica, esta Oficina ha exhortado a evitar actitudes formalistas y, por el contrario, centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta, señalando que la verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, en tanto revisten naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas (v. Dictamen ONC Nº 58/2016).

IX) El razonamiento jurídico se ha orientado, de este modo, hacia la conclusión de que, en rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

X) Ya se indicado que el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta "en forma indebida", pero ello no significa –en modo alguno– que no se requiera el cumplimiento de formalidades en cuanto a la presentación de las garantías, sino que se buscó receptar en el nuevo reglamento, en cuanto concierne al tema que nos ocupa, el criterio vertido por este Órgano Rector en diversos dictámenes: esto es, la posibilidad de subsanar cuestiones meramente formales no esenciales.

XI) Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan eventualmente presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantía, susceptibles de ser calificados como "sustanciales" y, en consecuencia, insusceptibles de ser subsanados.

XII) en el caso concreto traído a estudio, el hecho de que el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establezca que las garantías "podrán" constituirse con pagarés a la vista cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda no supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260M), no debe ser interpretado como un valladar a su subsanación, esto es, al extremo de concebir que toda garantía que fuere constituida mediante pagaré por encima de ese monto deba necesariamente ser rechazada sin posibilidad de subsanación, por cuanto el actual Reglamento de Contrataciones en su artículo 66 no lo prevé como una causal de desestimación no subsanable, y todo aquello que no esté expresamente previsto en dicho artículo debe –en principio– ser considerado subsanable, por aplicación del principio general. Máxime si se repara en que la garantía de mantenimiento de la oferta tiene carácter accesorio, cuyo objeto es asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el pliego de bases y condiciones particulares y sus eventuales prórrogas, por ello es que los defectos de forma que pudiera presentar, en principio, deben ser susceptibles de subsanación.

XIII) No debe perderse de vista que un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

XIV) Por todo lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que la constitución de la garantía de mantenimiento de oferta mediante pagaré por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-), configura un error susceptible de subsanación.

Por consiguiente, a criterio de este Órgano Rector nada impediría que se intime a la sociedad MECANO GANADERO S.A. a su subsanación, en la medida en que tal proceder no configura una ventaja para el oferente ni altera la sustancia de su oferta.

GARANTÍAS – FORMAS – PÓLIZA/SEGURO DE CAUCIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 15/2016.

Fecha de emisión: 3 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Garantía de cumplimiento de Contrato. Devolución. Incumplimiento de contrato. Cancelación de la penalidad por parte de la compañía de seguros emisora de la póliza. Pago por subrogación. Devolución a persona no prevista en el reglamento de contrataciones.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión respecto del requerimiento formulado por la firma PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A., a fin de que la Tesorería jurisdiccional de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN procediese a devolver la póliza de seguro de caución Nº 219.301 emitida a solicitud del proveedor César FRANCIA, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 1/2014.

Normativa examinada:

- Artículos 5, 104 y 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 914, 918 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo…"* (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

II) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la

garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

DICTAMEN ONC Nº 39/2016.

Fecha de emisión: 18 de abril de 2016.

Referencias/voces: Causales de desestimación. Garantía constituida en debida forma. Deficiencias formales. Principio de concurrencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que precise el alcance de la expresión "no se lo hiciera en la forma debida" contenido en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, aduciendo su necesidad de "fijar un criterio rector en lo que respecta al tema de las causales no subsanables, específicamente en el asunto de las pólizas y de aquellas causales de subsanación permitidas en los términos el artículo 85…".

Normativa examinada:

- Artículos 17, 31 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 84 inciso d), 85 y 101 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Sentado el marco jurídico aplicable, corresponde abocarnos al análisis de la consulta enunciada por el organismo girante tendiente a determinar si es subsanable, en los términos establecidos en el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, el error cometido por determinados oferentes quienes frente a los pliegos de bases y condiciones particulares que requieren que las garantías de mantenimiento de oferta constituidas a través de pólizas de caución respeten la jurisdicción de los Tribunales Federales en el Fuero Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de Córdoba, acompañan pólizas de caución que contienen una cláusula que indica que se renuncia a todo otro fuero que no sean los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Córdoba.

II) Los tipos de garantías contenidos en el aludido artículo 101 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 deben ser constituidos dando estricto cumplimiento a los requisitos formales que prevén las normas específicas que regulan cada uno de ellos. Dicho extremo es el que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida.

III) A criterio de esta Oficina Nacional, la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

IV) Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones pasibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, susceptibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Dicho esto, siendo que el supuesto enviado a consulta no se corresponde con un requisito formal de la póliza de caución en sí misma, corresponde expedirse sobre la posibilidad de subsanar dicha cuestión en los términos previstos en el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VI) En principio, resulta oportuno manifestar que la posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes. Sin perjuicio de ello, esta posibilidad de subsanación posterior debe encontrar un límite, entendiendo como tal la alteración de la esencia misma de la oferta ya sea para mejorarla y/o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes.

VII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazadas por aclaraciones oportunas y actos de subsanación en pos de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles. Es decir, debe darse la oportunidad de subsanar toda deficiencia que no haga a la esencia de la oferta. Esta subsanación permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el citado artículo 17 del Decreto Delegado N° 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, teniendo como límite los principios de igualdad y transparencia.

VIII) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene como limitación la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos sustanciales, entendiendo como tales al precio, a las condiciones de pago y a la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante.

IX) Autorizada doctrina tiene dicho que: *"El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, el proyecto constructivo si se tratara de una obra, etc.; en general, quedaría alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente…"* (DIEZ, Horacio. *"La*

inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado", en Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, 2007. Pág. 58).

X) Intimar al eventual oferente a subsanar el error incurrido al señalar incorrectamente los tribunales competentes para intervenir en caso de conflicto, no implicaría otorgar a este la posibilidad de modificar sustancialmente su oferta en desmedro de otros participantes.

XI) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (Dictamen ONC Nº 157/2014).

XII) En virtud de las consideraciones desarrolladas en el acápite anterior, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en el supuesto planteado por el organismo girante sería procedente la subsanación de la deficiencia, por tratarse de una cuestión intrascendente que en modo alguno alterara la esencia de la oferta.

DICTAMEN ONC Nº 58/16.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas. Principios generales. Póliza de caución. Requisitos forma debida. Error en la CUIT del organismo contratante es subsanable.

Antecedentes:

Cabe destacar que el proveedor TIUM PUNCO S.A. presentó una oferta en la Licitación Pública Nº 128/14 habiendo cotizado para el Renglón N° 1 la suma total de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL ($ 1.395.000,00.-). Asimismo, constituyó como garantía de mantenimiento de oferta una póliza de caución por la suma de PESOS SETENTA MIL ($ 70.000,00.-).

De la lectura de la Póliza de Caución Nº 1276917 se desprendía que en calidad de "asegurado/beneficiario" se consignó: "MINISTERIO DE DESARROLLO CUIT N° 30-71411493-6", constatándose luego que la CUIT del entonces MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL era otra.

La problemática que aquí se ventiló giró en torno a dilucidar si el defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea, correspondiente a una sociedad comercial–, resultaba subsumible dentro de las previsiones del artículo 84 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 (causal de desestimación no subsanable) o si, por el contrario, debió encuadrarse en el artículo 85 del citado cuerpo reglamentario (causales de desestimación subsanables).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación con el defecto advertido en la Póliza de Seguro de Caución Nº 1276917, extendida por la compañía ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. y acompañada por la firma TIUM PUNCO S.A. junto con la oferta presentada en la Licitación Pública Nº 128/14 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 84 inciso d), 85 y 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418.
- Artículo 25 de la Ley N° 20.091.
- Resolución SSN Nº 17.047/82.
- Artículo 25 de la Resolución SSN N° 38.708/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo…"* (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

II) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

III) Habiendo delineado la finalidad y las partes intervinientes en un seguro de caución, resta definir cuáles son los requisitos que deben reunir las respectivas pólizas, extremo que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuere insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto concreto.

IV) Esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

V) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa TIUM PUNCO S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia.

VI) El artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418 establece en cuanto a las pólizas: *"El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza.".* Reafirmando lo anteriormente expuesto, la Ley de Entidades de Seguros y su Control N° 20.091, en su artículo 25 prevé que el texto de las pólizas debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 17.418.

VII) Por Resolución SSN Nº 17.047/82 fueron oportunamente reguladas las condiciones básicas que deberán reunir las pólizas de seguro de caución, mientras que el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Reglamento de la Ley Nº 20.091), aprobado por Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 38.708/2014 regula en su artículo 25 el contenido de las pólizas, resultando pertinente traer a colación lo siguiente: *"…25.1.1 Sin perjuicio de la previa autorización por esta SSN de los planes, cláusulas y demás elementos técnicos-contractuales aplicables a las coberturas de los distintos ramos, el asegurador debe entregar al tomador y/o asegurado una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible: La póliza debe contener, como mínimo, los siguientes elementos: 25.1.1.1 Un frente de póliza con membrete de la aseguradora conteniendo, como mínimo, los siguientes datos: a) Lugar y Fecha de emisión; b) Nombres, CUIT, CUIL o DNI y domicilios de las partes contratantes...".*

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el número de CUIT del beneficiario/asegurado resulta ser un dato exigible en las pólizas de caución. Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, pasibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Deberán examinarse, entonces, los principios generales en los que abrevan las normas en juego, en pos de clarificar los alcances de la posibilidad de subsanar defectos formales. Tales principios, que constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y

representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

X) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XI) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XII) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros). Bajo este prisma, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias.

XIII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XIV) Ahora bien, la posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XV) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XVI) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones,

debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XVII) A todo lo expuesto cabe agregar que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […] *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XVIII) Es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XIX) En rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

XX) El criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, pero este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss).

XXI) Resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma

complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); III. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); IV. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015).

XXII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014). En efecto, definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010).

XXIII) Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas. Dicho en otros términos, al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá meritar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXIV) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial y no subsanable lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXV) Esta Oficina Nacional entiende que, de haberse posibilitado la subsanación del defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea–, no se hubiera visto alterada la sustancia de la oferta. Asimismo, de haberse permitido dicha subsanación, no se advierte en qué medida el proveedor pudo haber tomado una ventaja respecto de los demás oferentes.

XXVI) Por otra parte, si bien la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL opinó en su Dictamen Nº 394142/15 que la indicación precisa del asegurado en una póliza de seguro de caución es un requisito esencial del contrato, cierto es que, más allá del error en el número de CUIT, todos los demás datos de la póliza eran correctos y a juzgar por los informes obrantes en autos, ni siquiera puede aseverarse en forma categórica que la deficiencia en cuestión afectó la exigibilidad de la obligación asumida por la compañía aseguradora ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Máxime, teniendo en consideración el endoso o "Suplemento Adicional 01" de la póliza Nº 1276917, en cuyo marco la ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. dejó constancia que, pese al error en la CUIT del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, las restantes condiciones de la póliza permanecen sin alteración.

XXVII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas y principios reseñados en el Acápite IV del presente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que el error en la CUIT consignado en la póliza de caución presentada por el proveedor TIUMPUNCO S.A. debe interpretarse como "subsanable", en los términos de los artículos 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No debe perderse de vista que un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

GARANTÍAS (SUBSANACIÓN).

DICTAMEN ONC Nº 58/16.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas. Principios generales. Póliza de caución. Requisitos forma debida. Error en la CUIT del organismo contratante es subsanable.

Antecedentes:

Cabe destacar que el proveedor TIUM PUNCO S.A. presentó una oferta en la Licitación Pública Nº 128/14 habiendo cotizado para el Renglón N° 1 la suma total de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL ($ 1.395.000,00.-). Asimismo, constituyó como garantía de mantenimiento de oferta una póliza de caución por la suma de PESOS SETENTA MIL ($ 70.000,00.-).

De la lectura de la Póliza de Caución Nº 1276917 se desprendía que en calidad de "asegurado/beneficiario" se consignó: "MINISTERIO DE DESARROLLO CUIT N° 30-71411493-6", constatándose luego que la CUIT del entonces MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL era otra.

La problemática que aquí se ventiló giró en torno a dilucidar si el defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea, correspondiente a una sociedad comercial–, resultaba subsumible dentro de las previsiones del artículo 84 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 (causal de desestimación no subsanable) o si, por el contrario, debió encuadrarse en el artículo 85 del citado cuerpo reglamentario (causales de desestimación subsanables).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación con el defecto advertido en la Póliza de Seguro de Caución Nº 1276917, extendida por la compañía ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. y acompañada por la firma TIUM PUNCO S.A. junto con la oferta presentada en la Licitación Pública Nº 128/14 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 84 inciso d), 85 y 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418.
- Artículo 25 de la Ley N° 20.091.
- Resolución SSN Nº 17.047/82.
- Artículo 25 de la Resolución SSN N° 38.708/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el*

deudor mismo…" (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

II) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

III) Habiendo delineado la finalidad y las partes intervinientes en un seguro de caución, resta definir cuáles son los requisitos que deben reunir las respectivas pólizas, extremo que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuere insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto concreto.

IV) Esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

V) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa TIUM PUNCO S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia.

VI) El artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418 establece en cuanto a las pólizas: *"El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza."*. Reafirmando lo anteriormente expuesto, la Ley de Entidades de Seguros y su Control N° 20.091, en su artículo 25 prevé que el texto de las pólizas debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 17.418.

VII) Por Resolución SSN Nº 17.047/82 fueron oportunamente reguladas las condiciones básicas que deberán reunir las pólizas de seguro de caución, mientras que el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Reglamento de la Ley Nº 20.091), aprobado por Resolución

de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 38.708/2014 regula en su artículo 25 el contenido de las pólizas, resultando pertinente traer a colación lo siguiente: *"…25.1.1 Sin perjuicio de la previa autorización por esta SSN de los planes, cláusulas y demás elementos técnicos-contractuales aplicables a las coberturas de los distintos ramos, el asegurador debe entregar al tomador y/o asegurado una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible: La póliza debe contener, como mínimo, los siguientes elementos: 25.1.1.1 Un frente de póliza con membrete de la aseguradora conteniendo, como mínimo, los siguientes datos: a) Lugar y Fecha de emisión; b) Nombres, CUIT, CUIL o DNI y domicilios de las partes contratantes...".*

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el número de CUIT del beneficiario/asegurado resulta ser un dato exigible en las pólizas de caución. Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, pasibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Deberán examinarse, entonces, los principios generales en los que abrevan las normas en juego, en pos de clarificar los alcances de la posibilidad de subsanar defectos formales. Tales principios, que constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

X) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XI) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XII) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros). Bajo este prisma, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias.

XIII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XIV) Ahora bien, la posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XV) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XVI) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones, debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XVII) A todo lo expuesto cabe agregar que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […] *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XVIII) Es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XIX) En rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del

procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

XX) El criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, pero este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss).

XXI) Resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); III. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); IV. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015).

XXII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014). En efecto, definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010).

XXIII) Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas. Dicho en otros términos, al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá meritar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXIV) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial y no subsanable lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXV) Esta Oficina Nacional entiende que, de haberse posibilitado la subsanación del defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea–, no se hubiera visto alterada la sustancia de la oferta. Asimismo, de haberse permitido dicha subsanación, no se advierte en qué medida el proveedor pudo haber tomado una ventaja respecto de los demás oferentes.

XXVI) Por otra parte, si bien la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL opinó en su Dictamen Nº 394142/15 que la indicación precisa del asegurado en una póliza de seguro de caución es un requisito esencial del contrato, cierto es que, más allá del error en el número de CUIT, todos los demás datos de la póliza eran correctos y a juzgar por los informes obrantes en autos, ni siquiera puede aseverarse en forma categórica que la deficiencia en cuestión afectó la exigibilidad de la obligación asumida por la compañía aseguradora ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Máxime, teniendo en consideración el endoso o “Suplemento Adicional 01” de la póliza Nº 1276917, en cuyo marco la ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. dejó constancia que, pese al error en la CUIT del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, las restantes condiciones de la póliza permanecen sin alteración.

XXVII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas y principios reseñados en el Acápite IV del presente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que el error en la CUIT consignado en la póliza de caución presentada por el proveedor TIUMPUNCO S.A. debe interpretarse como “subsanable”, en los

términos de los artículos 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No debe perderse de vista que un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de enero de 2018.

Referencias/voces: Subsanación de garantía constituida mediante pagaré por una suma superior a la permitida.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación al defecto advertido en la forma de presentación de la garantía de mantenimiento de oferta por parte de la firma MECANO GANADERO S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 14/17 del registro de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 17 y 31 del Decreto Delegado 1023/01.
- Artículos 28, 66 inciso k), 67, 78 y 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 13, 39 inciso g) y 40 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En tanto la firma MECANO GANADERO S.A. ofertó por la suma de PESOS TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL TRESCIENTOS CATORCE CON VEINTITRES CENTAVOS ($ 32.510.314,23.-), sin que se configure ninguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resultaba meridianamente clara su obligación de acompañar junto con su propuesta la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. Esto último se encuentra acreditado y está fuera de discusión: La sociedad comercial de que se trata acompañó junto con su oferta un pagaré sin protesto por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-).

II) La verificación de dicho extremo resulta relevante, en la medida de lo contrario resultaría de inexcusable aplicación la causal de desestimación de ofertas –sin posibilidad de subsanación– contemplada en el artículo 66 inciso k) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

III) El medio elegido por el proveedor MECANO GANADERO S.A. para constituir la garantía de mantenimiento de su oferta –pagaré– se encuentra en riña con lo establecido en el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en tanto esta última

norma establece, interpretada a contrario sensu, que no podrá afianzarse mediante pagaré cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda –en este caso el 5% de la oferta– supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260 M), que en la actualidad representa el importe de PESOS DOSCIENTOS SESENTA MIL ($ 260.000,00.-). De tal suerte en la medida en que el guarismo resultante de aplicar el CINCO POR CIENTO (5%) al monto ofertado por MECANO GANADERO S.A. excede con creces el límite cuantitativo previamente mencionado, resulta necesario dilucidar si se trata de un defecto subsanable o no subsanable, en los términos de los artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

IV) Resulta ilustrativo remarcar la diferencia sustancial que puede apreciarse en la redacción del artículo 66 inciso k) del cuerpo reglamentario actualmente vigente, si se la compara con lo que establecía el artículo 84 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. En efecto, esta última norma estipulaba: *"…Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: d) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.".*

V) El actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta "en forma indebida". Se trata de un cambio de criterio en el "legislador".

VI) Si bien es cierto que en pretéritas intervenciones esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" debía entenderse en el sentido de que la misma fuera constituida mediante alguno de los medios autorizados, pero también implicaba que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida conforme la regulación específica para cada caso (v. Dictamen ONC Nº 36/2016, entre otros), no lo es menos que la norma tenida en cuenta a la hora de emitir tal pronunciamiento ya no se encuentra vigente, lo cual conlleva un cambio sustancial a la luz de la actual reglamentación.

VII) Resulta oportuno recordar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: 1) Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014). El límite es la imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); 2) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); 3) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad

de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014 y 66/2015).

VIII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial. Desde esa óptica, esta Oficina ha exhortado a evitar actitudes formalistas y, por el contrario, centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta, señalando que la verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, en tanto revisten naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas (v. Dictamen ONC Nº 58/2016).

IX) El razonamiento jurídico se ha orientado, de este modo, hacia la conclusión de que, en rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

X) Ya se indicado que el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta “en forma indebida”, pero ello no significa –en modo alguno– que no se requiera el cumplimiento de formalidades en cuanto a la presentación de las garantías, sino que se buscó receptar en el nuevo reglamento, en cuanto concierne al tema que nos ocupa, el criterio vertido por este Órgano Rector en diversos dictámenes: esto es, la posibilidad de subsanar cuestiones meramente formales no esenciales.

XI) Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan eventualmente presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantía, susceptibles de ser calificados como “sustanciales” y, en consecuencia, insusceptibles de ser subsanados.

XII) en el caso concreto traído a estudio, el hecho de que el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establezca que las garantías “podrán” constituirse con pagarés a la vista cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda no

supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260M), no debe ser interpretado como un valladar a su subsanación, esto es, al extremo de concebir que toda garantía que fuere constituida mediante pagaré por encima de ese monto deba necesariamente ser rechazada sin posibilidad de subsanación, por cuanto el actual Reglamento de Contrataciones en su artículo 66 no lo prevé como una causal de desestimación no subsanable, y todo aquello que no esté expresamente previsto en dicho artículo debe –en principio– ser considerado subsanable, por aplicación del principio general. Máxime si se repara en que la garantía de mantenimiento de la oferta tiene carácter accesorio, cuyo objeto es asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el pliego de bases y condiciones particulares y sus eventuales prórrogas, por ello es que los defectos de forma que pudiera presentar, en principio, deben ser susceptibles de subsanación.

XIII) No debe perderse de vista que un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

XIV) Por todo lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que la constitución de la garantía de mantenimiento de oferta mediante pagaré por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-), configura un error susceptible de subsanación. Por consiguiente, a criterio de este Órgano Rector nada impediría que se intime a la sociedad MECANO GANADERO S.A. a su subsanación, en la medida en que tal proceder no configura una ventaja para el oferente ni altera la sustancia de su oferta.

GARANTÍAS (SUSTITUCIÓN).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00870245-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 23 de agosto de 2016.

Referencias/voces: Garantía de mantenimiento de oferta. Sustitución de garantía constituida por encima del monto debido. Momento en que debe realizarse.

Antecedentes:

El proveedor WOOLAND S.R.L. presentó una oferta para la Licitación Pública Nº 31/14, cuyo acto de apertura tuvo lugar el día 21 de junio de 2016. Junto con su oferta, la firma en cuestión acompañó una garantía de mantenimiento de oferta constituida por el monto total ofertado.

Ahora bien, una vez advertida dicha circunstancia –presumiblemente acaecida por error–, el gerente de la sociedad comercial WOOLAND S.R.L. se apersonó con fecha 23 de junio de 2016 al organismo contratante a fin de solicitar la sustitución de la garantía de mantenimiento de oferta oportunamente presentada –equivalente al CIEN POR CIENTO (100%) del monto cotizado–, por otra que cubriría el CINCO POR CIENTO (5%) del total de la oferta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos: a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la sustitución, por parte del proveedor WOOLAND S.R.L., de la garantía de mantenimiento de oferta oportunamente constituida por encima del porcentaje estipulado en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en el marco de la Licitación Pública Nº 31/14 del registro de SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL; b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de la sustitución de la referida garantía, la misma debía realizarse durante el período de vista de las actuaciones o bien durante el período de evaluación de las ofertas, etapa en la que el expediente de marras se encuentra en la Comisión Evaluadora.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 31 del Decreto Delegado 1023/01.
- Artículos 70, inciso h) apartado 1º, 76, 79, 84, 85, 100, 101 y 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se encuentra establecida en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta como parte integrante de la misma o la constancia de haberla constituido, salvo los casos en que no correspondiere su presentación. Los oferentes deberán constituir garantías de mantenimiento de la oferta por el CINCO POR CIENTO (5%) del monto total ofertado.

II) La garantía de mantenimiento de la oferta tiene como finalidad principal la seriedad de la presentación de la oferta y su mantenimiento (REGAZZONI, Carlos Javier – Director–. *Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada y concordada*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015. Pág. 27).

III) La garantía de mantenimiento de la oferta tiene por objeto asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el pliego de bases y condiciones particulares y sus eventuales prórrogas. Ello es así, dado el carácter accesorio que posee la garantía.

IV) Cuando la Administración contrata lo hace utilizando recursos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. No deben perderse de vista aquí los daños que el retiro intempestivo de una oferta o el incumplimiento contractual pueden irrogar al Estado, tanto por los intereses insatisfechos de la comunidad, como por la pérdida de tiempo y costos de agentes afectados al procedimiento de contratación de que se trate.

V) La presentación de esta garantía configura un requisito de admisión al procedimiento de selección del contratista estatal, debiendo ser acompañada por el oferente junto con su propuesta. A su vez, esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía “en la forma debida” debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también

implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

VI) Ante una presentación defectuosa, la normativa vigente contiene herramientas habilitantes para requerir su subsanación, en determinados supuestos. En efecto, los artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecen las pautas para la desestimación de las ofertas, clasificando las causales que en ellos se enumeran en "subsanables" y "no subsanables".

VII) Más precisamente, el artículo 84 regula las causales de desestimación no subsanables, contemplando en su inciso d) el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto. Como contrapartida, el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 reglamenta el principio general de la subsanación establecido en el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VIII) El organismo contratante no manifiesta cuestionamiento alguno en relación al medio seleccionado por la sociedad comercial oferente ni en relación con los recaudos formales exigidos por la regulación específica para la forma de garantía elegida, en virtud de lo cual se infiere que tanto el medio escogido por la firma en cuestión como los recaudos formales exigidos se encuentran dentro de lo dispuesto por la reglamentación vigente. Como consecuencia de ello, es dable suponer que la garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa WOOLAND S.R.L. fue constituida en tiempo oportuno y en legal forma.

IX) Aclarado lo anterior, corresponde entonces esclarecer con precisión si el presunto error o equívoco en el que incurrió el proveedor WOOLAND S.R.L. –al haber presentado una garantía constituida por el total de la oferta– puede ser considerado, en sentido estricto, un "vicio" o "defecto" pasible de subsanación o no.

X) La interpretación teleológica consiste en atribuir significado a una norma atendiendo a la finalidad del precepto, lo cual supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma (v. ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. Métodos de Interpretación Jurídica. Págs. 48 y ss. El artículo puede consultarse online en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/.../cnt4.pdf). En este orden de ideas, el hecho de que el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establezca que la garantía de mantenimiento de la oferta debe ser constituida por el CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la oferta, no puede ser interpretado en forma literal al extremo de concebir absurdamente que toda garantía de esta clase que fuere constituida por un monto mayor al que correspondería calculando el porcentaje exacto previsto en la norma debe necesariamente reputarse, por ese solo hecho, defectuosa.

XI) Por el contrario, si la finalidad perseguida mediante la exigencia de una garantía de mantenimiento de oferta es evitar –esencialmente– que la Administración quede desamparada ante el retiro intempestivo de la propuesta o frente a la configuración de responsabilidad precontractual del cotizante, forzoso es admitir que la presentación de una garantía constituida por el CIEN POR CIENTO (100%) del monto cotizado –como sucede en el caso objeto de consulta–

representa una circunstancia que lejos de vulnerar los fines perseguidos por la normativa, los refuerza y ninguna ventaja comparativa obtiene quien así proceda.

XII) Abona este razonamiento la literalidad del propio inciso d) del artículo 84 del Reglamento, en tanto regula los supuestos de "insuficiencia" de la garantía. Muy distinto sería si dicho precepto estableciera como causal de desestimación no subsanable cualquier "variación" o "diferencia" en más de un diez por ciento (10%) del monto correcto, dado que de haberse reglamentado así, también quedarían comprendidos los casos como el presente, donde la variación o diferencia es en más de lo debido.

XIII) El interés público resulta ser el standard de interpretación de toda relación jurídico-administrativa, (v. CANDA, Fabián O. *La suspensión de los efectos del acto administrativo: Medida cautelar por excelencia del procedimiento administrativo* en TAWIL, Guido S. (Director) *Procedimiento Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 327). Desde esa óptica parece claro que el interés público comprometido en la contratación de marras no se encuentra afectado por el hecho de que el proveedor WOOLAND S.R.L. haya constituido la garantía de mantenimiento de oferta por el valor total del precio ofertado, ello en virtud de que el accionar del proveedor oferente no comporta perjuicio alguno a la Administración Pública Nacional, ni a la finalidad perseguida mediante la presente contratación.

XIV) En otro orden de cosas, tampoco se advierte una afectación a los principios de igualdad, competencia y concurrencia recogidos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XV) Esta Oficina Nacional opina, por consiguiente, que no estaríamos frente a un defecto y/o vicio en la garantía de mantenimiento de la oferta, por cuanto su constitución por un importe superior al mínimo establecido por el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 en nada afecta su esencia ni los fines públicos que motivaron la regulación de dicho requisito. Sin embargo, una garantía de mantenimiento de oferta constituida por el valor total del precio ofertado sí representa una circunstancia susceptible de ocasionarle un perjuicio innecesario al proveedor. Siendo ello así, resta dilucidar si resulta jurídicamente viable aceptar la sustitución propuesta.

XVI) En principio, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 carece de un artículo que regule acabadamente la figura de la sustitución de garantía, sin perjuicio de recoger la postura según la cual, en aquellos supuestos en que la garantía de mantenimiento de la oferta no haya sido integrada por el monto correspondiente, siempre que la discrepancia no sea sustancial, la Administración debe otorgar un plazo para subsanar o integrar la diferencia. Desde otro vértice, el inciso e) del artículo 101 prevé tangencialmente que: *"…La jurisdicción o entidad contratante deberá solicitar al oferente o adjudicatario la sustitución de la compañía de seguros, cuando durante el transcurso del procedimiento o la ejecución del contrato la aseguradora originaria deje de cumplir los requisitos que se hubieran requerido…".*

XVII) Un supuesto en que la sustitución de la póliza de caución se torna exigible en pos de –valga la reiteración– no dejar desguarnecida a la Administración ante un cambio sobreviniente en la calificación de la compañía aseguradora, susceptible de dificultar y/o impedir su cobro frente a un eventual incumplimiento por parte del proveedor. Nótese que, por el

contrario, al reglamentar los supuestos de devolución de garantías a pedido de parte, el artículo 106 habilita a los interesados a solicitar la sustitución parcial de las mismas, en los términos allí contemplados, a fin de ajustar la nueva garantía a los valores resultantes de la parte no cumplida del contrato. Tutela, en consecuencia, el interés del particular, quien de otro modo se vería obligado –pese a haber satisfecho de conformidad buena parte del contrato– a garantizar su cumplimiento total hasta el final de la ejecución contractual, lo cual podría configurar un costo en exceso, susceptible de ser trasladado a las cotizaciones.

XVIII) Ahora bien, resulta a todas luces obvio que la plataforma fáctica en la que se sustenta la presente consulta no se ajusta con exactitud al supuesto regulado por el referido artículo 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En efecto, el caso sometido a consideración de este Órgano Rector no configura un supuesto de cumplimiento parcial del contrato a satisfacción de la jurisdicción contratante, por lo cual no resulta directamente subsumible en el artículo 106 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ya que regula la devolución parcial de las garantías en proporción a la parte ya cumplida del contrato y no otros supuestos.

XIX) Empero, a la luz de los principios en los que abreva dicha norma –entre los cuales pueden citarse los de razonabilidad y eficiencia– esta Oficina Nacional es de la opinión que en este caso concreto nada obsta a su aplicación por analogía, haciendo extensiva al caso de marras la solución brindada por el citado precepto normativo.

XX) A criterio de este Órgano Rector nada impediría la sustitución de una garantía por otra, en la medida en que no se configure una ventaja para el oferente y se resguarden los fines perseguidos por las garantías, para lo cual deberán quedar adecuadamente acreditados en las respectivas actuaciones, como mínimo, los siguientes requisitos: 1. Que la garantía “originaria” objeto de sustitución haya sido debidamente constituida al inicio y acompañada por el oferente junto con su propuesta antes del plazo máximo fijado por el organismo convocante para la presentación de ofertas; 2. Que no quede un interregno, intervalo o lapso intermedio sin cobertura de ninguna garantía.

XXI) Determinada la posibilidad de sustituir –bajo ciertos recaudos– la garantía de mantenimiento de oferta presentada por el proveedor WOOLAND S.R.L., resta pronunciarse respecto del momento en que dicha sustitución debería tener lugar.

XXII) En este caso concreto el período de evaluación de las ofertas resulta ser la única etapa posible dentro del procedimiento de selección en la cual el oferente WOOLAND S.R.L. podría realizar la sustitución de la garantía de mantenimiento de oferta, toda vez que el plazo de vista de las actuaciones se encuentra perimido.

XXIII) Una vez operada la sustitución, corresponderá a la Comisión Evaluadora expedirse respecto de la admisibilidad de la garantía “sustituta” en oportunidad de evaluar la oferta de que se trate; y llegado el caso, serán de aplicación las previsiones de los artículos 84, inciso d) u 85, según corresponda.

HABILIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 938/2012.

Fecha de emisión: 3 de octubre de 2012.

Referencias: Habilidad para contratar de las personas jurídicas cuando sus directivos y/o accionistas se encuentren procesados por delitos contra la Administración Pública Nacional. Inhabilidad para contratar. Artículo 28 inciso e) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva interpretar los efectos que las medidas judiciales decretadas en la causa penal "ORDUNA, HERNÁN DARÍO Y OTROS s/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO" podían tener en relación a la habilidad para contratar con la Administración Pública Nacional respecto de las empresas PUNTO BAIRES S.A., AVR S.R.L. y CONGRESS CITY S.R.L, ello a la luz de lo normado en los artículos 27 y 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Puntualmente, se requería que la Oficina Nacional se expida sobre la eventual inhabilidad para contratar con el Estado Nacional de las personas jurídicas mencionadas en el párrafo precedente, toda vez que directivos y/o accionistas de dichas firmas se encontraban procesados por delitos contra la Administración Pública Nacional, quedando incursos en la causal de inhabilidad prevista en el inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

En la aludida causa se dictó el procesamiento sin prisión preventiva de diversos funcionarios del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO y de los particulares integrantes de las empresas involucradas, señores DIEGO DE ELÍAS (DNI 14.486.647), CARLOS FABIÁN GONZÁLEZ (DNI 22.589.570) y EDGARDO PELLIZA (DNI 17.366.902), en orden al delito de fraude en perjuicio de una administración pública (artículo 174, inciso 5º del CPN).

En este caso se procuró dilucidar si la finalidad perseguida por el legislador al incorporar en la ley de sociedades comerciales la teoría del corrimiento del velo societario (a saber, evitar que se utilice a las personas jurídicas como un mero recurso instrumental para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros) tornaba imperativo hacer extensiva la inhabilidad para contratar con el Estado Nacional de determinas personas físicas a las firmas PUNTO BAIRES S.A., AVR S.R.L. y CONGRESS CITY S.R.L, con el fin de evitar que se las utilice como instrumentos para eludir la inhabilidad de la que adolecían los señores De Elías, González y Pelliza, respectivamente.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2 y 54 de la Ley Nº Nº 19.550.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los señores DIEGO DE ELÍAS (DNI 14.486.647), CARLOS FABIÁN GONZÁLEZ (DNI 22.589.570) y EDGARDO PELLIZA (DNI 17.366.902) se encuentran incursos en la causal de

inhabilidad para contratar con la Administración Nacional prevista en el artículo 28, inciso e) del Decreto Delegado Nº 1023/2001. Resta dilucidar si correspondería hacer extensiva la inhabilitación en cuestión a las firmas PUNTO BAIRES S.A., AVR S.R.L. y CONGRESS CITY S.R.L, en la medida en que los señores González, Pelliza y De Elías integran dichas personas jurídicas en calidad de socios y/o directivos, según el caso.

II) Ninguna duda cabe respecto a que la Ley Nº 19.550 reconoce a las sociedades comerciales –en particular a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada– la calidad de sujetos de derecho, es decir, que su personalidad se distingue de las personas físicas que las integran y/o dirigen.

III) Al reconocer la ley Nº 19.550 el carácter de sujeto de derecho a una sociedad comercial, la considera como una persona diferente a la de sus miembros, de manera tal que los derechos y obligaciones que aquella adquiera son imputados a la propia sociedad y no a cada uno de sus integrantes ni a todos ellos. La persona jurídica posee una personalidad diferente e independiente de las personas físicas que le han dado nacimiento, con las cuales no se confunde. Constituyen consecuencias de la distinción entre la sociedad y sus miembros: 1) Distinta personalidad 2) Distinto patrimonio 3) Distinta responsabilidad.

IV) La personalidad jurídica propia y diferenciada de las sociedades comerciales constituye una herramienta jurídica vital para el desarrollo económico del mundo moderno. Esto, sin perjuicio de reconocerles un carácter meramente instrumental, otorgado por el legislador cuando –y en la medida que– de tal reconocimiento se derivan beneficios para el tráfico mercantil.

V) La personalidad de las sociedades puede, en determinados casos, confundirse con la de las personas físicas que la integran y/o dirigen, especialmente en los casos en que se produce el "enmascaramiento" de una persona física detrás de una sociedad comercial, haciendo uso desviado del reconocimiento del carácter de sujeto de derecho otorgado por el legislador a dichas entidades. Así, el artículo 54, *in fine*, de la ley Nº 19.550 dispone: *"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".*

VI) El citado artículo, bajo el título de "Inoponibilidad de la persona jurídica", complementa el principio general establecido en el artículo 2º de dicho cuerpo normativo, constituyendo además una aplicación específica de la normativa general relacionada con la simulación de los actos jurídicos y el abuso del derecho, buscando ser un justo correctivo frente a supuestos en que, mediante un uso ilegítimo del recurso de la personalidad jurídica, se concretan maniobras en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

VII) La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley, en tanto no se violen las reglas superiores del ordenamiento jurídico. Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aún, simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. Tratase de un recurso excepcional, que debe quedar limitado a casos

concretos, cuando a través de la personalidad jurídica se han buscado y logrado fines contrarios a la ley, y queda configurado un abuso de la personalidad jurídica de tal entidad, que pueda llevar al resultado de equiparar a la sociedad con los socios (CNCom, Sala A, 24/3/00 "Mayeutica SRL c/ Entrepreneur SA s/ Sumario).

VIII) En materia de derecho administrativo, no puede dejar de citarse el caso de la sociedad "Marcos Pechernik S.A." de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del año 1967, que denegó la inscripción en el Registro de Proveedores del Estado a la referida sociedad que había sido constituida después de haber sido eliminado de tal registro a su presidente y controlante, Marcos Pechernik (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, abril 25 de 1967, en autos "Marcos Pechernik y Marcos Pechernik SACIFI". ED, 19-741).

IX) La plataforma fáctica de los sucesos sustanciados en el marco de la causa "Orduna, Hernán Darío y otros s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público" da cuenta de un proceder ilícito en claro perjuicio para la Administración Pública Nacional y en detrimento de derechos de otros oferentes. Del auto de procesamiento se traslucen, con meridiana claridad, las diversas maniobras espurias empleadas por los señores González, Pelliza y De Elías al amparo del andamiaje societario inherente a las firmas que integran (González y Pelliza en calidad de socios de CONGRESS CITY S.R.L. y AVR S.R.L., respectivamente, y De Elías en carácter de presidente del directorio de PUNTO BAIRES S.A.) todo ello a fin de simular una concurrencia y compulsa ficticia en el marco de un procedimiento de selección llevado a cabo por una repartición estatal, concretándose en consecuencia un perjuicio al erario público.

X) Resulta a todas luces evidente que en este caso las sociedades de que se trata pasaron a revestir el carácter de mero recurso técnico instrumental al servicio del fraude para la consecución de maniobras ilegítimas. Cuadra resaltar que los presuntos delitos cometidos por los señores DE ELÍAS, GONZÁLEZ y PELLIZA en perjuicio de la Administración Pública fueron perpetrados desde el rol y/o posición que cada cual ocupaba en los entes societarios en cuestión.

XI) Si bien asiste razón al señor Coordinador de Investigaciones de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, en cuanto advierte que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no se encuentra prevista en el Código Penal, ello en nada obsta a la aplicación extensiva o por añadidura de la causal de inhabilidad para contratar prevista en el inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XII) En consecuencia, resulta lícito ignorar el carácter de sujetos de derecho diferenciado de las personas físicas que la integran, haciendo extensiva a las personas jurídicas la inhabilidad que pesa sobre quienes en definitiva conforman la voluntad del ente o bien se benefician con su utilización para fines no queridos por la ley.

XIII) La causal de inhabilidad prevista en el inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 que alcanza a los señores DIEGO DE ELÍAS (DNI 14.486.647), CARLOS FABIÁN GONZÁLEZ (DNI 22.589.570) y EDGARDO PELLIZA (DNI 17.366.902) resulta de aplicación extensiva a las firmas PUNTO BAIRES S.A. (CUIT 30-71127906-3), AVR S.R.L. (CUIT 30-67774153-4) y CONGRESS CITY S.R.L. (CUIT 30-71135366-2). La conclusión contraria llevaría necesariamente a la disvaliosa consecuencia de "avalar" un modo de sortear la inhabilidad

prevista en el inciso e) de su artículo 28, desvirtuando en consecuencia los fines perseguidos por el Decreto Delegado Nº 1023/01 y por la propia ley de sociedades comerciales en su artículo 54*, in fine*, todo ello, en palmaria contradicción con principios generales del ordenamiento jurídico tales como la buena fe y el ejercicio regular de los derechos.

DICTAMEN ONC Nº 9/2013.

Fecha de emisión: 14 de enero de 2013.

Referencias: Habilidad para contratar. Proveedor penalizado sin sanción vigente por parte de la ONC.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta Oficina Nacional a efectos de dictaminar si existía óbice legal para la admisibilidad de la oferta presentada por la firma HISPAN S.A. en el marco de la licitación pública Nº 17/2012 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, teniendo en consideración la existencia de un procedimiento sancionatorio en trámite.

Al respecto, es dable mencionar que el 21 de agosto de 2012 se llevó a cabo el acto de apertura de ofertas correspondiente a la Licitación Pública Nº 17/2012 con el objeto de contratar el servicio de elaboración y distribución de comidas para los DEPARTAMENTOS ESCUELA DE CADETES y SUBOFICIALES Y AGENTES de esa fuerza.

Para dicho acto fueron recibidas diversas ofertas, entre ellas la de la firma HISPAN S.A., respecto de la cual se encontraban tramitando ante el Órgano Rector los antecedentes de penalidades aplicadas a dicho proveedor en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2008 del registro de la PFA.

Normativa examinada:

- Artículo 28, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En los términos del artículo 28, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 no podrán contratar con la Administración Pública Nacional las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas con suspensión o inhabilitación.

II) De acuerdo con la información obrante en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), el proveedor HISPAN S.A. registra DOS (2) antecedentes de penalidades, sin perjuicio de lo cual al día de la fecha la mencionada firma no registra sanciones aplicadas por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

III) En relación al procedimiento sancionatorio en curso, no basta para descartar un oferente la circunstancia de que se encuentre tramitando un procedimiento aún no finalizado donde se evalúe la posibilidad de aplicar sanciones. Recién con el procedimiento cumplido, la sanción notificada al proveedor y realizada su difusión en el sitio de Internet de éste Órgano Rector operará la causal de inhabilidad prevista en el artículo 28, inciso a) del Decreto Delegado

Nº 1023/01. Caso contrario, se estaría vulnerando el principio de inocencia y de debido proceso que imperan por intermedio del artículo 18 de la Constitución Nacional.

DICTAMEN ONC Nº 375/2014.

Fecha de emisión: 29 de septiembre de 2014.

Referencias: Ampliación de órdenes de compra. Habilidad para contratar con la Administración Nacional.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiese respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2728/14), mediante la cual se propiciaba ampliar en un VEINTE POR CIENTO (20%) las Órdenes de Compra Nº 163/2014, Nº 165/2014, Nº 168/2014, Nº 170/2014, Nº 171/2014 y Nº 176/2014, emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 38/2013 del ex MINISTERIO DE SALUD.

Es del caso mencionar que al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, efectuó la siguiente observación: *"A título informativo, deberá tenerse presente lo publicado en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA en su edición del 15/09/2014 respecto a la firma BIOPROFARMA S.A. y evaluar las posibles consecuencias que implicaría tal circunstancia en la presente ampliación.".*

La aludida publicación tenía que ver con la Decisión Administrativa Nº 748, de fecha 5 de septiembre de 2014, mediante la cual se rescindió por culpa del proveedor el contrato celebrado con la firma BIOPROFARMA S.A., mediante la Orden de Compra Nº 124/2013, emitida en el marco de la Licitación Pública Nº 51/2012 del ex MINISTERIO DE SALUD. Asimismo, mediante el aludido acto se penalizó a la firma en cuestión con la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato.

Normativa examinada:

- Artículo 133 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Deviene necesario poner de resalto que al día de la fecha el proveedor BIOPROFARMA S.A. se encuentra incorporado en el Sistema de Información de Proveedores, motivo por el cual no se advierten objeciones que oponer a la ampliación propiciada en relación a dicha firma, máxime teniendo en consideración que al tiempo de la presente intervención no han sido remitidos aún a esta Oficina Nacional, los antecedentes respectivos para tramitar la aplicación de las sanciones que pudieren corresponder.

II) De todas maneras, resulta oportuno tener presente lo estipulado en el artículo 133 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en cuanto contempla que: *"…Una vez aplicada una sanción, ella no impedirá el cumplimiento de los contratos que el proveedor tuviere adjudicados o en curso de ejecución ni de sus posibles ampliaciones o prórrogas, pero no podrán*

adjudicársele nuevos contratos desde el inicio de la vigencia de la sanción y hasta la extinción de aquélla.”.

DICTAMEN ONC Nº 427/2014.

Fecha de emisión: 4 de noviembre de 2014.

Referencias: Habilidad para contratar.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2340/2014), mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nº 10/2014 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, llevada a cabo con el objeto de adquirir alimentos no perecederos.

Asimismo, se proyectaba desestimar la oferta presentada por la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. por los motivos consignados en el Dictamen de Evaluación Nº 144/2014.

En relación con esto último, es dable mencionar que, en oportunidad de llegar el expediente, se encontraba en trámite en sede del Órgano Rector el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. (C.U.I.T. Nº 30-70879913-7) contra la Disposición ONC Nº 36/14.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 83 y 84, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En los términos del artículo 28, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 no son hábiles para contratar con la Administración Pública Nacional las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas con suspensión o inhabilitación. El estado actual de la empresa ALIMENTOS GENERALES S.A. en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) es “incorporado”, encontrándose, en consecuencia, habilitado para contratar con el Estado Nacional.

II) La causal de desestimación no subsanable contemplada en el inciso f) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 distingue tres hitos o momentos diferenciados, a saber: I) El Acto de Apertura de ofertas; II) La etapa de evaluación de las ofertas recibidas; III) La adjudicación.

III) El proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. no contaba con una sanción vigente de inhabilitación o suspensión para contratar con el Estado Nacional en ninguno de los tres momentos del procedimiento determinados por el artículo 84 inciso f) del Decreto Nº 893/12.

IV) Despejados dichos interrogantes, esta Oficina Nacional entiende que dicho proveedor no se encuentra comprendido en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 28 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y, en consecuencia, su oferta no resultaría pasible de desestimación, en los términos del artículo 84, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Lo expuesto no implica desconocer que, en principio, la facultad de determinar la admisibilidad y/o conveniencia de una oferta es una competencia que se encuentra específicamente asignada a la Comisión Evaluadora del organismo contratante, según lo previsto en el artículo 83 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y a la autoridad competente para adjudicar.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Certificado Fiscal para Contratar.

Consulta:

El MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expidiera respecto de la interpretación del artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

En el caso, la oferente María Salome ARCICIACO había tramitado la solicitud del certificado fiscal mediante la presentación del Formulario AFIP F. 206/I Multinota con posterioridad a la celebración del acto de apertura.

Concretamente, de las constancias obrantes en autos surgía que recién intimada a que presentara la documentación exigida, la proveedora en cuestión procedió a gestionar ante la AFIP el "Certificado Fiscal para Contratar", lo cual demostraba que al momento de presentar la oferta no contaba con dicha documentación.

El servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen había sostenido al respecto: agregó: *"…la no vigencia del certificado prevista en el mencionado artículo* [inciso 2) del Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16] *no debería ser fruto de la falta de diligencia del oferente, sino que más bien, a pesar de dicha diligencia, el certificado no está vigente por causas no imputables a él. Caso contrario se vería afectado el principio de igualdad entre los oferentes que debe observase en todo procedimiento licitatorio, perjudicándose a quienes si tomaron los recaudos necesarios, y desalentándose la actuación diligente por parte de los administrados.".*

Normativa examinada:

- Artículos 17 y 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 52, 53, 55, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional es que sirva como instrumento para verificar la habilidad de los oferentes en los términos del artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales.

II) El inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse bajo el prisma de los principios generales que informan las contrataciones públicas. Desde esa perspectiva corresponde analizar la consulta en torno al artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales en cuanto exige que al momento de presentar las ofertas se informen los datos de la nota presentada ante la AFIP a los fines de solicitar el 'Certificado Fiscal para Contratar', teniendo en consideración que en el caso concreto traído a estudio la oferente María Salomé ARCIDIACO acompañó la Multinota presentada ante el organismo recaudador con fecha posterior a la fecha de la apertura de ofertas.

III) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presenten las ofertas y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes –promoción de la concurrencia y de la competencia–, pero siempre respetando los principios de transparencia y de igualdad de interesados y oferentes.

IV) De lo expuesto se desprende que los principios generales se encuentran estrechamente interrelacionados y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el que aquí nos ocupa. Ninguno de ellos posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

V) En ese marco conceptual, las hipótesis de conflicto han de resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado. Así, en aras de buscar una solución que lograse armonizar los principios generales aplicables al régimen, esta Oficina Nacional sostuvo en distintos pronunciamientos que se debía evaluar la diligencia que tuvo el oferente frente a la exigencia del Certificado Fiscal para

Contratar, ponderando las circunstancias de cada caso en particular (conf. Dictámenes ONC Nros. 825/12, 1016/12, 81/13, 190/13, entre muchos otros).

VI) Frente a la omisión –por parte de la oferente María Salome ARCICIACO– de acompañar junto con su oferta el Formulario AFIP F. 206/I Multinota y/o de informar los datos del mismo, resultaba procedente la intimación a su presentación, tal como se procedió. Ahora bien, ello en modo alguno implica tener por subsanada la oferta con el solo cumplimiento de dicho extremo, sino que corresponde en cada caso evaluar si efectivamente el oferente obró –o no– con la debida diligencia.

VII) A luz de lo expuesto, esta Oficina Nacional no alberga dudas en cuanto a que la solicitud del Certificado Fiscal tramitada por parte de la oferente María Salome ARCICIACO con posterioridad a la celebración del acto de apertura no se condice con el estándar de diligencia que resulta exigible a un proveedor del Estado.

VIII) Dada la plataforma fáctica sobre la cual se asienta el caso sometido a consulta, corresponde compartir el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en tanto concluir lo contrario implicaría –en este caso concreto– violentar los principios de igualdad y transparencia que informan las contrataciones públicas, en particular el principio de igualdad con los interesados en presentarse en el procedimiento en cuestión.

IX) Va de suyo que aceptar documentación que refleja la regularización de un requisito del pliego con posterioridad a la presentación de la oferta no solo atenta contra el principio de igualdad sino que desalienta a los proveedores que obraron con la debida diligencia, resultando lesivo incluso a los intereses de quienes pudieron –responsablemente– haberse autoexcluido de participar de la puja, por no contar a la fecha de la apertura de ofertas con los requisitos contemplados en los pliegos (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM).

X) A título ilustrativo, cabe mencionar que en el marco de Dictamen ONC Nº 412/2008 se arribó a una conclusión congruente con la que aquí se propicia, al sostenerse: *"....que el organismo contratante podrá solicitar que el oferente que no haya presentado con su oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar la presente luego, en oportunidad de la evaluación de las ofertas, siempre que el mismo acredite que poseía habilidad para contratar también al momento de la cotización correspondiente."* (v. en igual sentido: Dictamen ONC Nº 468/09).

XI) En esa misma línea puede citarse el Dictamen ONC Nº 813/2012, donde se sostuvo: "*La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, en tanto, si dicha oferta es un acto jurídico válido, con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por tanto, no la alteran…".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-01958585-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de enero de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Pautas para la inelegibilidad.

Antecedentes.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 resolvió, en autos caratulados "Echegaray, Ricardo y otros s/ negociaciones incompatibles" (Causa Nº 2.610/2011), disponer el procesamiento –entre otros– de Cecilia PELUSO, por considerarla partícipe necesaria del delito de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio del Estado, en concurso ideal con el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 173 inc. 7, en función del art. 174 inc. 5 y art. 265 del Código Penal de la Nación).

A raíz de ello, surgió la inquietud en el organismo contratante acerca del alcance que correspondía asignarle al procesamiento de la señora Cecilia PELUSO, quien según se desprende del auto de mérito de fecha 13 de noviembre de 2017, ejercía en el momento de los hechos allí ventilados el cargo de Presidente de la firma LIMPIOLUX S.A. y, hasta el 16 de noviembre de 2017 el cargo de Directora Titular de la empresa –fecha en que, según se informa en la nota de remisión, habría presentado la renuncia–. Sumado a que, por otra parte, es hija del señor Norberto PELUSO, en ese entonces presidente de la empresa.

Consulta:

El MINISTERIO DE HACIENDA requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto del alcance que correspondía asignarle a las circunstancias descriptas, teniendo especialmente en cuenta lo establecido en el artículo 28 inciso e) del Decreto Delegado N° 1.023/01.

A su vez, se solicitó opinión en torno a si correspondía o no considerar inelegible a la firma LIMPIOLUX S.A., en los términos del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1.030/16.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28 inciso e) del Decreto Delegado N° 1.023/01.
- Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 173 inc. 7, en función del art. 174 inciso 5 y artículo 265 del Código Penal de la Nación.
- Artículos 2º y 54 de la Ley General de Sociedades Nº 19.550.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las condiciones de habilidad para contratar con la Administración Nacional previstas en el Decreto Delegado Nº 1023/01 pueden resumirse en tres requisitos: 1) Ser una persona humana o jurídica con capacidad para obligarse; 2) No estar incurso en ninguna de las causales

de inhabilidad enumeradas en el artículo 28 y 3) Encontrarse preinscripto en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) al momento en que los actuados sean remitidos a la Comisión Evaluadora, debiendo estar inscripto y con los datos actualizados cuando se emita el dictamen de evaluación (v. Comunicación General ONC Nº 63/17).

II) Desde esa perspectiva y como resultado de la compulsa de los presentes actuados, no parece dudoso afirmar que Cecilia PELUSO se encuentra actualmente inhabilitada para contratar, a título personal, con la Administración Nacional; condición que subsistirá en tanto se mantenga invariable su situación procesal –es decir, no se revoque el procesamiento, se dicte el sobreseimiento, etc.–. Ello así, en el entendimiento de que a la fecha se mantendría su condición de procesada por delitos que –sin duda– se subsumen en la hipótesis del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El delito de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública" (art. 265) se encuentra contemplado en el Libro Segundo "De los Delitos", Título XI "Delitos contra la Administración Pública", Capítulo VIII.

IV) En el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, siempre que se trate de delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, el mero procesamiento que al respecto recaiga sobre un determinada persona humana –o incluso jurídica, en los supuestos específicamente previstos en el marco de la nueva ley de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas Nº 27.401– la tornará inhábil para contratar por el tiempo que subsista dicha circunstancia.

V) No obsta a lo expuesto el hecho de que el procesamiento no se encuentre "firme", desde que la firmeza del auto de mérito no aparece como un requisito exigido por la normativa en cuestión. Por tanto, desde que la norma no exige que el procesamiento esté firme, resulta de aplicación lo dicho por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN respecto a que, de conformidad con el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111; 235:377; 249:630, entre muchos otros).

VI) Desde otro vértice, no es posible soslayar un dato ciertamente relevante: que el procesamiento dictado respecto de Cecilia PELUSO guarda estrecha vinculación con el rol que ejercía como presidente de LIMPIOLUX S.A., quien resultó adjudicataria de la Licitación Pública Nº 99/10 producto –según sostuvo en el auto de mérito– de un obrar espurio de quien dirigía la empresa, con la connivencia de los propios funcionarios de la Administración. A criterio de este Órgano Rector el mencionado no es un dato menor, en tanto la circunstancia que dio lugar a la inhabilidad no se sustenta en un hecho ajeno o estrictamente personal de la señora PELUSO sino que, por el contrario, habría una vinculación directa entre su procesamiento y la utilización de una sociedad comercial proveedora del Estado para la comisión de graves delitos contra la Administración Pública –según pudo corroborarse con el grado de provisionalidad que implica un procesamiento–.

VII) También debe considerarse que, a la fecha de la comisión de los hechos no existía, jurídicamente hablando, la posibilidad de procesar a la persona jurídica en sí misma por los delitos imputados.

VIII) Las circunstancias descriptas ameritan traer a colación el Dictamen ONC Nº 938/2012, pronunciamiento que tuvo lugar a raíz de una comunicación oportunamente cursada por el entonces Fiscal de Control Administrativo de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, por la cual puso en conocimiento de esta Oficina Nacional el procesamiento de los señores Diego DE ELÍAS, Carlos Fabián GONZÁLEZ y Edgardo PELLIZA, recaído en la causa judicial Nº 16.225/10 caratulada "Orduna, Hernán Darío y otros s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", tramitada por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 4, Secretaría Nº 8, en orden al delito de fraude en perjuicio de una Administración Pública (artículo 174, inciso 5º del CPN).

IX) En dicha oportunidad se tuvieron por acreditadas maniobras espurias desplegadas por los señores GONZÁLEZ, PELLIZA y DE ELÍAS al amparo del andamiaje societario inherente a las firmas que integraban (GONZÁLEZ y PELLIZA en calidad de socios de las firmas CONGRESS CITY S.R.L. y AVR S.R.L., respectivamente, y DE ELÍAS en carácter de presidente del directorio de PUNTO BAIRES S.A.), todo ello a fin de simular una concurrencia y compulsa ficticia en el marco de la Licitación Pública Nº 20/10, llevada a cabo por el entonces MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO. Los hechos que motivaron el pronunciamiento en la referida causa involucraron a las empresas en una maniobra defraudatoria, en perjuicio de la Administración Pública. Resultaba evidente que las sociedades pasaron a revestir el carácter de mero recurso técnico instrumental para la consecución de maniobras ilegítimas. Ello formó convicción en este Órgano Rector respecto de la necesidad de hacer extensiva la inhabilidad para contratar con el Estado Nacional a las firmas PUNTO BAIRES S.A., AVR S.R.L. y CONGRESS CITY S.R.L, con el fin de evitar que fueran utilizadas como instrumentos para eludir la propia inhabilidad personal de la que adolecían las personas humanas que las integraban y/o dirigían según el caso. Se sostuvo, de tal modo, una interpretación que –en un sentido práctico– significó transitar el camino inverso a la clásica aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario. Esto es, se consideró indispensable hacer extensiva a sociedades comerciales consecuencias jurídicas (inhabilidad para contratar) derivadas de los procesamientos decretados sobre las personas humanas que las utilizaban como instrumento para fines ilegítimos.

X) Frente al requerimiento efectuado por el organismo de origen en el marco de la Licitación Pública Nº 8/2017 (34-0008-LPU17), el señor Norberto PELUSO, en carácter de presidente de la firma LIMPIOLUX S.A. puso de relieve que *"…la Sra. Cecilia Peluso no integra actualmente el directorio de Limpiolux S.A., ni como Directora ni como Presidente, ni tampoco como accionista de la empresa, acompañando a dicha presentación, la renuncia presentada por aquella, con fecha 16 de noviembre de 2017, al cargo de Director que venía ejerciendo."*. Junto con la nota de consulta no se ha adjuntado copia de la supuesta renuncia a la que se hace alusión –menos aún de su inscripción ante la autoridad registral–, motivo por el cual no consta a esta Oficina Nacional que ello sea así, en tanto no se acompañó prueba documental alguna que permita corroborar dicho extremo.

XI) Efectuada dicha salvedad, ha podido verificarse que del texto ordenado del estatuto social de la empresa, modificado en el año 2005 y debidamente inscripto ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ), surge que con la denominación "LIMPIOLUX S.A." funciona una sociedad anónima por transformación de "LIMPIOLUX S.R.L.", mientras que en el Acta de Designación de Autoridades protocolizada por escritura pública de fecha 26 de diciembre de 2016 –con constancia de inscripción en la IGJ– se refleja que en la Asamblea Anual Ordinaria y Extraordinaria Unánime Nº 42 celebrada el 10 de noviembre de 2016 el señor Norberto PELUSO fue designado Presidente por un nuevo período, mientras que la señora Cecilia PELUSO fue designada Directora Titular de la firma, en ambos casos con mandatos por TRES (3) años. Si bien no obran constancias que den cuenta que la señora Cecilia PELUSO se encuentre, al día de la fecha, efectivamente desvinculada de la sociedad comercial LIMPIOLUX S.A., cierto es que la regla de la cual se parte es que la personalidad del ente societario –máxime tratándose de una sociedad anónima– y de quien sea su presidente, director o accionista no se confunden.

XII) Ninguna duda cabe respecto a que la Ley Nº 19.550 reconoce a las sociedades comerciales –en particular a las sociedades anónimas– la calidad de sujetos de derecho, es decir, que en tanto herramienta jurídica para el desarrollo la personalidad del ente societario se distingue de las personas humanas que las integran y/o dirigen. No escapa a esta Oficina Nacional que tal reconocimiento tiene sus límites, los que se encuentran –en líneas generales– establecidos en el artículo 54, *in fine*, de la Ley General de Sociedades.

XIII) Si se toma como consumada –por vía de hipótesis– la efectiva desvinculación de la señora Cecilia PELUSO, no se advierten elementos que hagan suponer la utilización de la firma LIMPIOLUX S.A. como un mero recurso para sortear la inhabilidad para contratar que pesa sobre quien otrora fuera su presidenta y directora, máxime cuando tampoco se han arrimado elementos probatorios que permitan presumir tales maniobras en el marco de la Licitación Pública Nº 8/2017 (34-0008-LPU17). Desde ese punto de vista –que, como ya se dijo, se sustenta esencialmente en la renuncia de la señora PELUSO, entendida como un presupuesto fáctico que no le es dado corroborar a este Órgano Rector– la inhabilidad para contratar que pesa actualmente sobre la Cecilia PELUSO, en los términos del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01, no resultaría susceptible de extenderse a la firma LIMPIOLUX S.A.

XIV) La inhabilidad resultante del procesamiento recaído sobre la persona de Cecilia PELUSO, en la causa "Echegaray, Ricardo y otros s/ negociaciones incompatibles", no puede hacerse "automáticamente" extensiva a la firma LIMPIOLUX S.A., desde que se trata de personas distintas, salvo que –como aconteció en el Dictamen ONC Nº 938/2012– se logre corroborar una utilización indebida del andamiaje societario con el fin de sortear la restricción prevista en el inciso e) del artículo 28 del Decreto Nº 1023/01.

XV) En materia de elegibilidad, esta Oficina Nacional tiene dicho que se trata de una cualidad del oferente (v. IF-2016-04239686-APN-ONC#MM) y, desde esa óptica, se impone la desestimación de las ofertas cuando, entre otros supuestos, se trate de integrantes de empresas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 (v. artículo 68 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16).

XVI) Resulta claro que aquí no se ha puesto en tela de juicio la habilidad para contratar de la sociedad LIMPIOLUX S.A. en sí misma, sino a raíz del procesamiento de quien fuera dependiente jerárquica, Cecilia PELUSO, quien no consta que se haya presentado como oferente a título personal o como integrante de otra sociedad en el procedimiento licitatorio individualizado como 34-0008-LPU17. Ergo, en la medida en que la citada causal de inelegibilidad representaría, si se quiere, el supuesto inverso al que aquí se examina, la misma no resulta de aplicación al caso. Valga la reiteración: no se consulta sobre una sociedad inhábil cuyos integrantes se han presentado a título personal en un procedimiento de selección con el objeto de eludir dicha limitante, sino de una persona humana inhábil, que no reviste la calidad de oferente en el procedimiento Nº 34-0008-LPU17.

XVII) Frente a la causal de inelegibilidad vinculada con la concertación o coordinación de posturas, parece claro que se trata de una norma dictada en aras de preservar a la Administración de la eventual connivencia entre los oferentes, en perjuicio de ésta. Desde ese prisma, podría haber cobrado cierta relevancia el hecho de que Cecilia PELUSO y el actual presidente de LIMPIOLUX S.A. Norberto PELUSO sean parientes –padre e hija, según surge del auto de procesamiento acompañado–, más no puede soslayarse que en el procedimiento licitatorio en el cual se enmarca la presente consulta la señora PELUSO no reviste la calidad de oferente, extremo que desarticula la posibilidad de concertación de posturas y, por ende, torna improcedente la aplicación de esta causal, por falta de un presupuesto lógico para ello.

XVIII) Por último, resta indicar que tampoco se han arrimado elementos probatorios que permitan presumir que ha mediado en el caso una simulación tendiente a eludir los efectos de las causales de inhabilidad para contratar previstas en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01.

XIX) La inhabilidad para contratar que actualmente pesa sobre la señora Cecilia PELUSO –en los términos del inciso e) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01– no resulta susceptible de hacerse extensiva a la firma LIMPIOLUX S.A., a menos que se acredite la utilización en concreto o bien el riesgo cierto de manejo de la aludida sociedad comercial como un vehículo para violar la ley. Concluir lo contrario implicaría, en los hechos, un desconocimiento de la personalidad del ente, en riña con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Nº 19.550.

XX) A la luz de los antecedentes acompañados, no es posible tener por configurado –con el mínimo grado de presunción que la normativa exige– ninguno de los supuestos de inelegibilidad contemplados en el artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 que podrían guardar relación con la plataforma fáctica analizada en el marco del presente dictamen.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02331920-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 15 de enero de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Deudas impositivas y/o previsionales. Certificado Fiscal. Interoperabilidad. Inhabilitación. Causal de desestimación de oferta no subsanable. No se configura causal para sancionar.

Antecedentes:

En el marco de la Contratación Directa por Urgencia N° 38/17 la SUPERITENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO cursó nota formal a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, con fecha 7 de agosto de 2017, consultando sobre la existencia de deudas líquidas y exigibles, tributarias y/o previsionales, respecto del proveedor MARCELINO VARGAS, entre otros.

Una vez vencido el plazo de CINCO (5) días hábiles contemplado en la Comunicación General ONC Nº 80/17 sin obtener respuesta por parte del organismo recaudador, el organismo procedió a adjudicar el contrato al citado proveedor mediante RESOL-2017-876-APN-SRT#MT, de fecha 29 de agosto de 2017.

Sin embargo, a raíz de la respuesta brindada –tardíamente– por la AFIP mediante NO-2017-20130282-APN-DIPYNR#AFIP de fecha 13 de septiembre de 2017, en la que informó la existencia de incumplimientos impositivos y/o previsionales por parte de quien finalmente resultó adjudicatario, se propició la intervención de este Órgano Rector: *"…a fin de dar cumplimiento al inciso c) del artículo 106, del Anexo al decreto 1030/16".*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que –en el marco del caso traído a estudio– se expida respecto de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 106, inciso c), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, al proveedor MARCELINO VARGAS (C.U.I.T. N° 20-22536882-2).

Normativa examinada:

- Artículo 28, inciso f) y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 66 inciso b) y 106, inciso c), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 83 inciso b) apartado 2º y 131 inciso a) apartado 6º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 27, inciso 2º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.
- Comunicaciones Generales ONC Nros. 80/17 y 90/17.
- Decreto Nº 1273/16.
- Resoluciones Generales AFIP Nros. 1814/05 y RESOG-2017-4164-APNAFIP.
- Resolución SECMA Nº 6/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A través de la Resolución General AFIP Nº 1814/05 se creó, en su oportunidad, el denominado "Certificado Fiscal para Contratar", concebido como un instrumento para verificar la habilidad de los oferentes en los términos del artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales (v. IF-2017-21447881-APN-ONC#MM).

II) A tales fines, es dable mencionar que el artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16 prevé, en su parte pertinente, que: *"…Las ofertas deberán cumplir con los siguientes requisitos: (…) Datos de la nota presentada ante la dependencia de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS en la cual se encuentren inscriptos a los fines de solicitar el 'Certificado Fiscal para Contratar' o bien los datos del Certificado Fiscal para Contratar vigente. Es obligación del oferente comunicar al organismo contratante la denegatoria a la solicitud del certificado fiscal para contratar emitida por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS dentro de los CINCO (5) días de haber tomado conocimiento de la misma.".*

III) A su vez, al regular las facultades y funciones de la Comisión Evaluadora, el artículo 27, inciso 2º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 estipula lo siguiente: *"…Si el certificado fiscal para contratar no estuviera vigente durante la etapa de evaluación de las ofertas, no podrá recomendarse la desestimación por esta causa, salvo en aquellos casos en que el proveedor hubiere notificado la denegatoria efectuada por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS a su pedido o se tomare conocimiento de ello por algún otro medio. El mismo criterio deberá aplicarse para la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato.".*

IV) Posteriormente, con fecha 31 de julio de 2017 esta Oficina Nacional emitió la Comunicación General Nº 80, sustentada en el artículo 5º del Decreto Nº 1030/16, así como también en las pautas de interoperabilidad establecidas por el Decreto Nº 1273/16 y por la Resolución SECMA Nº 6/17. En efecto, a través de la Comunicación General Nº 80/17 se reguló el procedimiento que a continuación se transcribe, a los fines de verificar el motivo por el cual un oferente no cuenta con certificado fiscal para contratar vigente. A saber: *"…la autoridad pertinente del organismo contratante deberá enviar una comunicación oficial a la AFIP utilizando el modelo que como Anexo I forma parte de la presente. La AFIP deberá responder en un plazo máximo de CINCO (5) días hábiles. Habiendo transcurrido el plazo sin respuesta, el organismo solicitante considerará el silencio como favorable a la prosecución del trámite…".*

V) De tal suerte, se procuró aplicar una solución uniforme –consustanciada con el principio de interoperabilidad– que pudiera satisfacer las necesidades de fortalecer la cultura tributaria sin caer en ritualismos excesivos que menoscabaran el principio de concurrencia de oferentes.

VI) Resta indicar que si bien la mentada Comunicación General Nº 80/17 fue posteriormente dejada sin efecto por su similar Nº 90, de fecha 15 de diciembre de 2017, la misma resulta de aplicación al caso en tanto se trató de la norma vigente en oportunidad de que la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO cursará en consulta a la AFIP la Nota Nº NO-2017-16447852-APN-SF#SRT, de fecha 7 de agosto de 2017.

VII) Si bien en la actualidad se debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17 a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, cierto es que –a la luz de la normativa entonces vigente– la entidad consultante obró correctamente. Dicho proceder aparece ajustado a la normativa vigente en ese entonces, no siendo un dato menor, tampoco, que se trataba de una contratación directa por urgencia.

VIII) Resulta particularmente destacable que el derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecía que si al momento de evaluar las ofertas presentadas el oferente no contaba con el certificado fiscal vigente, y la demora se debía exclusivamente a causas imputables a la Administración, no se podría recomendar la desestimación de la oferta por ese motivo, sin perjuicio de que, si con posterioridad a la adjudicación o al perfeccionamiento del contrato se verificaba el incumplimiento por parte del contratante de obligaciones tributarias o previsionales, ello constituía un antecedente válido para la aplicación por parte de ésta Oficina Nacional de una sanción de apercibimiento. Pues bien, lo primero que debe advertirse al respecto es que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 –de aplicación al caso que nos ocupa– no contempla tales previsiones.

IX) De otra parte, tampoco puede dejar de contemplarse que la plataforma fáctica prevista en el derogado artículo 83 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12, como extremo para la aplicación de una sanción de apercibimiento, derivada de la constatación de deudas tributarias o previsionales en cabeza de un proveedor con posterioridad a la adjudicación o al perfeccionamiento del contrato, ya no puede configurarse desde que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución AFIP Nº 4164/17, quedó sin efecto la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la AFIP solicitando el mismo, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas.

X) Si bien el artículo 106 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prescribe que serán inhabilitados para contratar por el tiempo que duren las causas de la inhabilitación, quienes se encuentren incursos en alguna de las causales de inhabilidad para contratar establecidas en los incisos b) a h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01, este Órgano Rector interpreta que la “inhabilitación” en estos casos no requiere de un acto administrativo sancionatorio que así la declare sino que, por el contrario, se trata de situaciones o circunstancias de hecho que en cada caso deberá verificar el organismo contratante y, ante la constatación de alguno de los supuestos de inhabilidad en cuestión, corresponderá desestimar la oferta que se halle incursa en la causal de que se trate, en los términos del artículo 66 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. Va de suyo que el proveedor alcanzado por alguna de las circunstancias establecidas en los incisos b) a h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 no podrá contratar con el Estado Nacional mientras subsistan las causas de la inhabilitación (v.g. procesamiento por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, incumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales, etc.).

XI) En futuros casos, a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes – en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01–

resultará de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17 y de constatarse la existencia de incumplimientos por parte de un determinado proveedor, ello implicará la desestimación de su oferta al momento de su evaluación. Ello así, por configurar dicho extremo una causal de desestimación de oferta no subsanable. Sin embargo, en el caso concreto traído a estudio, la circunstancia de haberse verificado –con posterioridad a la adjudicación– la existencia de incumplimientos tributarios y/o previsionales por parte del señor MARCELINO VARGAS no resulta, en atención a lo expuesto precedentemente, subsumible en ninguna de las causales de sanción actualmente vigentes.

XII) En razón de las consideraciones vertidas *ut supra*, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES concluye que no es posible sancionar al proveedor MARCELINO VARGAS (C.U.I.T. N° 20-22536882-2).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-15908893-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de abril de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL).

Antecedentes:

Con fecha 3 de octubre de 2017 se celebró la apertura de ofertas, labrándose el acta correspondiente en la que constaban las presentaciones efectuadas por las firmas INDUSTRIAS MANUFACTURERAS ALIMENTICIAS ARGENTINAS S.R.L. y AKUA S.A.

La verificación en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) respecto de la habilidad para contratar de los oferentes, en los términos del citado inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, tuvo lugar tres días después de celebrado el acto de apertura, esto es el 6 de octubre de 2017. De la constancia extraída en dicha ocasión surgía que en esa fecha la empresa AKUA S.A. registraba sanciones en el REPSAL.

Así las cosas, al tomar intervención la Comisión Evaluadora de Ofertas, emitió el dictamen de evaluación en fecha 3 de noviembre de 2017 aconsejando desestimar la oferta de AKUA S.A. por encontrarse incursa en la causal de inhabilidad para contratar prevista en el inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, tomando para ello como referencia la constatación efectuada por la UOC con posterioridad al acto de apertura.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto del tratamiento dado por la Comisión Evaluadora de Ofertas –en el marco de la Licitación Privada N° 11/17 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA– a la empresa AKUA S.A., en torno a la causal de inhabilidad para contratar contemplada en el artículo 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 13 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Anexo al Decreto Nº 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante la Ley N° 26.940 se creó el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en el que se incluyen y publican las sanciones firmes aplicadas en el marco de la aludida ley por la citada cartera ministerial, por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP), por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el entonces denominado Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (ex RENATEA) y por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

II) El artículo 13 de la citada Ley Nº 26.940 estipula, en su parte pertinente, que: *"Los empleadores sancionados por las violaciones indicadas en la presente ley, mientras estén incorporados en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), no podrán:* (…) *c) Celebrar contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación…*". A su vez, el artículo 15 del Anexo al Decreto Nº 1714/14 estipula: *"Los organismos públicos o entidades involucradas en las previsiones del artículo 13 de la Ley Nº 26.940, a los fines de su aplicación, deberán consultar el sitio Web correspondiente al REGISTRO PUBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL).".*

III) A partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.940 las jurisdicciones y entidades contratantes comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 no podrán contratar con proveedores que se encuentren registrados en el REPSAL, debiendo verificar en la página www.repsal.gob.ar dicha circunstancia.

IV) En relación con las etapas del procedimiento de selección en las que debe verificarse que el oferente no se encuentre sancionado en el REPSAL, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…las jurisdicciones y entidades contratantes deberán verificar que el oferente no se encuentre registrado en el REPSAL al momento de la apertura de las ofertas, en la etapa de evaluación de aquellas y en la adjudicación"* (v. Dictamen ONC N° 17/2015).

V) El certificado emitido por el registro de que se trata es válido únicamente por el día de emisión, por lo que en el caso no pudo verificarse si a la fecha del acto de apertura las firmas oferentes eran hábiles para contratar o no, en los términos establecidos en el mentado inciso h) del Decreto Delegado N° 1023/01. En relación con esto cabe indicar que, en el terreno de lo hipotético, bien podría haber sucedido que el día 3 de octubre de 2017 se hubiera verificado la habilidad de ambas o lo opuesto, o bien la inhabilidad de INDUSTRIAS MANUFACTURERAS ALIMENTICIAS ARGENTINAS S.R.L. Sin embargo, resulta infructuoso dicho análisis especulativo.

VI) La Comisión Evaluadora debe, en cualquier caso, efectuar la verificación de la habilidad para contratar respecto de los oferentes al momento de la evaluación de las propuestas, colocando en un pie de igualdad a ambos oferentes.

VII) En el caso analizado nos encontramos con inconsistencias que afectan de un modo directo los principios de transparencia e igualdad que deben regir en los procedimientos de selección conforme lo establecido en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, por cuanto la Comisión Evaluadora no efectuó la constatación al tomar la intervención de su competencia.

VIII) En consecuencia, siendo que no resulta fácticamente posible retrotraerse a dicho momento –con la finalidad de cotejar si en la oportunidad determinada por la normativa las empresas oferentes eran hábiles para contratar de conformidad con lo establecido en el artículo 28 inciso h) del Decreto Delegado N° 1023/01– deviene inevitable recomendar a la autoridad competente que proceda a dejar sin efecto el procedimiento y efectuar un nuevo llamado en caso de que aún persista la necesidad del organismo de contar con los bienes objeto del a procedimiento de selección en análisis, en tanto concluir lo contrario implicaría una afectación del principio de transparencia que rige las contrataciones públicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Impugnación al dictamen de evaluación. Cómputo de plazos. Recaudos formales en "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto a si correspondía declarar fracasada la Licitación Privada N° 24-0014-LPR17 del registro de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SEDRONAR) o, por el contrario, adjudicar el objeto contractual a la firma PREVENCIÓN ART S.A.

En cuanto a los antecedentes, cabe destacar que el día 3 de enero de 2018, fecha en que las actuaciones pasaron a la Comisión Evaluadora, dando inicio a la etapa de evaluación de las ofertas, la firma PREVENCIÓN ART S.A. (CUIT N° 30684361917) contaba con certificado fiscal vigente hasta el 16 de enero de 2018, ASOCIART SA ART (CUIT N° 30686273330) contaba certificado fiscal vigente hasta el 30 de enero de 2018 y la firma PROVINCIA ART S.A. (CUIT N ° 30688254090) contaba con certificado fiscal vigente hasta el 15 de febrero de 2018.

Si bien a esa fecha ya había sido derogada la Resolución General AFIP N° 1814/05, correspondía igualmente reconocer validez a dichos certificados fiscales hasta su vencimiento, independientemente de la información que arrojara el nuevo sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, porque así se encuentra expresamente contemplado en el artículo 7º, *in fine*, de la citada resolución.

Dicho en otros términos, la situación del proveedor debía evaluarse hasta el 16 de enero por el Certificado Fiscal, pues conservaba su validez hasta su vencimiento y luego de esa fecha por las consultas efectuadas en el sitio https://comprar.gob.ar.

Normativa examinada:

- Artículos 23, 27 y 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 5º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 61 y 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Resolución General AFIP Nº 4164/17.
- Resolución General AFIP N° 1814/05.
- Artículos 2º, 4º y 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.
- Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.
- Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018.
- Artículo 1º incisos d) y e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 5º del Decreto Nº 1030/16 dispone que la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS pondrá a disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales de los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores, para que las jurisdicciones y entidades contratantes puedan verificar la habilidad para contratar en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

II) El 1º de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017, por la cual se derogó la Resolución General N° 1814 y sus modificaciones, implementándose un nuevo procedimiento para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8° de la Ley 24.156 y sus modificaciones, verifiquen –en forma directa o a través de esta Oficina Nacional– la habilidad para contratar respecto de sus oferentes, en los términos del mentado inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1.023/01.

III) Mediante la Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017 se interpretó que a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, desde el 1º de diciembre de 2017 se debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 4164/17 –incluso para procedimientos que a esa fecha ya hubieran sido autorizados o convocados– con sujeción al siguiente trámite: *"…Ingresar al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, 'COMPR.AR' cuyo sitio de internet es*

https://comprar.gob.ar. Consignar el usuario del ambiente comprador y contraseña (…) *Ir a búsqueda de proveedores. Ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) del proveedor a consultar. El sistema brindará una respuesta que deberán agregar al expediente de la contratación.".*

IV) La existencia de deudas tributarias o previsionales debe verificarse en la etapa de evaluación de las ofertas y, si como resultado de la consulta se corrobora la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

V) A los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

VI) El procedimiento previsto en el artículo 2º de la Resolución AFIP Nº 4164/17 se deberá efectuar al momento de evaluación de las ofertas. La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90/17.

VII) Se trata de una causal de desestimación no subsanable. Por ende, si como resultado de la consulta se constata la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la propuesta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

VIII) Tampoco pueden surgir dudas en cuanto a la derogación del régimen oportunamente instaurado mediante la Resolución General AFIP N° 1.814 así como también de la Comunicación ONC N° 80/17, quedando sin efecto –por consiguiente– la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS solicitando el mismo, establecida en el punto 5, inciso h), artículo 13 del Anexo a la Disposición ONC N° 63/16, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas, previsto en el punto 2 del artículo 27 del anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 62/16.

IX) Sin embargo, el artículo 7º, in fine, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el

organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05–.

X) El día 3 de enero de 2018 pasaron las actuaciones a la Comisión Evaluadora, en ese momento y hasta el 16 de enero de 2018 el proveedor tenía un Certificado Fiscal vigente, lo cual lo habilitaba a contratar. Ahora bien una vez vencido correspondía a la Comisión Evaluadora verificar su estado en el sitio https://comprar.gob.ar para determinar su situación. En ese orden de ideas, resulta irrelevante que el día 3 de enero de 2018 la Unidad Operativa de Contrataciones de la SEDRONAR haya verificado el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, y como resultado de dicha consulta el sistema arrojase que las empresas ASOCIART SA ART y PREVENCIÓN ART S.A. contaban con deuda líquida y exigible.

XI) Debe necesariamente reputarse irrelevante tal extremo, no sólo porque la UOC lo hizo en forma previa a remitir los actuados a la Comisión Evaluadora –con lo cual no se trataría, en sentido estricto, de la etapa de evaluación de ofertas, en los términos en que se encuentra delimitada por el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, aunque ello no dejaría de ser un tecnicismo si se repara en que el expediente se giró al órgano evaluador ese mismo día–, sino fundamentalmente porque, valga la reiteración, aun mantenían vigencia los certificados fiscales oportunamente emitidos en su favor. De no contemplarse esto último, carecería de todo sentido y razón de ser la previsión expresa del último párrafo del artículo 7º de la Resolución General AFIP N° 4164/17.

XII) En cuanto concierne a las firmas PREVENCIÓN ART S.A. y ASOCIART SA ART –se deja fuera de este análisis a PROVINCIA ART S.A. dado que el órgano evaluador propició desestimar su oferta por un motivo ajeno al que aquí se ventila– las mismas estaban “cubiertas” con sus respectivos certificados fiscales hasta el 16 de enero de 2018 y 30 de enero de 2018, según el caso. No así MARTÍN WEIDEMANN (CUIT N° 20328918553), quien contaba con deuda líquida y exigible y carecía de certificado fiscal.

XIII) Para recomendar la desestimación de la firma PREVENCIÓN ART S.A. por existencia de deuda ante AFIP, la Comisión Evaluadora invoca haber realizado una consulta al sitio web COMPR.AR el 17 de enero de 2018, cuyo resultado no fue acompañado al expediente. Así las cosas, todo hace pensar que la Comisión Evaluadora obró correctamente, no obstante lo cual no hay constancias que den cuenta de la situación de la firma PREVENCIÓN ART S.A. ante la AFIP, desde la fecha mencionada –en la que el certificado fiscal ya había expirado– hasta el 20 de enero de 2018, fecha en que se difundió el Dictamen de Evaluación Nº IF-2018-04334631-APN-DCPS#SEDRONAR.

XIV) Al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, resulta plausible que la Comisión Evaluadora efectúe la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y

agregue al expediente el resultado de la misma, lo cual en el caso no sucedió por lo cual no resulta posible determinar si el proveedor se encontraba habilitado o no en ese momento.

XV) Por el principio de verdad no puede soslayarse que la sociedad comercial PREVENCIÓN ART S.A. acompañó en sus presentaciones constancias que dan cuenta de que habría regularizado su situación ante la AFIP entre el 26 y el 30 de enero de 2018, pero lo cierto es que su certificado fiscal venció el 16 de enero de 2018 y desde entonces resultaba de aplicación el nuevo sistema compulsa implementado vía Resolución General AFIP N° 4164/17, con lo cual sigue existiendo un margen de incertidumbre correspondiente a los días transcurridos desde del vencimiento del certificado fiscal hasta la fecha de emisión del dictamen de evaluación.

XVI) Incluso, si se repara en que al 3 de enero de 2018 la empresa PREVENCIÓN ART S.A. tenía deudas ante AFIP y de las constancias acompañadas por la propia interesada surge que las mismas habrían sido regularizadas recién el 26 de enero de 2018, no resulta irrazonable inferir que al vencimiento del certificado fiscal el proveedor en cuestión mantenía su condición de deudor ante el fisco. Sin embargo, en la medida en que el supuesto de inhabilidad para contratar contemplado en el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 se enrola entre las causales de desestimación no subsanables (artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030716) y que, a la postre, resulta susceptible de acarrear una sanción grave, en los términos del artículo 106 inciso b) apartado 2.4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030716, este Órgano Rector entiende que la duda debe jugar en favor del particular y no en su contra.

XVII) En consecuencia, siendo que no le resulta fácticamente posible a esta Oficina retrotraerse a dicho momento –con la finalidad de cotejar si en la oportunidad determinada por la normativa la firma en cuestión era o no hábil para contratar de conformidad con lo establecido en el artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01– deviene inevitable recomendar a la autoridad competente que proceda a dejar sin efecto el procedimiento, en pos de tutelar los principios de igualdad y transparencia que informan las contrataciones públicas–, a menos que la Comisión Evaluadora o la UOC pueda vincular a los presentes actuados la constancia omitida, en cuyo caso no habría óbice para proceder a declarar fracasado el procedimiento y sustanciar un segundo llamado, en caso de que la autoridad competente lo estime oportuno y conveniente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42576661-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 30 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Resolución General AFIP Nº 4164/17 – Interoperabilidad - Momento en el cual debe verificarse.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto al momento en el cual debe verificarse si los oferentes se encuentran incursos en la causal de inhabilidad para contratar establecidas en el artículo 28, inciso f) del Decreto N° 1023/01 y, por otra parte, el temperamento a seguir en aquellos casos

en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta a través de la plataforma "COMPR.AR" y la documentación aportada por el proveedor de que se trate, respecto de la existencia de deudas ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS y eventuales pagos y/o cancelaciones que no se reflejen en el aludido sistema.

Normativa examinada:

- Artículos 27 y 28, inciso f) del Decreto N° 1023/01.
- Artículo 5º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 25 inciso b) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Disposición ONC Nº 6/18.
- Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El día 1º de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017, por la cual se derogó el régimen del "Certificado Fiscal para Contratar" oportunamente creado mediante su similar N° 1.814 y sus modificaciones. Paralelamente, se implementó en su reemplazo un nuevo procedimiento para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley 24.156 y sus modificaciones, verifiquen –en forma directa o a través de esta Oficina Nacional– la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1.023/01.

II) De acuerdo con el artículo 2º de la Resolución General AFIP N° 4164/17, a los fines de obtener la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales, los organismos podrán acceder a alguna de las siguientes opciones: a) Intercambio de información mediante el "Web Service" denominado "WEB SERVICE - PROVEEDORES DEL ESTADO"; b) Servicio de consulta "web" denominado "CONSULTA - PROVEEDORES DEL ESTADO", al que se accederá por "Internet" ingresando al sitio "web" institucional.

III) Mediante la Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017 se interpretó que a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, desde el 1º de diciembre de 2017 se debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 4164/17 –incluso para procedimientos que a esa fecha ya hubieran sido autorizados o convocados– con sujeción al siguiente trámite: *"…Ingresar al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, 'COMPR.AR' cuyo sitio de internet es*

https://comprar.gob.ar. Consignar el usuario del ambiente comprador y contraseña (…) *Ir a búsqueda de proveedores. Ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) del proveedor a consultar. El sistema brindará una respuesta que deberán agregar al expediente de la contratación."*. La referida respuesta estará identificada con un número de transacción asignado por la AFIP, que será único e irrepetible.

IV) En la actualidad ya no existe la obligación del oferente de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la AFIP solicitando el mismo, sino que en la actualidad, con el servicio de consulta "web" habilitado por la Resolución General AFIP N° 4164/17 a través del portal del Sistema "COMPR.AR": *"…el oferente no debe efectuar ningún trámite extra, ya que el organismo contratante verifica directamente con la información que proporciona la AFIP, la cual se actualiza diariamente, sin contar con un registro histórico y resultando válida únicamente para ese momento…".*

V) La existencia de deudas tributarias o previsionales debe verificarse en la etapa de evaluación de las ofertas (Cfr. v. NO-2017-35761787-APN-ONC#MM, NO-2017-35762612-APN-ONC#MM, NO-2018-03936450-APN-ONC#MM, NO-2018-05347566-APN-ONC#MM, NO-2018-05347743-APN-ONC#MM, NO-2018-06252779-APN-ONC#MM, NO-2018-23123096-APN-ONC#MM, IF-2018-11054228-APNONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VI) La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán la habilidad para contratar respecto de los potenciales proveedores a través de las herramientas informáticas implementadas por la Resolución General AFIP Nº 4164/17 –v.g. podrán consultar el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90–. Así, al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, corresponderá a la Comisión Evaluadora, en su caso, efectuar la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y agregar al expediente las constancias que den cuenta del resultado de la misma (v. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VII) Se trata de una causal de desestimación no subsanable. Por ende, si como resultado de la consulta se constata la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la propuesta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (v. IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

VIII) En caso de que el proveedor en cuestión tenga deudas con el organismo recaudador, pero éstas fueran inferiores a la suma de PESOS UN MIL QUINIENTOS ($1.500) el sistema informará que no tiene deuda (v. NO-2017-35762612-APN-ONC#MM).

IX) En aquellos casos en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta a través de la plataforma "COMPR.AR" y la documentación aportada por los oferentes, el organismo consultante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, por cuanto una constancia de pago/regularización de deuda no certifica, por sí misma, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 3º de la

aludida resolución general (v. NO-2018-06252779-APN-ONC#MM). Téngase presente que a los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500,00.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

X) El artículo 7º, *in fine*, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05– (v. IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

XI) Pese a la falta de exclusión expresa, parece razonable que en las contrataciones interadministrativas, supuestos en los que en definitiva es el Estado el que asume el rol de cocontratante, no se condicione la génesis de la relación convencional al cumplimiento de recaudos –v.g. de habilidad para contratar con la Administración Nacional– que presuponen una condición de alteridad, que no se configura en plenitud en estos supuestos particulares (v. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

XII) En torno a la primera cuestión consultada, esta Oficina entiende que la existencia de deudas tributarias o previsionales es un requisito que necesariamente deberá verificarse –mediante el trámite previamente indicado– en la etapa de evaluación de las ofertas y, si como resultado de la consulta se corrobora la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, que se encuentra regulado dentro del Capítulo VII bajo el título “Evaluación de las Ofertas” (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

XIII) El procedimiento previsto en el artículo 2º de la Resolución AFIP Nº 4164/17 se deberá efectuar al momento de evaluación de las ofertas en todos los procedimientos en los que intervenga la Comisión Evaluadora, ello es así por cuanto, en la práctica, el momento en el cual los organismos verifican el cumplimiento de los requisitos a que deben ajustarse tanto las ofertas como los oferentes, es al momento de emitir el dictamen de evaluación, por cuanto es el momento en el cual se determina el orden de mérito de las ofertas admisibles y convenientes,

a la vez que se recomienda la desestimación de las propuestas inadmisibles y/o inconvenientes, dando cuenta de los motivos correspondientes y adjuntando las constancias pertinentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 del Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición N° 62/16, modificado por su similar N° 6/18.

XIV) En aquellos procedimientos en los cuales pueda válidamente prescindirse de la intervención de la Comisión Evaluadora –tal como se encuentra contemplado, por ejemplo, en los trámite de compulsa abreviada por monto, por urgencia, en los trámites de adjudicación simple por especialidad, exclusividad, por desarme, traslado o examen previo, interadministrativas, entre otros, de acuerdo con las previsiones del artículos 50 inciso g), 51 inciso e), 52 inciso e), 54 inciso e), 57 inciso f), 58 inciso b), etc., del Manual de Procedimiento– y como consecuencia de ello no se configure una etapa de evaluación propiamente dicha (entendida, de acuerdo con la letra del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, como aquella que se extiende desde el momento en que el expediente es remitido a la Comisión Evaluadora hasta la notificación del dictamen de evaluación), el organismo contratante que constatara que un determinado oferente u oferentes se encontraban incursos en alguna causal de inhabilidad para contratar al momento de la apertura de ofertas o al momento de la adjudicación, deberá desestimarlo/s al momento de emitir el acto de finalización del proceso de selección, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 66, inciso b) del Decreto Nº 1030/16.

XV) Tanto en el Dictamen ONC N° 17/2015, como en los restantes pronunciamientos de esta Oficina que siguieron tal criterio, se indica que corresponde al organismo contratante realizar la verificación de los requisitos de habilidad para contratar en TRES (3) momentos: en la etapa de apertura de ofertas, en la etapa de evaluación y en la etapa de adjudicación. Sin embargo, ello no significa que obligatoriamente deba realizarse en cada una de esas etapas, sino que al existir procedimientos en los cuales se puede válidamente prescindir de la Comisión Evaluadora –y, por consiguiente, de la etapa de evaluación de ofertas, tal como se encuentra definida en el artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16–, dicha verificación deberá efectuarse necesariamente en cualquiera de las restantes etapas.

XVI) Ello es así, por cuanto el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece: *"Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos a) Si fuera formulada por personas humanas y/o jurídicas que no estuvieran incorporadas en el Sistema de Información de Proveedores a la fecha de comienzo del periodo de evaluación de las ofertas, o a la fecha de adjudicación en los casos que no se emita el dictamen de evaluación. b) Si fuere formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL de acuerdo a lo prescripto en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquellas o en la adjudicación...".*

XVII) Tal como puede advertirse, el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, en su inciso a) se refiere expresamente a los casos en los cuales no se emite el dictamen de evaluación, por lo tanto queda claro que el Reglamento, como norma general, cuando se refiere a la inhabilidad de una persona humana o jurídica para contratar en cualquiera

de las tres etapas de un procedimiento de selección, también lo hace teniendo en cuenta la existencia de procedimientos en los cuales se prescinde de la etapa de evaluación.

XVIII) Cabe resaltar que para el caso del inciso a) se reguló específicamente en el artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición N° 62/16, modificado por el artículo 4° de la Disposición ONC N° 6/2018, lo siguiente: *"Dentro de los DOS (2) días siguientes al acto de apertura de las ofertas, la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar en el Sistema de Información de Proveedores, el estado en que se encuentra cada uno de los oferentes y, en su caso, comunicarles que realicen las gestiones necesarias ante la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se encuentren inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación o bien al momento de la adjudicación en los procedimientos en que no se realice dicha etapa…".* Por el contrario, en el caso regulado en el inciso b), no se estableció en el Manual de Procedimiento la verificación de la habilidad para contratar en instancia previa a la etapa de evaluación, lo cual da mayor sustento a la interpretación aquí propiciada en cuanto a que la verificación de los presupuestos de habilidad para contratar con la Administración Nacional debe llevarse a cabo al momento de emitir el dictamen de evaluación, salvo en aquellos casos en los cuales se prescinda válidamente de la Comisión Evaluadora.

XIX) Esta Oficina entiende que la verificación del requisito de habilidad debe efectuarse en la etapa de evaluación en todos aquellos casos en los cuales no sea jurídicamente viable prescindir de la Comisión Evaluadora, por ser ésta la facultada para verificar el cumplimiento de los requisitos de las ofertas y de los oferentes, mientras que en los casos en los cuales pueda válidamente obviar la intervención de la Comisión Evaluadora, deberá efectuarse necesariamente en cualquiera de las otras dos etapas.

XX) Si durante la sustanciación de un procedimiento en el cual el organismo no hubiera podido prescindir de la etapa de evaluación, hubiera efectuado la verificación en las otras dos etapas (apertura o adjudicación), ello no la exime de hacerlo en la etapa de evaluación al momento de emitir el dictamen de evaluación, y agregar al expediente las constancias pertinentes.

XXI) Al sintetizarse la verificación de los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una simple consulta en el sistema electrónico de contrataciones, resulta plausible que la Comisión Evaluadora efectúe la consulta al momento de emitir su dictamen de evaluación y agregue al expediente el resultado de la misma, lo cual en el caso mencionado no sucedió.

XXII) En cuanto a la segunda cuestión consultada, el organismo contratante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17. Téngase presente que a los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500,00.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social

vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

XXIII) La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán el estado de situación de los oferentes frente a la AFIP a través del portal https://comprar.gob.ar, de acuerdo con lo establecido en la Comunicación General ONC Nº 90/17, y será esa la única constancia válida a los efectos de determinar la habilidad para contratar del oferente. Tal como fuera entendido en un caso similar *:"…es opinión de esta Oficina que el organismo consultante deberá atenerse a la información arrojada por el sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17, independientemente de lo presuntamente informado por la AGENCIA AFIP Nº 100"* (v. NO-2018-06252779-APN-ONC#MM).

XXIV) Tampoco pueden surgir dudas en cuanto a la derogación del régimen oportunamente instaurado mediante la Resolución General AFIP N° 1.814 así como también de la Comunicación ONC N° 80/17, quedando sin efecto –por consiguiente– la obligación de los oferentes de acompañar el Certificado Fiscal para Contratar o bien la nota presentada ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS solicitando el mismo, establecida en el punto 5, inciso h), artículo 13 del Anexo a la Disposición ONC N° 63/16, así como la verificación del cumplimiento de dicho requisito por parte de la Comisión Evaluadora de ofertas, previsto en el punto 2 del artículo 27 del anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 62/16.

XXV) Sin embargo, el artículo 7º, *in fine*, de la Resolución AFIP Nº 4164/17 establece que los certificados que ya se hubieran emitido a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen serán válidos hasta su vencimiento, independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la nueva normativa. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados –los cuales eran expedidos por el organismo recaudador con un plazo de validez de CIENTO VEINTE (120) días corridos, contados a partir del día de su emisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la derogada Resolución General AFIP Nº 1814/05–.

HECHO DEL PRÍNCIPE.

DICTAMEN ONC Nº 24/2016.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Rechazo recurso de reconsideración – Proveedor IDP S.A. Hecho del príncipe. Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI). *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

Normativa examinada:

- Artículo 13, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 95 del Anexo al Decreto Nº 436/00.
- Artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12-
- Resolución General AFIP Nº 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El agravio central del proveedor radica en la supuesta existencia de un vicio en el elemento causa del acto administrativo sancionatorio, al no haber tenido en cuenta las consecuencias de la Resolución General AFIP Nº 3252/12, subsumibles –desde el punto de vista de la recurrente– en la teoría del "hecho del príncipe", en tanto eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 25/12.

II) A los fines de resguardar las garantías de defensa y debido procedimiento administrativo, deviene necesario efectuar un análisis sobre la eventual configuración en el caso concreto del mentado "hecho del príncipe", entendido como un acto emanado de autoridad pública, de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 565/2010 y 448/2013, entre otros).

III) Ello, toda vez que la quejosa aduce que debido al trámite correspondiente a las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importaciones no pudo cumplir con sus obligaciones en tiempo oportuno y debida forma, de lo cual se deduce que la misma alegó el hecho del príncipe como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

IV) El Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00 no previó el "Hecho del Príncipe" como tal, limitándose a receptar en el citado artículo 95 –correspondiente al Capítulo VI "Circunstancias Accidentales"– los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Por el contrario, en el marco del inciso c) del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 fueron regulados en forma claramente diferenciada al menos tres institutos distintos, a saber: 1) El caso fortuito o fuerza mayor de carácter natural; 2) El hecho del Príncipe; 3) La *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento contractual.

V) El Decreto Delegado Nº 1023/01 –norma posterior en el tiempo y de mayor jerarquía que el Decreto Nº 436/00– incorporó la figura del "Hecho del Príncipe". Al no encontrarse contemplado el "Hecho del Príncipe" entre los supuestos detallados en el artículo 95 del Anexo al Decreto Nº 436/00, no resultarían exigibles los requisitos allí estipulados para restringir la procedencia de tal instituto, en particular la carga en cabeza del interesado de comunicarlo al organismo contratante dentro de los TRES (3) días de producido o desde que cesaren sus efectos, bajo pena de no poder invocarlo ulteriormente. Tampoco la nueva norma prevé un plazo dentro del cual deba invocarse el hecho del príncipe, como sí lo hace respecto del caso fortuito y/o la fuerza mayor.

VI) A partir de un análisis armónico del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 a la luz de la doctrina y de los principios generales que rigen las contrataciones públicas, pueden identificarse los siguientes requisitos necesarios para tener por configurado un supuesto de "hecho del príncipe" como eximente de responsabilidad frente a un incumplimiento contractual. A saber: 1) Debe tratarse de un acto o medida de carácter general emanado de una autoridad pública nacional que de modo reflejo o indirecto haya incidido negativamente en el cumplimiento del contrato. Autorizada doctrina tiene dicho que por "acto de autoridad pública" deberán entenderse no solo los actos administrativos y reglamentos emanados de la Administración, sino también las vías de hecho, las leyes en sentido formal, etc.; 2) La circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que coloque al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; 3) Si bien ni el Decreto Delegado Nº 1023/01 ni los sucesivos decretos reglamentarios nada dicen en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad –de raigambre constitucional y especialmente previsto en el Decreto Delegado Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional ha entendido que la invocación del "hecho del príncipe" debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate (Cfr. Dictamen ONC Nº 448/2013).

VII) La obligación de presentar las "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012 y, conforme con lo estipulado en su artículo 9º, el citado régimen entró en vigencia el 1º de febrero de ese año. En relación al referido régimen, este Órgano Rector ya ha dicho que para que proceda la eximición de penalidades a un proveedor ante el incumplimiento de sus obligaciones con motivo de la demora del trámite de la Declaración Jurada Anticipada de Importación, el proveedor debe acreditar –mínimamente– haber realizado el trámite de la DJAI en tiempo oportuno, sumado ello a la imposibilidad de satisfacer las prestaciones contractuales en término frente a la demora imputable a la Administración.

VIII) De la compulsa de las presentes actuaciones surge que la Orden de Compra N° 25/2015 fue emitida con fecha 1º de marzo de 2012 y el cumplimiento de la misma consistía en una única entrega, cuya fecha de vencimiento operaba el día 23 de abril de 2012 (v. considerandos de la Disposición COAA Nº 17/13), extremo sobre el cual no se advierte controversia, en tanto fue expresamente reconocido por IDP S.A. en su recurso. Siendo ello así, forzoso es colegir que en oportunidad de la presentación de la Nota fechada el 5 de julio de 2012, mediante la cual el proveedor invocó los problemas derivados de la importación de la mercadería y ofreció entregar las pilas entre el 23 y 27 de julio de 2012, el plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para cumplir con la entrega de los bienes adjudicados se encontraba vencido, tal como fue sostenido por la ARMADA ARGENTINA al rechazar la solicitud de prórroga.

IX) Por otra parte, si bien está fuera de discusión la pública notoriedad del régimen de Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI) implementado mediante la Resolución

General AFIP N 3252/12, ello en modo alguno eximía a la recurrente de acreditar el alcance puntual y específico de las alegadas restricciones frente a su concreta obligación de cumplimentar con la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 25/12, extremo que no surge de autos que haya sido satisfecho por la agraviada, en la medida en que ni siquiera se encuentra acreditada la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación.

X) Tampoco se ha acreditado de manera fehaciente que la medida emitida por la autoridad nacional haya tornado imposible la ejecución del contrato. Por el contrario, el proveedor en cuestión sólo acompañó diversas órdenes de compra correspondientes a otros procedimientos de selección a fin de demostrar sus antecedentes licitatorios, argumento que no hace a la cuestión traída a debate.

XI) No es posible soslayar que el régimen de las DJAI se encontraba vigente al momento de la emisión de la orden de compra, y en consecuencia el proveedor debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con la obligación impuesta por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con la ARMADA ARGENTINA en el marco de la Licitación Pública Nº 92/11.

XII) La firma IDP S.A. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar, por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales N°19.550. Resulta reprochable su conducta al pretender excusarse de las obligaciones a su cargo invocando, con fecha 5 de julio de 2012, la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado (el cual a esas alturas ya se encontraba vencido), en razón de supuestos inconvenientes a raíz de la implementación de un régimen que entró en vigencia el 1º de febrero de 2012, es decir, alrededor de cinco meses antes de la presentación efectuada por la contratista en el organismo licitante.

XIII) Lo expuesto implicó en los hechos desconocer la inveterada doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en relación a que el mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración que presupone una diligencia del postulante que excede la común (v. Dictámenes PTN 167:447; 211:370).

XIV) En efecto, sabido es que proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propio del “buen hombre de negocios”, que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan. Más aun, lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictámenes ONC Nros. 750/2011, 402/2013, 32/2015, entre otros).

XV) Ninguna duda puede caber, entonces, en cuanto a que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida

cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557).

XVI) En suma, sobre la base de lo que se viene de exponer, esta Oficina Nacional entiende que la defensa intentada por la adjudicataria, a fin de eximirse de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 25/12, no puede tener acogida favorable por resultar extemporánea. Ello así por cuanto las mentadas circunstancias susceptibles de encuadrar en la figura del "Hecho del Príncipe" fueron puestas en conocimiento del organismo contratante una vez agotado el plazo contractualmente estipulado para el cumplimiento de la provisión de los bienes adjudicados, motivo por el cual resulta inconducente continuar con el análisis de los demás requisitos enumerados *ut supra*.

XVII) A su vez, deviene oportuno mencionar la regla conocida en el derecho como *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* –nadie puede alegar su propia torpeza–, a partir de la cual no es posible escudarse en un acto realizado con negligencia, impericia o imprudencia para salir beneficiado de una situación controversial. Desde esa óptica, resulta negligente y hasta contradictoria la conducta del proveedor en tanto que, por un lado esgrime que la entrada en vigencia de la Resolución General AFIP Nº 3252/12 –el día 1° de febrero de 2012– era un hecho de público y notorio conocimiento, sin perjuicio de lo cual efectuó su presentación recién el día 5 de julio de 2012.

XVIII) Habida cuenta de lo expuesto, y de acuerdo a los argumentos de hecho y los presupuestos de derecho sobre la cual se asienta el tema bajo estudio, esta Oficina Nacional considera que en tanto el proveedor en cuestión no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente los requisitos exigidos, no se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del hecho del príncipe.

DICTAMEN ONC Nº 46/2016.

Fecha de emisión: 22 de abril de 2016.

Referencias/voces: Hecho del príncipe. Modificación del tipo de cambio. Demoras en la importación. Inexistencia de plazo expreso para invocar el hecho del príncipe. Principio de razonabilidad. Tiempo oportuno. Estándar de diligencia del proveedor del Estado Buen hombre de negocios. Nadie puede alegar su propia torpeza.

Consulta:

Se solicitó asesoramiento en torno a si correspondería rescindir, en forma parcial, el contrato celebrado con el proveedor PRECINCOR S.A., en los términos del artículo 122 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 120, 122 y 126 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco del inciso c) del citado artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 fueron regulados en forma diferenciada al menos tres institutos distintos, a saber: 1) El caso fortuito o fuerza mayor de carácter natural; 2) El hecho del Príncipe; 3) La exceptio non adimpleti contractus o excepción de incumplimiento contractual.

II) La medida gubernamental susceptible de restringir la importación de determinados bienes invocada por PRECINCOR S.A. podría encuadrarse, eventualmente, como "hecho del príncipe", entendido como un acto emanado de autoridad pública, de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 448/2013 y 24/2016, entre otros).

III) El artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no prevé un plazo dentro del cual deba invocarse el hecho del príncipe, como sí lo hace respecto del caso fortuito y/o la fuerza mayor.

IV) Empero, a partir de un análisis armónico de las normas en juego, pueden identificarse los siguientes requisitos necesarios para tener por configurado un supuesto de "hecho del príncipe" como eximente de responsabilidad –total o parcial– frente a un incumplimiento contractual. A saber: 1) Debe tratarse de un acto o medida de carácter general emanado de una autoridad pública nacional que de modo reflejo o indirecto haya incidido negativamente en el cumplimiento del contrato. Por "acto de autoridad pública" deberán entenderse no solo los actos administrativos y reglamentos emanados de la Administración, sino también las vías de hecho, las leyes en sentido formal, etc.; 2) La circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que coloque al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; 3) Si bien el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 nada dice en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad –de raigambre constitucional y especialmente previsto en el Decreto Delegado Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional ha entendido que la invocación del "hecho del príncipe" debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate (Cfr. Dictamen ONC Nº 448/2013).

V) Desde esta perspectiva, resulta reprochable el proceder de la firma PRECINCOR S.A. al pretender excusarse de las obligaciones a su cargo invocando, con fecha 25 de febrero de 2016, la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado (el cual a esas alturas se encontraba claramente vencido), es decir, el presunto eximente de responsabilidad fue puesto en conocimiento del organismo contratante más de dos meses después de ocurrido el vencimiento del plazo previsto en el pliego para cumplir con el contrato adjudicado.

VI) Sabido es que proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propio del "buen hombre de negocios", que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan.

VII) Más aun, lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictámenes ONC Nros. 750/2011, 402/2013, 32/2015, entre otros).

VIII) Sobre la base de lo que se viene de exponer, esta Oficina Nacional entiende que los argumentos esgrimidos por la adjudicataria en su nota de fecha 25 de febrero de 2016, a fin de eximirse de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 115/15, no pueden tener acogida favorable por resultar una defensa intentada en forma extemporánea. Ello así por cuanto las mentadas circunstancias susceptibles de encuadrar en la figura del "Hecho del Príncipe" fueron puestas en conocimiento del organismo contratante una vez agotado el plazo contractualmente estipulado para el cumplimiento de la provisión de los bienes adjudicados, motivo por el cual resulta inconducente continuar con el análisis de los demás requisitos enumerados *ut supra*.

IX) A su vez, deviene oportuno mencionar la regla conocida en el derecho como "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* –nadie puede alegar su propia torpeza–, a partir de la cual no es posible escudarse en un acto realizado con negligencia, impericia o imprudencia para salir beneficiado de una situación controversial.

X) Así, al ofertar, la firma PRECINCOR S.A. se obligó no solo a cumplir con las prestaciones a su cargo, sino también a cumplirlas en el tiempo acordado en el pliego de bases y condiciones particulares. Concluir lo contrario implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, en aras de preservar los intereses públicos comprometidos en la contratación administrativa.

XI) Los argumentos esgrimidos por la firma PRECINCOR S.A. a fin de eximirse de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 115/15 carecen de asidero y no pueden tener acogida favorable. Ello así por cuanto las circunstancias vagamente invocadas por la adjudicataria, referidas a modificación del tipo de cambio –que pudieran encuadrar, eventualmente, en la figura del "Hecho del Príncipe"– fueron planteadas en sede del organismo contratante en forma palmariamente extemporánea, por encontrarse ampliamente agotado el plazo previsto en el pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento de la provisión de los bienes adjudicados.

XII) Correspondería encuadrar la cuestión en el marco de lo dispuesto en el artículo 122 Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y proceder a la rescisión parcial del contrato por culpa del proveedor, con pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, en forma proporcional a la parte no cumplida del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00042428-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2016.

Referencias/voces: Rechazo. Recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. Teoría de la imprevisión. Hecho del príncipe.

Antecedentes.

Mediante la Disposición ONC N° 1/16 se le aplicaron al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. DOS (2) sanciones de suspensión para contratar con el Estado Nacional; una de ellas por el plazo de UN (1) año y CINCO (5) meses, con fundamento en el artículo 131, inciso b), apartado 3.1 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de la rescisión total por culpa del proveedor del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 97/2013 del Registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL; mientras que la otra, por el plazo de SIETE (7) meses, como consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida, en los términos del artículo 131, inciso b) apartado 2.2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

La Disposición ONC N° 1/16 fue notificada al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. con fecha 12 de abril de 2016, mientras que con fecha 26 de abril de 2016 fue recibido el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por la firma agraviada.

Normativa examinada:

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se encuentra discutido en el expediente que existió un incumplimiento total de la Orden de Compra Nº 68/14, como consecuencia de la falta de entrega de CIENTO CINCUENTA (150) máquinas de cortar césped adjudicadas a la recurrente en el marco de la Licitación Pública Nº 97/13 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

II) El agravio vinculado a la falta de notificación de las penalidades impuestas no puede prosperar, en tanto carece de asidero lo afirmado dogmáticamente por la recurrente en torno a su desconocimiento de las mismas, máxime cuando el artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991) –de aplicación supletoria al procedimiento licitatorio de marras, en virtud de lo previsto en el artículo 5º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– prescribe que el domicilio constituido producirá todos sus efectos sin necesidad de resolución y se reputará subsistente mientras no se designe otro. En efecto, encontrándose acreditado que la Administración cumplió con el requisito de diligenciar la notificación de las penalidades aplicadas al proveedor de marras al domicilio por él constituido en su oferta, la misma debe reputarse eficaz, aun cuando, en los hechos, el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario.

III) En esa inteligencia, autorizada doctrina tiene dicho que: *"…Esta presunción es indispensable para dar estabilidad al asiento de la persona en sus relaciones con la autoridad pública y con los terceros; de otro modo, cambiando sucesivamente de lugar, cualquier persona podría llegar a hacer imposible, o al menos sumamente difícil, toda notificación o citación."* (HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Decreto reglamentario 1759/72, texto ordenado 1991*. Editorial Astrea. 8º edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006. Pág. 258).

IV) A los fines de resguardar las garantías de defensa y debido procedimiento administrativo, deviene igualmente necesario expedirse sobre la eventual configuración de la figura del "hecho del príncipe", entendido como un acto emanado de autoridad pública, de carácter general, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 565/2010 y 448/2013, entre otros).

V) La alusión a la citada figura tiene lugar toda vez que la quejosa adujo que el incumplimiento de la Orden de Compra N° 68/14 fue motivado por la devaluación de la moneda nacional con relación al dólar estadounidense y por las restricciones sobre los productos importados fijadas por el Estado Nacional. En ese orden argumentativo, alegó que las políticas económicas adoptadas por la Administración, generaron una situación de "fuerza mayor" que habría tornado imposible para la firma proveedora mantener los valores oportunamente cotizados, y por ende disponer la entrega de los bienes comprometidos al organismo contratante.

VI) COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. no aportó documentación alguna que respalde las defensas que aduce para excusar su incumplimiento, ni agregó nuevos elementos de juicio que permitieran tener por acreditada que la devaluación invocada constituyó un caso de "fuerza mayor" o un "hecho del príncipe" en los términos y con los alcances previstos en la normativa vigente. En efecto, junto con su recurso la sociedad comercial sólo acompañó las notas presentadas ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL mediante las cuales invocó la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado, más sin probar los presupuestos fácticos de las eximentes de responsabilidad esgrimidas en su defensa.

VII) A partir de la lectura de una de tales notas llama la atención que el proveedor haya pretendido no renovar su oferta con fecha 5 de febrero de 2014, cuando el contrato se encontraba perfeccionado desde el 31 de enero de 2014, fecha en que se notificó la respectiva orden de compra.

VIII) La petición de la firma se encuentra despojada de cualquier elemento probatorio que permita siquiera analizar su procedencia.

IX) Aun cuando una devaluación fuese pública y notoria, las defensas intentadas a su amparo con el objeto de justificar el incumplimiento de una contratación pública no resultan ser más que afirmaciones dogmáticas y genéricas, vacías de contenido sustancial, en la medida en que el interesado no pruebe su incidencia concreta y circunstanciada en el caso concreto.

X) El acaecimiento de medidas extraordinarias en la política macroeconómica nacional, como puede ser la devaluación de la moneda nacional con relación al dólar estadounidense en modo alguno eximía a la recurrente de acreditar el alcance puntual y específico de las alegadas circunstancias frente a su concreta obligación de cumplir con la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 68/14; extremo no satisfecho por la agraviada, en la medida en que ni siquiera se encuentra acreditada la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación, así como tampoco existe una prueba concreta que cause convicción suficiente de la incidencia real de las condiciones de aplicación del "hecho del príncipe".

XI) No se discute la existencia de las circunstancias de hecho aducidas por la empresa, sino que lo que se cuestiona es -en definitiva- la repercusión concreta que esos hechos han tenido en la prestación a cargo de la empresa contratista, cuestión elemental que no ha sido argüida ni mucho menos analizada por la firma peticionante.

XII) Sin desconocer los principios de juridicidad y de verdad material, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha entendido que: "*...quien alega ciertos hechos en defensa de su derecho debe probarlos; por ser la prueba un elemento vital del proceso, quien no cumple con la carga de la prueba corre el riesgo de no obtener el resultado que pretende...*" (Conf. Dictámenes PTN 225: 099; 233-012).

XIII) Desde otra óptica, es importante señalar que la obligación de presentar las "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252/12 y entró en vigencia el 1º de febrero de ese año, de lo cual se desprende que al momento de presentar su oferta la empresa COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. conocía o debió conocer dicha obligación y evaluado sus posibilidades de cumplimiento a la luz de tales exigencias.

XIV) Para que proceda la eximición de penalidades a un proveedor ante el incumplimiento de sus obligaciones con motivo de la demora del trámite de la Declaración Jurada Anticipada de Importación, el proveedor debe acreditar –mínimamente– haber realizado el trámite de la DJAI en tiempo oportuno y que el retardo no le sea imputable, extremos no verificados en el presente procedimiento recursivo. En todo caso, resulta imputable al proveedor la falta o el deficiente asesoramiento previo respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con la obligación impuesta por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en el marco de la de la Licitación Pública Nº 97/13.

XV) Debe tenerse presente la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN respecto a que: *"…todo emprendimiento empresarial lleva ínsito el riesgo propio de todo negocio, sin el cual perdería esa característica para convertirse en un seguro de ganancias…"* (Dictámenes PTN 275:303).

XVI) Esta Oficina Nacional considera que en tanto el proveedor en cuestión no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente los requisitos exigidos, no se encuentran

dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro de los eximentes de responsabilidad previstos en la normativa vigente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Cese a las restricciones del tipo de cambio. Devaluación. Hecho del príncipe.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El "Hecho del Príncipe" debe ser entendido como un acto emanado de autoridad pública nacional, de carácter general que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo el cumplimiento del contrato administrativo tornando (razonablemente) imposible la ejecución del mismo.

II) El instituto en análisis tiene por objeto eximir (total o parcialmente) del cumplimiento de las prestaciones a cargo del proveedor y preservarlo de la aplicación de las penalidades contempladas en el reglamento en el supuesto en el que este invoque que la medida de la autoridad administrativa le impidió cumplir con el contrato.

III) La situación descripta no se ajusta al supuesto analizado en el presente expediente, en razón de que la firma UN MIL COSAS S.R.L cumplió acabadamente con el contrato, solicitando la readecuación del precio oportunamente cotizado en razón de la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato. Por este motivo, no cabe encuadrar la circunstancia planteada por el proveedor en el instituto del Hecho del Príncipe, ya que no se ha invocado la imposibilidad de cumplir con el contrato en razón de las medidas tomadas por la autoridad pública nacional - *"cese de las restricciones al tipo de cambios y consiguiente devaluación del peso argentino"-,* sino que se ha cumplido con el mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03567497-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Cese de las restricciones al tipo de cambio. Devaluación. Hecho del príncipe.

Antecedentes:

El 18 de noviembre de 2015 tuvo lugar el acto de apertura correspondiente a la Contratación Directa Nº 22/15 del registro del INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN PSICOFÍSICA DEL SUR "Dr. Juan Otimio Tesone".

A partir de la notificación de la Orden de Compra Nº 93/15, la que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2015, se perfeccionó el contrato con firma CRIENG SALUD E INGENIERÍA CLÍNICA

S.A. con el objeto de adquirir UN (1) espirómetro computarizado, el cual debía ser entregado al organismo contratante –según lo establecido en el pliego de bases y condiciones particulares– dentro del plazo de TREINTA (30) días corridos desde la notificación de la orden de compra.

En forma previa al vencimiento del plazo de entrega, el cocontratante efectuó dos presentaciones alegando –en apretada síntesis– su imposibilidad de cumplir con la entrega del producto que le fuera adjudicado, a raíz de un variación en el precio del bien acaecida como consecuencia del aumento del valor de cotización del dólar estadounidense –aproximadamente del CUARENTA POR CIENTO (40%)–, a partir de que se liberara el tipo de cambio el 16 de diciembre de 2015.

Sin perjuicio de lo expuesto, el día 27 de enero de 2016 el organismo contratante intimó a la empresa para que en plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas cumpliera con el contrato bajo apercibimiento de rescisión.

El 10 de febrero de 2016, la firma manifestó su imposibilidad de dar cumplimiento con la entrega del bien adjudicado por los motivos previamente invocados.

Como consecuencia de lo expuesto, el INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN PSICOFÍSICA DEL SUR "Dr. Juan Otimio Tesone" rescindió, por culpa de la firma CRIENG SALUD E INGENIERÍA CLÍNICA S.A., el contrato formalizado mediante la Orden de Compra 93/2015, disponiendo asimismo la pérdida total la garantía de cumplimiento de contrato.

Contra dicho acto la empresa interpuso recurso de reconsideración, el cual fue oportunamente rechazado.

Finalmente, el ex MINISTERIO DE SALUD solicitó la opinión del Órgano Rector, de modo previo resolver el recurso de alzada en trámite ante dicha jurisdicción.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de las cuestiones económicas invocadas por el cocontratante como eximentes de responsabilidad respecto del incumplimiento contractual en que incurriera en el marco de la Contratación Directa N° 22/15 del INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN PSICOFÍSICA DEL SUR "Dr. Juan Otimio Tesone".

Normativa examinada:

- Artículo 13, inciso c) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 59 de la Ley General de Sociedades N° 19.550.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La cuestión a determinar por este Órgano Rector es el encuadre jurídico que corresponde dar, en el marco del Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, a la medida tomada por la Administración Nacional –"levantamiento del cepo

cambiario"– mediante el dictado de la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) N° 3819 del 16 de diciembre de 2015, por la cual se dejara sin efecto la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) N° 3450 y su modificatoria (situación invocada por la firma adjudicataria como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de la Orden de Compra Nº 93/15 emitida en el marco de Contratación Directa N° 22/15).

II) Podría sostenerse que la circunstancia aludida por la firma CRIENG SALUD E INGENIERÍA CLÍNICA S.A. resultaría susceptible de ser encuadrada como "Hecho del Príncipe", entendido éste como todo acto o medida de carácter general, emanado de una autoridad pública en cuanto tal –y no como contraparte de la relación contractual–, que en ejercicio de la potestad de dirección de la economía afecta de modo indirecto o reflejo las condiciones o el cumplimiento del contrato administrativo (Cfr. RENNELLA, María Paula. *Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor en Cuestiones de Contratos Administrativos*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Ediciones RAP. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007. Págs. 267 y 268).

III) Dicha teoría fue concebida para atender las consecuencias disvaliosas de los actos o medidas de orden general adoptadas por los poderes públicos, cuando generen un alea administrativa "anormal" o "extraordinaria" que torne razonablemente imposible cumplir con el contrato.

IV) El inciso c) del art. 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 contempla la posibilidad de que el cocontratante se exima (total o parcialmente) de responsabilidad frente al incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando medien actos de autoridades públicas nacionales de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato. Luego, tal como puede apreciarse, el citado artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 vino a morigerar la rigurosidad del decreto delegado, en tanto estipula que no se aplicarán penalidades cuando el incumplimiento de la obligación provenga de actos de autoridades públicas nacionales que coloquen al cocontratante en una situación de "razonable imposibilidad" de cumplimiento de sus obligaciones.

V) A efectos de que proceda el encuadre del caso de marras en dicho instituto deberán configurarse los siguientes requisitos: 1) Debe acreditarse la existencia de un acto o medida de carácter general, emanado de autoridad pública nacional, que haya afectado de modo indirecto o reflejo las condiciones del contrato administrativo. Debe existir una adecuada relación causal entre la medida estatal y la alteración de la ecuación económica financiera del contrato; 2) La interferencia o incidencia en el contrato debe ser de tal gravedad que haya tornado razonablemente imposible la ejecución del mismo. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado; 3) La situación en que se funde el reclamo no puede considerarse incluida en el denominado "riesgo empresario". Para ello, deberá acreditarse que el quebranto excede el alea económica propia de la actividad y que asume el contratista como hombre de negocios; 4) Finalmente, resta mencionar que el Decreto Delegado Nº 1023/01 y el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 nada dicen en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo la causal bajo examen, no obstante lo cual, por aplicación del principio de razonabilidad, esta Oficina Nacional entiende

que la invocación del Hecho del Príncipe debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato (v. Dictamen N° 448/2013).

VI) A la luz de lo expuesto, corresponderá al organismo consultante determinar si en el caso bajo análisis se encuentran dados los presupuestos enunciados precedentemente.

VII) A criterio de esta Oficina Nacional correspondería intimar a la firma agraviada para que acompañe los extremos documentales tendientes a mensurar la real incidencia de la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) N° 3819/15 en la economía del contrato, a fin de poder determinar si se trató o no de una "razonable" imposibilidad de cumplimiento. Del mismo modo, cabría solicitar al organismo contratante su evaluación mediante la emisión de informes técnicos emanados de las áreas que correspondan, en caso de considerarlo necesario.

VIII) También debería evaluarse en términos concretos –teniendo en cuenta, entre otros extremos, las condiciones de comercialización del bien de que se trata–, si la firma CRIENG SALUD E INGENIERÍA CLÍNICA S.A. actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios –por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley General de Sociedades N° 19.550– con la que un proveedor del Estado debe obrar.

IX) Corresponde a la jurisdicción girante corroborar tales extremos, a cuyo fin se sugiere abrir a prueba en el marco del procedimiento recursivo en trámite y diligenciar –de considerarse oportunas y pertinentes– las medidas sugeridas, en pos de evitar un pronunciamiento meramente dogmático sobre la cuestión.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-05053596-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 23 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Hecho del príncipe. DJAI.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El argumento de la sociedad recurrente a partir del cual pretende eximirse de responsabilidad en el incumplimiento en la entrega de bienes correspondiente a la Orden de Compra Nº 394/14 al alegar problemas en las importaciones, resulta pasible de ser tipificado dentro del supuesto de "Hecho del Príncipe" y no corresponde considerarlo, como pretende argumentar la firma agraviada, dentro de los supuestos de "fuerza mayor" o "caso fortuito".

II) A partir de un análisis armónico del artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01 a la luz de la doctrina y de los principios generales que rigen las contrataciones públicas, pueden identificarse los siguientes requisitos necesarios para tener por configurado un supuesto de "hecho del príncipe" como eximente de responsabilidad frente a un incumplimiento contractual. A saber: 1) Debe tratarse de un acto o medida de carácter general emanado de una autoridad

pública nacional que de modo reflejo o indirecto haya incidido negativamente en el cumplimiento del contrato. Por "acto de autoridad pública" deberán entenderse no solo los actos administrativos y reglamentos emanados de la Administración, sino también las vías de hecho, las leyes en sentido formal, etc.; 2) La circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que coloque al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. Su acreditación deberá encontrarse debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; 3) Si bien ni Decreto Delegado Nº 1023/01 ni los sucesivos decretos reglamentarios nada dicen en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad –de raigambre constitucional y especialmente previsto en el Decreto Delegado Nº 1023/01–, esta Oficina Nacional ha entendido que la invocación del "hecho del príncipe" debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate (Cfr. Dictamen ONC Nº 448/2013).

III) De la presentación recursiva efectuada por la sociedad comercial no se desprende que el proveedor en cuestión haya manifestado la imposibilidad de cumplir a raíz de restricciones a las importaciones, ni tampoco acompañó documentación respaldatoria tendiente a acreditar los extremos invocados, sino que solo reserva argumentaciones meramente dogmáticas carentes de sustento probatorio.

IV) No es posible soslayar que el régimen de las DJAI se encontraba vigente al momento de la emisión de la orden de compra, y en consecuencia el proveedor en cuestión debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con la obligación impuesta por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con la ARMADA ARGENTINA en el marco de la Licitación Pública Nº 87/14.

V) Debe tenerse presente que la firma A y M D´ ESPÓSITO S.R.L. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar, por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales N°19.550. Resulta reprochable su conducta al pretender excusarse de las obligaciones a su cargo invocando, la imposibilidad de cumplir con el contrato adjudicado, en razón de supuestos inconvenientes a raíz de la implementación de un régimen que entró en vigencia el 1º de febrero de 2012, es decir, alrededor de dos años y medio antes de la emisión de la Orden de Compra Nº 394/2014, de fecha 13 de noviembre de 2014.

VI) Sabido es que proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propio del "buen hombre de negocios", que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan.

VII) Esta Oficina Nacional considera que en tanto el proveedor en cuestión no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente los requisitos exigidos, no se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del caso hecho del príncipe.

IMPUGNACIONES A DICTÁMENES DE EVALUACIÓN

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Impugnación a dictamen de evaluación. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Alcances de las competencias de la ONC.

Solicitud de intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre la impugnación efectuada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L. al Dictamen de Evaluación Nº 24/2016, en el marco de la Licitación Pública Nº 9/2016 del registro del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 242, inciso 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/10, 589/10, 602/1, 614/10, 639/10, 92/14, 94/14, 486/14, 187/15 y 32/16, entre otros).

II) Esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros.

III) A raíz de lo expuesto no resulta difícil colegir que excede la competencia de este Órgano Rector instruir al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L., máxime si se advierte que no se ha formulado en concreto una consulta que amerite una interpretación de la normativa aplicable, por parte de este Órgano Rector, en los términos del inciso 10 del artículo 242 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Impugnación al dictamen de evaluación. Cómputo de plazos. Recaudos formales en "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto a si correspondía declarar fracasada la Licitación Privada N° 24-0014-LPR17 del registro de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SEDRONAR) o, por el contrario, adjudicar el objeto contractual a la firma PREVENCIÓN ART S.A.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º, 4º y 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.
- Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018.
- Artículo 1º incisos d) y e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM e IF-2016-04239686-APN-ONC#MM, entre otros). En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros.

II) A raíz de lo expuesto, excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACION ARGENTINA (SEDRONAR) sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial PREVENCIÓN ART S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

III) Para un mejor desarrollo de la problemática objeto de consulta, resulta pertinente abordar en primera medida el modo en que ha de computarse el plazo previsto en el artículo 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16, a los fines de impugnar en término el dictamen de evaluación emitido en un procedimiento electrónico sustanciado a través del sistema "COMPR.AR".

IV) En la Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018, se concluyó: lo siguiente: I. El dictamen de evaluación no puede reputarse notificado el mismo día de su difusión en el sitio https://comprar.gob.ar, sino el día hábil siguiente, en virtud de lo estipulado en el artículo 4 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, en tanto este último diferencia la difusión de la notificación, al decir explícitamente que las notificaciones se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión en COMPR.AR; II. Más allá de la redacción literal del artículo 13 del referido Manual, cabe interpretar que el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos allí previsto debe computarse a partir del día hábil siguiente a la fecha en que corresponda tener por notificado el dictamen de evaluación. Ello concuerda con la regla procedimental por la cual el día de notificación no cuenta como primer día de plazo, conforme lo normado en el artículo 1º inciso e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, de aplicación supletoria.

V) Lo expuesto puede ejemplificarse del siguiente modo: 1) "Día 1": difusión del dictamen de evaluación en el sitio del sistema COMPR.AR. 2) Día hábil subsiguiente o "Día 2": se entiende notificado el respectivo dictamen. 3) Día hábil subsiguiente o "Día 3": comienza a correr el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos para impugnarlo.

VI) El artículo 1º inciso d) de la Ley Nº 19.549 prescribe que los actos, actuaciones y diligencias se practicarán en días y horas hábiles administrativos, a menos que de oficio o a petición de parte se habiliten aquellos que no lo fueren, por las autoridades que deban dictarlos o producirlas. De ahí que se presupone que incluso la difusión (Día 1º) ha de tener lugar un día hábil administrativo.

VII) Si el Dictamen de Evaluación Nº IF-2018-04334631-APN-DCPS#SEDRONAR fue difundido en el Portal https://comprar.gob.ar el día 20 de enero de 2018 –día inhábil, por ser sábado y no constar habilitación por parte de la autoridad competente– debió tenérselo por difundido el lunes 22 de enero, es decir, el primer día hábil subsiguiente. Luego, recién el 23 de enero se lo ha de tener por válidamente notificado, comenzando a correr el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos para impugnarlo a partir del día miércoles 24 de enero hasta el día 26 de enero de 2018, inclusive.

VIII) Si bien la interpretación efectuada por la DIRECCIÓN DE COMPRAS, PATRIMONIO y SUMINISTROS, de cualquier modo, la impugnación interpuesta por la firma PREVENCIÓN ART S.A. el 29 de enero de 2018 debe reputarse extemporánea, además de no haber sido instrumentada a través de la plataforma electrónica sino en soporte papel.

IX) En los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el sistema COMPR.AR, como acontece con la Licitación Privada Nº 24-0014-LPR17, los oferentes que deseen impugnar el dictamen de evaluación de ofertas deben hacerlo –necesariamente– a través de la mentada plataforma electrónica. En efecto, no corresponde dar tratamiento a la presentación interpuesta

por PREVENCIÓN ART S.A., en razón de no haberse presentado a través de la plataforma COMPR.AR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Anexo I a la Disposición ONC 65/16, el cual establece que: *"A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de Septiembre de 2018.

Referencias/voces: Posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación en Licitaciones y/o concursos de etapa múltiple.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto del temperamento a seguir frente a presentaciones efectuadas por parte de la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS MARTIN FIERRO S.R.L. en el marco de la Licitación Pública de Etapa Múltiple Nacional Nº 34-0002-LPU18.

Concretamente, se solicitó al Órgano Rector que se expida respecto de la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de las ofertas en un procedimiento de etapa múltiple.

Normativa examinada:

- Artículos 23 y 26 inciso a) apartado 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación 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 Nº 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF- 2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM, entre otros). Ahora bien, ello no resulta óbice en este caso para emitir opinión en torno a la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de ofertas emitido durante la sustanciación de una licitación o concurso de etapa múltiple.

II) El trámite específico para los procedimientos de etapa múltiple, sean licitaciones o concursos, se encuentra regulado en el Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70), indicándose expresamente que todo lo que no se encuentre previsto de un modo específico se regirá por lo establecido en las restantes disposiciones del citado Manual y por el Reglamento del Régimen

de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con las restantes normas modificatorias y complementarias.

III) Debe necesariamente diferenciarse el dictamen de preselección –el cual es susceptible de impugnación por oferentes e interesados dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos de notificados, previa integración de la garantía correspondiente– del dictamen de evaluación de las ofertas propiamente dicho, respecto del cual la normativa vigente no prevé la posibilidad de su impugnación, no obstante la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación fundado en dicho asesoramiento.

IX) Esto es así por cuanto el artículo 66 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 expresamente prevé que: *"…Los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección dentro de los DOS (2) días de notificados, previa integración de la garantía correspondiente. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección. La Unidad Operativa de Contrataciones deberá notificar a todos los oferentes el acto administrativo que resuelva la preselección dentro de los TRES (3) días de emitido.".*

X) En contraste, el artículo 68 del aludido Manual, al regular lo atinente al dictamen de evaluación de ofertas en procedimientos de etapa múltiple, estipula: *"La Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito y recomendará sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento. En caso de haberse previsto en el referido pliego la combinación de los puntajes obtenidos en ambas propuestas, se ponderarán los puntajes de la manera preestablecida, a los efectos de la obtención del puntaje final. Este dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección.".*

XI) El Manual de Procedimiento regula expresamente la posibilidad de impugnar el dictamen de preselección, mientras que respecto del dictamen de evaluación la expresión "será elevado sin más trámite" anula, a criterio de esta Oficina Nacional, toda posibilidad de impugnación, la que en su caso se subsumirá en la facultad de recurrir el acto administrativo de conclusión del procedimiento. De lo contrario, carecería de sentido lo ordenado en el artículo 68, in fine, previamente transcripto.

XII) En el marco de un procedimiento licitatorio de etapa múltiple el dictamen de evaluación propiamente dicho no resulta susceptible de impugnación, extremo que en modo alguno obsta –va de suyo– al eventual cuestionamiento del acto administrativo de conclusión del procedimiento, mediante los recursos y/o remedios contemplados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2018.

Referencias/voces: Impugnación al dictamen de evaluación – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR".

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión: *"…referida al cumplimiento de la Circular sobre la acreditación de las Normas ISO presentadas por el proveedor 'Compañia de Servicios Martín Fierro SRL' (Oferta Económica más conveniente; Impugnada por La Mantovana Servicios Generales S.A., Orden de Mérito: 2)",* en el marco de la plataforma fáctica descripta en el Acápite I del presente.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APNONC#MM, entre otros).

II) En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional carece de competencias en materia de contralor o auditoria, motivo por el cual no se encuentra dentro de sus facultades verificar y examinar el cumplimiento de la normativa aplicable en los procedimientos de selección que lleven adelante las jurisdicciones y entidades contratantes, sin perjuicio de asesorar y dictaminar con respecto a cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan los organismos a su consideración.

III) A raíz de lo expuesto, excede de la competencia de este órgano Rector instruir al INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y de descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

IV) De otra parte, corresponde puntualizar que la ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

V) Mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

VI) En efecto, "COMPR.AR" es una herramienta transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta el perfeccionamiento del contrato. Cumple la doble función de ser un portal de difusión y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

VII) Las presentaciones efectuadas por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. se plasmaron únicamente en soporte papel –en tanto no hay constancias que den cuenta de impugnaciones que hayan sido ingresadas a través del sistema COMPR.AR–.

VIII) Desde que los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el sistema COMPR.AR., (como es el caso de la Licitación Pública Nº 20-0001-LPU18), los oferentes que deseen impugnar el dictamen de evaluación de ofertas deben hacerlo –necesariamente– a través de la mentada plataforma electrónica y dentro del plazo de TRES (3) días hábiles administrativos, computable con sujeción a lo indicado en la Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018 (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

IX) A su vez, debe necesariamente recordarse lo señalado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al sostener que el principio del informalismo en favor del administrado no excusa la inobservancia o incumplimiento de requisitos esenciales. Dicho en otros términos, el informalismo no debe ser confundido con la ausencia total de formas, lo cual traería aparejado el desorden en las actuaciones (Dictámenes PTN 287:029).

INFORMES TÉCNICOS.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 26 de Enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento. Competencias de la Comisión Evaluadora. Informe técnico.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida sobre si corresponde emitir un informe técnico por parte de la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo de las ofertas y en forma previa a la emisión del dictamen de evaluación.

Normativa examinada:

- Artículos 61, 62 y 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 25, 26 y 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 62/2016.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las etapas del procedimiento previstas en la normativa son: acto de apertura de las ofertas, dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos siguientes procede la vista, la verificación que realiza la unidad operativa de contrataciones en el sistema de información de proveedores y la confección del cuadro comparativo, al día siguiente de vencido ese plazo se remiten los actuados a la Comisión Evaluadora.

II) Por su parte, la normativa establece que es función de la Comisión verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, y que cuando se tratare de contrataciones para cuya apreciación se requieran conocimientos técnicos o especializados o bien para garantizar la correcta apreciación de criterios de sustentabilidad, las Comisiones Evaluadoras podrán requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con tales conocimientos específicos.

III) Por consiguiente, si de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resulta meridianamente claro que la Comisión Evaluadora se halla facultada –cuando la complejidad técnica de la contratación lo amerite– para requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con determinados conocimientos específicos, con más razón ha de aceptarse que pueda requerir la opinión de la unidad requirente, siempre que lo estime necesario para la adecuada apreciación de los aspectos y/o componentes estrictamente técnicos de las ofertas. Pero esto último debe necesariamente ser entendido como una facultad exclusiva, excluyente y de carácter discrecional de la Comisión Evaluadora.

IV) Una vez confeccionado el Cuadro Comparativo de Ofertas por parte de la unidad operativa de contrataciones, ésta última deberá remitir las actuaciones a la Comisión Evaluadora el día siguiente de vencido el plazo previsto en el artículo 25 del Manual de Procedimiento para la realización del proceso de verificación de la inscripción de los oferentes en el Sistema de Información de Proveedores, es decir, sin solución de continuidad. De ahí que la elaboración de un informe por parte de la unidad requirente en forma previa al inicio de la etapa de evaluación de las ofertas no constituye un paso procedimental contemplado en el trámite de una licitación pública, sino que por el contrario, recién cuando los actuados hayan sido remitidos a la Comisión Evaluadora, será ésta quien, eventualmente, valore la necesidad de efectuar tal requerimiento, en razón de la complejidad técnica que pueda presentar la contratación de que se trate y de la asistencia que a los fines de la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas pueda brindar la unidad requirente.

V) Este Órgano Rector en el Dictamen 36/16 sostuvo:*"…ninguna duda cabe en cuanto a que la Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento* (…) *Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad* (…) *La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital*

relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.".

VI) En virtud de las consideraciones vertidas ut supra, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en los procedimientos de licitación pública la normativa no prevé que se requiera la evaluación de las ofertas o la emisión de un informe técnico a la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo y en forma previa a la remisión de los actuados a la Comisión Evaluadora. No obstante lo expuesto, la normativa aplicable habilita a la Comisión Evaluadora a instar la intervención de la unidad requirente –sin perjuicio de lo expresamente previsto en relación a la designación de peritos y/o instituciones con conocimientos específicos– cuando así lo estime oportuno para la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas.

INTERESES (APLICACIÓN DE INTERESES).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Aplicación de intereses.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la viabilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato –cuyo recupero se propicia–, dicha facultad no surge de la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional.

II) Con lo cual el examen de su viabilidad jurídica exorbita las competencias del Órgano Rector, siendo el análisis de su procedencia del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de las autoridades con facultades decisorias.

LICITACIÓN PÚBLICA DE ETAPA MÚLTIPLE.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-47790585-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de Septiembre de 2018.

Referencias/voces: Posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación en Licitaciones y/o concursos de etapa múltiple.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto del temperamento a seguir frente a presentaciones efectuadas por parte de la empresa COMPAÑÍA DE SERVICIOS MARTIN FIERRO S.R.L. en el marco de la Licitación Pública de Etapa Múltiple Nacional Nº 34-0002-LPU18.

Concretamente, se solicitó al Órgano Rector que se expida respecto de la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de las ofertas en un procedimiento de etapa múltiple.

Normativa examinada:

- Artículos 23 y 26 inciso a) apartado 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación 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 Nº 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF- 2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APN-ONC#MM, entre otros). Ahora bien, ello no resulta óbice en este caso para emitir opinión en torno a la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación de ofertas emitido durante la sustanciación de una licitación o concurso de etapa múltiple.

II) El trámite específico para los procedimientos de etapa múltiple, sean licitaciones o concursos, se encuentra regulado en el Capítulo II del Título IV del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N°62/16 (artículos 61 a 70), indicándose expresamente que todo lo que no se encuentre previsto de un modo específico se regirá por lo establecido en las restantes disposiciones del citado Manual y por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con las restantes normas modificatorias y complementarias.

III) Debe necesariamente diferenciarse el dictamen de preselección –el cual es susceptible de impugnación por oferentes e interesados dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos de notificados, previa integración de la garantía correspondiente– del dictamen de evaluación de las ofertas propiamente dicho, respecto del cual la normativa vigente no prevé la posibilidad de su impugnación, no obstante la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación fundado en dicho asesoramiento.

IX) Esto es así por cuanto el artículo 66 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 expresamente prevé que: *"…Los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección dentro de los DOS (2) días de notificados, previa integración de la garantía correspondiente. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección. La Unidad Operativa de Contrataciones deberá notificar a todos los oferentes el acto administrativo que resuelva la preselección dentro de los TRES (3) días de emitido.".*

X) En contraste, el artículo 68 del aludido Manual, al regular lo atinente al dictamen de evaluación de ofertas en procedimientos de etapa múltiple, estipula: *"La Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación para las ofertas económicas contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares, establecerá el orden de mérito y recomendará sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento. En caso de haberse previsto en el referido pliego la combinación de los puntajes obtenidos en ambas propuestas, se ponderarán los puntajes de la manera preestablecida, a los efectos de la obtención del puntaje final. Este dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección.".*

XI) El Manual de Procedimiento regula expresamente la posibilidad de impugnar el dictamen de preselección, mientras que respecto del dictamen de evaluación la expresión "será elevado sin más trámite" anula, a criterio de esta Oficina Nacional, toda posibilidad de impugnación, la que en su caso se subsumirá en la facultad de recurrir el acto administrativo de conclusión del procedimiento. De lo contrario, carecería de sentido lo ordenado en el artículo 68, in fine, previamente transcripto.

XII) En el marco de un procedimiento licitatorio de etapa múltiple el dictamen de evaluación propiamente dicho no resulta susceptible de impugnación, extremo que en modo alguno obsta –va de suyo– al eventual cuestionamiento del acto administrativo de conclusión del procedimiento, mediante los recursos y/o remedios contemplados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017).

LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº 234/2013.

Fecha de emisión: 29 de julio de 2013.

Referencias: Licitación pública internacional. Publicación en el sitio de ONU UN Development Business. Análisis de la posibilidad de publicar en otro sitio: improcedencia.

Consulta/objeto de la intervención:

Los actuados ingresaron a esta Oficina Nacional a efectos de que indique si la publicación efectuada a través del sitio DG MARKET dependiente Banco Mundial satisface lo requerido en el artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Al respecto, el MINISTERIO DE DEFENSA había manifestado que el sitio DEVELOPMENT BUSINESS contemplado en el artículo precedentemente citado, prevé que una de las maneras de publicar una licitación y su respectiva adjudicación es a través del Banco Mundial utilizando el link "conexión al cliente", respecto del cual informó haber constatado que no es factible asegurar el comienzo de las publicaciones en una fecha precisa tal como lo exige la normativa actual.

Asimismo, señaló que las publicaciones realizadas en el sitio DG MARKET dependiente del Banco Mundial son de carácter gratuito, mientras que la suscripción en el sitio Development Business es arancelada en moneda extranjera y con formas de pago que no son de práctica habitual en el Estado.

Normativa examinada:

- Artículos 49, 50 y 51 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina entiende que tal como lo establece expresamente el artículo 51, la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos internacionales deberá efectuarse mediante los medios de publicidad y difusión establecidos en los artículos 49 y 50 del reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y mediante la publicación de avisos en el sitio Web de las Naciones Unidas. En consecuencia, el requisito de publicidad de los procedimientos de licitaciones y concursos internacionales se encontrará cumplido únicamente si la misma se realiza a través de cualquiera de los links contemplados en el referido sitio denominado DEVELOPMENT BUSINESS.

DICTAMEN ONC Nº 383/2013.

Fecha de emisión: 29 de octubre de 2013.

Referencias: Licitación pública/privada internacional. Publicidad.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en torno al procedimiento que correspondía seguir para la adquisición por parte del SENASA de *"…kits de diagnóstico específicos para determinación de analitos en proteínas animales de los cuales el único proveedor es CER GROUPE, fundación radicada en Bélgica".*

El organismo de origen solicitó se indiquen los requisitos de publicidad y difusión que debían cumplimentarse para el supuesto de encuadrar el respectivo procedimiento como Licitación Pública Internacional o como Licitación Privada Internacional, según el caso.

Normativa examinada:

- Artículos 24, 25, 26 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 15, 17, 18, 22, 34, 35, 49, 50, 51, 55, 58 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse. La elección del procedimiento de selección es una atribución exclusiva del organismo que llevará adelante la contratación correspondiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 513/09, entre muchos otros), quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por aquel procedimiento –de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, a fin de lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas. La regla general es la licitación pública o concurso público, según corresponda, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser los que, a *priori*, mejor resguardan el cumplimiento de los principios generales de promoción de la concurrencia, publicidad y transparencia.

III) Una licitación será pública cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse. Por su parte, será privada cuando el llamado a participar se encuentre dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) y el monto estimado de la contratación no supere los OCHOCIENTOS MÓDULOS, suma que en la actualidad equivale a PESOS OCHOCIENTOS MIL ($ 800.000) (Cfr. Artículo 25 incisos a) y c) del Decreto Delegado N° 1023/01 y artículos 15, 17, 34 y 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

IV) Cuando por la complejidad o especificidad del objeto resulte necesario hacer extensiva la convocatoria a interesados y oferentes del exterior –entendiendo por tales a aquellos cuya sede principal de sus negocios se encuentre en el extranjero y no tengan sucursal debidamente registrada en Argentina, como presumiblemente sería el caso de la firma belga CER GROUPE–, corresponderá llevar adelante una licitación internacional, ya sea pública o privada, procurando optar por el procedimiento que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.

V) Publicidad y difusión de la convocatoria a Licitación pública internacional: 1.1. La convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial) por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas; 1.2. Además se difundirá en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (www.argentinacompra.gov.ar), en forma simultánea, desde el día en que se le comience a dar publicidad en el Boletín Oficial. A tal fin la información referente a la convocatoria deberá remitirse a esta Oficina, con DOS (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los pliegos de bases y condiciones particulares; 1.3. Durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial, se deberán enviar comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro y a las asociaciones del lugar donde deban efectuarse las provisiones (v.g. Unión Argentina de Proveedores del Estado, cámaras empresariales, etc.), para su difusión entre los interesados; 1.4. Asimismo, durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial, se deberán enviar invitaciones a por lo menos CINCO (5)

proveedores del rubro, se encuentren o no inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO); 1.5. Finalmente, la convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el sitio Web de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", o en aquel que en el futuro lo reemplace, por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura.

VI) En torno al modo de computar los referidos plazos de antelación, corresponderá tener presente las disposiciones generales sobre publicidad y difusión contempladas en el 55 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Finalmente, con el fin de cumplir el principio de transparencia, se difundirán por internet, en el sitio de este Órgano Rector, las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones y las órdenes de compra y demás información exigida en la reglamentación (v. artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº 114/2015.

Fecha de emisión: 27 de abril de 2015.

Referencias: Publicidad. Licitación Pública internacional. Sitio web naciones unidas. Imposibilidad material de difundir. Consecuencias. Alternativas.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida sobre el debido proceder frente a la imposibilidad material de difundir la Licitación Pública Internacional Nº 13/2015 en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", tal como lo exige el 2º párrafo del artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

De los correos electrónicos agregados en las actuaciones se desprendía que, ante la solicitud realizada por parte del organismo en relación a la publicación de la convocatoria de la Licitación Pública Nacional e Internacional N° 13/2015 para la adquisición de escopetas, la respuesta obtenida por parte del organismo de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business" fue la siguiente: *"Desafortunadamente no podemos publicar este aviso porque nuestras políticas no nos permiten publicar avisos por tales artículos. De todas maneras, la mayoría de los abonados a Development Business no estarían buscando esos artículos, ya que generalmente proporcionan otros tipos de bienes y servicios.".*

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49 y 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco del Dictamen ONC Nº 383/13 se sostuvo que una razonable exégesis del artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 junto a los artículos 49, 50 y 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 permite identificar los siguientes extremos a satisfacer vinculados a la publicidad y difusión de las licitaciones públicas internacionales, a saber: 1) La convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial) por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas; 2) Además se difundirá en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (www.argentinacompra.gov.ar), en forma simultánea, desde el día en que se le comience a dar publicidad en el Boletín Oficial. A tal fin la información referente a la convocatoria deberá remitirse a la ONC, con DOS (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los pliegos de bases y condiciones particulares; 3) Durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial, se deberán enviar comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro y a las asociaciones del lugar donde deban efectuarse las provisiones (v.g. Unión Argentina de Proveedores del Estado, cámaras empresariales, etc.), para su difusión entre los interesados; 4) Asimismo, durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial, se deberán enviar invitaciones a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro, se encuentren o no inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO); 5) Finalmente, la convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el sitio Web de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", o en aquel que en el futuro lo reemplace, por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura.

II) La publicación de la convocatoria de una Licitación Pública Internacional en el sitio Web de las Naciones Unidas denominado UN Development Business –o en el que en el futuro lo reemplace–, por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, se presenta como un requisito esencial de publicidad, difusión y transparencia de ese tipo de procedimiento de selección, dado los claros términos del artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Más aun, sobre el particular este Órgano Rector opinó en una pretérita intervención que: *"…el requisito de publicidad de los procedimientos de licitaciones y concursos internacionales se encontrará cumplido únicamente si la misma se realiza a través de cualquiera de los links contemplados en el referido sitio denominado Development Business."* (conf. Dictamen ONC N° 234/13).

III) A raíz de lo informado por "UN Development Business", esta Oficina Nacional procedió a consultar en el correspondiente sitio de internet: https://www.devbusiness.com/, habiéndose extraído de dicho portal los "Términos y Condiciones" publicados en el ese sitio web y que deben cumplir los suscriptores de *"Desarrollo de Negocios".*

IV) De las "Reglas Generales" se desprende que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) tiene la facultad de restringir la prestación del servicio brindado mediante el portal "UN Development Business" (ONU Desarrollo de Negocios Online) cuando así lo considere pertinente, siendo esta última una prerrogativa susceptible de entrar en colisión –como parece haber sucedido en el caso de marras– con lo establecido en el artículo 51 del Reglamento

aprobado por el Decreto 893/12, el cual manda a los organismos a publicar las convocatorias de todas las licitaciones internacionales, ya sean públicas o privadas y sin distinciones respecto del objeto contractual ni de ninguna otra índole, en ese sitio puntual de internet o en el que en el futuro lo reemplace.

V) En opinión de esta Oficina Nacional el tema debe resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado, lo cual resulta viable empleando una interpretación dinámica y finalista de la normativa vigente. Más aún en un caso como el que nos ocupa, donde se encuentra en juego la provisión de armamento que hace al esencial desempeño de una fuerza de seguridad federal.

VI) Esta Oficina Nacional considera que, frente a la imposibilidad material de difundir la Licitación Pública Internacional Nº 13/2015 en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", tal como lo exige el 2º párrafo del artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de las políticas restrictivas del organismo internacional en cuestión, debe apelarse a los principios de *razonabilidad* y *eficiencia* a fin de concluir, en primera medida, que no parece razonable atribuir reproche alguno a la conducta desplegada por la jurisdicción contratante, como tampoco se advierte que el vicio o defecto de publicidad en cuestión represente un escollo insalvable que obligue, sin más, a nulificar y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en curso. Ello así, máxime cuando nada garantiza que el impedimento acaecido en el presente caso no se reitere en sucesivas convocatorias que puedan instrumentarse.

VII) Sostener un criterio distinto podría llevarnos a soluciones ineficientes y antieconómicas como la revocación del procedimiento e inicio de un nuevo trámite, todo lo cual demandaría mayores erogaciones en perjuicio del patrimonio público, sumado al riesgo de no contar con el servicio en el momento oportuno por las implicancias de la demora en la tramitación, y por ende, de no satisfacer el bien público comprometido en la contratación de marras.

VIII) En la medida en que en el expediente por el cual tramita la licitación internacional objeto de consulta obren las respectivas constancias que den cuenta de la imposibilidad material de difundir dicha convocatoria en el sitio de internet denominado "UN Development Business", y además se acredite haber dado fiel cumplimiento a las restantes exigencias de publicidad y difusión, en los términos exigidos por la normativa vigente, esta Oficina Nacional carece de reparos que formular a la prosecución de la contratación en curso.

IX) Frente a la hipótesis de surgimiento en el futuro de casos análogos al presente, se sugiere evaluar la posibilidad de difundir la convocatoria también en el sitio "DG Market" dependiente del Banco Mundial, a fin de contribuir con una mayor publicidad, difusión y transparencia.

DICTAMEN ONC Nº 223/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Licitación pública internacional. Publicación en el sitio de ONU UN Development Business. Imposibilidad material. Razonabilidad. Eficiencia. Sitio DG Market.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre el procedimiento a seguir para no incurrir en un incumplimiento de la normativa vigente, ante la falta de respuesta del sitio consultado "DG Market", respecto a la difusión de la Licitación Pública Internacional Nº 13/2015, tal como fuera aconsejado por esta Oficina Nacional en el marco del Dictamen ONC Nº 114/15.

Es dable mencionar que la DIVISIÓN CONTRATACIONES de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA informó que, en el marco de la Licitación Pública Nacional e Internacional Nº 13/2015 –vinculada con la "Adquisición de Escopetas con Sistema de Disparo a Repetición Simple a Bomba y Semiautomático Calibre 12UAB con Recamara de 76 mm"–, se enviaron, en reiteradas ocasiones, consultas al sitio de internet denominado "DG Market", dependiente del Banco Mundial, tal como fuera sugerido por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (mediante Dictamen ONC N° 114/15), solicitando la difusión del procedimiento licitatorio en cuestión, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

A partir de lo expuesto, la jurisdicción girante relató que no obtuvieron respuesta alguna a tal requerimiento.

Normativa examinada:

- Artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la medida en que en el expediente por el cual tramita la licitación internacional objeto de consulta obren las respectivas constancias que den cuenta de la imposibilidad material de difundir dicha convocatoria en el sitio de internet denominado 'UN Development Business', y además se acredite haber dado fiel cumplimiento a las restantes exigencias de publicidad y difusión, en los términos exigidos por la normativa vigente, esta Oficina Nacional carece de reparos que formular a la prosecución de la contratación en curso.

II) En tanto el objeto de consulta en esta nueva intervención se vincula con el servicio prestado por el portal de internet "DG Market", corresponderá igualmente añadir a los actuados por los que tramita el procedimiento licitatorio en cuestión los extremos documentales pertinentes, a fin de acreditar el agotamiento de todas las vías posibles de publicidad y difusión.

LICITACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº 383/2013.

Fecha de emisión: 29 de octubre de 2013.

Referencias: Licitación privada internacional. Publicidad.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en torno al procedimiento que correspondía seguir para la adquisición por parte del SENASA de *"…kits de diagnóstico específicos para determinación de analitos en proteínas animales de los cuales el único proveedor es CER GROUPE, fundación radicada en Bélgica".*

El organismo de origen solicitó se indiquen los requisitos de publicidad y difusión que debían cumplimentarse para el supuesto de encuadrar el respectivo procedimiento como Licitación Pública Internacional o como Licitación Privada Internacional, según el caso.

Normativa examinada:

- Artículos 24, 25, 26 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 15, 17, 18, 22, 34, 35, 49, 50, 51, 55, 58 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse. La elección del procedimiento de selección es una atribución exclusiva del organismo que llevará adelante la contratación correspondiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 513/09, entre muchos otros), quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por aquel procedimiento –de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, a fin de lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas. La regla general es la licitación pública o concurso público, según corresponda, en tanto que por formalidades y plazos resultan ser los que, a *priori*, mejor resguardan el cumplimiento de los principios generales de promoción de la concurrencia, publicidad y transparencia.

III) Una licitación será pública cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse. Por su parte, será privada cuando el llamado a participar se encuentre dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) y el monto estimado de la contratación no supere los OCHOCIENTOS MÓDULOS, suma que en la actualidad equivale a PESOS OCHOCIENTOS MIL ($ 800.000) (Cfr. Artículo 25 incisos a) y c) del Decreto Delegado N° 1023/01 y artículos 15, 17, 34 y 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

IV) Cuando por la complejidad o especificidad del objeto resulte necesario hacer extensiva la convocatoria a interesados y oferentes del exterior –entendiendo por tales a aquellos cuya sede principal de sus negocios se encuentre en el extranjero y no tengan sucursal debidamente registrada en Argentina, como presumiblemente sería el caso de la firma belga CER GROUPE–, corresponderá llevar adelante una licitación internacional, ya sea pública o

privada, procurando optar por el procedimiento que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.

V) Publicidad y difusión de la convocatoria a Licitación privada internacional: 1.1. La convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante el envío de invitaciones a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro que se hallaren inscriptos en el SIPRO, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura. En aquellos casos en que no fuera posible dirigir el llamado exclusivamente a proveedores inscriptos, bien sea por la inexistencia de proveedores incorporados en el rubro específico que se licita o por otros motivos, el organismo contratante podrá extender la convocatoria a otros interesados que no se hallen inscriptos en el aludido sistema; 1.2. Además se difundirá en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en forma simultánea, desde el día en que se cursen las invitaciones. A tal fin la información referente a la convocatoria deberá remitirse a esta Oficina con DOS (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los pliegos de bases y condiciones particulares; 1.3. Finalmente la convocatoria a presentar ofertas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el sitio Web de las Naciones Unidas UN Development Business, o en el que en el futuro lo reemplace, por el término de DOS (2) días, con un mínimo de CUARENTA (40) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura.

VI) En torno al modo de computar los referidos plazos de antelación, corresponderá tener presente las disposiciones generales sobre publicidad y difusión contempladas en el 55 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Finalmente, con el fin de cumplir el principio de transparencia, se difundirán por internet, en el sitio de este Órgano Rector, las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones y las órdenes de compra y demás información exigida en la reglamentación (v. artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

LOCACIÓN DE INMUEBLES.

DICTAMEN ONC Nº 137/2013.

Fecha de emisión: 30 de mayo de 2013.

Referencias: Locación de inmuebles. Renovación de la locación. Art. 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Comodato. Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre los alcances del artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación a diversos supuestos de hecho descriptos por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartado 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5, 139, 190 y 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1622 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita –en determinados supuestos y previo cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos–, la utilización del procedimiento de contratación directa por exclusividad para instrumentar la renovación de contratos de locación de inmuebles, celebrados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

II) Renovar significa "hacer como de nuevo algo o volverlo a su primer estado", razón por la cual debe interpretarse que la renovación a la que se refiere el mencionado artículo 193 implica la celebración de un nuevo contrato de locación, previa realización de un procedimiento cuyo trámite deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Ninguna duda cabe respecto a que la renovación constituye una nueva locación, a diferencia de la prórroga de un contrato, la cual es una circunstancia accidental que forma parte del mismo y no configura una nueva contratación (Conf. Dictamen ONC Nº 137/06, entre otros).

III) Frente a la especial relevancia que revisten determinadas prestaciones a cargo de la Administración y su indudable vinculación al interés general de la comunidad, sumado a los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de una dependencia pública, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla la posibilidad de renovar la locación del inmueble ocupado, siempre y cuando se satisfagan los siguientes extremos: 1) En cuanto hace al valor locativo, deberá demostrarse que la oferta del actual locador no supera en más del VEINTE POR CIENTO (20%) a los valores de mercado. A los efectos de determinar el respectivo valor de mercado, no resultará requisito excluyente una nueva intervención del TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN, siendo suficiente acompañar al expediente como elemento de juicio informes técnicos debidamente fundamentados; 2) Deberá acreditarse la existencia de razones de funcionamiento que tornen inconveniente el desplazamiento de los servicios. Para ello, las jurisdicciones y entidades contratantes deberán incorporar al expediente los informes que consideren pertinentes con el objeto de fundamentar la inconveniencia de un eventual traslado.

IV) La falta de voluntad por parte del locador de renovar el vínculo contractual configuraría un impedimento para la procedencia de la renovación, en razón de que, a diferencia de la opción de prórroga, la renovación no puede ejercerse en forma unilateral por parte del organismo, sino que, por el contrario, requiere de una oferta y su correspondiente aceptación.

V) Si en razón de la finalización del contrato o como consecuencia de una resolución judicial, el organismo hubiese desocupado el inmueble, dicha circunstancia obstaría a la

renovación de la locación, en la medida en que la finalidad del artículo 193 –evitar los inconvenientes inherentes al desplazamiento– devendría abstracta.

VI) Sobre la posibilidad de renovar una sublocación al amparo del artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional no tendría reparos que oponer en la medida en que se satisfagan los demás requisitos establecidos en la norma, y que la sublocación no se halle expresamente prohibida en el contrato.

VII) Si el organismo consultante se encuentra ocupando un inmueble en función de un contrato de comodato vencido, no resultaría jurídicamente viable la renovación prevista en la norma bajo examen. Ello así, por cuanto el comodato o préstamo de uso es un contrato real de carácter gratuito, cuya naturaleza jurídica difiere sustancialmente de la locación.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-01823458-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de Febrero de 2017.

Referencias/voces: Locación de inmuebles. Contratación directa por exclusividad. Cotización en moneda extranjera.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL efectuó determinadas consultas vinculadas con la programación de las locaciones de inmuebles.

1. *"…si el informe del Área técnica o de la Unidad Requirente en cuanto a la NO EXISTENCIA DE SUSTITUTO CONVENIENTE EN EL MERCADO es suficiente para acreditar el extremo necesario para la procedencia de éste tipo de procedimiento de adjudicación simple por exclusividad.".*

2. *"…las cotizaciones en moneda nacional incluyen casi sin excepción una cobertura por las futuras fluctuaciones de los valores. Por cuestiones de organización y logística y para evitar el dispendio administrativo que traería aparejado innumerables dificultades si la duración del contrato fuera por un tiempo acotado, es necesario que de alguna forma se prevea la posibilidad de que los valores que el Estado decida pagar como locatario sean los que correspondan, evitando castigar a los períodos iniciales por la cobertura ante futuros desfasajes, teniendo en cuenta que los contratos a celebrarse prevén una duración en años sin que ello pueda ser perfectamente determinado al momento de efectuar la oferta por parte del posible locador* (…) *Ahora bien, la consulta puntual es si se puede considerar como justificación válida y suficiente un informe proveniente del área requirente que describa la situación comentada anteriormente en relación a la posibilidad de que en el pliego se permita la cotización en moneda extranjera para atraer mayor cantidad de oferentes y permitir que el valor cotizado a lo largo del período que dure la ejecución del contrato sea considerado por los oferentes como estable y conveniente, sin castigar durante los primeros períodos con un valor excesivo por incluir una cobertura por futuras fluctuaciones de valor.".*

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartado 3) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 10, 17 Y 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

- Artículo 52 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 17 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La regla general, en materia de selección del contratista 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 artículo 10, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, en cuanto prescribe que siempre deberá propiciarse la aplicación del procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado Nº 1023/01 y que se presente como el más apropiado para satisfacer los intereses públicos.

II) La propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente la utilización de la licitación pública o del concurso público, de acuerdo a la necesidad que se presenta –tiempo, lugar, características del bien o servicio– y el fin público comprometido (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 863/2012 y 315/2015). Así es que esta Oficina ha sostenido en reiteradas oportunidades 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 cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente en la materia (v. Dictámenes ONC Nros 200/06 y 205/06, entre muchos otros).

III) Desde esa óptica, corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por aquel procedimiento –de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, a fin de lograr que el accionar administrativo se ajuste a las normas y principios generales que informan las contrataciones públicas.

IV) Una razonable hermenéutica de las normas en juego permite colegir que para que resulte viable la realización de una Contratación Directa por Exclusividad para la locación del inmueble deberán satisfacerse los siguientes requisitos: 1) Acreditar que se trata de la locación de un inmueble cuya disponibilidad sólo posee una determinada persona humana o jurídica. Deberá acompañarse la documentación con la que se acredite la exclusividad que detente sobre el inmueble la persona humana o jurídica de que se trate; 2) Acompañar en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes (v.g. en términos operativos, funcionales, de costos, etc.).

V) La moneda de cotización de la oferta debe estipularse en los pliegos de bases y condiciones particulares y, en principio, debería ser moneda nacional. Dada la mencionada regla, para los casos en que el organismo contratante opte por establecer –con carácter de excepción– que las cotizaciones deberán efectuarse en moneda en moneda extranjera, la normativa vigente exige que tal requerimiento se encuentre adecuadamente fundamentado en el expediente.

VI) Esta Oficina Nacional no se encuentra facultada para hacer apreciaciones de orden económico, ni se pronuncia sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar. Los temas técnicos, económicos, y aquellos en que se evalúen razones de oportunidad, mérito y conveniencia deben sustentarse en informes de especialistas y/o emitidos por áreas con idoneidad técnica en la materia, los que merecerán plena fe siempre que sean suficientemente

serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor.

VII) A la luz de lo expuesto, corresponderá al organismo valorar los motivos que considere pertinentes a los fines de justificar que la cotización de la oferta sea efectuada en moneda extranjera, tomando para ello todos los recaudos necesarios tendientes a acreditar los motivos invocados.

VIII) Desde otro vértice, no deberá perderse de vista que, aun cuando se justifique adecuada y razonablemente la necesidad y/o conveniencia de establecer la cotización en moneda extranjera, el artículo 92 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 prescribe que: "*Los pagos se efectuarán en la moneda que corresponda de acuerdo a lo previsto en las disposiciones que a tales fines determine la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS.*" En consecuencia, si la cotización se efectuó en moneda extranjera porque así se estipuló en el respectivo pliego, pero el beneficiario es local, el pago deberá realizarse en moneda de curso legal.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-35632982-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 25 de julio de 2018.

Referencias/voces: Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional – Encuadre Legal – Locaciones de Inmuebles.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión a propósito de la divergencia de criterios existente entre la DIVISIÓN CONTRATACIONES de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA y la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, respecto al encuadre legal que corresponde dar al alquiler de cocheras fijas y cubiertas para móviles policiales.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 4º, 23, 24 y 25, inciso d) apartado 11 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 83 de la Ley N° 27.431.
- Artículos 81 y 86 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Disposición ONC Nº 49/18.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) 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 Nº 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. 416/2008, 513/2009, 863/2012, 383/2013, 435/2013 entre muchos otros).

II) Puntualmente, en los Dictámenes ONC Nros. 747/2011 y 383/2013 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.".*

III) El artículo 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 incluye expresamente tanto a los servicios como a las locaciones entre los contratos comprendidos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

IV) 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 Nº 1023/01, recogiendo además en su artículo 3º los principios generales que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido sosteniendo a lo largo de los años como basamento de dicha regla.

V) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 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.

VI) 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 cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente"* (v. Dictámenes ONC Nros. 200/2006, 205/2006, 747/2011, entre muchos otros).

VII) Por conducto del artículo 83 de la Ley N° 27.431 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2018, se incorporó una nueva causal de contratación directa –como apartado 11 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01– para la locación de inmuebles, en los casos en los que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificaciones, actúen como locatarios.

VIII) El día 11 de julio de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Disposición ONC Nº 49, de fecha 6 de julio de 2018, la cual sustituyó el Capítulo V del Título IV –artículos 81 a 86– del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, donde se encuentran reguladas normas atinentes a la locación de inmuebles. Asimismo, cabe agregar que dentro de dicho capítulo se regula el procedimiento para la nueva causal de contratación directa.

IX) Si bien en el actual artículo 86 del Manual de Procedimiento se prevé específicamente el trámite de la adjudicación simple que deberá seguirse en los casos en que la locación de inmuebles se encuadre en el artículo 25, inciso d), apartado 11 del Decreto Delegado Nº 1.023/01, ello no debe hacer incurrir al operador y/o intérprete en la errónea conclusión de que toda locación de inmueble en que el Estado actúe como locatario deba necesariamente canalizarse bajo esta causal de contratación directa. Muy por el contrario, en cada caso corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante valorar las circunstancias particulares (tales como razones de funcionamiento, cuestiones edilicias, geográficas, usos específicos y/o necesidades especiales, dotación de personal, pautas de economicidad, eficiencia y eficacia en términos operativos, funcionales, de costos, de gestión, etc.) 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.

X) 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.

XI) Nada obsta a que una contratación como la que aquí nos ocupa se sustancie como licitación pública (que es la regla, como ya fue recordado previamente) o privada, como lo propicia la DIVISIÓN DE CONTRATACIONES de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, siempre y cuando el monto estimado de la contratación –incluida la opción a prórroga en caso de estar prevista–, no supere los SEIS MIL MÓDULOS (M 6.000).

XII) Ello así, máxime si se repara en que actualmente, en el artículo 81, *in fine*, del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16 se aclara en forma explícita que: *"La locación de inmuebles podrá llevarse a cabo por cualquiera de los procedimientos previstos en el Régimen de Contrataciones siempre que se habiliten los requisitos para su procedencia, siguiendo el trámite previsto para cada uno de ellos y cumplimentando las disposiciones del presente Capítulo."*.

XIII) Cabe encuadrar al alquiler de cocheras fijas y cubiertas para móviles policiales como locación de inmueble.

MANTENIMIENTO DE LA OFERTA/DESISTIMIENTO DE LA OFERTA.

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Art. 66. Plazo de mantenimiento de la oferta. Plazo para expresar la voluntad de no mantener la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012.

Puntualmente se consultó respecto de la siguiente hipótesis: Si el plazo de mantenimiento de la oferta la Administración lo establece en días hábiles ¿El plazo que tiene el proveedor para expresar su voluntad de no renovar el mantenimiento de la oferta puede computarse en días hábiles? ¿O deben ser días corridos como lo establece la ley?

Normativa examinada:

- Artículos 8º y 66 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El plazo de mantenimiento de la oferta es, en principio, de SESENTA (60) días corridos, computables a partir de la fecha del acto de apertura; ello sin perjuicio de la facultad que la propia norma les reconoce a las jurisdicciones y entidades para establecer en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares un plazo de mantenimiento de oferta distinto.

II) El plazo de mantenimiento de la oferta antes aludido (ya sea el previsto en el Reglamento o uno distinto establecido por el organismo en el pliego particular) se prorrogará en forma automática por un lapso igual al inicial o por el que se fije en el respectivo pliego particular. Así, la norma también faculta a las jurisdicciones y entidades para estipular en los pliegos particulares que la prórroga del plazo de mantenimiento de oferta operará por un lapso distinto al inicial.

III) En cuanto hace a la oportunidad en que el oferente podrá útilmente manifestar su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento de su oferta, se trata de un plazo cierto, determinado, establecido en días corridos, siendo criterio de esta Oficina Nacional que las jurisdicciones o entidades contratantes no podrían apartarse –en cuanto a este punto se refiere– ni del plazo establecido ni del modo de computarlo, por aplicación del principio de centralización normativa antes aludido y en resguardo de los derechos de los propios oferentes. Ello así, toda vez que la habilitación prevista en el artículo 66 para que en los pliegos de bases y condiciones particulares los organismos puedan establecer, en materia de mantenimiento de oferta y su prórroga, plazos distintos de los reglamentarios, no se reproduce en relación al cómputo del plazo dentro del cual el oferente podrá ejercer su derecho a no renovar su propuesta.

IV) Por todo lo expuesto se concluye que las jurisdicciones y entidades no se encuentran facultadas para determinar un plazo distinto al que prevé el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para que el oferente pueda expresar su voluntad de no renovar el mantenimiento de su oferta.

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Límite temporal del plazo de mantenimiento de la oferta según pliego único.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Artículo 8º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 8° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece que el plazo de mantenimiento de oferta prorrogado en forma automática por períodos consecutivos no podrá exceder de UN (1) año contado a partir de la fecha del acto de apertura. El oferente podrá manifestar en su oferta que no renueva el plazo de mantenimiento de la misma al segundo período o que la mantiene por una determinada cantidad de períodos.

DICTAMEN ONC Nº 5/2015.

Fecha de emisión: 8 de enero de 2015.

Referencias: Plazo de mantenimiento de la oferta. Adjudicación. Perfeccionamiento del contrato.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar si el retiro del mantenimiento de la oferta efectuado por el proveedor YLUM S.A. en el marco de la Contratación Directa Nº 93/2013 del registro del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO fue o no temporáneamente ejercido, a la luz de la normativa vigente.

El proveedor YLUM S.A. había presentado oferta en la Contratación Directa Nº 93/2013 del registro del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO para los Renglones Nros. 1 a 43, por la suma total de PESOS CIENTO VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($ 125.822,27.-).

Con fecha 29 de enero de 2014 la firma YLUM S.A. comunicó el no mantenimiento de su oferta *"…a partir del vencimiento del presente ciclo."*, afirmación que fue interpretada como la finalización del primer lapso de SESENTA (60) días corridos, contados a partir de la fecha del acto de apertura.

Así, en tanto el Acto de Apertura de la Contratación Directa Nº 93/2013 tuvo lugar el día 27 de diciembre de 2013, el primer período de mantenimiento de oferta comenzó a partir del día 27 de diciembre de 2013 y culminó el día 24 de febrero de 2014, fecha en que a su vez se produjo la notificación al proveedor de la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la SUBSECRETARÍA LEGAL, TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO N° 18, de fecha 21 de febrero de 2014, mediante la cual se procedió a adjudicar a la empresa YLUM S.A. la contratación de marras.

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las previsiones de los artículos 66 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 deben interpretarse sistemática y armoniosamente.

II) Si bien la nota de la empresa YLUM S.A., comunicando el retiro de la oferta fue presentada con una antelación incluso mayor que la mínima requerida por el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 –DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo–, lo cierto es que la adjudicación fue notificada a dicho proveedor dentro del plazo de mantenimiento de su oferta, aunque se tratare del último día del período en que mantenía su vigencia. Es decir, Pese a que la firma YLUM S.A. manifestó su voluntad de no renovar su oferta habiendo dado cumplimiento al plazo mínimo de antelación requerido por el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, el acto administrativo de adjudicación fue notificado al proveedor de referencia encontrándose vigente su propuesta.

III) Al concluirse que tanto la adjudicación como su notificación tuvieron lugar estando vigente la propuesta de YLUM S.A., resulta de ineludible aplicación lo expresamente previsto en el citado artículo 66, último párrafo, en cuanto estipula que: "…*Con posterioridad a la adjudicación el plazo de mantenimiento de la oferta se regirá por lo previsto en el artículo 96 del presente reglamento.".* En ese orden de ideas, una razonable exégesis del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 permite colegir que a partir de la adjudicación, el mantenimiento de la oferta queda supeditado al plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos con que cuenta la Administración para notificar la respectiva orden de compra, computable desde la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación.

IV) Frente a un caso en que la adjudicación y su notificación al proveedor tengan lugar mientras la oferta del proveedor se encuentra vigente, los posibles escenarios serían, en principio, los siguientes: 1) Que la jurisdicción o entidad contratante deje vencer el aludido plazo de DIEZ (10) días sin efectivizar la notificación de la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, en cuyo caso el propio artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 prevé expresamente que el proveedor: *"…podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones.";* 2) Que el organismo emita y notifique la orden de compra dentro del plazo previsto en el mentado artículo 96, supuesto en el cual el contrato quedará perfeccionado sin que le sea posible al oferente desistir válidamente de su

propuesta ni rechazar la orden de compra, como sí se hallaba previsto en el actualmente abrogado Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00.

V) En el presente caso, habiéndose notificado el acto administrativo de adjudicación durante la vigencia del período de mantenimiento de oferta, la notificación de la Orden de Compra Nº 39/2014, realizada el día 7 de marzo de 2014, es válida, toda vez que tuvo lugar dentro de los DIEZ (10) días de notificada la adjudicación.

VI) En la medida en que la notificación del acto administrativo de adjudicación tuvo lugar estando vigente la oferta efectuada por YLUM S.A., dicha circunstancia hizo aplicable lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y en ese sentido, a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del Reglamento aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00, bajo el actual régimen el proveedor carece de la facultad de rechazar la orden de compra debidamente notificada, en legal tiempo y forma. A partir de la entrada en vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 la facultad del proveedor de rechazar una Orden de Compra debidamente notificada ha sido suprimida y, en consecuencia, si el acto administrativo de adjudicación fue notificado dentro del período de mantenimiento de oferta, la Administración tiene la potestad de perfeccionar el contrato mediante la notificación de la orden de compra respectiva dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos de notificada la adjudicación.

VII) Debe tenerse como debidamente perfeccionado el contrato en cuestión, en los términos del artículo 66, último párrafo y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 66/2015.

Fecha de emisión: 12 de marzo de 2015.

Referencias: Presentación de oferta. Vencimiento del plazo de mantenimiento. Manifestación de no prorrogar el plazo de mantenimiento. Rectificación dentro del plazo de vigencia. Excesivo rigorismo formal. Razonabilidad. Principio de inmodificabilidad de la oferta. Subsanación posterior.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el objeto de que emita opinión sobre la decisión del organismo de origen de desestimar la oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L. en el marco de la Licitación Pública 11/2014, relativa a la adquisición de cartuchos para impresoras láser y chorro a tinta existentes en el ámbito del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA.

El proveedor AMERICANTEC S.R.L. había manifestado junto con la cotización oportunamente presentada en el marco de la Licitación Pública 11/2014, que a partir del vencimiento del plazo de mantenimiento de oferta –el que operó día 4 de noviembre de 2014– no mantendría su propuesta en la licitación de marras.

Sobre el particular, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA había interpretado que debía tenerse por desistida la

oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L., en virtud de la nota presentada en término por dicho proveedor donde había manifestado que una vez vencido el plazo de mantenimiento de oferta, no lo renovaría automáticamente.

Sin embargo, la empresa oferente había presentado con fecha 3 de noviembre de 2014, es decir, el último día del período en que mantenía su vigencia, una nota mediante la cual manifestó su voluntad de prorrogar la validez de su oferta por un período más de SESENTA (60) días corridos, hasta el día 3 de enero de 2015.

Frente a dicha circunstancia, el servicio jurídico del Ministerio opinó que carecía de validez la nota posterior acompañada por AMERICANTEC S.R.L., mediante la cual dicho proveedor había manifestado su voluntad de prorrogar el plazo de mantenimiento de oferta por un período más de SESENTA (60) días corridos, en tanto a criterio del referido servicio jurídico ello implicaba una modificación de los términos de la propuesta presentada oportunamente.

Normativa examinada:

- Artículo 28 de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 65 y 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El vencimiento del plazo de mantenimiento de oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L. debía tener lugar, en un principio, a partir del día 4 de noviembre de 2014, circunstancia que en opinión de esta Oficina Nacional no llegó a configurarse. Si bien la empresa presentó una nota comunicando que una vez vencido el plazo de mantenimiento de oferta con fecha 3 de noviembre de 2014 no lo renovaría "automáticamente", en esa misma fecha y dentro del plazo de mantenimiento de su oferta –aunque se tratare del último día del período en que mantenía su vigencia–, la firma presentó una nueva nota manifestando que vencido el primer plazo de mantenimiento de oferta renovaría la misma hasta el 3 de enero de 2015.

II) Una interpretación literal del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 que lleve a sostener que el oferente que manifestara que no mantendrá su oferta quedará inexorablemente excluido del procedimiento de selección a partir de determinada fecha o del vencimiento del plazo en curso, sin posibilidad de rectificar dicha decisión ni siquiera dentro del plazo de vigencia originario, implicaría incurrir en un excesivo rigorismo formal, que en un caso como el de autos –donde se trata del único proveedor para determinados renglones– redunda en un dispendio de actividad administrativa y de recursos para el Estado.

III) La conclusión a la que de este modo se arriba responde a una interpretación armónica de las normas y principios que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho, y el derecho aplicable, y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico (art. 28 CN; CSJN, "Almirón, Gregoria c/ Ministerio de Educación, Fallos 305:1489 y ED, 106-7279)" (Dictamen ONC Nº 492/09).

IV) En relación al principio de inmodificabilidad de la oferta, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece lo siguiente: *"…La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia.".*

V) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, violando en tal caso, el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, receptado en el artículo 3 del Decreto Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nº 412/08 y Nº 548/10).

VI) Este Órgano Rector entiende que la nueva manifestación por parte de la empresa AMERICANTEC S.R.L. de renovar el mantenimiento de su oferta por un nuevo período encontrándose vigente el primero no vulnera el principio de inalterabilidad de la oferta establecido en el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y por lo tanto debió ser admitida.

VII) No debe perderse de vista que el artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 establece que 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. Es decir que el principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto.

DICTAMEN ONC Nº 51/2016.

Fecha de emisión: 6 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades de COCO, MARIO. No se configura causal para aplicar sanción al proveedor. Mantenimiento de la oferta. Oferta retirada en tiempo y forma.

Antecedentes:

En el pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir Licitación Pública N° 78/2013 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL se estableció un plazo de mantenimiento de oferta de SESENTA (60) días corridos contados a partir de la fecha del acto de apertura, prorrogable por lapsos iguales al inicial.

El acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública N° 78/2013 tuvo lugar el día 24 de septiembre de 2013.

De lo expuesto en los puntos que anteceden se desprendía que el primero período de mantenimiento de la oferta comenzó el día 24 de septiembre de 2013 y finalizó el 22 de noviembre de ese mismo año. Luego, el segundo período comenzó el día 23 de noviembre de 2013, hasta el día 21 de enero de 2014.

El día 2 de diciembre de 2013 se emitió la Resolución SCyMI N° 14928, mediante la cual se aprobó y adjudicó la Licitación Pública N° 78/13.

El día 10 de diciembre de 2013, el proveedor COCO, MARIO presentó una nota ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en la que manifestó: *"Por intermedio de la presente, informamos a Uds. nuestra voluntad de renunciar y no renovar la oferta correspondiente al Renglón 1 de la Licitación Pública de referencia* [78/2013] *debido al constante incremento en los costos de la mercadería".*

Con fecha 13 de diciembre de 2013 se notificó al proveedor COCO, MARIO el acto administrativo de adjudicación –Resolución SCyMI N° 14928/13–.

El día 16 de diciembre de 2013 se notificó al proveedor de que se trata la Orden de Compra N° 1028/13.

Finalmente, el 16 de mayo de 2014 se emitió la Resolución SCyMI N° 4439/14 mediante la cual resolvió tener por retirada en forma extemporánea la oferta presentada por el proveedor COCO MARIO y, en consecuencia, aplicar la penalidad de pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta, en los términos de los artículos 66 y 126 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 126 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El proveedor COCO, MARIO tenía la obligación de mantener su oferta, como mínimo, hasta el día 22 de noviembre de 2013, fecha en que finalizaba el primer lapso de SESENTA (60) días corridos desde el acto de apertura. Sin embargo, al prorrogarse en forma automática el segundo período de SESENTA (60) días corridos, la obligación de mantener su propuesta se extendió hasta el día 21 de enero de 2014. Luego, el día 10 de diciembre de 2013 –durante el transcurso del segundo período de mantenimiento de oferta– el proveedor COCO, MARIO presentó una nota que a criterio de esta Oficina Nacional permite razonablemente inferir –a pesar de una redacción imprecisa–, su voluntad de no renovar su oferta más allá del período en curso.

II) Es de advertir que en la nota presentada por el proveedor de marras no se especificó una fecha cierta desde la cual el señor COCO, MARIO retiraría su oferta, por lo que resultaba de aplicación el segundo párrafo del aludido artículo 66, en cuanto estipula: *"…Si el oferente, en la nota por la cual manifestara que no mantendrá su oferta, indicara expresamente desde qué fecha retira la oferta, la Administración la tendrá por retirada en la fecha por él expresada. Si no indicara fecha, se considerará que retira la oferta a partir de la fecha de vencimiento del plazo de mantenimiento de la oferta en curso.".*

III) A diferencia del criterio sostenido por el organismo de origen, este Órgano Rector entiende que no se trató de un retiro súbito de la oferta, sino de un no mantenimiento de la misma más allá del ciclo en curso –es decir, hasta el día 21 de enero de 2014–, en tanto el

mencionado proveedor no indicó en forma expresa la fecha a partir de la cual debía entenderse retirada su oferta.

IV) Si bien el proveedor comunicó la no renovación de su oferta con una antelación incluso mayor que la mínima requerida por el artículo 66 –DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo–, cierto es que tanto la emisión de la adjudicación como su notificación al señor COCO, MARIO tuvieron lugar dentro del plazo de mantenimiento de su oferta, la que conservaba –en principio– su vigencia hasta el día 21 de enero de 2014. Por consiguiente, la circunstancia expuesta en el párrafo que antecede tornó aplicable la última parte del mentado artículo 66, en cuanto dispone: *"Con posterioridad a la adjudicación el plazo de mantenimiento de la oferta se regirá por lo previsto en el artículo 96 del presente reglamento."*.

V) En ese orden de ideas, una razonable exégesis del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 permite colegir que a partir de la adjudicación, el mantenimiento de la oferta queda supeditado al plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos con que cuenta la Administración para notificar la respectiva orden de compra, computable desde la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación.

VI) No resulta ocioso traer a colación el Dictamen ONC Nº 5/2015, en cuyo marco se sostuvo que: *"Frente a un caso en que la adjudicación y su notificación al proveedor tengan lugar mientras la oferta del proveedor se encuentra vigente, los posibles escenarios serían, en principio, los siguientes: 1) Que la jurisdicción o entidad contratante deje vencer el aludido plazo de DIEZ (10) días sin efectivizar la notificación de la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, en cuyo caso el propio artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 prevé expresamente que el proveedor: '…podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones.'; 2) Que el organismo emita y notifique la orden de compra dentro del plazo previsto en el mentado artículo 96, supuesto en el cual el contrato quedará perfeccionado sin que le sea posible al oferente desistir válidamente de su propuesta ni rechazar la orden de compra…"*.

VII) Así, en la medida en que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el día 13 de diciembre de 2013 y la notificación de la Orden de Compra Nº 1028/13 acaeció el día 16 de diciembre del mismo año, forzoso es colegir que el contrato fue válidamente perfeccionado en tanto la oferta del señor COCO, MARIO se encontraba vigente.

VIII) Valga reiterar que, a la luz de las normas citadas *ut supra*, no es posible sostener válidamente que la nota de fecha 10 de diciembre haya configurado un retiro intempestivo de la oferta. Desde esa óptica hubiera correspondido, frente a un escenario de incumplimiento imputable al proveedor, proceder a la rescisión total de la orden de compra, con pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, en los términos del artículo 126 incisos b) apartado 1 y d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Extremos, estos, que no se encuentran configurados en autos.

IX) En razón de lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que los presentes actuados no constituyen un antecedente válido para aplicar una sanción al proveedor COCO, MARIO (C.U.I.T. Nº 20-15257968-4), en razón de los fundamentos vertidos en el Acápite II del presente, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013878-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de junio de 2016.

Referencias/voces: Mantenimiento de la oferta. Notificación de orden de compra pasados DIEZ (10) días del acto de adjudicación. Desistimiento de la oferta. Perfeccionamiento del contrato.

Antecedentes:

Respecto de los antecedentes del caso, cabe mencionar que el acto de autorización del llamado a Licitación Privada N° 6/15 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA fue dictado el 1º de junio de 2015.

La proveedora BERUTI CÓRDOBA, María Constanza presentó oferta para participar de dicho procedimiento. Como resultante de ello, con fecha 30 de diciembre de 2015 resultó adjudicataria del Renglón N° 6, tal como surge del acto de adjudicación –Disposición DGS N° 8/15– que le fuera notificado en fecha 5 de enero de 2016.

Seguidamente, como correlato de dicha adjudicación, el organismo contratante emitió la Orden de Compra N° 2 de fecha 1º de febrero de 2016, respecto de la cual la proveedora da cuenta de su notificación a través de la presentación fechada el 15 de febrero de 2016 en la que manifestó: *"…por razones de público conocimiento nos es imposible continuar con la venta ya que a la fecha el precio ofertado originalmente está por debajo del costo actual.".*

Como consecuencia de la presentación de la proveedora BERUTI CÓRDOBA, el DEPARTAMENTO DE CONTRATACIONES Y SERVICIOS del organismo requirente elaboró un Memorando en el que efectuó un racconto de los hechos acontecidos para concluir en que: *"…la orden de compra se emitió fuera el plazo previsto por la normativa para su emisión y por razones no imputables al oferente, por lo cual a criterio de este Departamento, la firma MC BERUTI DISTRIBUIDORA de María Constanza BERUTI se encuentra habilitada para efectuar el retiro de su oferta sin por ello ser pasible de sanción alguna.".*

Por su parte, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE DEFENSA se expidió en relación al asunto circunscribiéndolo a determinar si la facultad del adjudicatario de desistir de su oferta -una vez transcurrido el plazo de DIEZ (10) días previsto en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 para la notificación de la Orden de Compra- precluye o no con la notificación de la misma.

De esta manera, elaboró una serie de argumentaciones que le permitieron concluir que: *"notificada la orden de compra –aún ya transcurridos los diez (10) días de notificado el acto administrativo de adjudicación precluye la facultad del particular de desistir de su oferta. Una interpretación contraria implicaría que perfeccionado el contrato -transcurridos los diez (10) días de notificado el acto administrativo de adjudicación- el cocontratante podría desistirlo en cualquier instancia sin la aplicabilidad de penalidad o sanción alguna, lo cual resultaría incompatible con los principios de igualdad y de legalidad, buena fe contractual, de colaboración, de eficiencia y con el interés público comprometido.".*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar el alcance del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y sus modificatorios, respecto de si la facultad del adjudicatario de desistir de su oferta –una vez transcurrido el plazo de DIEZ (10) días de notificado el acto de adjudicación– precluye o no con la notificación de la orden de compra.

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 8° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera conveniente resaltar que tanto la adjudicación como su notificación tuvieron lugar estando vigente la propuesta de BERUTI CÓRDOBA. Ello así, ya que según puede extraerse de este expediente, el acto de apertura de ofertas tuvo lugar el día 23 de junio de 2015, por lo que a la fecha de notificación de la adjudicación acontecida el 5 de enero de 2016, la oferta -de conformidad con lo establecido en la Cláusula Nº 5 del pliego de bases y condiciones particulares que rigió el procedimiento de selección la que remite al artículo 66 del Anexo al Decreto N° 893/12 y al artículo 8° de la Disposición ONC N° 58/2014- se encontraba transitando el cuarto período de vigencia.

II) En razón de lo expuesto, resulta de ineludible aplicación lo expresamente previsto en el citado artículo 66, último párrafo, en cuanto estipula que: *"…Con posterioridad a la adjudicación el plazo de mantenimiento de la oferta se regirá por lo previsto en el artículo 96 del presente reglamento.".*

III) Frente a un caso –como el de marras– en que la adjudicación y su notificación al proveedor tienen lugar mientras la oferta del proveedor se encuentra vigente, los posibles escenarios serían, en principio, los siguientes: 1) Que el organismo emita y notifique la orden de compra dentro del plazo previsto en el mentado artículo 96, supuesto en el cual el contrato quedará perfeccionado sin que le sea posible al oferente -en ningún caso- desistir válidamente de su propuesta ni rechazar la orden de compra, como sí se hallaba previsto en el abrogado Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00; 2) Que la jurisdicción o entidad contratante deje vencer el aludido plazo de DIEZ (10) días sin efectivizar la notificación de la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, en cuyo caso el propio artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 prevé expresamente que el proveedor: *"…podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones",* siempre y cuando dicho desistimiento de oferta fuese presentado por el proveedor de modo previo a hacerse efectiva la notificación de la orden de compra; 3) Que la jurisdicción o entidad contratante omitiere notificar la orden de compra en el término DIEZ (10) días por causas imputables al adjudicatario. En este caso, no será factible el desistimiento de la oferta por parte del proveedor por haber sido el causante de la demora en la producción de la notificación.

IV) Toda vez que en el caso que aquí nos ocupa el proveedor ha sido notificado de la adjudicación de la presente contratación con fecha 5 de enero de 2016 y a su vez que la emisión de la Orden de Compra Nº 2/16 tuvo lugar el día 1º de febrero de 2016 siendo su notificación al día siguiente sin que el proveedor hubiere desistido de su oferta -vencidos los DIEZ (10) días desde la notificación del acto administrativo de adjudicación pero de modo previo a la notificación de la orden de compra- debe entenderse que el contrato quedó debidamente perfeccionado. Dicho en otros términos, sin perjuicio de que la jurisdicción de origen procedió a notificar la orden de compra de marras vencido el plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos a contarse desde la fecha de notificación de la adjudicación, el vínculo contractual quedó válidamente anudado ya que el proveedor no presentó -antes de la notificación de la orden de compra - el desistimiento de su oferta, sino que lo efectuó después, es decir encontrándose perfectamente establecido el vínculo contractual.

V) Los DIEZ (10) días previstos en el artículo 96 para la notificación de la orden de compra se cumplieron el día 19 de enero de 2016. En consecuencia, desde esa fecha y hasta el momento en que el organismo notificó la orden de compra, la proveedora BERUTI CÓRDOBA, pudo haber comunicado el desistimiento de su oferta, en cuyo caso no se le hubieran aplicado penalidades ni sanciones tal y como lo establece el artículo 96 última parte del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VI) En la medida en que la notificación del acto administrativo de adjudicación tuvo lugar estando vigente la oferta efectuada por BERUTI CORDOBA, dicha circunstancia hizo aplicable lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En tal sentido, a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado como Anexo al Decreto Nº 436/00, bajo el actual régimen el proveedor carece de la facultad de rechazar la orden de compra debidamente notificada, en legal tiempo y forma.

VII) Bajo el régimen establecido por el Decreto Nº 436/00 la notificación de la orden de compra debía realizarse dentro del plazo de mantenimiento de oferta, reconociéndosele al proveedor la facultad de rechazar la misma dentro del plazo allí establecido. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 la facultad del proveedor de rechazar una orden de compra debidamente notificada ha sido suprimida y, en consecuencia, si el acto administrativo de adjudicación fue notificado dentro del período de mantenimiento de oferta, la Administración tiene la potestad de perfeccionar el contrato mediante la notificación de la orden de compra respectiva dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos de notificada la adjudicación.

VIII) Vencido dicho plazo, se reanuda la posibilidad de que el adjudicatario desista de su oferta, siempre y cuando dicho desistimiento se produzca con anterioridad a la notificación de la orden de compra.

IX) Este Órgano rector recomienda al organismo contratante que en lo sucesivo arbitre los medios necesarios para notificar la orden de compra pertinente dentro del plazo de DIEZ (10) días establecido en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, ya que de lo contrario el proveedor podría presentar el desistimiento de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones, con la grave consecuencia que implicaría para la

jurisdicción contratante tener que volver a realizar el procedimiento de selección correspondiente. Sin perjuicio de ello, en el caso de marras, el proveedor -lejos de proceder a desistir de la oferta apenas transcurridos los DIEZ (10) días que prevé el artículo 96 y antes que se efectivizara la notificación de la orden de compra- aguardó pasivamente que el organismo le notificara dicha orden de compra para presentar –días después– una nota aduciendo vagamente su imposibilidad de cumplir con el contrato.

X) Interpretar que, con motivo de dicha presentación, el contrato perfeccionado a partir de la notificación de la orden de compra al proveedor cuya oferta se encontraba vigente por no haber desistido la misma, no puede prosperar aparece como mínimo irrazonable. Ello así, ya que según tal entendimiento, cualquier contrato perfeccionado una vez transcurridos los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de adjudicación podría ser desistido por el cocontratante en cualquier momento sin aplicación de penalidad o sanción alguna, situación que colocaría a la Administración en una grave situación de inseguridad jurídica incompatible con los principios de legalidad y eficiencia con el interés público comprometido.

XI) Conforme lo expuesto y en consonancia con lo dictaminado por la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS el MINISTERIO DE DEFENSA cabe concluir en que una vez notificada la orden de compra –aun habiendo transcurridos los DIEZ (10) días de notificado el acto administrativo de adjudicación– precluye la facultad del particular de desistir de su oferta.

XII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que debe tenerse como debidamente perfeccionado el contrato en cuestión, en los términos del artículo 66, último párrafo y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00321947-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de julio de 2016.

Referencias/voces: Desistimiento de oferta. No corresponde sancionar.

Antecedentes:

Del pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Licitación Pública Nº 55/12 del registro del ex MINISTERIO DE SALUD se estableció un plazo de mantenimiento de oferta de NOVENTA (90) días corridos contados a partir de la fecha del acto de apertura prorrogable en forma automática y sucesiva por TREINTA (30) días corridos.

El acto de apertura de ofertas tuvo lugar el día 13 de febrero de 2013.

El primer período de mantenimiento de la oferta comenzó el día 13 de febrero de 2013 y finalizó el 13 de mayo de ese mismo año. Luego, el segundo período comenzó el día 14 de mayo de 2013, hasta el día 14 de junio de 2013.

El día 8 de marzo de 2013, el proveedor LAFEDAR S.A. presentó una nota ante el ex MINISTERIO DE SALUD en la que manifestó: *"Por la presente nota solicitamos tenga a bien considerar, el desistimiento del renglón N° 45…".*

Con fecha 10 de septiembre de 2013 se emitió la Resolución Nº 1429, mediante la cual se resolvió, entre otras cuestiones, desestimar la oferta presentada por la empresa LAFEDAR S.A. para los renglones Nros. 15, 16, 17, 45, 46 y 47, en el marco de la Licitación Pública Nº 55/2012, por no ajustarse a lo solicitado en el pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El primer período de mantenimiento de oferta comenzaba el 13 de febrero de 2013, con un plazo de NOVENTA (90) días corridos, finalizando el mismo con fecha 13 de mayo de 2013. Luego, mediante la nota presentada con fecha 8 de marzo de 2013, el proveedor LAFEDAR S.A. manifestó su intención de desistir del Renglón Nº 45, que a criterio de esta Oficina Nacional permite razonablemente inferir –a pesar de una redacción imprecisa–, su voluntad de no renovar su oferta más allá del período en curso en relación al aludido Renglón.

II) La referida nota fue presentada ante el organismo contratante comunicando su intención de no renovar su oferta para el Renglón Nº 45 con una antelación incluso mayor que la mínima requerida por el artículo 66 –DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo–.

III) En la nota presentada por el proveedor de marras no se especificó una fecha cierta desde la cual la sociedad comercial LAFEDAR S.A. retiraría su oferta, por lo que resulta de aplicación el segundo párrafo del aludido artículo 66, en cuanto estipula: *"…Si el oferente, en la nota por la cual manifestara que no mantendrá su oferta, indicara expresamente desde qué fecha retira la oferta, la Administración la tendrá por retirada en la fecha por él expresada. Si no indicara fecha, se considerará que retira la oferta a partir de la fecha de vencimiento del plazo de mantenimiento de la oferta en curso."*.

IV) A diferencia del criterio sostenido por el organismo de origen, este Órgano Rector entiende que no se trató de un retiro súbito de la oferta, sino de un no mantenimiento de la misma más allá del ciclo en curso –es decir, hasta el día 13 de mayo de 2013–, en tanto el mencionado proveedor no indicó en forma expresa la fecha a partir de la cual debía entenderse retirada su oferta.

V) En la medida en que la Resolución Nº 1429/13 a través de la cual se resolvió adjudicar los diferentes renglones del procedimiento de selección así como también se resolvió el desistimiento de las ofertas tuvo lugar el día 10 de septiembre de 2013 y la notificación de la referida Resolución acaeció el día 3 de octubre del mismo año, no es posible sostener válidamente que la nota de fecha 7 de marzo de 2013 haya configurado un retiro intempestivo de la oferta.

VI) En otro orden de cosas, corresponde señalar ciertas deficiencias advertidas en la Resolución Nº 1429/13. Mientras en los considerandos del acto, la oferta para el renglón 45 presentada por la firma LAFEDAR S.A. se consideró retirada de manera extemporánea, en la parte dispositiva de la referida Resolución la jurisdicción contratante consideró que la aludida oferta no se ajustaba al pliego, motivo por el cual desestimó la misma.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04800212-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Mantenimiento de la oferta.

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El primer período de mantenimiento de la oferta comenzó el día 24 de septiembre de 2013 y finalizó el día 22 de noviembre de 2013. Luego, la segunda etapa comenzó el día 23 de noviembre de 2013 y culminó el día 21 de enero de 2014; y finalmente el tercer ciclo de mantenimiento de oferta inició su vigencia el día 22 de enero de 2014 y se clausuró el 22 de marzo de 2014. Es de advertir que en las notas presentadas por el proveedor de marras –con fecha 15 de enero de 2014 y 3 de octubre de 2014 respectivamente– no se especificó una fecha cierta desde la cual la sociedad comercial LO BRUNO S.A. retiraba su oferta, por lo que resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en cuanto estipula *"…Si el oferente, en la nota por la cual manifestara que no mantendrá su oferta, indicara expresamente desde qué fecha retira la oferta, la Administración la tendrá por retirada en la fecha por él expresada. Si no indicara fecha, se considerará que retira la oferta a partir de la fecha de vencimiento del plazo de mantenimiento de la oferta en curso.".*

II) Respecto a la nota presentada el 15 de enero de 2014, a través de la cual la firma en cuestión comunicó al organismo contratante su intención de no renovar la oferta para el renglón Nº 8, la misma fue presentada sin la antelación suficiente que la mínima requerida. Ello, por cuanto al extenderse la vigencia del segundo período de mantenimiento de oferta desde el 23 de noviembre de 2013 hasta el 21 de enero de 2014, la presentación efectuada por la sociedad comercial LO BRUNO S.A. con fecha 15 de enero de 2014, fue realizada con una antelación de SEIS (6) días corridos, motivo por el cual, al no respetar la antelación prevista por la norma vigente, resulta de aplicación lo estipulado en el referido artículo 66, en cuanto manifiesta *"Si por el contrario, el oferente manifestara su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, corresponderá excluirlo del procedimiento y ejecutar la garantía de mantenimiento de la oferta…".*

III) Ergo, a diferencia del criterio sostenido por el organismo contratante, este Órgano Rector entiende que se debió tener por retirada en forma extemporánea la oferta para el

Renglón Nº 8, excluir al proveedor LO BRUNO S.A. del procedimiento de selección respecto del aludido Renglón.

IV) Luego, en lo referente a la Nota de la sociedad comercial en cuestión presentada con fecha 3 de febrero de 2014, mediante la cual manifiesta no mantener su oferta para los renglones Nros. 2 y 7 del referido procedimiento licitatorio, si bien el proveedor comunicó la no renovación de su oferta con una antelación incluso mayor que la mínima requerida por el artículo 66 –DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo–, cierto es que tanto la emisión de la adjudicación como su notificación al proveedor LO BRUNO S.A. tuvieron lugar dentro del tercer ciclo de mantenimiento de su oferta, el que conservaba su vigencia hasta el día 22 de marzo de 2014. Por consiguiente, la circunstancia expuesta en el párrafo que antecede tornó aplicable la última parte del artículo 66, en cuanto dispone: *"Con posterioridad a la adjudicación el plazo de mantenimiento de la oferta se regirá por lo previsto en el artículo 96 del presente reglamento.".*

V) Una razonable exégesis del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 permite colegir que a partir de la adjudicación, el mantenimiento de la oferta queda supeditado al plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos con que cuenta la Administración para notificar la respectiva orden de compra, computable desde la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación.

VI) A mayor abundamiento, no resulta ocioso traer a colación el Dictamen ONC Nº 5/2015, en cuyo marco se sostuvo que: *"Frente a un caso en que la adjudicación y su notificación al proveedor tengan lugar mientras la oferta del proveedor se encuentra vigente, los posibles escenarios serían, en principio, los siguientes: 1) Que la jurisdicción o entidad contratante deje vencer el aludido plazo de DIEZ (10) días sin efectivizar la notificación de la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, en cuyo caso el propio artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 prevé expresamente que el proveedor: "…podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones."; 2) Que el organismo emita y notifique la orden de compra dentro del plazo previsto en el mentado artículo 96, supuesto en el cual el contrato quedará perfeccionado sin que le sea posible al oferente desistir válidamente de su propuesta ni rechazar la orden de compra…".*

VII) En la medida en que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el día fecha 6 de febrero de 2014 y la notificación de la Orden de Compra Nº 84/14 acaeció el día 11 de febrero del mismo año, forzoso es colegir que el contrato fue válidamente perfeccionado en tanto la oferta de la empresa LO BRUNO S.A. se encontraba vigente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-23864412-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de octubre de 2017.

Referencias: Mantenimiento de la oferta. Aviso de no mantenimiento. Retractación.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de interpretar si la oferta presentada por la firma ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. en el marco de la Licitación Pública Nº 27/16 se encontraba o no vigente.

En cuanto a los antecedentes del caso, cabe mencionar que ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. presentó oferta en la Licitación Pública Nº 27/16 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para los Renglones Nros. 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 32, 36, 39, 40, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 184, 186, 188, 190, 192, 193, 194, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 211, 212, 213, 215, 216, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 242, 250, 268, 269, 270, 271, 276, 277, 294, 295, 296, 297, 298, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, por la suma total de PESOS ONCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ ($ 11.346.210,00.-).

Como consecuencia de lo estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares los oferentes tenían la obligación de mantener sus ofertas por el plazo de NOVENTA (90) días corridos, contados a partir de la fecha del acto de apertura y prorrogable en forma automática por lapsos o períodos iguales al inicial.

El día 13 de febrero de 2017 –en el inicio mismo del segundo período de mantenimiento de oferta– la firma ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. presentó una nota por la cual informó que al vencimiento del período de mantenimiento de oferta en curso –valga reiterar que se trataba del segundo período– no mantendría su propuesta respecto de los Renglones Nros. 276 y 277.

El día 8 de junio de 2017 –durante el tercer período de mantenimiento de oferta– el proveedor de que se trata interpuso una segunda nota manifestando que: *"…al vencimiento del actual período de mantenimiento de oferta no podrá ampliar automáticamente la validez de los renglones 229 y 299."*.

Seguidamente, el día 10 de julio de 2017 la firma ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. presentó su tercer nota indicando que: *"…no ampliará el mantenimiento de oferta de la misma al vencimiento del actual período, dejando sin efecto la renovación automática…"*.

Por último, con fecha 14 de julio de 2017 –aun durante el transcurso del tercer período de mantenimiento de oferta– el oferente en cuestión acompañó una cuarta y última nota, con la intención de indicar que: *"…si bien nuestra firma en nota presentada el 26 de junio próximo pasado, manifestó su voluntad de no ampliar en forma automática la validez de la oferta presentada el 15 de noviembre de 2016; atento a la revisión de costos efectuados, venimos a rectificar la misma y a manifestar que, de los renglones pre-adjudicados en el Dictamen de Evaluación N° 4/2017 del 8 de febrero del corriente año, prorrogamos la validez de los ítems 152, 153, 154, 158, 231, 232, y 316."*.

<u>Normativa examinada</u>:

- Artículos 66 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.
- Artículo 8º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El mantenimiento de la oferta durante el plazo indicado en el pliego particular es una obligación del oferente. Desde esa perspectiva, para evitar la prórroga automática del plazo de mantenimiento de oferta, la normativa vigente exige una actitud diligente por parte del particular, consistente en el deber de manifestar en forma expresa su voluntad de no renovar el mantenimiento de su oferta con una antelación mínima de DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada período.

II) El vencimiento del "actual período" al que hace alusión el proveedor de que se trata en cada una de sus presentaciones debe interpretarse como la finalización del cada uno de los ciclos de NOVENTA (90) días corridos, tomando como punto de partida la fecha del acto de apertura, en los términos de la Cláusula Nº 7 del pliego de bases y condiciones particulares y del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) El primer período de mantenimiento de las ofertas presentadas debe computarse desde el día 15 de noviembre de 2016 –fecha en que tuvo lugar el acto de apertura– hasta el día 12 de febrero de 2017; el segundo período transcurrió desde el día 13 de febrero de 2017 hasta el día 13 de mayo de 2017; el tercer período tuvo lugar desde el 14 de mayo de 2017 hasta el día 11 de agosto de 2017 y, finalmente, se encuentra transcurriendo un cuarto período o ciclo, iniciado el 12 de agosto de 2017 y que culminará el día 9 de noviembre del corriente año.

IV) El proveedor ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. retiró en tiempo y forma su propuesta respecto de los Renglones Nros. 276 y 277, por haberlo manifestado en forma expresa y con una antelación incluso mayor a la exigida. En efecto, dicho retiro fue informado al inicio del segundo período de mantenimiento de oferta –13 de febrero de 2017– y se perfeccionó al culminar el mismo, es decir, el día 13 de mayo de 2017.

V) En relación con esto último, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…Al establecer una 'antelación mínima', es decir, sólo un piso temporal, es válido interpretar que el oferente podría hacerlo con un plazo de antelación superior a diez días, por cuanto la norma no incluye previsión alguna respecto a la fecha a partir de cuando, dentro de ese plazo de mantenimiento, el oferente puede realizar esa manifestación. Al contrario, ello permitiría a la Administración una tramitación más ordenada y organizada del expediente –determinando con anterioridad qué oferentes continuarán manteniendo su oferta–, ya que ese es el sentido de la antelación exigida…"* (v. Dictamen ONC Nº 614/10).

VI) La firma de que se trata manifestó durante el tercer período de mantenimiento de oferta y con la debida antelación que al vencimiento del mismo no mantendría su oferta para los Renglones Nros. 229 y 299, haciendo luego extensivo el "no mantenimiento" a todos los demás renglones ofertados, pero siempre supeditando tal retiro al vencimiento del tercer período, circunstancia que tendría lugar el día 11 de agosto de 2017. No obstante ello, el día 10 de julio de 2017 –esto es, aproximadamente un mes antes de que se hiciera efectivo el retiro global de la oferta– la empresa oferente rectificó su postura al manifestar su voluntad de prorrogar la validez de la misma para los Renglones Nros. 152, 153, 154, 158, 231, 232, y 316, sin limitar su vigencia al período entonces en curso.

VII) Este Órgano Rector interpreta que las declaraciones de no mantenimiento de oferta explicitadas en las notas de fechas 8 de junio de 2017 y 10 de julio de 2017, respectivamente, no llegaron a surtir sus efectos propios, en virtud de la oportuna rectificación llevada a cabo por el propio oferente mientras su oferta aún mantenía vigencia, salvo respecto de los Renglones Nros. 276 y 277, por las razones señaladas previamente. En cuanto aquí interesa, resulta pertinente traer a colación lo señalado por esta Oficina Nacional en cuanto a que: *"…una interpretación literal del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, que lleve a sostener que el oferente que manifestara que no mantendrá su oferta quedará inexorablemente excluido del procedimiento de selección a partir de determinada fecha o del vencimiento del plazo en curso, sin posibilidad de rectificar dicha decisión ni siquiera dentro del plazo de vigencia originario, implicaría incurrir en un excesivo rigorismo formal que* (…) *redunda en un dispendio de actividad administrativa y de recursos para el Estado."* (v. Dictamen ONC Nº 66/15). A todo evento, en el aludido precedente se aclaró que: *"…esta nueva manifestación por parte de la empresa* (…) *de renovar el mantenimiento de su oferta por un nuevo período encontrándose vigente el primero no vulnera el principio de inalterabilidad de la oferta establecido en el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12".*

VIII) Los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho, y el derecho aplicable, y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico (art. 28 CN; CSJN, "Almirón, Gregoria c/ Ministerio de Educación, Fallos 305:1489 y ED, 106-7279)" (Cfr. Dictamen ONC Nº 492/09).

IX) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas reseñadas, esta Oficina Nacional de Contrataciones opina lo siguiente: a) El proveedor ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. retiró en tiempo y forma su propuesta respecto de los Renglones Nros. 276 y 277; b) Las declaraciones de no mantenimiento de oferta explicitadas en las notas de fechas 8 de junio de 2017 y 10 de julio de 2017, respectivamente, no llegaron a surtir sus efectos propios, en virtud de la oportuna rectificación llevada a cabo por el propio oferente mientras su oferta aún mantenía vigencia, salvo respecto de los Renglones Nros. 276 y 277; c) En consecuencia, corresponde considerar válida la renovación del mantenimiento de oferta interpuesta por la firma ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. el día 14 de julio de 2017, respecto de los Renglones Nros. 152, 153, 154, 158, 231, 232, y 316.

MARCAS EN LOS PLIEGOS.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-06668036-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 9 de febrero de 2018.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares – Marcas.

Normativa examinada:

- Artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por regla las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deben elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad. Ergo, no podrán exigirse marcas determinadas en los pliegos de bases y condiciones particulares, salvo casos especiales que deberán estar debidamente fundados en: 1) razones científicas; 2) razones técnicas; 3) o en probada conveniencia para lograr un mejor resultado de la contratación.

II) Cuando no se acrediten estas situaciones especiales e igualmente se mencione una marca en particular en los pliegos, será al solo efecto de señalar características generales del objeto pedido, sin que ello implique que no podrán proponerse artículos similares de otras marcas. Caso contrario, se trataría de especificaciones técnicas susceptibles de impedir el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad, creando obstáculos injustificados a la concurrencia y competencia en la contratación, situación que –a la luz de lo establecido en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01– podría acarrear la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes.

III) En pretéritas intervenciones, esta Oficina Nacional sostuvo: *"...no puede dejar de advertir, teniendo en cuenta los principios de igualdad y concurrencia y el carácter de excepcionales que presentan las clausulas por las cuales se requieren marcas en los pliegos, que si se presentan en la contratación proveedores ofreciendo los elementos requeridos, satisfaciendo las características técnicas de los mismos aún sin ofrecer las marcas requeridas, deberá prevalecer la admisión de dichas propuestas, cuya conveniencia tendrá que ser analizada y ponderada, en base a criterios técnicos y razonables"* (Dictamen ONC Nº 349/2008).

IV) A su vez, en los Dictámenes ONC Nros. 528/2009 y 602/2010 se aclaró que sólo sería viable solicitar una determinada marca en los pliegos particulares cuando tal requerimiento se sustente en informes serios, precisos, y razonables, vinculados con aspectos técnicos del bien o servicio a contratar que no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor. Dicha inclusión debe orientarse a garantizar el desempeño eficiente de la Administración y la satisfacción del interés público comprometido en la contratación.

V) A mayor abundamiento, en el Dictamen ONC Nº 747/2011 se indicó: *"Sobre la particularidad de prever una cláusula que permita adquirir equipos de una determinada marca, este Órgano Rector entiende que tal previsión resulta de carácter excepcional por cuanto los principios de concurrencia e igualdad que deben regir en todo procedimiento de compra, sustentan el derecho de todo proveedor a ofertar en el procedimiento de que se trate, independientemente de la marca de los elementos que ofrece, y eventualmente resultar adjudicado si del examen correspondiente, en base a criterios razonables deviniera que satisface, entre otras, las especificaciones técnicas de la contratación. Consecuentemente deberá*

prevalecer la admisión de dichas propuestas. Sin perjuicio de ello, los principios enunciados no son absolutos ni rigen de forma excluyente, por cuanto además de velar por su cumplimiento cabe, asimismo, ponderar, entre otros, los principios de eficiencia y razonabilidad contemplados en el artículo 3º del Decreto 1023/01 a los cuales deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas. Dicho ello, la Administración deberá obrar en busca de una armonización de los principios aplicables, logrando un justo equilibrio para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado.".

VI) En el caso puntual de la compra de medicamentos, las especificaciones técnicas que integran los pliegos de bases y condiciones particulares deberían elaborarse –como regla general– en base a la denominación genérica de un principio activo o droga farmacéutica, evitando emplear nombres comerciales. Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que esta Oficina Nacional no se encuentra facultada para hacer apreciaciones de orden netamente técnico de la especialidad de que se trata, dado que ello excedería el ámbito de asesoramiento en materia de contrataciones públicas que le es propio.

MEJORA DE OFERTA.

DICTAMEN ONC Nº 226/2013.

Fecha de emisión: 25 de julio de 2013.

Referencias/voces: Principios de razonabilidad y eficiencia. Mejora de oferta.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la mejora de oferta solicitada a la firma MILLER BUILDING INTERNATIONAL S.A., esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en un caso análogo indicando mediante Dictamen N° 248 de fecha 7 de mayo de 2007 que *"…no existe óbice legal para solicitar una mejora de precios al oferente con la cotización más conveniente, siempre que en tal proceso se hagan primar los principios establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01".*

II) El Decreto Delegado N° 1023/01 en su artículo 3° establece que: *"Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado* (…) *Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de le ejecución del contrato…".*

III) Estos principios poseen un papel trascendental en todo sistema normativo, ya que constituyen directrices de interpretación, teniendo en cuenta que la decisión siempre deberá estar orientada a la búsqueda del bien común, propio de la actividad estatal. Sobre el particular, la doctrina tiene dicho que *"La importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer…"* (NIELSEN, Federico, "La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa", Cuestiones de Contrataciones Administrativas en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, Buenos Aires, Año 2007).

IV) El principio de razonabilidad se despliega en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto. El primero, se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado. Este subprincipio puede identificarse con lo que comúnmente se denomina eficacia de una medida o decisión, que permite alcanzar el fin buscado empleando la menor cantidad de recursos. El segundo, implica que este estándar exige que el organismo contratante elija entre los medios idóneos para el logro del fin que procura - es decir los que cumplen con el subprincipio de adecuación- aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el menor sacrificio a los derechos de los particulares. Así en el presente caso, sólo superará este test si se verifica que el organismo contratante utilizó el medio menos gravoso o restrictivo. El tercero, implica que, una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida, se debe determinar si ésta es razonable en sí misma, esto no es otra cosa que dilucidar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Una decisión será razonable si es la más adecuada para alcanzar el fin buscado y además supone un coste proporcionado con los beneficios, en otras palabras que sea eficiente.

V) Esta Oficina Nacional entiende que el principio de eficiencia obliga a la Administración a gestionar sus procedimientos de modo tal de satisfacer la necesidad que le da origen a ese procedimiento, es decir, la necesidad de adquirir bienes y servicios, utilizando los recursos disponibles racionalmente. El principio de eficiencia obliga a que los recursos que fueron empleados por la Administración para la gestión del procedimiento de selección –tiempo, recursos económicos y humanos-, se orienten a lograr el cumplimiento del objetivo planteado: la satisfacción de la necesidad, es decir, la adquisición del bien requerido, de lo contrario la contratación –por toda la erogación que demandó su tramitación- resultaría ineficiente.

VI) Si bien la normativa en forma expresa no determina un procedimiento de mejora de precios para casos como el de marras, el accionar del organismo se enmarcó dentro de los principios generales que deben regir todo procedimiento de selección del contratista estatal.

VII) En el caso de marras, de no haber procedido de la manera en que lo hizo el organismo contratante el Estado hubiese pagado un precio mayor o de lo contrario se hubiera quedado sin satisfacer la necesidad que llevó a tramitar el procedimiento de selección.

DICTAMEN ONC Nº 268/2013.

Fecha de emisión: 26 de agosto de 2013.

Referencias/voces: Principios de razonabilidad y eficiencia. Mejora de oferta.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la mejora de oferta solicitada a la firma FIAT AUTO ARGENTINA S.A., esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en casos análogos indicando que *"…no existe óbice legal para solicitar una mejora de precios al oferente con la cotización más conveniente, siempre que en tal proceso se hagan primar los principios establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01"* (v. Dictámenes ONC N° 248/2007 y Nº 226/2013).

II) No debe olvidarse que el propio artículo 1º del referido Decreto establece que: "*El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá 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, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad…".*

III) El principio de eficiencia rige y goza de absoluta aplicación, lo cual implica que la Administración, además de satisfacer el interés público, debe hacerlo de modo eficiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 995/2012).

IV) En el caso de marras, de no haber procedido de la manera en que lo hizo el organismo contratante el Estado pagaría un precio mayor o de lo contrario se quedaría sin la satisfacción de la necesidad que llevó a tramitar el procedimiento de selección. Así, un equilibrio entre el principio de eficiencia, el principio de igualdad, y el principio de razonabilidad, nos permite sostener que la medida propiciada se presenta como la más apropiada para la satisfacción del fin público comprometido, por irrogar el menor costo para el erario público sin enervar derechos, por cuanto el pedido de mejora de oferta hubiese operado de igual manera cualquiera fuese el oferente, en la medida en que su oferta fuese formalmente admisible y la más económica en cuanto al precio.

DICTAMEN ONC Nº 201/2014.

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2014.

Referencias: Sistema de precio testigo; mejora de oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que emita opinión en torno a la presentación efectuada por el proveedor RUTATLANTICA S.A., por la cual se cuestionó el modo en que fue implementado, en el marco de la Licitación Pública Nº 7/2014 del registro del organismo de origen, el mecanismo de mejora de precios contemplado en el Régimen del Sistema de Precios Testigo, aprobado como Anexo I a la Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122 del 6 de septiembre de 2010.

Normativa examinada:

- Artículo 241 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Artículo 26 del Decreto Nº 558/96.
- Resolución SIGEN Nº 122/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme se desprende de los considerandos de la Resolución SIGEN Nº 122/10, el Régimen del Sistema de Precios Testigo debe considerarse una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas, cuyo objeto es contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos al momento de analizar los distintos parámetros.

II) Para el supuesto que la oferta preseleccionada supere los valores informados por encima del DIEZ POR CIENTO (10%) la norma prevé un mecanismo formal de mejora de precios a los efectos de alinear la mejor oferta con los valores de mercado que se informan. Dicho mecanismo de mejora de precios no ha sido previsto para ser aplicado a todas las ofertas formalmente admisibles, sino que, por el contrario, se circunscribe a la "oferta preseleccionada", entendiendo por ello a la más conveniente para el organismo.

III) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en lo que es materia de su competencia, considera que a los fines de dar acabado cumplimiento al Régimen del Sistema de Precios Testigo previsto en los Anexos I y II de la Resolución SIGEN Nº 122/10, sólo deberá contemplarse la mejora de precios efectuada por aquella firma que oportunamente –es decir, al momento del acto de apertura– haya presentado la que a criterio del organismo contratante resulte ser la mejor oferta.

IV) La norma brinda una herramienta orientada a alinear –exclusivamente– a la mejor oferta con los valores de mercado. Concluir lo contrario implicaría crear *ipso facto* una segunda instancia no prevista normativamente, susceptible de dar lugar a la especulación y, en tal sentido, potencialmente violatoria de los principios generales que informan las contrataciones públicas, regulados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

MODALIDADES – ACUERDOS MARCO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Acuerdos Marco. Características. Competencias para emitir y para autorizar órdenes de compra.

Alcance de la intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de dilucidar cuál es, o bien cómo se determina en cada caso, la autoridad competente para suscribir

órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco".

A su vez se consultó si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16, resulta necesario el dictado de un acto administrativo o si, por el contrario, es suficiente la emisión de la orden de compra respectiva.

Normativa examinada:

- Artículos 9º, 25 inciso f) y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 34 y 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el cuadro anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 se detallan las competencias de los funcionarios según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

II) Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) Se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; Director Simple o funcionario de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente, Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

IV) En lo que respecta puntualmente a la orden de compra –entendida como el acto que, una vez notificado perfecciona el acuerdo de voluntades dando lugar al contrato–, la normativa vigente prevé que deberá ser "emitida" por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) y "autorizada" por el funcionario competente que hubiere aprobado el procedimiento de selección de que se trate o por aquél en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad. En efecto, la reglamentación aplicable diferencia la facultad de emitir la orden de compra, de la competencia para autorizarla; distinción que –a criterio de esta Oficina Nacional– debe ser interpretada con el siguiente alcance: "emitir" es asimilable a la actividad operativa –

usualmente a través de medios electrónicos– de generación del documento "orden de compra" por parte de la UOC mediante la utilización de un determinado sistema (v.g. SLU, COMPR.AR, etc.), mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad.

V) Aclarado lo anterior, es posible abordar ahora la regulación específica de los denominados "Acuerdos Marco", en tanto herramienta utilizada en numerosos países con el fin de agilizar las contrataciones de bienes y servicios, incrementando los niveles de eficiencia operacional y sencillez.

VI) Conceptualmente, han sido definidos como: *"…una 'modalidad de contratación' por la cual la autoridad centralizada de compras públicas licita y adjudica un Acuerdo Marco a uno o más proveedores en el cual se establecen los términos y las condiciones (precios, cantidades, etc.) en que podrán proveerse bienes o servicios a un listado de entidades públicas, cada una de las cuales celebrará un 'acuerdo derivado', ya sea con la notificación de la Orden de Compra al adjudicatario o con la suscripción de un instrumento contractual."* (v. MURATORIO, Jorge I. Artículo disponible online en: http://www.abogados.com.ar/novedades-en-la-contratacion-publica-los-acuerdos-marco/142 53).

VII) Asimismo, se ha dicho que: "Los sistemas electrónicos de convenios marco (*framework contracts*) permiten adquirir bienes o servicios que se anticipa van a ser requeridos de manera recurrente por varios compradores. Mediante un contrato marco se selecciona a uno o más proveedores mediante un proceso competitivo (normalmente una licitación pública) y los compradores pueden luego adquirir los bienes o servicios en línea directamente de los proveedores seleccionados. Eventualmente, cuando los convenios marco se extienden a un universo amplio de bienes y servicios, las plataformas electrónicas por las que los compradores adquieren en línea terminan convirtiéndose en verdaderas tiendas virtuales (*e-marketplaces*)." (v. VOLOSIN, Natalia. Promoviendo Compras Públicas Electrónicas para el Desarrollo. Poder Ciudadano, 2010. Págs. 34/35. Disponible online en: http://biblioteca.ricg.org/promoviendocompras-publicas-electronicas-para-el-desarrollo/publicacion/94/es/bs/).

VIII) En el contexto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se trata de una modalidad de contratación mediante la cual la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (de oficio o a pedido de parte), selecciona a proveedores para procurar el suministro directo de bienes o servicios a las jurisdicciones o entidades, en la forma, plazo y demás condiciones ya establecidas en tales acuerdos.

IX) La regulación de los acuerdos marco permite adoptar distintos modelos de convenio que se adapten a las coyunturas del mercado y a las políticas de contratación pública que se quieran adoptar. De hecho, existen diferentes mecanismos para celebrar este tipo de acuerdos, que varían, en general, según las condiciones del mercado del bien o servicio a contratar; a su vez, los tipos de acuerdo marco también pueden variar en virtud de la cantidad de proveedores que se seleccionen para cumplir la prestación, pudiéndose optar por adjudicar toda la prestación a un único proveedor o a varios.

X) A nivel nacional, esta particular modalidad –de aplicación exclusiva por parte de este Órgano Rector– se encuentra regulada en los artículos 9 y 25, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 y en los artículos 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16 y modificado por su similar Nº 47 del 5 de abril de 2017.

XI) En materia de asignación de competencias, el previamente transcripto artículo 9 Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que en los procedimientos de selección que se realicen por la modalidad acuerdo marco, el titular de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES será competente –entre otras cuestiones– para autorizar la convocatoria, elegir el procedimiento de selección y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares; mientras que quedan reservadas al señor Ministro de Modernización las competencias para aprobar el procedimiento y adjudicar o, en su caso, declarar fracasado el llamado.

XII) En cuanto concierne al trámite procedimental específicamente contemplado para esta modalidad, el mismo presenta algunas particularidades que pueden sintetizarse del siguiente modo, conforme surge de la reglamentación: 1) Los procedimientos de selección por la modalidad Acuerdo Marco sólo podrán ser llevados a cabo por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, de oficio o a pedido de una o más jurisdicciones o entidades contratantes, pudiendo encuadrarse en cualquiera de los procedimientos previstos en el Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios (gestión centralizada del procedimiento de selección); 2) este Órgano Rector establecerá en cada Acuerdo Marco la forma, plazo y demás condiciones en que se llevará a cabo el suministro directo de bienes o la prestación de servicios a las jurisdicciones o entidades contratantes. La vigencia de los Acuerdos Marco será estipulada en los pliegos de bases y condiciones particulares; 3) los oferentes deberán indicar en sus ofertas, como mínimo, el precio unitario y las características del bien y/o servicio a contratar, pudiendo adjudicarse un mismo renglón a varios proveedores; 4) Los proveedores que suscriban un Acuerdo Marco no podrán ofrecer a los organismos los bienes y/o servicios objeto del Acuerdo por fuera del mismo. Sí podrán mejorar los precios y las condiciones de entrega durante la vigencia del mismo; 5) la Comisión Evaluadora será en todos los casos la designada por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES; 6) los proveedores adjudicatarios sólo adquieren el derecho a ofrecer sus bienes y servicios a través del Acuerdo Marco, por lo que la no emisión de órdenes de compra durante el lapso de vigencia del Acuerdo, no generará ninguna responsabilidad para la Administración Pública Nacional, ni dará lugar a reclamo o indemnización alguna a favor de los adjudicatarios; 7) en forma previa a iniciar un procedimiento de selección, las jurisdicciones y entidades deberán consultar en la página de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones, la existencia de Acuerdos Marco vigentes que contemplen el objeto de la contratación, en cuyo caso estarán obligadas a adquirir los bienes o servicios a través del mismo, a menos que acrediten alguna de las excepciones expresamente previstas en la normativa; 8) en el caso de contratar a través del Acuerdo Marco, la autoridad competente del organismo contratante deberá fundamentar los motivos de su elección, verificar la disponibilidad de crédito y cuota y realizar la afectación preventiva y el correspondiente registro del compromiso presupuestario en forma conjunta, emitir la correspondiente orden de compra y notificarla al proveedor de que se trate; 9) el Órgano Rector podrá suspender o eliminar algún producto o servicio de un adjudicatario por razones debidamente fundadas. Asimismo, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la ONC podrá eliminar algún producto o servicio incluido

en el Acuerdo Marco, y podrá incorporar nuevos productos mediante la realización de un nuevo llamado; 10) ante incumplimientos de las obligaciones contractuales por parte de un proveedor, las jurisdicciones o entidades contratantes deberán informar a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que ésta evalúe su exclusión del Acuerdo Marco, sin perjuicio de las penalidades y sanciones que además le correspondan.

XIII) Así las cosas, el primer interrogante planteado gira en torno a cómo determinar en cada caso, la autoridad competente para autorizar órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco". Al respecto, artículo 128 del Manual de Procedimiento habla de autoridad competente para "emitir" la orden de compra, remitiendo –a renglón seguido– a la escala prevista para aprobar procedimientos y adjudicar, en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

XIV) Sin embargo, una lectura atenta de los Considerandos de la Disposición ONC Nº 47/17 –a través de la cual se introdujeron modificaciones en el Manual de Procedimiento en relación a este tema, que culminaron con la redacción actual del mentado artículo 128– permite advertir que allí se menciona la necesidad de determinar las competencias para suscribir las órdenes de compra. Más precisamente, el décimo Considerando reza: *"…asimismo resulta necesario dejar expresamente sentado* (…) *cuál es la autoridad competente para suscribir la orden de compra en los procedimientos de selección que se lleven a cabo utilizando esta modalidad…"*.

XV) Una razonable exégesis de las normas en juego permite colegir, tal como se indicara más arriba, que la emisión de la orden de compra se vincula con la tarea operativa de creación o generación del documento por parte de la UOC, mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma o suscripción por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad. Desde esa óptica, cuando una jurisdicción o entidad contrata a través de un acuerdo marco, debe interpretarse que la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario sin esta particular modalidad, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad.

XVI) Resulta oportuno aclarar, entonces, que en estos casos no interviene el Ministro de Modernización, salvo cuando así corresponda en razón de adquisiciones llevadas a cabo por la propia cartera ministerial a su cargo. Va de suyo que concluir lo contrario implicaría un dispendio administrativo irrazonable, en franca contradicción con los objetivos que se persiguen mediante el uso de esta modalidad contractual, en tanto la riqueza del mecanismo del acuerdo marco son las compras ágiles.

XVII) En sentido concordante, esta Oficina Nacional ha sostenido que la autoridad que en el procedimiento llevado a cabo bajo la modalidad Acuerdo Marco hubiere suscripto la orden de compra será la autoridad competente para rescindir la misma (v. IF-2017-29520504-APN-ONC#MM).

XVIII) Finalmente, en cuanto a la segunda consulta, si bien el artículo 128 del Manual de Procedimiento, modificado por la Disposición ONC Nº 47/17, exige la fundamentación de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio–, de ello no se desprende que dicha fundamentación deba necesariamente tener lugar a través del dictado de un acto administrativo. Por el contrario, en opinión de esta Oficina Nacional resulta suficiente la emisión de un informe, en tanto sea preciso, razonable y no adolezca de arbitrariedad aparente.

XIX) Nada obsta a la emisión de un acto administrativo, más no se trata de un requisito impuesto por la normativa vigente, resultando suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección y, por supuesto, de la orden de compra respectiva.

XX) En las contrataciones bajo la modalidad "Acuerdo Marco", la autoridad competente para suscribir/autorizar la orden de compra –previamente generada por la UOC– será aquella que, en un procedimiento ordinario, hubiese sido competente para aprobar lo actuado y adjudicar, de conformidad con la escala prevista en el Anexo al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, o aquél funcionario en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad, sin que para ello deba tomar intervención el Ministro de Modernización.

XXI) De acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16 y modificado por su similar Nº 47/17, no resulta necesario el dictado de un acto administrativo, siendo suficiente con la emisión de un informe que de cuentas de los motivos de la elección del proveedor con quien la autoridad jurisdiccional pretenda perfeccionar el contrato –en los casos en que se lleven adelante acuerdos marco con varios proveedores para un mismo bien o servicio– y, por supuesto, la suscripción de la orden de compra respectiva por la autoridad competente.

MODALIDADES – COMBINACIÓN DE MODALIDADES.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Modalidades. Combinación de modalidades.

Consulta: Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre diversos extremos, entre ellos respecto de la viabilidad de utilizar las modalidades "compra consolidada" y "precio máximo", de manera combinada.

Normativa examinada:

- Artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 122 y 123 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En cuanto concierne a las modalidades de contratación, es dable traer a colación el artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto 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…".*

II) Las modalidades se encuentran enunciadas en el artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 y, finalmente, reguladas como mayor detalle en el Título V del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

III) Esta Oficina Nacional entiende que, si bien es cierto que la normativa vigente no habilita en forma expresa la combinación –como sí lo hacía el derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 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 "compra consolidada" y "precio máximo", como en este caso se propicia.

IV) Sin mengua de lo expuesto, 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.

MODALIDADES – COMPRA CONSOLIDADA.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Modalidades – Precio máximo – Compra consolidada.

Antecedentes.

El MINISTERIO DE SALUD, la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD (SSS), el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS –INSSJyP/PAMI– y el INSTITUTO DE OBRA MÉDICO ASISTENCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES –IOMA–" suscribieron un convenio para la adquisición del medicamento Factor VIII destinado al tratamiento de la Hemofilia tipo "A", a realizarse bajo la combinación de modalidades: "compra consolidada" y "precio máximo".

Ello, con el objetivo de: *"…obtener como resultado mejores condiciones que las que obtendría cada una de las entidades participantes individualmente* […] *las entidades firmantes*

entienden que la compra consolidada permitirá un ahorro extraordinario en lo atinente a los costos para la Administración Pública Nacional, el IOMA y el INSSJyP respectivamente producto de la adquisición de grandes cantidades de medicamentos y/o dispositivos e insumos médicos…".

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre la viabilidad de utilizar las modalidades "compra consolidada" y "precio máximo", de manera combinada.

Normativa examinada:

- Artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 25, 62, 63 y 64 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 122 y 123 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De acuerdo con los artículos 62 y 63 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, la Comisión Evaluadora debe integrarse por TRES (3) miembros y sus respectivos suplentes, que deberán ser designados mediante un acto administrativo emanado de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante o de la autoridad con competencia para autorizar la convocatoria, con la única limitación de que esa designación no deberá recaer en quienes tuvieran competencia para autorizar la convocatoria o para aprobar el procedimiento.

II) Por su parte, el artículo 64 del citado reglamento establece las reglas de funcionamiento de la Comisión, quórum, etc. Tales normas no pueden ser dejadas de lado por el solo hecho de que se trate de una compra consolidada. La conformación y el funcionamiento de la Comisión debe sujetarse a la normativa vigente, sin perjuicio de que pueda y/o se estipule que deberá requerir la previa intervención de las áreas técnicas de cada uno de los organismos que conforman el convenio. Eventualmente, se sugiere que tanto los miembros titulares como suplentes de la Comisión Evaluadora y de la Comisión de Recepción sean elegidos por consenso entre los CUATRO (4) organismos, pero respetando tanto la designación formal por parte de la autoridad del MINSAL, como los requisitos que surgen de la normativa. Ahora bien, nada obsta a que por acta complementaria los organismos acuerden conforman un comité técnico ad hoc, a fin de que asista –técnica y/o administrativamente– a la Comisión Evaluadora.

III) No le corresponde expedirse a esta Oficina sobre el modo de logística para la ejecución del contrato, por cuanto se trata de una cuestión técnica que excede las competencias de este Órgano Rector.

MODALIDADES – ORDEN DE COMPRA ABIERTA.

DICTAMEN ONC Nº 131/2013.

Fecha de emisión: 29 de mayo de 2013.

Referencias/voces: Orden de Compra Abierta.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Capítulo IV del Título VII del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, cuando regula la modalidad de contratación bajo orden de compra abierta, no estipula una condición distinta o especial para la determinación del precio en dichos supuestos.

II) En virtud de ello, resulta aplicable la previsión general del artículo 70, inciso g), punto 1 del Reglamento citado, respecto de la obligación del oferente de establecer un precio unitario y cierto en la cotización.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Pliego de bases y condiciones particulares – Ejecución contractual – Logística.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre diversos extremos, entre ellos:

I. Opinión respecto a si la logística propiciada, entrega y dispensa de los productos al paciente durante la ejecución contractual, es compatible con las previsiones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

II. Opinión en torno a los requisitos establecidos para el otorgamiento de la recepción definitiva y la oportunidad en que va a intervenir la Comisión de Recepción Definitiva.

Normativa examinada:

- Artículo 83 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Puntos 35, 36 y 37 del Anexo II de la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No le corresponde expedirse a esta Oficina sobre el modo de logística para la ejecución del contrato, por cuanto se trata de una cuestión técnica que excede las competencias de este Órgano Rector.

II) La logística de los contratos depende de las condiciones particulares de cada uno de ellos.

III) Si bien se observa que la forma de llevar adelante la contratación en cuestión no es la típica, también es cierto que el objeto contractual es complejo y no se trata de un bien de uso común. Se entiende que con la operatoria propuesta lo que se pretende es no dejar a la Administración Pública ligada por un contrato que luego se convierta en inútil por estipulaciones contractuales que resulten inadecuadas.

IV) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho que *"La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes, y del adjudicatario"* (CSJN, 22/04/86, "Hotel Internacional Iguazú S.A vs Nación Argentina" J.A. 1987-II-241).

V) Ello así, considerando que el modo de ejecución contractual formará parte del pliego, esto le permitirá a los oferentes efectuar las necesarias previsiones mediante el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación y en el caso en que los términos del pliego les genere algún tipo de duda razonable, deberán subsanarla o aclararla mediante la oportuna consulta a la autoridad competente. Por su parte, al establecer estas previsiones en los respectivos pliegos se respeta el principio de igualdad de posibles interesados por cuanto todos tienen la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de presentarse a licitar la modalidad de ejecución contractual.

VI) En relación a la posibilidad de modificar la frecuencia de las solicitudes de provisión, cabe señalar que la "dinámica" pensada para la ejecución contractual se asimila a la prevista en la normativa para la modalidad orden de compra abierta. En el caso, la razón principal por la que no se trataría de una orden de compra abierta es porque hay un número preciso (cerrado) de cantidades determinadas ab initio. Luego, la lógica de las solicitudes de provisión es muy similar. Ello así, cabe destacar que la normativa no prohíbe esa operatoria para una contratación sin modalidad. Si bien la ejecución contractual se sale de la lógica clásica que presupone una relación binaria (organismo contratante – proveedor), la propuesta por el organismo no se encuentra prohibida.

VII) En lo que respecta al lugar de entrega, y la posibilidad de modificar los destinos, más precisamente en relación a la posibilidad de agregar lugares de entrega, se entiende que debería requerirse la conformidad expresa del cocontrante, de esta forma se establecería un procedimiento que –se entiende– no generaría consecuencias negativas con la logística del contrato, ello de acuerdo a lo manifestado por la propia unidad requirente en cuanto a que la modificación de los destinos se trata de una disposición habitual en aquellas compras y adquisiciones que requieren la entrega de medicamentos y productos médicos en diversos puntos del país.

VIII) No puede dejar de advertirse que a fin de notificar las denominadas órdenes de provisión, se prevé la creación de una plataforma electrónica al efecto. En relación a ello, si bien es posible establecer medios adicionales de notificación siempre se deberá cumplir con los medios de notificación previstos en la normativa general aplicable.

MODALIDADES – PRECIO MÁXIMO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Modalidades – Precio máximo.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre diversos extremos, entre ellos:

I. Opinión respecto de la validez del Informe de Precios confeccionado, como fuente del Precio Máximo propuesto.

II. Opinión respecto de la viabilidad de utilizar las modalidades "compra consolidada" y "precio máximo", de manera combinada.

Normativa examinada:

- Artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 122 y 123 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La modalidad "Precio Máximo" se encuentra contemplada en el artículo 25, inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 y en los artículos 122 y 123 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16 y resulta de aplicación cuando en el pliego de bases y condiciones particulares se indique el precio más alto que puede pagarse por los bienes o servicios requeridos.

II) En esa inteligencia, el artículo 122 del referido Manual de Procedimiento exige dejar constancia en el expediente de la fuente utilizada para la determinación del precio máximo, pero sin imposición alguna respecto de la fuente a utilizar.

III) En la medida en que los informes revistan un carácter eminentemente técnico, su consideración es extraña a la competencia de esta Oficina Nacional, mereciendo los mismos plena fe en la medida en que estén fundados, sean precisos, adecuados al caso y no adolezcan de arbitrariedades manifiestas o surjan otros elementos de juicio suficientes para destruir su valor (conf. Dictámenes PTN 204:47; 200:116; 207:343; 212:87, entre muchos otros).

IV) Por lo expuesto, esta Oficina no tiene competencia para expedirse sobre la validez de informes de precios.

V) En cuanto concierne a las modalidades de contratación, es dable traer a colación el artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto 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…".*

VI) Con sustento en ello, las mentadas modalidades se encuentran enunciadas en el artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 y, finalmente, reguladas como mayor detalle en el Título V del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

VII) Esta Oficina Nacional entiende que, si bien es cierto que la normativa vigente no habilita en forma expresa la combinación –como sí lo hacía el derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 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 "compra consolidada" y "precio máximo", como en este caso se propicia.

VIII) Sin mengua de lo expuesto, 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.

MUESTRAS.

DICTAMEN ONC Nº 38/2016.

Fecha de emisión: 18 de abril de 2016.

Referencias/voces: Causales de desestimación. Falta de presentación de muestras. Desestimación total de la oferta vs. Desestimación del renglón.

Consulta:

Se requiere la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de la interpretación que debe darse al artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 el cual reza: *"Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos:* (…) *o) Si las muestras no fueren acompañadas en el plazo fijado en el pliego.".*

Normativa examinada:

- Artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 68, 70 y 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

- Artículo 9° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Corresponde abocarnos al análisis de la consulta enunciada por el organismo remitente la cual versa sobre la interpretación que debe darse al artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 para el supuesto en que el pliego de bases y condiciones particulares requiriese la presentación de muestras para determinados renglones y el oferente omitiere la presentación de la muestra en relación a un renglón, cumpliendo con tal requisito en el resto de los renglones cotizados. Concretamente, se consulta si en la hipótesis planteada y en atención a lo establecido en el artículo 84 inciso o) del Decreto N° 893/12, correspondería la desestimación de la totalidad de los renglones cotizados o sólo debería desestimarse el renglón respecto del cual se hubiere omitido acompañar la muestra.

II) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina que –en el caso– correspondería únicamente la desestimación de la oferta en relación con el renglón respecto del cual se hubiere incumplido con el requerimiento de presentar la muestra.

III) Los oferentes podrán presentar propuestas por uno, varios o todos los renglones que integren el pliego de bases y condiciones particulares, debiendo cumplimentar por un lado con los requisitos generales de las ofertas contenidos en el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, y por el otro con las especificaciones técnicas y presentación de muestras requeridas para cada renglón. Dicho en otras palabras, y en lo que al caso compete, la Comisión evaluadora examinará los requisitos generales formales de la oferta y luego los requisitos específicos de cada renglón cotizado.

IV) Si del análisis efectuado se hubiere vislumbrado que la oferta adolece del defecto de no haber presentado la muestra requerida en el pliego de bases y condiciones particulares para alguno de los renglones, deberá recomendarse la desestimación de ese único renglón en virtud de lo establecido en el artículo 84 inc. o) del reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. La solución plasmada tiene estrecha relación con el principio de concurrencia expresamente establecido en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

V) En virtud de las consideraciones desarrolladas en el acápite anterior, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en el supuesto planteado por el organismo girante sería procedente la desestimación de un solo renglón – y no de la totalidad de la oferta- en los términos previstos por el artículo 84 inciso o) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VI) Sin perjuicio de todo lo expuesto, es menester poner de resalto que la solución brindada en el presente no será aplicable a los procedimientos llevados a cabo bajo la modalidad llave en mano o se hubiere establecido la cotización por grupo de renglones, en cuyo caso se deberán cotizar – y presentar muestras en caso de corresponder- todos los renglones que integren el pliego de bases y condiciones particulares.

NON BIS IN ÍDEM / NE BIS IN ÍDEM.

DICTAMEN ONC Nº 285/2015.

Fecha de emisión: 12 de noviembre de 2015.

Referencias/voces: Recurso de reconsideración. Proveedor Raúl Jorge León POGGI. Non bis in ídem. Régimen de penalidades y sanciones.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La ejecución de la garantía correspondiente, surge como una lógica consecuencia del incumplimiento y cubre parcialmente los daños generados por dicha falta, mientras que la aplicación de una sanción –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias– tiende a evitar que ese oferente vuelva a contratar con la Administración, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal (v. Dictamen ONC N° 740/11). En virtud de ello, no existe en el caso violación del principio *non bis in ídem*, dado que las penalidades aplicadas por el organismo contratante son de naturaleza jurídica distinta a la sanción impuesta por este Órgano Rector.

II) Las sanciones, en sentido estricto, constituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, del *ius puniendi*, mientras que la aplicación de una penalidad, contractualmente asumida, no supone necesariamente el despliegue del derecho administrativo sancionador ni que se ponga en acto la potestad sancionadora, sino que se exige el derecho de uno de los contratantes respecto del otro, activándose los mecanismos contractuales previstos para el ejercicio de tal derecho (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Págs. 132 a 135).

DICTAMEN ONC Nº 55/2016.

Fecha de emisión: 9 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades de SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A. Prórroga del contrato. Se desestima aplicación del principio "non bis in ídem".

Antecedentes:

El área requirente informó –el 3 de septiembre de 2015– que la firma SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A. había incumplido la Solicitud de Provisión N° 2/2015, en tanto que no había realizado la entrega de los tickets correspondientes en el plazo fijado a tal efecto, es decir CINCO (5) días corridos de notificada la Solicitud de Provisión, término que venció el 27 de julio de 2015.

En razón de ello, mediante Resolución de la entonces SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Nº 17705 de fecha 22 de octubre de 2015 se resolvió, entre otras cuestiones, rescindir parcialmente por culpa del

proveedor la Orden de Compra de Ampliación N° 566/14, emitida a favor de la firma SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A., en el marco de la Licitación Pública Nº 24/13.

Asimismo, mediante la citada Resolución se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CIENTO VEINTIDÓS MIL CIENTO SETENTA Y OCHO ($ 122.178.-) y se lo intimó a que en el plazo de DIEZ (10) días de notificado integre dicha suma.

La Resolución SCyMI Nº 17705/15, fue notificada al proveedor SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A. el 3 de noviembre de 2015.

La firma SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A. adujo en su defensa que resultaban de aplicación al "procedimiento administrativo sancionador" los principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal; en particular el principio de la prohibición de doble sanción conocido como "non bis in ídem", argumentando que: *"…ya fue sancionada por la rescisión parcial del contrato mediante Resolución N° 17705/15 del Ministerio de Desarrollo Social. Por ello, Sodexo destaca que no corresponde una eventual resolución sancionatoria económica y/o registral de la Oficina Nacional de Contrataciónes."*.

Normativa examinada:

- Artículo 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de lo manifestado en punto a la violación del principio non bis in ídem, es menester aclarar que debe ser rechazado, ya que si bien se trató de un mismo hecho, lo cierto es que la normativa aplicable abarca diferentes aspectos de la conducta infraccional. Más allá de la convicción que pudiera tener la firma proveedora, cabe destacar que cuando el particular contrata con la Administración Pública debe contemplar que desde el mismo momento en que decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan de un modo diferenciado "penalidades" y "sanciones", de las que pudiera resultar pasible de aplicación ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

II) En efecto, frente a la rescisión culpable –penalidad que es consecuencia del incumplimiento parcial del contrato por causas imputables al proveedor–, el régimen jurídico vigente contempla la aplicación de una sanción –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias– para evitar que ese oferente vuelva a contratar con la Administración, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal (v. Dictamen ONC Nº 740/2011).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00075169-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades TECNOLAB S.A. Planteo de inconstitucionalidad del régimen de penalidades y sanciones. Actos propios. *Non bis in ídem.*

Antecedentes.

Por Disposición de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRÁN" Nº 69, de fecha 18 de marzo de 2016, se resolvió rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, el contrato perfeccionado con TECNOLAB S.A. en el marco de la Contratación Directa por urgencia Nº 59/15.

Al efectuar su descargo ante la ONC, la firma TECNOLAB S.A. planteó que debido a la dudosa constitucionalidad del Decreto Delegado Nº 1023/01 y su decreto reglamentario –por contradecir el principio de legalidad previsto en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional–, son inaplicables las penalidades allí contempladas.

A su vez, la firma agraviada sostuvo que era inconstitucional la duplicidad de sanciones pues se afecta el principio del *ne bis in ídem*. En ese sentido, adujo la firma que los decretos cuestionados desconocían la vinculación directa que existe entre el principio que prohíbe la múltiple persecución penal por un mismo hecho y el principio de legalidad.

De tal modo alegó que la referenciada garantía prohíbe la coexistencia entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en que se constatare que concurren la identidad de sujeto, hecho y motivo que exige el mencionado principio.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La presentación de la oferta por parte de TECNOLAB S.A. significó de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rigieron el procedimiento de selección en el que participó, por lo tanto, el cuestionamiento, en esta instancia, de las normas que regían la relación entre las partes resulta improcedente, puesto que nadie puede oponerse en contradicción con sus propios actos (*venire contra factum propium non valet*) ejercitando una conducta incompatible con la anterior. A la luz de dicha teoría –derivado del principio de buena fe– resulta inadmisible que habiéndose sometido el interesado al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional pretenda ahora impugnarlo.

II) En ese sentido, se ha pronunciado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN -siguiendo una arraigada jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN- al sostener: *"…el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior, con base constitucional"* (Dictámenes PTN 202:151; 233:94, 275:462 y Fallos 305:826; 307:358 y 432, entre otros).

III) En lo que concierne a la presunta afectación de la garantía del ne bis in ídem, es menester advertir que las sanciones, en sentido estricto, constituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, del *ius puniendi*, mientras que la aplicación de una penalidad, contractualmente asumida, no supone necesariamente el despliegue del derecho administrativo sancionador ni que se ponga en acto la potestad sancionadora, sino que se exige el derecho de uno de los contratantes respecto del otro, activándose los mecanismos

contractuales previstos para el ejercicio de tal derecho (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Págs. 132 a 135).

IV) Frente a la rescisión culpable y la ejecución de la garantía correspondiente, como una lógica consecuencia del incumplimiento que libera al contratante de la obligación de cumplir su prestación y que cubre parcialmente los daños generados por dicha falta, el régimen de contrataciones públicas establece la aplicación de una sanción –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias– para evitar que ese oferente vuelva a contratar con la Administración, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal (v. Dictamen ONC Nº 740/2011).

V) En virtud de las consideraciones vertidas, no existe en el caso violación del principio *non bis in ídem*, dado que las penalidades aplicadas por el organismo contratante son de naturaleza jurídica distinta a la sanción impuesta por este Órgano Rector.

VI) Cabe asimismo reiterar que cuando el particular contrata con la Administración Pública debe contemplar que desde el mismo momento en que decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan sanciones y penalidades de las que pudiera resultar pasible de aplicación ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00035745-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. *Non bis in ídem*. Proveedor CPS COMUNICACIONES S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 13, inciso c); 23, inciso a) y 29 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 131, incisos a) apartado 1º y b), apartado 2.2; 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 104; 106 inciso b) apartados 1.2 y 1.3 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación al argumento esgrimido por la sociedad comercial agraviada a través del cual manifiesta la violación del principio *non bis in ídem*, es menester aclarar que también debe ser rechazado, ya que si bien se trató de un mismo hecho, lo cierto es que la normativa aplicable abarca diferentes aspectos de la conducta infraccional.

II) Cuando el particular contrata con la Administración Pública debe contemplar que desde el mismo momento en que decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan de un modo diferenciado "penalidades" y "sanciones", de las que pudiera resultar pasible de aplicación ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

III) Las penalidades importan el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma, mientras que las sanciones constituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, del *ius puniendi*, procurando evitar que quien haya incumplido pueda repetir su conducta en desmedro del cumplimiento del interés público que motiva las contrataciones que realiza el Estado (Cfr. RODRÍGUEZ, María José. Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Págs. 132 y ss).

IV) Frente a la rescisión culpable, por incumplimiento parcial del contrato por causas imputables al proveedor, el régimen jurídico vigente contempla la aplicación de una sanción de apercibimiento –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias–, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal. Por lo tanto, no se configura una violación del principio *non bis in ídem*, dado que las penalidades y sanciones aplicadas son de naturaleza jurídica distinta.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00036181-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Recurso de reconsideración. *Non bis in ídem*. Proveedor CPS COMUNICACIONES S.A.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de lo manifestado en punto a la violación del principio *non bis in ídem*, es menester aclarar que también debe ser rechazado por tanto, si bien se trató de un mismo hecho, lo cierto es que la normativa involucrada abarca diferentes aspectos de la conducta infraccional.

II) Frente a la rescisión culpable y la ejecución de la garantía correspondiente, como una lógica consecuencia del incumplimiento que libera al contratante de la obligación de cumplir su prestación y que cubre parcialmente los daños generados por dicha falta, los artículos anteriores establecen la aplicación de una sanción –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias– para evitar que ese oferente vuelva a contratar con la Administración, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal (v. Dictamen ONC Nº 740/11). Por lo que, no existe violación del principio non bis in ídem, dado que las penalidades aplicadas son de naturaleza jurídica distinta.

III) Cuando el particular contrata con la Administración Pública debe contemplar que desde el mismo momento en que decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan

sanciones y penalidades de las que pudiera resultar pasible de aplicación ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

IV) En tal sentido la sanción de suspensión recurrida que fuera aplicada por esta Oficina persigue evitar que quien haya incumplido pueda repetir su conducta en desmedro del cumplimiento del interés público que motiva las contrataciones que realiza el Estado (v. Dictamen ONC Nº 791/11).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00655966-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2017.

Referencias/voces: Recurso de reconsideración. *Non bis in ídem*. Proveedor TECNOLAB S.A.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mientras las penalidades se limitan al marco del contrato y la etapa pre contractual, la sanción va más allá y afecta la situación jurídica del contratista frente a toda la Administración en lo que a las contrataciones se refiere, presuponen el ejercicio del poder punitivo, mientras que las penalidades no. De ésta manera, la regulación de penalidades y sanciones aplicables a oferentes y cocontratantes incumplidores no resulta ser un capricho del legislador, sino que encuentra sustento en la satisfacción de la necesidad originada en la entidad contratante, que conlleva la satisfacción de los intereses de la sociedad toda, y de una eficiente utilización de los recursos a los que ésta contribuye.

II) Desde otro vértice, resulta oportuno señalar que el agravio fundado en la violación del principio *"Ne bis in ídem"* constituye una afirmación meramente dogmática y genérica, vacía de contenido, en donde el recurrente ni siquiera desarrolló como concurrirían en el caso las identidades requeridas –identidad de persona, objeto y causa– para tener por acreditada su afectación; razón que resulta más que suficiente para rechazar la línea argumental intentada.

NOTIFICACIONES/COMUNICACIONES.

DICTAMEN ONC Nº 83/2013.

Fecha de emisión: 16 de abril de 2013.

Referencias: Medios de notificación. Artículo 56 del reglamento. Notificación válida.

Consulta:

Se solicitó la intervención de esta Oficina Nacional a efectos de que emita opinión sobre el alcance de las notificaciones establecidas en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

En el marco de su consulta, el INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE (INCUCAI) sostuvo que el cambio de normativa ha dejado de mencionar expresamente que el requisito de que la notificación sea "fehaciente", desconociéndose si esto se debió con motivo de tratar de agilizar las comunicaciones o, por el contrario, si se debe aplicarse supletoriamente lo dispuesto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos.

Normativa examinada:

- Artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.
- Artículo 1° punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En principio, serán válidas todas las notificaciones realizadas por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo facultad del organismo la elección del medio de notificación que resulte conveniente en cada caso particular. La regulación vigente tiene en miras tanto el principio de eficiencia que debe regir en las contrataciones administrativas, establecido en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, como también los principios de celeridad, economía, y sencillez de los trámites administrativos previstos en el artículo 1° punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

II) El nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991). La nueva reglamentación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual.

III) El organismo podrá optar por alguno de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos, bajo las siguientes circunstancias: a) Cuando se notifique por acceso directo de la parte interesada, su apoderado o representante legal al expediente, se deberá dejar constancia de tal situación en las actuaciones indicando la fecha en que se tomó vista del expediente y dejando constancia de haber acreditado identidad y representación, si ello fuera necesario; b) Si se notificara por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento del acto respectivo, se tendrá por notificado el día en que se realizó la presentación; c) En los casos en que la notificación se curse por cédula, por carta documento o por otros medios habilitados por las empresas que brinden el servicio de correo postal, para considerarse válida, la misma deberá remitirse al domicilio constituido por el interesado, oferente, adjudicatario o cocontratante en las actuaciones y transcribirse en forma íntegra el acto, informe o documento que se pretende

notificar; d) Las notificaciones por fax o por correo electrónico que se envíen a los números de fax o direcciones de correo electrónico informados por el interesado, oferente, adjudicatario o cocontratante en las actuaciones se considerará realizados en el día en que se realice el envío de la notificación por dichos medios. Asimismo, deberá transcribirse en forma íntegra el acto, informe o documento que se pretende notificar; e) Cuando las notificaciones por fax o por correo electrónico se envíen a números de fax o a direcciones de correo electrónico no informados por el interesado, oferente, adjudicatario o cocontratante en las actuaciones se deberá acreditar en las actuaciones la base de datos consultada para obtener la información (vg. El Sistema de Información de proveedores del Estado) y solicitar que el administrado confirme la recepción del documento. Se considerará que la notificación tuvo lugar el día en que el administrado envíe la confirmación de la notificación. Asimismo, deberá transcribirse en forma íntegra el acto, informe o documento que se pretende notificar; f) En los casos en que el organismo decida notificar mediante la difusión en el Sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que ello sea válido, se deberá dejar constancia en los pliegos de bases y condiciones particulares, indicando la dirección de dicho sitio de Internet. En esos casos, se tomará como fecha de notificación el primer día de difusión en el sitio.

IV) En relación con el contenido de las notificaciones que se cursen, corresponde aplicar lo dispuesto en los artículos 40 y 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), es decir, informar los recursos que se puedan interponer contra el acto que es materia de notificación y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, como así también, transcribir íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva.

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Comunicaciones/Notificaciones.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Normativa examinada:

- Artículo 56 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Opinión del Órgano Rector: Conforme el artículo 56 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 las notificaciones entre el organismo y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes serán válidas por cualquiera de los medios indicados en el mismo, por lo que se recomienda no limitar dicha comunicación únicamente a presentaciones a realizarse por escrito en la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES.

DICTAMEN ONC Nº 178/2015.

Fecha de emisión: 16 de junio de 2015.

Referencias: Antecedentes de penalidades ALIMENTOS GENERALES SA. Hace lugar a recurso de reconsideración contra la Disposición ONC 36/2014. Admisibilidad formal. Figura del gestor. Notificación. Verdad jurídica objetiva. Verdad material. Actuación del agente postal. Falta de diligencia. Prueba suficientemente persuasiva. Violación al derecho de defensa. Violación del debido proceso adjetivo. Vía procedimental para impugnar una notificación. Instrumento público. Instrumento privado. Notificación defectuosa.

Objeto de la intervención:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, interpuesto por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. (C.U.I.T. N° 30-70879913-7) contra la Disposición ONC N° 36, de fecha 30 de mayo de 2014.

Por la referida Disposición se le aplicó al citado proveedor una sanción de apercibimiento, en los términos del artículo 131, inciso a), apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, como consecuencia de la rescisión parcial por su culpa, del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública N° 145/2012 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de SEIS (6) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.2 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, como consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida en el plazo fijado al efecto, al que fuera intimado en el marco del mencionado procedimiento licitatorio.

Para así sancionar, este Órgano Rector consideró y tuvo por acreditados los siguientes extremos, a saber:

Por conducto de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° 8385, de fecha 24 de julio de 2013, la jurisdicción contratante resolvió rescindir en forma parcial el contrato perfeccionado con el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. mediante la Orden de Compra Nº 94/2013 y le aplicó la penalidad de pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato por el monto de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80.-), intimándolo a hacer efectivo el pago de la misma en el plazo improrrogable de DIEZ (10) días hábiles.

El día 12 de agosto de 2013 el organismo de origen diligenció, a través del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., una carta expreso con confronte y sellado –individualizada bajo el código “EC31460264 4”– a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, con el objeto de notificar el contenido de la citada Resolución SCyMI N° 8385/2013.

A pesar de que la respectiva notificación resultó infructuosa y fue devuelta al remitente sin intervención del destinatario –en la aludida pieza postal se tildó el casillero correspondiente

a "SE MUDÓ"–, la mentada Resolución se tuvo por notificada el día 15 de agosto de 2013, a raíz de lo informado por la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Al tomar intervención el área Tesorería del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, informó que el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. procedió a pagar la penalidad aplicada. En dicha ocasión se adjuntó copia fiel del respectivo recibo de donde surge que el aludido pago tuvo lugar el día 17 de septiembre de 2013, configurando, por ende, un pago extemporáneo de una suma relevante, en tanto el monto ascendía a un total de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80.-).

Se expidió el servicio permanente de asesoramiento jurídico del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, instancia que con fecha 16 de octubre de 2013 concluyó que la Resolución SCyMI N° 8385/13 se encontraba firme en sede administrativa por haber expirado los plazos reglamentarios para recurrirla sin que ALIMENTOS GENERALES S.A. hubiere cuestionado el acto de que se trata.

La DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A informó: *"…que la pieza postal en trato al momento de realizar la entrega consta en nuestros registros con la observación: 'se mudó', con fecha 15 de agosto del 2013, conforme se puede observe de la historia del T&T."*. Asimismo, el distribuidor encargado de la entrega confirmó tal observación en el descargo que se adjuntó en dicha ocasión.

Ahora bien, con fecha 23 de junio de 2014 la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Disposición O.N.C Nº 36/2014.

Así, frente al hecho acreditado en autos relativo a que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL cursó una carta expreso con confronte y sellado al domicilio constituido por ALIMENTOS GENERALES S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 145/12 –Av. Monteverde 4570 PB (BURZACO)–, procurando notificar la Resolución SCyMI Nº 8385/2013 por la cual se penalizó al proveedor en cuestión con la rescisión parcial de la Orden de Compra Nº 94/2013 y se intimó al pago del monto correspondiente a la penalidad de pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato, la empresa impugnante alegó, como hecho principal, que dicha notificación resultó infructuosa, por cuanto la pieza postal en cuestión no fue recepcionada por ella, sino que fue devuelta al remitente, habiendo consignado el agente postal del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., en el aviso de retorno, que el destinatario "se mudó".

Asimismo manifestó que, sin perjuicio de ello, el día 12 de septiembre de 2013 la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., por intermedio de su apoderado, se notificó en forma personal del acto administrativo de que se trata y que con fecha 17 de septiembre de 2013 el proveedor en cuestión abonó la penalidad impuesta, por la suma de PESOS CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON OCHENTA CENTAVOS ($ 119.884,80), enfatizando que: *"…si se toma como válida la notificación personal, la multa fue abonada en término".*

La agraviada tachó de falsedad la constancia del correo –aviso de retorno– a partir de la cual se tuvo por mudada a su empresa y, como efecto propio del domicilio constituido, se

consideró debidamente notificado el acto de penalidad a pesar de que el proveedor no haya recibido la mentada carta.

En razón de lo expuesto la firma agraviada planteó la violación de derechos de raigambre constitucional, tales como su derecho a defenderse (artículo 18 de la Constitución Nacional), a ejercer el comercio e industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional), y a la propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional).

La recurrente presentó con fecha 9 de enero de 2015, un escrito al que acompañó las constancias de las tasas de inspección de seguridad e higiene –y sus correspondientes pagos– que el DEPARTAMENTO DE INDUSTRIAS Y COMERCIOS de la AGENCIA MUNICIPAL DE RECAUDACIÓN del GOBIERNO MUNICIPAL DE ALMIRANTE BROWN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, emitió a nombre de ALIMENTOS GENERALES S.A. y al domicilio de la calle Avenida Monteverde 4570 PB de la LOCALIDAD DE BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, durante el período agosto 2013-diciembre 2014, es decir, período o lapso dentro del cual tuvo lugar el diligenciamiento infructuoso de la pieza postal objeto de controversia, individualizada bajo el código "EC 31460264 4".

Asimismo, ALIMENTOS GENERALES S.A. adjuntó las constancias de las tasas por riesgo ambiental que el DEPARTAMENTO DE INDUSTRIAS Y COMERCIOS de la AGENCIA MUNICIPAL DE RECAUDACIÓN de ALMIRANTE BROWN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, envió a su nombre al mentado domicilio. Fueron anexados también los correspondientes pagos de dicho impuesto.

Normativa examinada:

- Artículo 18 de la Constitución Nacional.
- Artículos 5, 56 y 70, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 21, 44 y 106 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).
- Artículos 979, inc. 2° y 4°, 986 y 993 del Código Civil.
- Artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Luego de una lectura detenida de la prueba arrimada, no es posible soslayar que las boletas correspondientes al impuesto por seguridad e higiene fueron abonadas debidamente, especialmente aquellas que tienen fecha de agosto de 2013, momento en el cual la firma en cuestión se "habría mudado".

II) Al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL se le solicitó mediante Nota O.N.C. N° 1586/14 que enviara todas las notificaciones que desde su DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS se hubieren diligenciado con posterioridad al día 12 de agosto de 2013 a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., al domicilio de la calle Avenida Monteverde 4570 PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES. A propósito de ello, la primera reflexión que suscita el análisis de los referidos documentos radica en que cierto número de notificaciones diligenciadas por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL a la empresa ALIMENTOS GENERALES S.A. al domicilio de la Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA

DE BUENOS AIRES –con posterioridad al día 12 de agosto de 2013–, fueron recibidas de conformidad por el proveedor en cuestión, mientras que el resto de ellas resultaron infructuosas, con la particularidad de que éstas últimas fueron diligenciadas –en todos los casos, salvo una excepción en que no resulta legible el acuse– por el mismo agente postal que tuvo por mudada a la firma en cuestión en oportunidad de devolver al remitente la pieza postal que sirvió de antecedente de hecho para aplicar la sanción de suspensión.

III) De ahí podría presumirse, en principio, que el señor agente postal Ramón GÓMEZ (L.P. 20801), al ser quien intervino en el diligenciamiento de –probablemente todas– las piezas postales que resultaron infructuosas, no obró con la debida diligencia, a los efectos de constatar realmente la mudanza de la que dio cuenta en cada oportunidad en que devolvió una notificación al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL sin diligenciar, puesto que de otro modo no se explica cómo el éxito o fracaso de las respectivas notificaciones termino siendo, prácticamente, una cuestión de azar. La hipótesis sostenida en el párrafo que antecede cobra mayor entidad a partir de deficiente la explicación brindada por el propio agente postal, quien se limitó a informar que: *"…al visitar el domicilio en cuestión se encontraba cerrado, al consultar en el domicilio lindero y me confirmaron que se había mudado, por eso observé la carta.".*

IV) Respecto de dicha explicación, no es posible dejar de considerar que esta Oficina Nacional ofició oportunamente al CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A a fin de que dicha entidad satisfaga los siguientes extremos: 1) Informar cuál es el procedimiento previo que debe cumplimentar un agente postal durante el diligenciamiento de una pieza postal tipo "carta expreso con confronte sellado", para poder tener válidamente por "mudado" al destinatario de la misma; 2) Informar si existe una regulación al respecto y, en caso afirmativo, si se trata de un régimen de cumplimiento obligatorio para el Correo Oficial; 3) Informar el resultado de la diligencia de la carta expreso y confronte sellado identificada bajo el código "EC314602644" cursada por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL con fecha 12 de agosto de 2013 a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES; 4) Arbitrar los medios conducentes para que el agente postal GÓMEZ, Ramón (LP 20801) declare por escrito de qué manera y/o por medio de qué fuentes constató que la empresa ALIMENTOS GENERALES S.A. se había mudado del domicilio ubicado en la Avenida Monteverde N° 4570 PB, BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES; o bien, que manifieste si la existencia material de los hechos que interesan a esta Oficina Nacional –en este caso, la mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A.– pasaron en su presencia o fueron cumplidos por él mismo, en los términos del artículo 993 del Código Civil.

V) Por consiguiente, forzoso es advertir que al responder, el CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. omitió pronunciarse en torno a los puntos 1) y 2) citados más arriba. Es decir, nada se informó a este Órgano Rector en cuanto al procedimiento debido para dar por mudado al destinatario de una carta expreso; mucho menos se acompañó –como hubiese sido deseable– un reglamento interno o manual de procedimiento cuyas normas puedan cotejarse con el proceder del agente postal GÓMEZ. De igual modo, al declarar por escrito, el señor agente postal Ramón GÓMEZ omitió brindar detalles precisos respecto a la persona o personas del domicilio lindero al de Avenida Monteverde Nº 4570 PB –al que tampoco identifica–, quien o quienes le habrían suministrado la información respecto de la mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A.

VI) Reviste cabal importancia el principio de la verdad jurídica objetiva, según el cual el procedimiento debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material y sus circunstancias, tal cual son. Dicho principio exige que la Administración, dejando de lado el panorama que pretenden ofrecerle las partes, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión (Cfr. Dictámenes PTN 287:175).

VII) La prueba obtenida es lo suficientemente persuasiva como para considerar atendibles los agravios invocados por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A., vinculados directa y/o indirectamente con la notificación de la penalidad impuesta por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, cursada al domicilio de Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

VIII) A nadie escapa que por "domicilio especial" debe entenderse aquel que una persona tiene para ciertos efectos; en otros términos, es aquel especialmente constituido –valga la redundancia– para uno o más asuntos determinados, con el objeto de facilitar las notificaciones que hayan de hacerse las partes (v.g. en el caso que nos ocupa, para intervenir en un procedimiento de selección, que luego se extiende a la etapa contractual). El domicilio especial es el único eficaz y al que se diligenciarán todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento, que se tendrán por conocidas por el administrado.

IX) Podríamos apresurarnos a concluir que encontrándose acreditado que la Administración cumplió con el requisito de diligenciar la notificación de las penalidades aplicadas al domicilio constituido por el proveedor en su oferta, la misma habría resultado eficaz, aun frente al supuesto en que el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario. Empero, dada la trascendencia de las garantías de rango constitucional que se encuentran en juego (v.g. derecho de defensa, debido proceso adjetivo), no es posible analizar con liviandad los argumentos defensivos, máxime si se tiene presente que la notificación de los actos administrativos tiene trascendental importancia en el procedimiento administrativo, dado que resulta fundamental para preservar la seguridad jurídica, constituyéndose como un deber de información impuesto como carga a la Administración en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa en juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (Cfr. Dictámenes PTN 255:505).

X) En el presente caso, el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL despachó con fecha 12 de agosto de 2013, por intermedio del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. "Correo Argentino", una carta expreso con confronte sellado individualizada bajo el código "EC314602644". Del sitio institucional de internet del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. surge que el servicio expreso supone el envío urgente de la correspondencia, siendo transportado y entregado en forma prioritaria. Asimismo, se establece –sin mayores precisiones– que: *"Posee 2 intentos de entrega, el segundo a las 24 horas del primero. Si no se logra la entrega, el cartero deja un Aviso de Visita, y la pieza queda a disposición en la sucursal correspondiente al domicilio del destinatario por 5 días hábiles, para que pase a retirarla."*.

XI) Sin embargo, el "Manual de Productos y Servicios para Sucursales" elaborado por la GERENCIA DE ORGANIZACIÓN Y NORMATIZACIÓN del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA

ARGENTINA nada dice respecto de qué procedimientos y/o recaudos debe cumplimentar el personal del Correo, previo a tener por "mudado" al destinatario, con las graves consecuencias que ello puede acarrear.

XII) Si bien esta Oficina Nacional no es el órgano con competencia primaria para interpretar y aplicar la normativa relacionada a las formalidades que deben seguirse en el diligenciamiento de los diversos servicios postales, no es menos cierto que, luego de analizar las afirmaciones del proveedor junto con la documental arrimada en autos, la cuestión amerita una reconsideración, a la luz de tales extremos y con sujeción a los principios de juridicidad, debido procedimiento previo, razonabilidad, verdad material y buena fe.

XIII) Ante todo, por aplicación del principio de juridicidad o de legalidad objetiva la actuación de la Administración debe sujetarse al ordenamiento jurídico en su conjunto, comenzando por la Constitución Nacional, cuyo artículo 18 establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, garantía cuyo menoscabo resulta susceptible de ocasionar graves perjuicios al administrado.

XIV) Dicho lo anterior, se presenta como razonablemente fundada la reflexión del recurrente, en torno a que el agente postal interviniente debió consignar quién o de dónde obtuvo la información que daba cuenta que la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se había mudado. Ello así, por cuanto, aunque la normativa aplicable no lo exija expresamente, sería *a priori* el único modo coherente y razonable de diferenciar tal caso de la mera ausencia de personas en el domicilio o de la hipótesis del domicilio cerrado, en cuyos supuestos el agente postal se encuentra compelido a seguir un procedimiento específico y ciertamente riguroso que prevé, como mínimo, DOS (2) avisos de visita y un plazo de gracia de CINCO (5) días hábiles para retirar personalmente la pieza postal de la sucursal más cercana, previo a que se pueda proceder a su devolución, sin diligenciar, al remitente.

XV) Luego, el sobre con membrete del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, diligenciado bajo el código identificador "EC574743083" a la dirección Avenida Monteverde Nº 4570 - PB, de la localidad de BURZACO, PROVINCIA DE BUENOS y recibido exitosamente por ALIMENTOS GENERALES S.A., conjuntamente con las piezas postales diligenciadas por la referida Cartera Ministerial al domicilio en cuestión y recibidas sin inconvenientes entre el 22 de agosto de 2013 y el 23 de junio de 2014, tornan verosímiles los dichos del proveedor en cuanto a que la mentada mudanza nunca tuvo lugar.

XVI) Si se admite que solo alcanza con que el oficial de correos tenga por mudado a alguien, sin previa sujeción a un procedimiento específico y sin dejar asiento o constancia alguna en la propia pieza postal que dé cuenta de las gestiones realizadas para arribar a tal constatación –más allá de la mera indicación formal, inmotivada, de la mudanza–, las graves consecuencias derivadas de hacer surtir al domicilio constituido sus efectos propios quedarían a merced de la discrecionalidad y/o subjetividad del agente postal –tercero, por quien el proveedor no se encuentra obligado a responder–, lo cual no parece jurídicamente admisible, menos aún en casos en que tal circunstancia coloque al particular en una situación de indefensión o –en el mejor de los casos– frente a la espinosa tarea de acreditar, ya sea en sede administrativa y/o judicial, un hecho negativo (no haberse mudado en determinada fecha).

XVII) Corresponde, en consecuencia, tener presente que el debido procedimiento adjetivo deriva de la garantía constitucional de la defensa en juicio y como tal abarca diversos aspectos, entre ellos el derecho del particular a un leal conocimiento de las actuaciones, en tanto presupuesto necesario, ya sea para el cumplimiento oportuno de las obligaciones y/o cargas impuestas, o bien para "ser oído" y oponer, en su caso, las defensas que estime pertinentes. En el marco del principio reseñado precedentemente, no parece dudoso que el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. ha visto afectado su derecho al leal conocimiento de lo decidido por la Resolución SCyMI N° 8385/13, impidiendo que la firma agraviada tenga la posibilidad de cumplir temporal y adecuadamente lo ordenado por el Ministerio, o bien de defenderse sin menoscabos ni cortapisas, garantías estas que de haberse preservado bien pudieron evitar que se incurra en el tipo legal de la sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, impuesta por este Órgano Rector.

XVIII) Tampoco puede dejar de considerarse que ALIMENTOS GENERALES S.A. carece de otros antecedentes negativos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) y que, a partir de un nuevo y más detenido examen de la cuestión, bien podría interpretarse una actitud diligente en relación a la cancelación de la penalidad que le fuera impuesta, si se acepta que el proveedor tomó real conocimiento de la misma al notificarse personalmente el día 12 de septiembre de 2013 –y no antes, por causas que no le serían en apariencia imputables– y abonó el monto adeudado el día 17 de septiembre de 2013. Es decir, conforme dicha interpretación, la empresa habría efectivizado el pago en forma temporánea, dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos determinado en la Resolución SCyMI N° 8385/13.

XIX) La jurisprudencia mayoritaria parece conteste en atribuir a determinadas piezas postales –esencialmente a la carta documento y al telegrama colacionado– el carácter de instrumento público, con las consecuencias propias que de ello se deriva. En contraste, un autorizado sector de la doctrina administrativista vernácula efectúa una distinción entre instrumentos públicos, documentos públicos e instrumentos privados, en los siguientes términos: "*Los registros y demás actos documentados de la Administración se ubican en una tercera categoría, intermedia entre las anteriores* [instrumentos públicos e instrumentos privados]. *Su valor probatorio se halla en directa vinculación con la presunción de legitimidad del actuar administrativo. Por lo que prima facie, tienen valor probatorio, pero éste puede ser desvirtuado por cualquier medio de prueba.".*

XX) Aun para el caso en que se conceda el carácter de instrumento público a una pieza postal como la correspondiente al servicio de "Carta Expreso" brindado por el CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A., lo cierto es que tal condición requiere, como mínimo, que el agente postal haya obrado dentro de su competencia y en la forma en que la normativa determina. Premisa que, a criterio de esta Oficina Nacional, no se cumple en autos, en la medida en que no aparece acreditado, siquiera mínimamente, que el oficial de correos haya efectuado las gestiones básicas –en el sentido de razonablemente esperables– en forma previa a consignar que la empresa destinataria de la misiva se "había mudado". Ello sumado a que el agente postal Ramón GÓMEZ no firmó la pieza donde daba cuenta de la mudanza del destinatario de la pieza postal objeto de diligenciamiento.

XXI) La idea fundamental que subyace en materia de notificaciones es que la comprobación de una irregularidad en el procedimiento acarrea, en principio, la nulidad de la notificación, si con ello se ha causado indefensión al particular.

XXII) Se advierte es que la convalidación contemplada en el artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos exige, a los fines de purgar el vicio, la recepción del instrumento por la parte interesada, extremo que –precisamente– no se acredita en autos.

XXIII) Sin embargo, el artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de aplicación supletoria en el procedimiento administrativo (v. artículo 106 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991) establece: *"NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN. Será nula la notificación que se hiciere en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores siempre que la irregularidad fuere grave e impidiere al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica. Cuando del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución, la notificación surtirá sus efectos desde entonces."*.

XXIV) En virtud de ello, esta Oficina Nacional entiende jurídicamente viable tener por subsanado el vicio en la notificación a partir de que la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se notificó en forma personal del acto administrativo de penalidad. Si se parte de la concepción de que la notificación defectuosa es susceptible de convalidación, si surge de las actuaciones que ha tenido conocimiento del acto, forzoso es concluir que recién en tal oportunidad habrá de tenérselo por notificado.

XXV) El vicio advertido resulta susceptible de subsanación a partir de la acreditación en las actuaciones que la parte interesada tomó conocimiento del acto. Pero en tal caso, los plazos deben computarse desde ese momento y no desde el momento en que se diligenció infructuosamente la notificación viciada (siguiendo el espíritu del artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos y del artículo 149 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

XXVI) La recta inteligencia de los preceptos normativos en juego lleva a colegir que si la notificación personal tuvo lugar el día 12 de septiembre de 2013, el plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos para dar cumplimiento al pago de la penalidad impuesta surtió efectos desde entonces, lo cual implica que al abonar la suma en cuestión el día 17 de septiembre de 2013 el pago debe computarse en término, dejando a la sanción de suspensión impuesta por el artículo 2º de la Disposición O.N.C. N° 36/14 carente de causa.

XXVII) Frente al valladar que para cierta doctrina podría significar la calidad de instrumento público de la pieza postal diligenciada por el "Correo Argentino", con la consecuencia de considerar improcedente la producción de prueba de descargo para cuestionarla en sede administrativa –debiendo necesariamente encausarse en el marco de la redargución de falsedad en sede judicial–, lo cierto es que el artículo 993 del Código Civil establece que el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. En ese sentido, la vaguedad de la que adolece la lacónica respuesta brindada por el señor GÓMEZ no impide inferir que la

hipotética mudanza de la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. no pasó en su presencia ni mucho menos puede tenerse por un hecho cumplido por él mismo, en los términos del referido artículo 993.

XXVIII) Ergo, encontrándose en juego la afectación de garantías de raigambre constitucional, ante la duda esta Oficina Nacional entiende que corresponde resolver en favor del administrado, siendo de aplicación la siguiente jurisprudencia: *"La redargución de falsedad no es la vía idónea para cuestionar una notificación judicial, cuando lo que se esgrime es que el domicilio donde se practicó la diligencia no es el real de la persona a quien se dirigió la cédula de que se trata. Es que, en tal caso, no se encuentra comprometida la fe pública que emana del instrumento, sino las manifestaciones del tercero ante quien se procedió a notificar la demanda."* (CNCiv. 23/05/1996. Ramírez Ramos, Feliciano c/ CASTELLARIN DE DIZ, Rosana s/ Daños y Perjuicios.).

XXIX) A la luz de las consideraciones vertidas, esta Oficina Nacional entiende que una nueva valoración de los elementos de juicio obrantes en los presentes actuados justifica la revocación de la decisión adoptada mediante el artículo 2º de la Disposición OCN Nº 36/2014.

DICTAMEN ONC Nº 203/2015.

Fecha de emisión: 14 de julio de 2015.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Sanciones. Ley penal más benigna. Proveedor BIOSEIF S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70843687-5). Notificaciones. Domicilio constituido. No se configura pago extemporáneo.

Antecedentes.

Mediante la Resolución de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES N° 172, de fecha 4 de febrero de 2013 se resolvió rescindir en forma total, por culpa del proveedor, el contrato perfeccionado con BIOSEIF S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 8/12, como consecuencia de la falta de integración de la garantía de cumplimiento del contrato, conforme lo dispuesto el artículo N° 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

Asimismo, en la citada Resolución se decidió aplicar la penalidad de pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta y se intimó al proveedor en cuestión para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado hiciere efectiva la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($ 15.622,00.-).

Se acompañó una copia certificada de la Nota del ÁREA SUMINISTROS, CONTRATACIONES Y CONTROL DE SERVICIOS BÁSICOS de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES Nº 97, de fecha 4 de febrero de 2013. En dicha constancia podía advertirse un sello de "RECIBIDO", firmado y aclarado por la señora Tatiana SILVA, circunstancia de la cual se desprendía que la Resolución ex-CNC N° 172/13 habría sido notificada con fecha 8 de febrero de 2013.

A su vez, se acompañó copia de la Factura N° 105558 de fecha 19 de junio de 2013, emitida por el ÁREA TESORERÍA de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, mediante

la cual se acredita que el proveedor BIOSEIF S.R.L. hizo efectivo el importe de la penalidad aplicada mediante la Resolución ex-CNC N° 172/13.

Oportunamente, el Órgano Rector solicitó al organismo la constancia que acredite que la Sra. Tatiana SILVA –quien se notificó de la Resolución ex-CNC N° 172/13, con fecha 8 de febrero de 2013– tenía poder suficiente para comprometer la voluntad de la firma BIOSEIF S.R.L., a lo que el ÁREA SUMINISTROS, CONTRATACIONES Y CONTROL DE SERVICIOS BÁSICOS de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES respondió: *"…no surge del expediente por el cual tramitó la Licitación Pública N° 8/2012 ninguna documentación que acredite las funciones de la Sra. Tatiana Silva en la firma Bioseif SRL. Sin embargo, y a los efectos de mejor proveer se adjunta al presente en copia fiel la Declaración Jurada del domicilio comunicado por la empresa en cuestión…".*

Normativa examinada:

- Inciso a) del artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto Nº 436/00.
- Artículo 7º del Anexo II de la Resolución ex-SSGP Nº 39/05.
- Artículos 21, 41, 43 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional considera que no se ha configurado un incumplimiento de pago en el plazo fijado al efecto, sino que por el contrario, el proveedor BIOSEIF S.R.L. abonó el valor de la penalidad aplicada por la Resolución ex-CNC N° 172/13 en tiempo y forma.

II) De la compulsa de los presentes actuados puede constatarse, en primer término, que la Resolución ex-CNC N° 172/13 fue comunicada al proveedor BIOSEIF S.R.L. al domicilio por él constituido en su oferta. Este extremo fue puesto de resalto por el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES, recordando a tal efecto que: *"…el hecho de que deba constituirse un domicilio especial, tiene por objeto facilitar las notificaciones que hayan de hacerse personalmente a las partes.".*

III) Ahora bien, no es posible soslayar que la mentada notificación no fue diligenciada a través de una empresa que brinde servicio de correo postal. Ello, por cuanto si se observa con detenimiento la pieza, forzoso es concluir que carece tanto de sello indicador de la fecha de diligenciamiento como también del correspondiente ticket de envío del cual se desprendería el respectivo código identificatorio. La hipótesis más factible es que la propia ex-CNC haya enviado la nota al domicilio del proveedor. Así, frente a este escenario resulta oportuno dilucidar dos cuestiones de suma relevancia: por un lado, si quien diligenció la nota en cuestión estaba investido de "fe pública", a los fines de hacer surtir al domicilio constituido por el proveedor todos sus efectos propios y, de no ser así, si quién suscribió dicha notificación tenía poder suficiente como para comprometer la voluntad de la firma BIOSEIF S.R.L.

IV) El artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991) establece: *"El domicilio constituido producirá todos sus efectos sin necesidad de resolución y se reputará subsistente mientras no se designe otro."*. En efecto, a nadie escapa que el domicilio especial o constituido es aquel al que deberán diligenciarse todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento de selección, las que –en principio– se tendrán por conocidas por el administrado aun frente al supuesto en que, en los hechos, el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario (Cfr. Dictamen ONC Nº 178/15).

V) En nuestro ordenamiento jurídico se admite la notificación realizada a persona distinta del destinatario –cuando sea al domicilio constituido por el interesado– para evitar retrasos o paralizaciones de procedimientos. Empero, dada la trascendencia de las garantías de rango constitucional que se encuentran en juego (v.g. derecho de defensa, debido proceso adjetivo), deviene ineludible analizar la investidura de quien diligenció la nota con la cual se intentó notificar el acto administrativo de penalidad al domicilio del proveedor. Para ello, es menester analizar si su figura se condice o se asemeja a la de un oficial notificador o si existe una similitud con la figura del agente postal integrante de un servicio de correos.

VI) Ya sea por su investidura y/o por la estructura institucional-burocrática en la que se encuentran insertos, cuando se cumplen las formalidades exigidas por la ley, tanto el notificador judicial como el agente postal dan fe pública de la existencia material de los hechos, que el agente hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. En esa inteligencia, se advierte que un agente –que ha sido dotado de la fe pública– será quien trasladará, inserta en una determinada pieza postal, un acto de voluntad, de juicio, de conocimiento o de constatación, emanado de un tribunal o de la Administración, hasta el domicilio constituido por el interesado, garantizando con ello el derecho de defensa y la garantía del debido proceso. En efecto, la actuación de estos oficiales forma parte de la seguridad jurídica indispensable para que el sistema marche, y su función no es reemplazable, menos aún equiparable, con la de un simple mensajero.

VII) En el caso de marras no intervino un oficial público que legitime el acto mismo de notificación, de ahí que esta Oficina Nacional considere que es importante que se encuentre debidamente acreditado en autos que la señora Tatiana SILVA contaba, a los fines de la contratación de que se trata, con una autorización y/o poder por parte de BIOSEIF S.R.L., en pos de evitar la indefensión del proveedor, quien si bien abonó la penalidad, podría ser pasible de una sanción por pago extemporáneo si se tiene por notificada la penalidad el día en que la recibió la señora Tatiana SILVA.

VIII) Esta Oficina Nacional entendió pertinente consultar al organismo girante, quien comunicó que de las constancias obrantes en el expediente por el cual tramitó la Licitación Pública N° 8/2012 no se desprendió ninguna documentación que acreditase las funciones de la Sra. Tatiana Silva en la firma BIOSEIF S.R.L.

IX) El principio general que se infiere del artículo 41 del citado Reglamento es que las notificaciones se pueden practicar por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento y de su contenido.

X) La norma es clara en cuanto a los requisitos que exige para que una notificación personal produzca todos sus efectos legales: la presentación de la parte interesada o su apoderado o representante legal, por lo tanto el hecho de que la nota esté suscripta por la Sra. Tatiana Silva no hizo surtir los efectos propios al acto que se pretendió notificar.

XI) Por otro lado, no es posible soslayar que si bien en la nota de marras consta que se adjuntó copia certificada de la Resolución ex-CNC N° 172/13, la misma no ha sido incorporada al expediente, por lo que tampoco podría aseverarse que la firma penalizada haya tomado conocimiento en forma íntegra del texto del acto administrativo.

XII) En virtud de todo lo expuesto, resulta razonable colegir que, por aplicación del artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), la notificación cursada con fecha 8 de febrero de 2013 carece de validez, sin perjuicio de lo cual de las constancias que surgen del expediente de marras, se desprende que el día 19 de junio de 2013 la firma BIOSEIF S.R.L. libró un cheque por la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($15.622,00.-), es decir que medió un acto voluntario posterior que da la pauta que el administrado tomó conocimiento del acto administrativo de penalidad.

XIII) En conclusión, esta Oficina Nacional interpreta que la firma BIOSEIF S.R.L. tomó conocimiento efectivo de la Resolución ex-CNC N° 172/13 el día en que procedió a abonar el monto de la penalidad impuesta por ese acto administrativo, es decir, el día 19 de junio de 2013. Por lo tanto los plazos comenzaron a correr desde el día hábil siguiente a la mencionada fecha, y el pago de la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($15.622,00.-) fue abonado en tiempo y forma.

DICTAMEN ONC Nº 273/2015.

Fecha de emisión: 14 de octubre de 2015.

Referencias/voces: Recurso de reconsideración. Proveedor BECTON DICKINSON ARGENTINA S.R.L. Notificaciones. Derecho de defensa.

Normativa examinada:

- Artículo 18 Constitución Nacional.
- Artículo 1º, inciso f) de la Ley Nº 19.549.
- Artículo 239 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Reexaminadas las actuaciones, se advierte que no se encuentra discutido en el expediente –en tanto fue expresamente reconocido por el propio recurrente– que existió una rescisión parcial del contrato con la consecuente pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del mismo, en el marco de la Contratación Directa N° 102/13 del registro de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD “DR. CARLOS G. MALBRÁN” (ANLIS).

II) Tampoco se encuentra controvertido que con fecha 9 de mayo de 2014 la firma BECTON DICKINSON ARGENTINA S.R.L. fue debidamente intimada a integrar la suma de PESOS OCHOCIENTOS NOVENTA Y UNO CON DIECIOCHO CENTAVOS ($ 891,18.-) en el plazo de DIEZ (10) días hábiles, habiendo efectuado el pago correspondiente el día 4 de junio de 2014, es decir, en forma extemporánea.

III) Con fecha 30 de marzo de 2015 la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES cursó un correo electrónico a DOS (2) casillas o direcciones electrónicas pertenecientes al proveedor en cuestión, invitándolo a efectuar el descargo y/o acompañar las pruebas que considerase pertinentes. Si bien la recurrente alega en su defensa no haber recibido ninguno de los correos cursados, admite, sin embargo, que las direcciones electrónicas a las que fueron cursados corresponden a BECTON DICKINSON ARGENTINA S.R.L.; Ello, sumado a que este Órgano Rector procedió a comunicar el requerimiento de descargo a los correos electrónicos informados por el proveedor en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

IV) Esta Oficina Nacional ha expresado que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, entre los que se encuentra el correo electrónico (v. Dictamen ONC N° 83/2013). A su vez, corresponde considerar como fecha de notificación el mismo día en que éste fue enviado el correo electrónico en cuestión, criterio receptado por la Procuración del Tesoro de la Nación mediante Dictamen N° 75 del 8 de abril de 2015.

V) La notificación por mail practicada en el caso concreto, a efectos de que el proveedor realice su descargo, es uno de los medios admitidos por el régimen de contrataciones vigente –al cual el proveedor se sometió al presentar su propuesta– y respecto del cual la firma sancionada tiene una carga inexcusable de mantenerlo actualizado. Consecuentemente, el correo electrónico cursado a la casilla denunciada por el proveedor ante el SIPRO, constituye un medio válido de notificación, en el marco de un procedimiento sancionatorio sustanciado en el ámbito de éste Órgano Rector.

DICTAMEN ONC Nº 20/2016.

Fecha de emisión: 14 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Proveedor COMERCIALIZACION Y PRODUCCION MAYORISTA SRL. Nulidad y/o ineficacia de la notificación. Notificación por correo electrónico. No reproduce en forma completa el acto administrativo. Vicio en el procedimiento. Se traslada al contrato. No corresponde sancionar.

Antecedentes:

El 29 de noviembre de 2013 se llevó a cabo el Acto de Apertura de Ofertas correspondiente a la Licitación Pública Nº 21/2013 del registro del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA.

El 4 de abril de 2014 se cursó un correo electrónico a la casilla comercializaciónsrl@sinectis.com.ar, mediante el cual se comunicó que: *"…por Disposición Nº*

219 del Subsecretario de Gestión Administrativa del Transporte a cargo de [la] *Subsecretaría de Coordinación de fecha 31 de marzo de 2014, se dispuso aprobar el acto que adjudica la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº 21/2013 a favor de la firma Comercialización y Producción Mayorista S.R.L. por la suma total de PESOS SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CIENTO TRECE CON 36/100 ($ 692.113,36).".*

El 26 de mayo de 2014 se emitió la Orden de Compra N° 28/14, la cual fue notificada por correo electrónico a la firma COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. (comercializaciónsrl@sinectis.com.ar) recién el día 9 de junio de 2014.

Finalmente, el 13 de junio de 2014 la firma COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. presentó una nota de la cual se desprende que tomó conocimiento de la orden de compra emitida en su favor, al sostener: *"…habiendo recibido en el día de ayer un correo con pedido de compra…"*. Sin perjuicio de ello alegó: 1) No haber sido notificada del acto de adjudicación y, como consecuencia de ello, el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12; 2) Imposibilidad de entregar los bienes adjudicados por "hecho del príncipe" (restricción a las importaciones).

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículos 1º y 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 5º, 56 y 239 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 2º y 4º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.
- Artículos 1º, inciso f) apartados 1º y 3º, y 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.
- Artículos 40 y 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) En la intervención de fecha 9 de diciembre de 2015 esta Oficina Nacional opinó que el acto administrativo de adjudicación no había sido notificado debidamente, por cuanto no fueron respetados los requisitos exigidos por el Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991) en su artículo 40 y concordantes. Ahora bien, un examen más profundo de la cuestión lleva a este Órgano Rector a considerar que no se trató meramente de una notificación "defectuosa", sino de algo más grave: un supuesto de nulidad o, incluso, de inexistencia –lisa y llana– de notificación. Siguiendo ese razonamiento, no resulta de aplicación en autos la solución normativamente establecida para los casos de notificaciones "viciadas" o "irregulares", conforme los fundamentos que a continuación se expondrán.

II) La notificación es el acto a través del cual se comunican a los interesados las distintas resoluciones y medidas que se adoptan, ya sea en un procedimiento administrativo general o bien en el marco de un procedimiento de selección del cocontratante estatal y que puedan afectar derechos o intereses de las partes o de terceros (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones*

de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 725 y ss.).

III) En sentido estricto, la eficacia del acto administrativo de alcance particular se adquiere cuando el mismo es objeto de notificación al interesado (v. Artículo 11 de la Ley Nº 19.549).

IV) En la actualidad, el correo electrónico se ha convertido en un medio de comunicación ampliamente utilizado en múltiples y disímiles ámbitos. Ha sido definido jurisprudencialmente como toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras ("Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA" – CNTrab. – Sala VII –27/3/2003).

V) En el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita el uso del correo electrónico como un medio de notificación válido entre la Administración y los particulares.

VI) Es digno de mención, al respecto, el dictamen ONC Nº 83, del 16 de abril de 2013, en cuyo marco esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que: *"…el nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991). La nueva legislación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que el organismo podrá optar por alguno de los medios allí previstos, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos, bajo las siguientes circunstancias…".*

VII) De esta forma se procura revalorizar el principio de eficiencia receptado en los artículos 1º y 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 y los principios de celeridad, economía, y sencillez previstos en el artículo 1° punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

VIII) Si bien la notificación por correo electrónico es plenamente admisible en el ámbito de los procedimientos de selección regidos por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, no es posible soslayar que su validez queda supeditada al cumplimiento de determinados requisitos, siendo el primero de ellos acompañar en el respectivo expediente las constancias pertinentes que permitan constatar que la casilla de correo a la que se cursa un "e-mail" se corresponde con la informada por el interesado en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), o bien con la constituida por el particular en su oferta.

IX) En lo atinente al régimen jurídico de las contrataciones públicas, el artículo 5, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 prevé expresamente la aplicación supletoria de las restantes normas de derecho administrativo, lo cual hace posible sostener que deberá

darse cumplimiento a los artículos 40 y 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991), en lo que resulte pertinente –indicación de los recursos procedentes, transcripción íntegra de los fundamentos y la parte resolutiva del acto objeto de notificación, etc.–.

X) En efecto, el artículo 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), dispone que en las notificaciones se transcribirán íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación, y en tal sentido el artículo 44 de la misma norma establece que, en principio, las notificaciones que se hicieran en contravención a la norma precedente carecerán de validez.

XI) Por consiguiente, toda notificación de un acto administrativo debe inexorablemente permitir el conocimiento íntegro al administrado, no sólo de la resolución tomada por el órgano, sino también de los fundamentos en los cuales se basa. Tal requisito se halla estrechamente vinculado con el principio del debido proceso adjetivo, especialmente en lo que atañe al derecho a una decisión fundada y a recurrir, en los términos del artículo 1º, inciso f) apartados 1º y 3º de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549. No se persigue consagrar un inútil formalismo sacramental, sino que se busca lograr que el particular tenga conocimiento cierto del acto y quede debidamente informado de las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses, es decir, que no se coloque al administrado en una situación de indefensión o dificultad para el ejercicio de sus derechos.

XII) Ninguna duda cabe en cuanto a que pesa sobre la Administración la carga de transcribir íntegramente el acto administrativo que pretenda notificar o bien acompañar una copia íntegra de él, teniendo especialmente en cuenta que la finalidad básica de toda notificación se encuentra enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento de su destinatario. Máxime en el caso de una adjudicación, en tanto puede incidir en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, ya sea en forma positiva o negativa o inclusive requerir de una actuación ulterior de su parte.

XIII) La exigencia o requisito de validez puesto de relieve en los párrafos que anteceden no guarda correlato con lo actuado en la Licitación Pública Nº 21/2013 del registro del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, en la medida en que el mentado correo electrónico de fecha 4 de abril de 2014 no se presenta en sí mismo como una notificación de la Disposición de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DEL TRANSPORTE de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE N° 219/14 –por cuanto en él no se reproduce, ni total ni parcialmente, el acto objeto de notificación–, sino que el organismo licitante simplemente se limitó a “anoticiar” al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. de la existencia de la adjudicación emitida en su favor.

XIV) A criterio de este Órgano Rector esta particular clase de comunicación representa una práctica irregular, equiparable a la modalidad de “invitar a un proveedor a retirar y/o a notificarse de una orden de compra” y, por consiguiente, debe necesariamente reputarse nula o, en todo caso, inidónea para producir efecto jurídico alguno, máxime cuando de autos no resultan otros elementos que permitan afirmar que la firma interesada tuvo cabal conocimiento de la resolución de que se trata. Lo opinado va en sintonía con la tradicional postura de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en cuanto ha negado validez a ciertas

comunicaciones que sólo informaban la existencia del acto pero no su contenido –ya que ellas sólo implicarían una invitación a concurrir a las oficinas administrativas a notificarse–, precisando que los actos que no habían sido notificados no producían efectos jurídicos (Cfr. Dictámenes, 97:248; 98:149, 113:366, 168:272).

XV) No debe perderse de vista que la notificación de los actos administrativos se constituye como un deber de información impuesto como carga a la Administración Pública en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (v. CNCAF, Sala I, Fravega S. A. 12/09/1995).

XVI) Frente a la nulidad y/o ineficacia de la comunicación intentada por correo electrónico de fecha 4 de abril de 2014 –por no contener la reproducción fiel y completa del acto administrativo de adjudicación–, forzoso es colegir que se ha colocado al particular en una situación de indefensión al notificarle el día 9 de junio de 2014 la Orden de Compra Nº 28/2014, perfeccionando de tal modo el contrato. Más aún, si se repara en que a partir de la entrada en vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 ya no existe la facultad de rechazar una orden de compra una vez notificada, que sí se encontraba prevista en la anterior reglamentación.

XVII) En virtud de todo lo expuesto y como derivación razonada de la adopción de tal criterio tuitivo amplio, debe rechazarse la procedencia de penalidades y sanciones frente al incumplimiento contractual que pudo finalmente haberse configurado en el caso de marras, en la inteligencia de que el vicio acaecido en el procedimiento de selección se ha trasladado al contrato administrativo –en los términos del artículo 7º, *in fine*, de la Ley Nº 19.549–, sin que sea jurídicamente admisible endilgar al particular las consecuencias perniciosas de una nulidad que no le es imputable.

XVIII) El artículo 36 del Decreto Delegado Nº 1023/01 modificó el texto del art. 7º de la Ley Nº 19.549, consagrando la aplicación "directa", y no meramente "analógica", de las disposiciones que conforman el régimen jurídico del acto administrativo a los contratos administrativos; a partir de lo cual cabe concebir al contrato administrativo como una variante del género acto administrativo. Desde esta perspectiva puede afirmarse que resulta indudable la sujeción del contrato administrativo a las disposiciones que estructuran el régimen tanto de validez como de nulidades de los actos administrativos.

XIX) Ergo, la estrecha vinculación de la nulidad, inexistencia y/o ineficacia de la notificación adjudicación con la afectación de garantías de rango constitucional (v.g. derecho de defensa del proveedor, debido proceso adjetivo), justifica que, aun frente a un margen de duda, corresponda pronunciarse en favor del particular (Cfr. Dictamen ONC Nº 178/15).

XX) En razón de las consideraciones vertidas esta Oficina Nacional concluye que, a la luz de los antecedentes acompañados en las presentes actuaciones, no corresponde sancionar al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074579-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Medios de Notificación. Notificación fehaciente. Notificación válida. Uso de carta certificada con aviso de retorno.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre la validez de las invitaciones cursadas a distintas firmas del rubro con el propósito de convocar a las mismas a participar en la contratación de marras.

En tal sentido, se consultó si el medio de notificación empleado –carta certificada con aviso de retorno podía considerarse fehaciente y, en consecuencia, si respondía o no a lo estipulado en el Capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 50, 55, 56 y 57 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La notificación es el acto a través del cual se comunican a los interesados las distintas resoluciones y medidas que se adoptan, ya sea en un procedimiento administrativo general o bien en el marco de un procedimiento de selección del cocontratante estatal y que puedan afectar derechos o intereses de las partes o de terceros (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo-Perrot. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 725 y ss.).

II) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 así como también Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14 establecen que las notificaciones que se realicen –entre la jurisdicción y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes– por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del citado reglamento, serán válidas.

III) Al respecto, este Órgano Rector tuvo oportunidad de señalar en diversas intervenciones que: *"…el nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991). La nueva legislación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que el organismo podrá optar por alguno de los medios allí previstos, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos…"* (Conf. Dictámenes ONC N° 83/2013 y ONC N° 20/2016). De esta forma se procura revalorizar el principio de eficiencia receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y los

principios de celeridad, economía, y sencillez previstos en el artículo 1º punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

IV) En el caso traído a análisis, el organismo contratante optó por cursar las invitaciones a las distintas firmas del rubro para participar del procedimiento de selección a través de cartas certificadas con aviso de retorno, obrando en el expediente los "tickets de envío" y los acuses de recibo correspondiente a las misivas oportunamente diligenciadas.

V) La jurisdicción de origen escogió uno de los medios válidos de notificación previstos por el artículo 56 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

VI) En virtud de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que son válidas las notificaciones realizadas mediante carta certificada con aviso de retorno en virtud de que la modalidad empleada resulta una de las previsiones estipuladas en el inciso e) del artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo facultad del organismo contratante la elección del medio de notificación que considere más conveniente para cada caso en particular.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-01020609-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 30 de agosto de 2016.

Referencias/voces: Rechazo recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. Notificaciones. Notificación por correo electrónico. Teoría del envío. Proveedor GLEBA S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 55, inciso d); 56, inciso g); 57, inciso g); 59; 60; apartado II) de los incisos a), b); c) y d) del art. 234; 238 y 239 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 2º y 4º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.
- Artículo 1° punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En cuanto concierne al cuestionamiento de la intimación cursada por el MINISTERIO DE SALUD –vía correo electrónico– con el objeto de que el proveedor GLEBA S.A. procediese a subsanar deficiencias advertidas en la oferta presentada en el marco de la Licitación Pública Nº 14/13, en el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita el uso del correo electrónico como un medio de notificación válido entre la Administración y los particulares (v. artículos 55, inciso d); 56, inciso g); 57, inciso g); 59; 60; apartado II) de los incisos a), b); c) y d) del art. 234; 238 y 239). El mentado cuerpo normativo abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse a

la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual.

II) Es decir que las entidades y/o jurisdicciones contratantes pueden optar por alguno de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos.

III) Es digno de mención, al respecto, el dictamen ONC Nº 83/2013, en cuyo marco esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que: *"…el nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991). La nueva legislación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que el organismo podrá optar por alguno de los medios allí previstos, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos, bajo las siguientes circunstancias…".*

IV) Si bien el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14, no resulta de aplicación al procedimiento licitatorio de marras por haber sido aprobado con posterioridad a la autorización del mismo, resulta igualmente ilustrativo mencionar que al tratarse en el artículo 2º el tema de las notificaciones por correo electrónico, se estableció que se tendrán por notificadas el día en que fueren enviadas (teoría del envío) y que servirá de suficiente prueba de envío la constancia que tal medio genere para el emisor, certificada por el titular de la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC).

V) Cabe destacar que, tratándose –la selección del cocontratante estatal– de un procedimiento administrativo especial, los medios de notificación bien pueden apartarse del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Nº 1759/72 (t.o. 1991).

VI) En este sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación se pronunció en favor de la validez de una notificación cursada por el Ministerio de Desarrollo Social a una firma oferente, mediante fax y por correo electrónico declarados por la respectiva sociedad comercial, intimándola a que presente documentación faltante, en el marco de un procedimiento licitatorio tendiente a obtener la adquisición de alimentos perecederos para satisfacer las demandas de personas en situación de vulnerabilidad social (Dictamen PTN N.º 75, del 8 de abril de 2015. Dictámenes 293:33). Así, el máximo organismo asesor del Poder Ejecutivo Nacional consideró que correspondía rechazar el recurso jerárquico interpuesto por la respectiva empresa que, habiendo sido intimada –al correo electrónico indicado en su oferta– para que subsane ciertos errores formales, no presentó la documentación en término, lo que acarreó la desestimación de su propuesta, pese que adujo no haber recibido dicha intimación por poseer problemas en sus sistemas.

VII) De lo hasta aquí expuesto se desprende que la notificación por correo electrónico es plenamente admisible en el ámbito de los procedimientos de selección regidos por el

Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en cuanto estipula que: *"…La presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente…".*

VIII) Las notificaciones por correo electrónico que se envíen a las direcciones de correo electrónicos informados por el interesado, oferente, adjudicatario o cocontratante en las actuaciones se considerarán realizadas en el día en que se efectúe el envío de la notificación por dicho medio, receptándose así la llamada "teoría del envío". Cabe recordar, al respecto, la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN consistente en aceptar como válidas las notificaciones cursadas al domicilio constituido aunque no lleguen efectivamente a conocimiento de la parte (v. Dictámenes PTN 207:81).

IX) La circunstancia invocada por la recurrente, al decir que en caso de haber sido fehacientemente intimada: *"…hubiera cumplido en forma íntegra con los requerimientos solicitados…"*, se presenta como una preposición contra fáctica sobre lo que podría haber sido y como tal es un pensamiento sobre algo hipotético e incontrastable, que no amerita mayor tratamiento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04238052-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Notificación por correo electrónico. Notificación fehaciente vs. Notificación válida. Teoría del envío.

Normativa examinada:

- Artículos 55, inciso d); 56, inciso g); 57, inciso g); 59; 60; apartado II) de los incisos a), b); c) y d) del art. 234; 238 y 239 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 1º y 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –aplicable al procedimiento de marras– habilita el uso del correo electrónico como un medio de notificación válido entre la Administración y los particulares (v. artículos 55, inciso d); 56, inciso g); 57, inciso g); 59; 60; apartado II) de los incisos a), b); c) y d) del art. 234; 238 y 239).

II) El mentado cuerpo normativo abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que las entidades y/o jurisdicciones contratantes pueden optar por alguno de los medios

previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos.

III) El Decreto N° 893/12 abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. En esa inteligencia, serán válidas las notificaciones realizadas por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo facultad del organismo la elección del medio de notificación que resulte conveniente en cada caso particular.

IV) De esta forma se procura revalorizar el principio de eficiencia receptado en los artículos 1º y 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 y los principios de celeridad, economía, y sencillez previstos en el artículo 1° punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

V) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se pronunció en favor de la validez de una notificación cursada por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL a una firma oferente, mediante fax y por correo electrónico declarados por la respectiva sociedad comercial, intimándola a que presente documentación faltante, en el marco de un procedimiento licitatorio tendiente a obtener la adquisición de alimentos perecederos para satisfacer las demandas de personas en situación de vulnerabilidad social. Así, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL consideró que correspondía rechazar el recurso jerárquico interpuesto por la respectiva empresa que, habiendo sido intimada –al correo electrónico indicado en su oferta– para que subsane ciertos errores formales, no presentó la documentación en término, lo que acarreó la desestimación de su propuesta, pese que adujo no haber recibido dicha intimación por poseer problemas en sus sistemas (Dictamen PTN N.º 75, del 8 de abril de 2015. Dictámenes 293:33).

VI) La notificación por correo electrónico es plenamente admisible en el ámbito de los procedimientos de selección regidos por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 en cuanto estipula que: *"…La presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente…".*

VII) Las notificaciones por correo electrónico que se envíen a las direcciones de correo electrónicos informados por el interesado, oferente, adjudicatario o cocontratante en las actuaciones se considerarán realizadas en el día en que se efectúe el envío de la notificación por dicho medio, receptándose así la llamada "teoría del envío". Cabe recordar, al respecto, la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN consistente en aceptar como válidas las notificaciones cursadas al domicilio constituido aunque no lleguen efectivamente a conocimiento de la parte (v. Dictámenes PTN 207:81).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09293516-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de mayo de 2017.

Referencias/voces: Domicilio especial. Notificaciones. Procedimiento recursivo. No constituye antecedente válido para sancionar.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 247 de fecha 25 de septiembre de 2014 se rescindió, por culpa del proveedor, la Orden de Compra N° 19/14, emitida en favor del proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. en el marco de la Contratación Directa N° 135/13, por un monto total de PESOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO CON CINCUENTA Y NUEVE ($ 62.818,59.-).

Asimismo, se penalizó al proveedor en cuestión con la pérdida del valor equivalente a la garantía de cumplimiento de contrato, el que ascendía a la suma de PESOS SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UNO CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 6.281,86.-), y se lo intimó a que en el plazo de DIEZ (10) días de notificado hiciere efectivo dicho importe.

La Disposición DGAGF Nº 247/14 fue notificada al interesado con fecha 1° de octubre de 2014.

Por conducto de la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN FINANCIERA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 23, de fecha 13 de febrero de 2015, se resolvió rechazar el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. contra su similar N° 247/14.

Luego, mediante Resolución del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 1169, de fecha 20 de mayo de 2015, se resolvió desestimar el recurso jerárquico en subsidio del recurso de reconsideración interpuesto por el proveedor en cuestión contra la Disposición DGAGF N° 247/14. La Resolución ex ME N° 1169/15 fue notificada a la recurrente el día 1° de junio de 2015.

Mediante nota del DEPARTAMENTO DE TESORERÍA del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN N° 1265, de fecha 12 de agosto de 2015, se informó que el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. no realizó el pago correspondiente a la penalidad impuesta por la Disposición DGAGF N° 247/14. Asimismo, el DEPARTAMENTO DE REGISTRO CONTABLE informó que no se registraron facturas correspondientes al proveedor penalizado.

Al presentar su descargo ante la ONC el proveedor adujo que la Disposición DGAGF N° 247/14 no se encontraba firme en sede administrativa por no haberse resuelto –o cuanto menos notificado– la resolución del recurso jerárquico en subsidio del reconsideración presentado contra la mentada Disposición.

A raíz de esto último Órgano Rector solicitó al organismo de origen la remisión de las constancias de permitan corroborar si la dirección a la cual se notificó la resolución del recurso jerárquico en subsidio se correspondía con el domicilio constituido por la firma PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. en su recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Disposición DGAGF Nº 247/14.

En respuesta al requerimiento efectuado se acompañó copia certificada del escrito –junto con la documental adjunta– presentado por el proveedor PINTURERÍAS PRESTIGIO S.A. con el objeto de recurrir la Disposición DGAYGF N° 247/14. De su lectura se desprendía que la agraviada no había constituido domicilio especial a los efectos del trámite recursivo, en los términos previstos en el artículo 19 y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

Finalmente, tomó intervención la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE EDUCACIÓN, instancia que aclaró que nunca se intimó al proveedor a constituir un domicilio a los efectos del procedimiento recursivo: *"…ya que entendemos que no es necesario por lo siguiente: el recurso de reconsideración –con jerárquico en subsidio-de PINTURERIAS PRESTIGIO S.A. fue presentado en el Expediente N° 2368/13, donde dicha firma ya había constituido domicilio en el momento de presentar su oferta* (…)*; allí también denunció domicilio real.".*

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 29*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 11 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 5º y 6º de la Disposición ex SSTG N° 6/12.
- Comunicación General ONC N° 31/15.
- Artículos 15 y 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991).

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) El procedimiento de selección del cocontratante individualizado como Contratación Directa N° 135/13 y el procedimiento recursivo que tuvo lugar ulteriormente no deben ser considerados "un mismo procedimiento", en tanto presentan características propias que los diferencian entre sí; a su vez persiguen fines disímiles y, fundamentalmente, se rigen por regímenes diferentes.

II) Así, la Contratación Directa N° 135/13 se rigió por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, junto con sus normas modificatorias y complementarias, mientras que el procedimiento recursivo iniciado a partir del cuestionamiento del acto de penalidad debió tramitarse con sujeción al Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991). Lo expuesto resulta concordante con lo regulado en el artículo 11 del propio Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establecía que: *"Los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la Ley Nº 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias.".*

III) Ello permite interpretar que la carga de constituir un domicilio especial puesta en cabeza de los proveedores por la normativa de contrataciones –v.g. artículo 70 inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– se ciñe al procedimiento de selección de que

se trate y, eventualmente, a la etapa de ejecución contractual, pero ninguna duda cabe en cuanto a que, de iniciarse un procedimiento recursivo, resultan de aplicación los artículos 15 y siguientes del Reglamento de Procedimientos Administrativos, en tanto regulan las formalidades de los escritos –incluyendo, va de suyo, la constitución de un domicilio especial a los efectos de comunicarse el decisorio adoptado por la Administración en relación con el recurso interpuesto–. Para el caso en que el recurrente no satisfaga adecuadamente tales extremos, la solución viene dada por el artículo 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

IV) En efecto, si en el recurso interpuesto el proveedor agraviado no constituyó domicilio, el organismo contratante debió intimarlo a que subsane dicha deficiencia dentro del plazo que a tal efecto se fije, bajo apercibimiento de tener por desistido el recurso interpuesto.

V) En opinión de esta Oficina Nacional dicha interpretación es la que mejor resguarda los derechos y garantías que asisten al administrado, máxime si se repara en los extensos períodos de tiempo que pueden transcurrir entre la presentación de una oferta y la notificación del acto que agota la vía administrativa. Valga como ejemplo el presente caso, en el que la celebración del acto de apertura tuvo lugar el día 11 de septiembre de 2013, mientras que se procuró notificar el rechazo del recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración prácticamente dos años después.

VI) No resulta ocioso recordar que en el marco de un procedimiento de contratación, el domicilio especial es aquel que ha de constituir una persona humana o jurídica a los efectos –precisamente– de dicha contratación y es una carga del interesado constituirlo. Es aquel al que deberán diligenciarse todas las comunicaciones y notificaciones que se deriven del procedimiento de selección o incluso de la etapa contractual, las que –en principio– se tendrán por conocidas por el administrado aun frente al supuesto en que, en los hechos, el contenido de la pieza postal no haya llegado a la esfera de conocimiento del destinatario (Cfr. Dictamen ONC Nº 178/15).

VII) Una vez notificada una medida por parte de la Administración, la toma de conocimiento por parte del particular es una cuestión que le resulta ajena, pero ello es así, siempre y cuando se haya procedido a notificar al domicilio válidamente constituido por el interesado –o cuanto menos se lo haya intimado a constituirlo con resultado infructuoso–, con sujeción al régimen que resulte aplicable según el tipo de procedimiento que se trate.

VIII) En esta oportunidad, el propio organismo de origen reconoce que el proveedor no constituyó ningún domicilio a los efectos del procedimiento recursivo, así como también reconoce que no se procedió a intimarlo en los términos del artículo 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos por considerar tal diligencia un dispendio administrativo. Criterio que, como ya quedara expuesto, no es compartido por este Órgano Rector.

IX) Si bien es cierto que el propio proveedor reconoció haber recibido en el domicilio de la calle Av. Mitre N° 5899 de la localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, la notificación correspondiente a la Disposición DGAGF Nº 23/15 por la cual se rechazó el recurso de reconsideración oportunamente interpuesto, no es posible soslayar que la firma interesada niega haber sido notificada de la Resolución ex ME N° 1169/15 por la cual se desestimó el

recurso jerárquico en subsidio –siendo este último un extremo indispensable para considerar la firmeza del acto de penalidad– y frente a dicha negativa, no es dable soslayar que del expediente bajo análisis no surge en forma clara e indubitada que el domicilio objeto de controversia al cual fue diligenciada la notificación de la Resolución ex ME N° 1169/15 revista la virtualidad de producir los efectos contemplados en el artículo 21 del Reglamento de Procedimientos Administrativos –precisamente, por no tratarse de un domicilio constituido–. Forzoso es colegir, entonces, que no se encuentra adecuadamente acreditado que la Disposición DGAGF Nº 247/14 se encuentre firme en sede administrativa.

X) En última instancia, no se trata de promover la nulidad por la nulidad misma, sino simplemente de considerar que el acto administrativo de rechazo del recurso jerárquico en subsidio no surtió eficacia –en los términos del artículo 11 de la Ley Nº 19.549– y, por consiguiente, el acto de penalidad no adquirió firmeza.

XI) No ha de perderse de vista que la notificación de los actos administrativos tiene trascendental importancia en el procedimiento administrativo, dado que resulta fundamental para preservar la seguridad jurídica, constituyéndose como un deber de información impuesto como carga a la Administración en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa en juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (Cfr. Dictámenes PTN 255:505).

XII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que con los antecedentes que obran en los presentes actuados no es posible sancionar al proveedor ALMACENAJE CATRIEL S.A. (C.U.I.T. N° 33-70967057-9), en la medida en que no se encuentra adecuadamente acreditada la firmeza del acto administrativo de penalidad, siendo este un requisito ineludible, en los términos del artículo 29*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de los artículos 5º y 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-15432859-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 26 de julio de 2017.

Referencias/voces: Recurso jerárquico. Proveedor NIRO CONSTRUCCIONES S.A. Notificación por correo electrónico.

Antecedentes.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional ha expresado que el Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumeró los medios de notificación que podían utilizarse, indistintamente, entre los que se encuentra el correo electrónico (v. Dictamen ONC N° 83/2013).

II) Corresponde considerar como fecha de notificación el mismo día en que éste fue enviado al correo electrónico declarado por el interesado, criterio receptado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN mediante Dictamen N° 75 del 8 de abril de 2015.

III) La notificación por correo electrónico practicada en el caso concreto, a efectos de que el proveedor tomase vista del expediente, se corresponde con uno de los medios admitidos por el régimen de contrataciones vigente al momento en el cual el proveedor presentó su propuesta y respecto del cual la firma sancionada tiene una carga inexcusable de mantener actualizado. Consecuentemente, el correo electrónico cursado a la casilla denunciada por el proveedor ante el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), constituye un medio válido de notificación entre el organismo y el proveedor, en el marco de un procedimiento de selección.

IV) Cabe así concluir que la Resolución MAGyP N° 385/15 quedó firme, a más tardar, el día 10 de agosto de 2015; resulta así a todas luces evidente que el acto de penalidad se encontraba firme en sede administrativa al momento del dictado de la Disposición Número: Nº DI-2016-58-E-APN-ONC#MM, como lo reiteró la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE AGROINDUSTRIA mediante providencia Número: PV-2017-04930568-APN-DGAJ#MA de fecha 30 de marzo de 2017, razón por la cual no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la firma NIRO CONSTRUCCIONES S.A. contra la mencionada disposición.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-16335534-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de agosto de 2017.

Referencias/voces: Notificaciones. Notificación por correo electrónico. Difusión a través del sitio de internet del Órgano Rector. Principio de buena fe.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre la validez de los diferentes medios de notificación elegidos con el propósito de notificar la Resolución número: RESOL-2016-552-E-APN-MAD, por medio de la cual se aprobó lo actuado en el marco de la Contratación Directa por Urgencia Nº 51/2016 del registro del ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE y se adjudicó el objeto contractual a la firma INSTALNET S.R.L.

A efectos de circunscribir adecuadamente la intervención solicitada, cabe destacar que en el marco de un informe de auditoría se objetó el hecho de haberse utilizado diferentes medios de notificación a la hora de comunicar la adjudicación a las diversas firmas participantes del procedimiento de selección: por un lado el envío de un correo electrónico a la empresa INSTALTEN S.R.L., mientras que, por el otro, la difusión del acto administrativo objeto de notificación en la página de este Órgano Rector para comunicar su contenido a los restantes oferentes que no resultaron adjudicatarios.

Normativa examinada:

- Artículo 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 58/14

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el entonces novedoso Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilitó el uso del correo electrónico así como también la difusión en el sitio de internet de esta Oficina Nacional –entre otros–, como medios válidos de notificación entre la Administración y los particulares, en el entendimiento de que al tratarse de la regulación de un procedimiento administrativo especial, los medios de notificación bien podían apartarse de lo establecido en materia de notificaciones en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Nº 1759/72 (t.o. 1991).

II) De tal modo, el mentado cuerpo normativo abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumeró los medios de notificación que podían utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida.

III) Sin desconocer que, en principio, el organismo de origen podía optar por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultando válidas las notificaciones que se realizaran por cualquiera de ellos, cierto es que tal afirmación está sujeta a ciertas modulaciones. Por ejemplo, no es posible soslayar que las propias normas previamente transcriptas establecieron un requisito específico –en tutela de los derechos e intereses de los particulares– para el caso en que el organismo optase por utilizar como medio de notificación la difusión por internet a través del sitio web "ARGENTINA COMPRA".

IV) En efecto, se estipuló expresamente –tanto en el reglamento como en el Pliego Único– la exigencia de dejar expresa constancia en el pliego de bases y condiciones particulares correspondiente de que se haría uso de la facultad de notificar mediante la difusión por internet, *"…indicando la dirección de dicho sitio de Internet, para que los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes tomen las previsiones necesarias.".*

V) Desde esta perspectiva, este Órgano Rector advierte ciertas inconsistencias y/o deficiencias operadas durante la sustanciación del procedimiento que nos ocupa, las que se detallan a continuación: I. Lejos de cumplir con el requisito específico de indicar la dirección del portal web "ARGENTINA COMPRA" y –fundamentalmente– alertar a interesados y oferentes para que tomen los recaudos del caso, el organismo contratante se limitó a efectuar en el pliego particular una transcripción textual e irreflexiva del artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 58/14, lo cual no solo no satisfizo las exigencias normativas que aquí se ventilan sino que resultó susceptible de generar mayor confusión en torno a las vías y/o medios por los cuales la jurisdicción habría de comunicar sus decisiones. Valga reiterar, entonces, que el requisito contemplado en el artículo 56 inciso h) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 fue soslayado por el organismo contratante desde el momento en que el artículo 11 del pliego particular se limitó a reproducir el contenido de normas generales más no anotició ni advirtió en forma expresa, concreta y circunstanciada que el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE haría uso de la opción de notificar mediante la página que administra esta Oficina Nacional, así como tampoco facilitó la localización del portal en cuestión. En suma, tanto en la convocatoria como en el pliego de bases y condiciones particulares la Administración debió haber instado a los interesados a revisar

periódicamente el sitio web "ARGENTINA COMPRA" para informarse de las novedades vinculadas a las diversas etapas, pero no lo hizo, en contraposición con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/2011, entre otros). II. El hecho de haberse utilizado diferentes medios de notificación a la hora de comunicar la adjudicación a las diversas firmas participantes del procedimiento de selección –por un lado el envío de un correo electrónico a la empresa INSTALTEN S.R.L., mientras que, por el otro, la difusión del acto administrativo objeto de notificación en el sitio "ARGENTINA COMPRA" para comunicar su contenido a los restantes oferentes que no resultaron adjudicatarios–, sumado ello a que tales comunicaciones tuvieron lugar en diferentes fechas, resulta a criterio de este Órgano Rector un proceder reñido con el principio de igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes (principio que debería encontrar correlato en la llamada "igualdad de oportunidades" y "de armas" a la hora de poder ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos).

VI) Deviene ilustrativo recordar que a la firma INSTALNET S.R.L. –quien resultó adjudicataria– la Resolución número: RESOL-2016-552-E-APN-MAD le fue notificada con fecha 28 de diciembre de 2016 mediante el envío de un correo electrónico. Por el contrario, se dispuso comunicar la citada resolución a las empresas DCC SOFT S.R.L. y GLD CONSULTORES S.R.L. mediante la difusión del referido acto administrativo en la página que administra esta Oficina Nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del pliego de bases y condiciones particulares que rigió la presente contratación. La difusión de la etapa "adjudicación" en la página de internet que administra este Órgano Rector tuvo lugar el día 30 de diciembre de 2016 a las 18.50 horas.

VII) La difusión en "ARGENTINA COMPRA" tuvo lugar DOS (2) días después de que se cursara la notificación de dicho acto –por correo electrónico– a la firma que resultara seleccionada, circunstancia que evidencia una disparidad de trato por parte del organismo contratante respecto de los participantes de la compulsa, desde que la jurisdicción contratante escogió, para notificar a dos de las tres empresas presentadas en la contratación de marras, un medio de notificación (difusión en la página www.argentinacompra.gov.ar) cuyos recaudos no fueron debidamente cumplimentados, sumado ello a que las respectivas notificaciones operaron en días distintos. Lo expuesto no se condice con una adecuada tutela del principio de igualdad, el cual exige que las condiciones sean las mismas para todos los competidores (CSJN, 31/12/1981, "Elinec SRL y otro". Fallos 303:2108).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21462834-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. No es antecedente válido para sancionar. Notificaciones.

Antecedentes.

Por Disposición de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRÁN" Nº 140 , de fecha 9 de marzo de 2017, se resolvió rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, el contrato celebrado con la firma SIGMA ALDRICH DE ARGENTINA S.R.L. en el marco de la Licitación Privada Nº 9/16.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por el monto de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA Y UNO CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 441,37.-), intimándolo para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado hiciere efectivo el importe correspondiente.

Consultado por la ONC, el organismo informó que la notificación de la Disposición ANLIS N° 140/17 fue cursada a la dirección de correo electrónico de la entonces apoderada de la firma "SIGMA ALDRICH DE ARGENTINA S.A".

Luego, con fecha 4 de abril de 2017 la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN CONTABLE, MANTENIMIENTO Y SERVICIOS GENERALES de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRÁN", emitió una nota en la cual informó que la firma SIGMA ALDRICH DE ARGENTINA S.R.L., no había abonado el pago correspondiente a la penalidad aplicada por Disposición ANLIS Nº 140/17.

No obstante ello, con fecha 20 de abril de 2017, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO CONTABLE Y FINANCIERO de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRÁN", emitió la Nota Nº 317/17 en la cual informó que el descuento de la multa impuesta por Disposición ANLIS Nº 140/17, se realizó de la Factura Nº 37056 por un importe de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA Y UNO CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 441,37.-), con fecha 19 de abril de 2017.

Normativa examinada:

- Artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 6º de la Disposición ex-SSTG Nº 6/12.
- Comunicación General ONC Nº 31/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De la documentación acompañada no se desprende que el proveedor haya sido debidamente notificado del acto administrativo de penalidad –Disposición ANLIS N° 140/17–, ello por cuanto el proveedor en su descargo plantea lo siguiente: *"La notificación de la Disposición N° 140/16 mediante correo electrónico con fecha 13 de marzo de 2017 es inválida toda vez que el correo electrónico fue enviado a una dirección que no se constituyó como domicilio en SIPRO ni en la Licitación y además porque la Disposición no se incluyó en el cuerpo del correo electrónico sino como adjunto".*

II) Si bien es cierto que la notificación de la Disposición ANLIS N° 140/17 fue realizada a la casilla de correo electrónico del apoderado actual de la firma en cuestión, ello no es suficiente a los fines de considerar válida la notificación cursada al proveedor con fecha 13 de marzo de 2017, en tanto a esa fecha el proveedor aún no se había preinscripto en el Sistema de

Información de Proveedores en el sitio https://comprar.gob.ar, por lo tanto no era un correo electrónico constituido por el proveedor.

III) Por lo expuesto, no estando acreditada la notificación de la Disposición ANLIS N° 140/17, esta Oficina Nacional entiende que no puede ejercer sus facultades sancionatorias con apoyatura en conjeturas y/o presunciones no acreditadas debidamente.

OBRA PÚBLICA (DESLINDE DE REGÍMENES).

DICTAMEN ONC Nº 40/2013.

Fecha de emisión: 8 de febrero de 2013.

Referencias: Obra pública. Contratación Directa interadministrativa. Eximición de presentar garantías.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO de la ARMADA ARGENTINA, solicitó asesoramiento en cuanto a la aplicabilidad del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 a una contratación directa entre la ARMADA ARGENTINA y la empresa INVAP S.E. para la realización de una obra pública.

Normativa examinada.

- Artículos 33, 34 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 9º de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064.
- Artículos 4, 103 y 144 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) En el caso de las contratos de obra pública, el Decreto N° 1023/01 mantuvo la vigencia de la Ley N° 13.064, y estableció su aplicabilidad de manera supletoria, toda vez que los artículos 33 y 35 del Decreto N° 1023/01 disponen que el entonces Capítulo I del Título II y el Título I del Decreto N° 1023/01 se aplican a los contratos de obra pública, en tanto no se opongan a las disposiciones de la Ley N° 13.064.

II) Los procedimientos de selección del contratista en los contratos de obra pública se encuentran regulados en el artículo 9° de la Ley N° 13.064, incluyendo en su inciso g), aquellos procedimientos regulados en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 que no se encuentren contemplados en la Ley Nº 13.064, siempre que los mismos no se opongan a las disposiciones de esta última. De allí que, como la contratación directa interadministrativa no se encuentra ni regulada ni prohibida por la Ley 13.064, ambos regímenes comparten ese procedimiento de selección del contratista.

III) Si bien la causal de contratación directa entre reparticiones públicas se encuentra comprendida en la Ley de Obras Públicas N° 13.064, no surge de la misma y sus normas reglamentarias la regulación de un trámite específico para ese tipo de contrataciones. Considerando el carácter público de las partes contratantes, no sería razonable la aplicación de los requisitos, condiciones, y etapas procedimentales que se exigen en la contratación entre el Estado y los particulares a la contratación interadministrativa, como lo es la exigencia de presentar garantías para el mantenimiento de la oferta o el cumplimiento de los contratos.

IV) Teniendo en cuenta que el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó un artículo que establece un trámite específico para la contratación entre jurisdicciones y entidades públicas, sería viable la aplicación analógica de sus disposiciones al contrato de obra pública que se propicia llevar adelante, especialmente en cuanto a la excepción de presentar garantías. Para ello se podría incorporar en el Pliego que rija la contratación una cláusula específica que regule la innecesaridad de presentar garantías en el procedimiento.

DICTAMEN ONC Nº 316/2013.

Fecha de emisión: 24 de septiembre de 2013.

Referencias/voces: Ámbito de aplicación. Encuadre legal. Obra pública.

Antecedentes:

Se incorporó a las actuaciones un proyecto de Resolución, mediante el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Privada Nº 5/13, llevada a cabo con el objeto de contratar los trabajos para la provisión e instalación de rieles y artefactos de iluminación para el Salón AA47 de la Casa de Gobierno de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, conforme las previsiones del artículo 9º de la Ley Nº 13.064 y adjudicar el objeto de la licitación de marras a la firma INGEAR S.R.L., por la suma de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO ($ 448.668,00).

Al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN puso de resalto que: *"…el proceso de contratación que nos ocupa ha sido llevado adelante como Licitación Privada, habiéndose encuadrado la misma, por la jurisdicción de origen, en las previsiones del artículo 9º inciso g) de la Ley Nº 13.064, modificado por el artículo 33 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto Nº 1023/01, sus modificatorios y complementarios…".*

A raíz de ello se solicitó la intervención del Órgano Rector.

Normativa examinada:

- Artículos 33, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 9º de la Ley Nº 13.064.
- Decreto N° 666/03.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a este tipo de contratos así como por los sujetos autorizados a efectuarlas, están reguladas por las disposiciones previstas en la Ley Nº 13.064 más sus normas modificatorias y complementarias, aplicándose supletoriamente –y siempre que no se opongan a su régimen propio– las partes pertinentes del Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 699/2011 y Nº 40/2013, entre otros).

II) Por medio del artículo 33 del Decreto Delegado N° 1023/01 se introdujo una modificación al artículo 9º de la Ley Nº 13.064, regulando cuáles son los procedimientos de selección del contratista que deberán utilizarse para adjudicar obras públicas nacionales; y en el artículo 35 del mentado Decreto se dispuso que: *"Las disposiciones del Título I del presente régimen serán aplicables a los contratos de Obras Públicas regulados por la Ley N° 13.064, en tanto no se opongan a sus prescripciones".*

III) Cuando se dictó el Decreto Delegado N° 1023/01, el Título II "Disposiciones Especiales" comenzaba en el artículo 23 de dicho Decreto, con lo cual, los artículos 24 y 25, en donde se regulan los procedimientos de selección que podrán utilizarse en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, quedaban incluidos en la cita del inciso g) del artículo 9° de la Ley Nº 13.064: *"Los demás casos previstos en el Capítulo I del Título II del régimen de contrataciones de la Administración Nacional, en tanto no se opongan a las disposiciones del presente…".* Actualmente, con la modificaciones introducidas por el Decreto N° 666/03 al Decreto Delegado N° 1023/01, los artículos 24 y 25 forman parte del Título I del mencionado texto legal.

IV) De lo expuesto se colige que los procedimientos de selección del contratista, en relación a contratos de obra pública, se encuentran regulados en el artículo 9° de la Ley N° 13.064, incluyendo en su inciso g), aquellos procedimientos regulados en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 –como es el caso del procedimiento de licitación privada–, siempre que los mismos no se opongan a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas N° 13.064 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 699/2011 y 40/2013, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 386/2013.

Fecha de emisión: 29 de octubre de 2013.

Referencias: Obra pública. Autoridad competente para aprobar el procedimiento. Facultades de la Oficina Nacional de Contrataciones, incompetencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en lo que respecta a las facultades del Secretario General de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN para suscribir un proyecto de Resolución mediante el cual se propicia, entre otras cuestiones: 1) Autorizar el llamado a Licitación Pública, con el objeto de contratar los trabajos para llevar a cabo la obra denominada "CONSTRUCCIÓN Y REACONDICIONAMIENTO DE LOS OFFICE DE PLANTA BAJA Y 1º PISO Y DE LOS SANITARIOS UBICADOS EN EL SECTOR DENOMINADO BALCARCE 24 DE LA CASA DE GOBIERNO", de acuerdo a lo establecido en el artículo 9º de la Ley Nº 13.064. 2) Aprobar los Pliegos de Cláusulas Especiales y de Especificaciones Técnicas Particulares y el modelo de contrato, conforme lo establecido en el artículo 4º de la Ley Nº 13.064.

Asimismo, el organismo de origen solicitó que la ONC se expida sobre la competencia del Secretario General de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN para delegar en el DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de esa jurisdicción la facultad de suscribir el respectivo contrato de obra pública; así como también sobre la procedencia de aplicar en el sub examine la Resolución SG Nº 1616/07.

Corresponde poner de resalto que el organismo girante, siguiendo el criterio vertido por el servicio jurídico interviniente, había determinado el carácter de obra pública nacional de los trabajos a ser realizados en Casa de Gobierno y procedió, en consecuencia, a encuadrar la respectiva contratación bajo el régimen establecido en la Ley N° 13.064, normas modificatorias y complementarias.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 2°, 4º, 23, inciso a) y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 3º y 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Ley Nº 13.064.
- Artículos 25, 27 y 28 del Decreto Nº 1545/94.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Régimen General de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado Nº 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 4º, alcanza a los contratos de obra pública. Cabe destacar, asimismo, que mediante el artículo 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01 se dispuso la derogación de todos aquellos regímenes de contrataciones que se opongan al mismo, con excepción de la Ley de Obras Públicas N° 13.064 y sus modificatorias.

II) Así, es dable sostener que las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a este tipo de contratos así como por los sujetos autorizados a efectuarlas, están reguladas por las disposiciones previstas en la Ley Nº 13.064 más sus normas modificatorias y complementarias, aplicándose, siempre que no se oponga a su régimen propio, el Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 699/2011 y Nº 40/2013, entre otros).

III) Los procedimientos de selección del contratista, en relación a contratos de obra pública, se encuentran regulados en el artículo 9° de la Ley N° 13.064, incluyendo en su inciso g), aquellos procedimientos regulados en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01, siempre que los mismos no se opongan a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas N° 13.064 (Cfr. Dictámenes ONC Nº 699/2011 y 40/2013, entre otros).

IV) El artículo 3º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 excluye expresamente de sus alcances al contrato de obra pública, motivo por el cual no resulta de aplicación obligatoria a dichos contratos lo normado en el artículo 14 del referido cuerpo reglamentario. No obstante ello, nada impediría su aplicación por vía supletoria, analógica o bien mediante una adhesión voluntaria, en los términos del artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Una razonable exégesis del artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 permite colegir que dicha norma distingue como objetos contractuales diferenciados a las obras, los bienes y servicios, no subsumiendo dentro de la categoría servicios a las obras.

VI) Toda vez que la determinación de la autoridad competente para suscribir el proyecto de acto administrativo obrante en los presentes actuados –al igual que la eventual delegación de la facultad para suscribir el contrato respectivo–, se encuentra inescindiblemente vinculada al régimen jurídico de la obra pública, su análisis excede la competencia de esta Oficina Nacional, la que se circunscribe al Sistema de Contrataciones de bienes y servicios (Cfr. Dictamen ONC 525/09, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 184/2015.

Fecha de emisión: 30 de junio de 2015.

Referencias: Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 893/12. Diferencias. Obra Pública. Normas aplicables. Posibilidad de adherir voluntariamente y/o de aplicar en forma supletoria las disposiciones del reglamento aprobado por el Decreto 893/12 a los contratos de obra pública. Determinación del carácter de obra pública nacional.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el objeto de que emita opinión sobre la posibilidad de que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, ya sea a través de la adhesión voluntaria o bien por vía supletoria, aplique el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12, a procedimientos licitatorios llevados a cabo en diversas áreas protegidas situadas en zonas inhóspitas y/o alejadas de los centros urbanos, para la ejecución de contratos de obra pública de “menor envergadura”.

Es decir, en los términos planteados por la entidad consultante, la intención de aplicar el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –vía adhesión voluntaria o en forma subsidiaria–, a obras públicas de menor significación económica, tiene por fin implementar un marco normativo más adecuado a las particularidades de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPyME’s) locales, poniendo de manifiesto que bajo el estricto régimen de la Ley Nº

13.064 y sus normas complementarias, diversos procedimientos de selección han resultado desiertos o fracasados, principalmente en razón de que oferentes y/o posibles interesados no reunían los requisitos mínimos para inscribirse en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Vale resaltar que las razones esgrimidas por el organismo de origen como fundamento de la necesidad de aplicar el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se vinculaban, en mayor o menor medida, con el hecho de que diversos procedimientos de selección resultaron desiertos o fracasado en razón de que los oferentes no reunían los requisitos mínimos para inscribirse en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º, 5º, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º, 3º y 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156.
- Artículo 44 de la Ley Nº 25.997.
- Artículos 1º y 13 de la Ley de Obras Públicas N° 13.064.
- Artículo 1° del Decreto Nº 19324/49.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a dicho tipo de contrato, así como por los sujetos autorizados a llevarlas a cabo, están reguladas por la Ley Nº 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01, en la medida en que no se opongan a su régimen propio (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/11, 40/13, 316/13, 386/13, entre otros).

II) Si bien el ámbito de aplicación subjetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es más acotado que el del Decreto Delegado Nº 1023/01 –el primero sólo comprende a las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL–, igualmente alcanza a la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, por tratarse de una entidad autárquica actuante en la órbita del MINISTERIO DE TURISMO; 2) El ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 también es más acotado que la norma a la cual reglamenta, en tanto sólo resulta de aplicación a los contratos comprendidos en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado Nº 1.023/01. Más precisamente, en cuanto concierne al aludido ámbito de aplicación objetivo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, el artículo 3º inciso e) estipula expresamente que quedan excluidos, entre otros, los contratos de obras públicas enumerados en el artículo 4º inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus modificatorios.

III) En principio, las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no resultan de aplicación a los contratos de obra pública, sin perjuicio de la posibilidad de adhesión voluntaria y/o aplicación supletoria.

IV) Esta Oficina Nacional ha aceptado la posibilidad de que en el marco de un contrato de obra pública regido por la Ley Nº 13.064, puedan aplicarse determinados preceptos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ya sea por vía supletoria, analógica o bien mediante una adhesión voluntaria (v. Dictámenes ONC Nros. 386/13 y 387/13).

V) La adhesión voluntaria, prevista en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es un novedoso instituto tendiente a integrar lagunas o cubrir vacíos normativos. Tratándose en este caso de una entidad autárquica, la instrumentación de la adhesión podrá realizarse a través del dictado de una Resolución del HONORABLE DIRECTORIO de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

VI) Dicha adhesión podrá ser total o parcial, pero siempre bajo la premisa de no desnaturalizar, subvertir o desvirtuar la regulación propia y específica del tipo de contrato de que se trata. No es lícito procurar la adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento a eventuales oferentes de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico instituido por la Ley Nº 13.064, máxime si no se pierde de vista que es el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 el que mantiene incólume la vigencia de la Ley de Obras Públicas y se subordina a ella en dicha materia, al fijar su propia aplicabilidad de manera subsidiaria y en tanto no haya colisión.

VII) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 prevé expresamente la posibilidad de adhesión voluntaria para que resulte jurídicamente viable su aplicación –en particular– a contratos excluidos como los de obra pública, pero con una salvedad no menor: "en lo que fuera pertinente". Al respecto, esta Oficina Nacional ha dicho: *"…es posible sostener que la expresión 'en lo que fuera pertinente' contempla tanto la posibilidad de adhesión en forma total como parcial, de acuerdo a las particularidades específicas de cada caso."* (Dictamen ONC Nº 40/13).

VIII) La mentada frase no puede dejar de interpretarse, desde otro ángulo, como una clara limitante a la hora de evaluar la aplicación del Reglamento de que se trata a un régimen que no le es propio, en consonancia con lo regulado en el artículo 35 del Decreto Delegado Nº 1023/01, donde se enfatiza que las disposiciones de su Título I serán aplicables a los contratos de obras públicas, "en tanto no se opongan a sus prescripciones".

IX) Ello así, por cuanto las diversas normas que integran el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional bien pueden servir para integrar eventuales lagunas que presente la Ley Nº 13.064 –previo juicio de compatibilidad y adecuación–, pero de ningún modo podrían ser invocadas para desnaturalizar, subvertir o desvirtuar la regulación propia y específica del tipo de contrato de que se trata, máxime si no se pierde de vista que es el propio Decreto Delegado Nº 1023/01 el que mantiene incólume la vigencia de la Ley de Obras Públicas y se subordina a ella en dicha materia, al fijar su propia aplicabilidad de manera subsidiaria y en tanto no haya colisión. Sólo así pueden interpretarse coherentemente las previsiones de los artículos 35 y 38 del aludido Decreto Delegado, junto con la expresión "en lo que fuera pertinente", receptada en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

X) A través del artículo 13 de la Ley Nº 13.064 se creó el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas contratantes para la ejecución de obras públicas nacionales. Importante es destacar, por consiguiente, que en los casos en que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES haya encuadrado legalmente un contrato en el marco de la Ley Nº 13.064, resultará exigible el requisito de incorporación en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, en los

términos y con los alcances establecidos en la normativa vigente y conforme la interpretación que al respecto haga el MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS en su carácter de autoridad de aplicación.

XI) La adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 de ningún modo podría ser lícitamente utilizada como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico propio de la obra pública.

XII) Respecto de la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 a un contrato de obra pública, será jurídicamente viable en relación a todo lo no previsto y/o no vedado por el régimen de la Ley Nº 13.064. En sentido contrario, cuando las prescripciones del Reglamento –que pretendan aplicarse a un contrato de obra pública, por la vía que fuere– se opongan al régimen de la Ley Nº 13.064 o a sus normas modificatorias y/o complementarias, dicha aplicación por adhesión o supletoria deberá reputarse jurídicamente impertinente y no podrá llevarse a cabo.

XIII) Finalmente, dado el rol preponderante que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES reconoce desde siempre a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas (MIPyME's) dentro del modelo de crecimiento económico regional con inclusión social, así como también la trascendencia de los fines públicos comprometidos en los contratos que propicia celebrar la entidad consultante, se sugiere contemplar la posibilidad de encuadrar futuras contrataciones –especialmente las de bajo presupuesto o menor envergadura– dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento, cuando sea posible calificarlas como locaciones de obra o servicios, por ejemplo, siguiendo los lineamientos que a continuación se exponen. Ello, a fin de fomentar la participación de MIPyME's locales, en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social de la región y del país.

XIV) Si bien existe una ley específica para la obra pública, también es cierto que el Decreto Delegado N° 1023/01 contempla, entre otros, al contrato de locación de obra. La interpretación armónica de ambos regímenes debe buscarse, muchas veces, en una razonable relación entre el costo de los trabajos y el valor del inmueble objeto de los mismos, o en la circunstancia de que los trabajos a realizarse determinen o no una sustancial alteración del valor del edificio (Dictamen ONC Nº 265/07).

XV) Consecuentemente, en lo que respecta a la regulación jurídica a aplicar en cada caso, para enmarcar una determinada contratación en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional o en el de Obras Públicas deberán evaluarse simultáneamente (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 600/10, 633/10, entre otros):

<u>La naturaleza de las prestaciones involucradas.</u>

En el marco del Dictamen ONC N° 265/07 se sostuvo: "*La interpretación armónica de ambos regímenes, a nuestro juicio, impone distinguir entre 'mantenimientos menores' (servicios de reparación) y 'mantenimientos mayores' (trabajos comprendidos en el régimen de las obras públicas). El límite entre unos y otros, que no es demasiado preciso, debería buscarse en una*

razonable relación entre el costo de los trabajos y el valor del inmueble objeto de los mismos, o en la circunstancia de que los trabajos a realizarse determinen o no una sustancial alteración del valor del edificio.".

Luego, en el Dictamen ONC Nº 314/07 se añadió: *"…se deben aplicar las previsiones de la Ley Nº 13.064 siempre que se encuentre comprometida la realización de una obra nueva, de infraestructura o una ampliación mejorativa de construcciones ya existentes, financiada por el Tesoro de la Nación "*.

Así, bajo el prisma del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por Ley Nº 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss). De darse alguno de estos supuestos, por citarlos de ejemplos, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable por la Administración consultante.

<u>La clasificación del gasto. Mantenimientos menores y mantenimientos mayores.</u>

Esta Oficina Nacional opinó en el Dictamen ONC N° 265/07 que: "*La partida parcial 333 del Manual de Clasificaciones Presupuestarias (Servicios No personales – Mantenimiento reparación y limpieza – Mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo) se define como 'Servicios de mantenimiento y reparaciones menores de equipos y maquinarias a efectos de su normal funcionamiento'. Estos trabajos son los que corresponde efectuar conforme con el régimen aprobado por el Decreto Nº 1023/2001.*

En cambio, se aplica la Ley de Obras Públicas Nº 13.064 cuando se trate de 'la realización de obras que permanecen con carácter de adherencia al suelo, formando parte de un todo indivisible, como así también las ampliaciones mejorativas, de construcciones ya existentes. Se consideran como tales: caminos, diques, puentes, edificios, canales de riego, desagues o navegación, sistemas de balizamiento, redes de comunicaciones, distribución de energía, de agua, fábricas, usinas, etc…'. (Descripción de la partida principal 42 del citado Manual).".

Frente a la necesidad de efectuar reparaciones, debería determinarse si se trata de reparaciones mayores –encuadrándose en la Ley Nº 13.064– o menores –en el Régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamento, como locación de obra o servicios–.

<u>La fuente de financiamiento respectiva</u>.

Finalmente, en relación a este punto, en el Dictamen ONC N° 633/10 se dijo: *"…no se encuentra asignada la fuente de financiamiento Nº 11 (correspondiente al Tesoro Nacional), según la Clasificación del Gasto por Fuente de Financiamiento, establecida por el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional"*, agregando que: *"…por aplicación de un criterio de exclusión, las labores, en el caso sub examine, se deberán realizar bajo el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional y, más específicamente, encuadrado bajo la figura de locación de obra.".*

En suma, esta Oficina Nacional entiende que, en futuras contrataciones, la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES podría considerar estos criterios a fin de dilucidar si se trata necesariamente de una obra pública –en cuyo caso quedará regulada por su normativa propia, pudiendo adherirse voluntariamente el organismo y/o aplicar supletoriamente sólo aquellos preceptos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 que resulten compatibles– o si, por el contrario, el objeto podría válidamente subsumirse en alguno de los tipos contractuales previstos en el artículo 4º, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03515655-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Ámbito de aplicación. Encuadre legal. Obra pública. Contrato de obra o de servicios. Deslinde de regímenes.

Antecedentes:

La Contratación Directa N° 25/16 del registro de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN tenía por objeto contratar el servicio de readecuación y puesta a punto de cocheras presidenciales.

En palabras de la ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS GENERALES de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, se trataba de trabajos que: *"…no determinan una alteración sustancial del valor del edificio ni están dirigidos a la creación de una cosa nueva a partir de un proceso de elaboración o a la transformación de elementos ya existentes conforme a una determinada técnica constructiva, sino que por el contrario significan reparaciones menores, requeridas para garantizar -con cierta periodicidad- la vida útil de las instalaciones.".*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación al encuadre legal que correspondía dar a la contratación del servicio de "Readecuación y puesta a punto de las cocheras presidenciales, situadas en Av. Leandro N. Alem N° 852 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Ello, a los efectos de dilucidar si el mentado objeto contractual resulta subsumible en el ámbito de aplicación objetivo tanto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 como de su reglamentación o si, por el contrario, corresponde aplicar la Ley de Obras Públicas N° 13.064, en tanto regulación específica de dicha clase de contratos.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º, 5º, 23, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º y 3º inciso e) del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1º y 2º de la Ley Nº 13.064.
- Artículo 1º del Decreto Nº 19.324/49.

- Artículos 1251 y 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a dicho tipo de contrato, están reguladas por la Ley Nº 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01, en la medida en que no se opongan a su régimen propio (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011, 40/2013, 316/2013, 386/2013, 184/2015, entre otros).

II) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a las locaciones de obras y servicios. En relación a estas últimas, bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss).

III) A lo expuesto, el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación añade que: *"…Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega."*. De darse alguno de estos supuestos el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable.

IV) La doctrina vernácula tiene dicho que la obra pública puede ser definida como: *"…una cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación está destinada a la utilidad común directa o indirectamente, perteneciendo su titularidad al Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada…"* (MO, Fernando F. en "*Régimen Legal de las Obras Públicas*", Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 1977, pág 15). En esta misma línea de pensamiento, esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar en el Dictamen ONC Nº 184/2015 que: *"La definición normativa de obra pública alude a los conceptos que ésta involucra –construcción, trabajo o servicio de industria– y a la fuente de los recursos afectados para su ejecución. Esta definición no menciona explícitamente al sujeto que la promueve, a la finalidad que ella persigue ni al tipo de bienes sobre los que recae o da origen; sólo refiere al resultado de un trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre, y al origen de los fondos con que se afronta su costo. La 'obra pública' es una creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana, consistente en la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles."* (con cita de DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada.* 2º edición ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2013. Pág. 1).

V) De otra parte, es fundamental aclarar que para aplicar el Régimen de obras públicas que regula la Ley Nº 13.064, es necesario cumplir con lo establecido con el artículo 2º de la

mencionada norma, el que establece: *"Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegados por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado".* A partir de ello es posible advertir que no todas las reparticiones se encuentran autorizadas a aplicar el Régimen que regula la Ley mentada Nº 13.064, toda vez que las facultades y obligaciones que emanan de la ley son delegadas en forma expresa por el Poder Ejecutivo Nacional. Es por ello, que una de las condiciones necesarias para aplicar el mencionado régimen es que exista la delegación establecida en el mencionado artículo.

VI) La definición de obra pública dada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y –valga decirlo–, poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los siguientes extremos: 1) Debe tratarse de la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles; 2) Debe ejecutarse con fondos del Tesoro de la Nación (Fuente 11), a excepción de las obras efectuadas con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares; 3) La autoridad, organismo o funcionario que la ejecute debe contar con la correspondiente delegación por parte del PEN, para considerárselo legalmente autorizado a tales fines.

VII) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y las normas y de descentralización de la gestión operativa, receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01, el encuadre legal de las contrataciones y la elección de los procedimientos de selección respectivos son competencias del resorte exclusivo de la jurisdicción o entidad de que se trate (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011 y 184/2015, entre otros). Empero, nada obsta a que este Órgano Rector deje plasmado su parecer, a título de colaboración.

VIII) En lo atinente a la determinación del régimen jurídico aplicable en casos como el de marras, la cuestión no resulta sencilla, partiendo de la base de que, si bien existe un régimen específico para la obra pública, también es cierto que el Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamentación resultan aplicables, entre otros, a las locaciones de obras y servicios y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse difusa (Dictámenes ONC Nros. 741/2011 y 184/2015).

IX) Esta Oficina Nacional ha sostenido en pretéritas intervenciones que en los supuestos de reparación de edificios deberán evaluarse simultáneamente: 1. La naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); 2. La clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); 3. La fuente de financiamiento respectiva (v. Dictamen ONC Nº 184/2015). Consecuentemente, en ese orden de ideas, no parece aventurado afirmar que existen argumentos atendibles –de mayor o menor peso–, para encuadrar la presente contratación tanto en un régimen como en el otro, desde que las prestaciones serán costeadas con fondos del Tesoro de la Nación (Fuente 11) y la naturaleza de las obras a realizarse no permite vislumbrar diferencias sustanciales entre las previsiones de la Ley Nº 13.064 y el contrato de locación de obra, en los términos definidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

X) Siendo ello así, este Órgano Rector sugiere encuadrar la contratación que aquí se ventila dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento. Se trata de

dar prevalencia a un régimen de contrataciones más ágil y moderno, que permitirá llevar adelante el procedimiento de un modo más eficiente.

XI) En cuanto a los principios generales de transparencia y eficiencia, no ha de soslayarse que mediante la Disposición ONC Nº 65, del 27 de septiembre de 2016 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR), como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Nº 1030/16. De este modo, COMPR.AR agiliza los procedimientos administrativos, en tanto, refleja automáticamente en un Expediente Electrónico la gestión de contratación y realiza el impacto presupuestario de dicha gestión; sin necesidad de realizar la misma tarea en varios sistemas.

XII) A través de la aludida plataforma, las entidades gubernamentales tramitan y publican sus procesos de compra y los proveedores presentan sus ofertas por internet de forma ágil, transparente y segura, siendo precisamente de aplicación obligatoria a la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN desde el día 25 de julio de 2016, en virtud de lo dispuesto en la Comunicación ONC Nº 47/16.

XIII) De la lectura de las especificaciones técnicas surge que dentro del requerimiento efectuado para el cumplimiento del servicio de “Readecuación y puesta a punto de las cocheras presidenciales, situadas en Av. Leandro N. Alem N° 852 de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES”, se ha incluido la provisión, por parte de los proveedores que se presenten a cotizar, de determinados bienes de uso comprendidos dentro del criterio de catalogación por objeto del gasto, como inciso 4. Dichos bienes, por la definición que surge del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional, comprenden gastos que se generan por la adquisición o construcción de bienes de capital que aumentan el activo del Sector Público en un período dado siendo estos los bienes físicos, construcciones y/o equipos que sirven para producir otros bienes o servicios, no se agotan en el primer uso que de ellos se hace, tienen una duración superior a un año y están sujeto a depreciación. Habida cuenta de lo expuesto, la contratación propiciada debería abarcar diversos renglones que comprendan los bienes mencionados, distintos al imputado en la partida presupuestaria 3.3.1, correspondiente a “servicios”.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09040121-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 17 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Adhesión voluntaria. Contrato de obra pública. Contratos de obras y servicios. Deslinde.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que brinde asesoramiento respecto de si existe un encuadre legal en la normativa actualmente vigente que le permita a la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES aplicar un instituto

similar al de la adhesión voluntaria, anteriormente receptada en el artículo 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 3º, inciso e) del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1251 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El encuadre legal de las contrataciones es una competencia del resorte exclusivo de la jurisdicción o entidad de que se trate (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/11 y 184/15, entre otros).

II) No es lícito procurar la adhesión voluntaria a disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como un medio para suprimir y/o eximir del cumplimiento a eventuales oferentes de requisitos expresamente previstos en el régimen jurídico instituido por la Ley Nº 13.064.

III) En determinados supuestos, ciertas obras y/o trabajos a contratar por parte de las áreas protegidas de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES pueden, por sus características, subsumirse directamente en el ámbito de aplicación objetivo del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en cuyo caso dicha normativa resultará de aplicación directa –valga la redundancia–; es decir, no supletoria, ni subsidiaria ni por adhesión. La utilización del verbo "pueden" en lugar de "deben" no ha de interpretarse como si la determinación del encuadre legal se tratara de una decisión puramente discrecional de la autoridad competente, sino que se explica al reparar en la circunstancia –muchas veces señalada por este Órgano Rector, particularmente cuando se trata de obras menores– relativa a la existencia de un límite impreciso entre el ámbito de aplicación de la Ley Nº 13.064 y el correspondiente al Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, lo cual complejiza el deslinde entre ambos regímenes.

IV) Si bien asiste razón al servicio jurídico preopinante al señalar que el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional actualmente vigente no contempla el instituto de la adhesión voluntaria no caben dudas –a la luz de lo expuesto– que en la anterior intervención de esta Oficina Nacional no se pretendió sugerir que la adhesión voluntaria fuese el único camino jurídicamente viable para aplicar el entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, sino que, en aquellos supuestos en que el organismo contratante haya encuadrado una determinada contratación bajo el régimen de la Ley Nº 13.064 –por entender ello ajustado a derecho–, el instituto de la adhesión podía ser utilizado con el fin de integrar lagunas o cubrir los vacíos que pudiere presentar dicha norma, siempre y cuando no se desnaturalice por esa vía el régimen propio de la obra pública. A su vez, a renglón seguido se sugirió contemplar la posibilidad de encuadrar futuras contrataciones –especialmente las de bajo presupuesto o menor envergadura– dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento, cuando fuese posible calificarlas como locaciones de obra o servicios. Pero dicho encuadre no sería "vía adhesión", sino por aplicación directa.

V) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a las locaciones de obras y servicios. En relación a estas últimas, bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss).

VI) A lo expuesto, el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación añade que: *"…Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.".* En efecto, de darse alguno de estos supuestos el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional será plenamente aplicable en forma directa (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, de fecha 18 de noviembre de 2016).

VII) El instituto de la adhesión voluntaria no se encuentra contemplado en el actual Reglamento aprobado por el Decreto N°1030/16. Siendo ello así, esta Oficina Nacional considera que, en la medida en que la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo tanto del Decreto Delegado N° 1023/01 como del Decreto N° 1030/16, deberá aplicar dicha normativa en forma directa y prescindir del régimen propio de la obra pública, en los casos en que existan argumentos atendibles para encuadrar las obras y/o trabajos como "locaciones de obra" o "locaciones de servicios", para lo cual deberá evaluarse en forma conjunta y motivada –bajo el prisma del principio de razonabilidad– la naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); la clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); la fuente de financiamiento respectiva, entre otros criterios.

VIII) Por el contrario, cuando corresponda encuadrar la contratación en el régimen de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064 deberá estarse a las previsiones de dicha normativa, junto con sus modificatorias y complementarias. En este último supuesto este Órgano Rector no advierte reparos para la aplicación supletoria del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 en relación a todo lo no previsto por la Ley Nº 13.064, siempre y cuando la pretendida aplicación subsidiaria del Reglamento no resulte incompatible con el régimen propio y específico de los contratos de obra pública, extremo que deberá examinarse en cada caso concreto.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-15355564-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 25 de julio de 2017.

Referencias/voces: Encuadre legal. Contrato de obra pública. Contratos de obras y servicios. Deslinde.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación al encuadre legal que corresponde dar a la contratación del servicio

de provisión, instalación, montaje y puesta en servicio de un sistema de cableado estructurado de telecomunicaciones y una red de distribución de energía eléctrica respecto de los pisos 1º, 2º y 5º del edificio de la SECRETARÍA GENERAL DE PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Ello, a los efectos de dilucidar si el mentado objeto contractual resulta subsumible en el ámbito de aplicación objetivo tanto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 como de su reglamentación o si, por el contrario, corresponde aplicar la Ley de Obras Públicas Nº 13.064, en tanto regulación específica de dicha clase de contratos.

Normativa examinada:

- Artículos 4º, 5º, 23, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º y 3º inciso e) del Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1251 y 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994.
- Artículos 1º y 2º de la Ley Nº 13.064.
- Artículo 1° del Decreto Nº 19.324/49.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a dicho tipo de contrato, están reguladas por la Ley Nº 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01, en la medida en que no se opongan a su régimen propio (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011, 40/2013, 316/2013, 386/2013, 184/2015, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, entre otros).

II) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a los contratos de obras y servicios (anteriormente denominados por el Código Civil locaciones de obras y locaciones de servicios).

III) Esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar en el Dictamen ONC Nº 184/15 que: *"La definición normativa de obra pública alude a los conceptos que ésta involucra –construcción, trabajo o servicio de industria– y a la fuente de los recursos afectados para su ejecución. Esta definición no menciona explícitamente al sujeto que la promueve, a la finalidad que ella persigue ni al tipo de bienes sobre los que recae o da origen; sólo refiere al resultado de un trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre, y al origen de los fondos con que se afronta su costo. La 'obra pública' es una creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana, consistente en la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles."* (con cita de DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada. 2º edición ampliada y actualizada*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2013. Pág. 1).

IV) No todas las reparticiones se encuentran autorizadas a aplicar el Régimen que regula la Ley mentada Nº 13.064, toda vez que las facultades y obligaciones que emanan de la ley requieren ser delegadas en forma expresa por el Poder Ejecutivo Nacional. Es por ello, que una de las condiciones necesarias para aplicar el mencionado régimen es que exista la delegación establecida en el artículo 2º de la Ley Nº 13.064.

V) La definición de obra pública dada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y –valga decirlo–, poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los siguientes extremos: 1) Debe tratarse de la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles; 2) Debe ejecutarse con fondos del Tesoro de la Nación (Fuente 11), a excepción de las obras efectuadas con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares; 3) La autoridad, organismo o funcionario que la ejecute debe contar con la correspondiente delegación por parte del PEN, para considerárselo legalmente autorizado a tales fines.

VI) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y las normas y de descentralización de la gestión operativa, receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01, el encuadre legal de las contrataciones y la elección de los procedimientos de selección respectivos son competencias del resorte exclusivo de la jurisdicción o entidad de que se trate (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011, 184/2015 e IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, entre otros).

VII) La Licitación Privada Nº 23-0014LPR17 del registro de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN tiene por objeto contratar bajo la modalidad “llave en mano” la provisión, instalación, montaje y puesta en servicio de un sistema de cableado estructurado de telecomunicaciones y una red de distribución de energía eléctrica de los pisos 1ro., 2do. y 5to. del edificio de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN Ex Somisa, sito en Avenida Julio A. Roca Nº 782 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En lo atinente a la determinación del régimen jurídico aplicable en casos como el de marras, la cuestión no resulta sencilla, partiendo de la base de que, si bien existe un régimen específico para la obra pública, también es cierto que el Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamentación resultan aplicables, como ya se dijo, a los contratos de obras y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse por demás difusa (Dictámenes ONC Nros. 741/2011, 184/2015 e IF-2016-03515655-APN-ONC#MM).

VIII) Esta Oficina Nacional ha sostenido en pretéritas intervenciones –en pos de arrojar algo de luz a la cuestión– que en los supuestos de reparación de edificios deberán evaluarse simultáneamente: 1. La naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); 2. La clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); 3. La fuente de financiamiento respectiva (v. Dictamen ONC Nº 184/2015 e IF-2016-03515655-APN-ONC#MM).

IX) A la luz de lo expuesto, existirían a priori argumentos atendibles –de mayor o menor peso–, para encuadrar la presente contratación tanto en un régimen como en el otro, siempre que las prestaciones sean costeadas con fondos del Tesoro de la Nación (Fuente 11). Ello, por cuanto la naturaleza de las obras a realizarse no permite a esta Oficina Nacional vislumbrar

diferencias sustanciales entre las previsiones de la Ley Nº 13.064 y el contrato de obra receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

X) Este Órgano Rector sugiere encuadrar la contratación que aquí se ventila dentro del régimen del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento. Se recomienda dar prevalencia a un régimen de contrataciones más ágil y que resguarda eficazmente los principios generales de transparencia y concurrencia, lo cual permitirá llevar adelante el procedimiento de un modo más eficiente.

XI) La experiencia recogida en casos de encuadramiento legal "difuso" alerta sobre las mayores restricciones y/o dificultades operativas que podría implicar la necesidad de inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas creado por la Ley Nº 13.064.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-23715003-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional – Ámbito de Aplicación – Obra Pública – Encuadre legal.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación al encuadre legal que correspondía dar a la contratación del "SERVICIO DE ESTUDIO Y REMOCION DE TANQUES SUBTERRANEOS Y AEREOS DE ALMACENAMIENTO DE COMBUSTIBLE Y DE LAS CAÑERIAS DE VINCULACION DE LOS MISMOS por parte de la DIRECCION NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO", en los términos propiciados por el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL (SPF).

Ello, a los efectos de dilucidar si el mentado objeto contractual resultaba subsumible en el ámbito de aplicación objetivo tanto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01.

Normativa examinada:

- Artículos 2°, 4º, 5º, 35 y 38 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 2º y 3º inciso e) del Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156.
- Artículo 1º de la Ley Nº 13.064.

- Artículo 1° del Decreto Nº 19.324/49.
- Artículos 774, 1251 y 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Delegado Nº 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente (cláusula residual).

II) El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado Nº 1023/01 a todos los contratos cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos.

III) Las obras públicas, por las particularidades que caracterizan a dicho tipo de contrato, están reguladas por la Ley Nº 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado Nº 1023/01, en la medida en que no se opongan a su régimen propio (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011, 40/2013, 316/2013, 386/2013, 184/2015, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM e IF-2017-15355564-APN-ONC#MM, entre otros).

IV) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resultan de aplicación, en principio, a los contratos de obra pública pero sí a los contratos de obras y servicios (anteriormente denominados por el Código Civil locaciones de obras y locaciones de servicios).

V) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición respecto a qué ha de entenderse por "obras" o "servicios". Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas. Sin embargo, el artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 prevé que en ausencia de norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía.

VI) Bajo el prisma del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley Nº 26.994, la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (v. Artículo 774 CCyC).

VII) Al respecto, se ha sostenido que: *"…Para el Diccionario de la Lengua Española, servicio (que es un vocablo multívoco) es, en su vigésima acepción, 'prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales' (…) En materia económica, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto como elemento determinante…"* (LORENZETTI, Ricardo Luis (Director).

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V. Rubinzal-Culzoni Editores. 1era. edición. Santa Fe, 2015. Págs. 162 y ss.).

VIII) Luego, hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución (arts. 1251 y ss). A lo expuesto, el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación añade que: *"…Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.".*

IX) A nivel federal las obras públicas se encuentran reguladas por la Ley Nº 13.064, sancionada en el año 1947. El artículo 1º de la referida ley establece: *"Considérase obra pública nacional 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, que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente.".*

X) Complementando la disposición anterior –y tal como fuera analizado por la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL del SPF– el artículo 1° del Decreto Nº 19.324/49 precisa que los conceptos de "construcción", "trabajo" o "servicio de industria": *"…comprenden las siguientes tareas, cualquiera sea la autoridad o agente del servicio que las ejecute y el carácter civil o militar de las mismas. Construcciones: obras viales, portuarias, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas y telegráficas, aeródromos, monumentos, perforaciones, replanteos, plantaciones, etc., y todo trabajo principal o suplementario inherente a la materia. Trabajos: obras de ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y dragado, balizamiento y relevamiento, etc. Servicio de industria: organización e instalación de servicios industriales (v.gr.: talleres, fábricas, usinas, etc.).".*

XI) Desde ese prisma, la doctrina vernácula tiene dicho que la obra pública puede ser definida como: *"…una cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación está destinada a la utilidad común directa o indirectamente, perteneciendo su titularidad al Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada…"* (MO, Fernando F. en *"Régimen Legal de las Obras Públicas"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 1977, pág 15).

XII) Esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar en el Dictamen ONC Nº 184/2015 que: *"La definición normativa de obra pública alude a los conceptos que ésta involucra – construcción, trabajo o servicio de industria– y a la fuente de los recursos afectados para su ejecución. Esta definición no menciona explícitamente al sujeto que la promueve, a la finalidad que ella persigue ni al tipo de bienes sobre los que recae o da origen; sólo refiere al resultado de un trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre, y al origen de los fondos con que se afronta su costo. La 'obra pública' es una creación artificial o resultado físico producto de la actividad humana, consistente en la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles."* (con cita de DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. *Ley 13.064 de Obras*

Públicas. Comentada y anotada. 2º edición ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2013. Pág. 1).

XIII) Para aplicar el Régimen de obras públicas que regula la Ley Nº 13.064, es necesario cumplir con lo establecido con el artículo 2º de la mencionada norma, el que establece: *"Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegados por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado".* A partir de ello es posible advertir que no todas las reparticiones se encuentran autorizadas a aplicar el Régimen que regula la Ley mentada Nº 13.064, toda vez que las facultades y obligaciones que emanan de la ley requieren ser delegadas en forma expresa por el Poder Ejecutivo Nacional. Es por ello, que una de las condiciones necesarias para aplicar el mencionado régimen es que exista la delegación establecida en el mencionado artículo.

XIV) Como puede verse, la definición de obra pública dada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y –valga decirlo–, poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los siguientes extremos: 1) Debe tratarse de la construcción, fabricación, instalación, reparación, mantenimiento, modificación, conservación, demolición, etc., de bienes inmuebles o muebles. 2) Debe ejecutarse con fondos del Tesoro de la Nación (Fuente 11), a excepción de las obras efectuadas con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares. 3) La autoridad, organismo o funcionario que la ejecute debe contar con la correspondiente delegación por parte del PEN, para considerárselo legalmente autorizado a tales fines.

XV) En lo atinente a la determinación del régimen jurídico aplicable en casos como el de marras, la cuestión no resulta sencilla, partiendo de la base de que, si bien existe un régimen específico para la obra pública, también es cierto que el Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamentación resultan aplicables, como ya se dijo, a los contratos de obras y servicios y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse por demás difusa (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2017-15355564-APN-ONC#MM). En ese orden de ideas, esta Oficina Nacional ha sostenido en pretéritas intervenciones que en los supuestos de reparación de edificios deberán evaluarse simultáneamente: 1. La naturaleza de las obras a realizarse (prestaciones involucradas); 2. La clasificación del gasto (mantenimientos menores y mantenimientos mayores); 3. La fuente de financiamiento respectiva (v. Dictámenes ONC Nros. 184/2015 e IF-2016-03515655-APN-ONC#MM.

XVI) En el caso particular traído a estudio, esta Oficina Nacional comparte el criterio sugerido por la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en el Dictamen Nº IF-2018-19484595-APN-DAUG#SPF, donde concluyó lo siguiente: *"…Teniendo en cuenta el objeto del presente trámite el cual consiste principalmente en un servicio de estudio y remoción de tanques subterráneos y aéreos de almacenamiento de combustibles, a criterio de esta Dirección el mismo no encuadraría estrictamente en ninguno de los supuestos estipulados en el citado art. 1 del Decreto Nº 19.324/49, de modo que –prima facie- no resultaría ser una obra pública en los términos de la ley Nº 13.064.".*

XVII) No obstante ello, corresponderá al organismo de origen examinar la plataforma fáctica concienzudamente, a través del tamiz de los criterios individualizados *ut supra* dado que, por aplicación del principio de centralización de las políticas y las normas y de descentralización

de la gestión operativa, receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01, el encuadre legal de las contrataciones y la elección de los procedimientos de selección respectivos son competencias del resorte exclusivo de la jurisdicción o entidad de que se trate (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 699/2011, 184/2015 e IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, entre otros).

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO (ETAPA).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Observaciones al proyecto de pliego. Principio de razonabilidad.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre diversas consultas.

Entre otros extremos, se solicitó definir el alcance de la expresión "evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas", utilizada en el artículo 13 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, en el caso en que se realice la etapa de observaciones al proyecto de pliego.

A mayor abundamiento se aclaró en la nota de envío lo siguiente: *"…la pregunta sería si se deberán considerar todas y cada una de las observaciones planteadas o bien daríamos cumplimiento a la normativa dando respuesta únicamente a las que se consideren relevantes y/o aclaratorias para su tratamiento a criterio de la Dirección.".*

Normativa examinada:

- Artículo 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 26 y 45 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16
- Artículos 10 a 13 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El deber de evaluar –en el acto de autorización del llamado–, en forma concreta y razonada las observaciones que se formulen, debe necesariamente interpretarse bajo el prisma de la razonabilidad, en tanto principio rector de raigambre constitucional que deslegitima la arbitrariedad en la toma de decisiones.

II) Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando lo requiera la interpretación razonable y sistemática, ya

que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante (conf. Fallos 312:1614; 318:879; 234:482; 302:1284; 326:2095; 331:2550).

III) Desde esa óptica, se estima razonable la exigencia de un examen, concreto, razonado y equitativo de aquellas observaciones que sean claras, concretas y conducentes, cuya eventual desestimación exigirá una fundamentación suficiente y adecuada por parte del organismo contratante. Por el contrario, no parece razonable exigir idéntico tratamiento a aquellos planteos que sean palmariamente inconducentes, superfluos, vagos o meramente dilatorios, etc.

IV) Lo hasta aquí opinado guarda relación con la doctrina de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en virtud de la cual quien se encuentra llamado a resolver una pretensión no está obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que –a su juicio– sean conducentes y posean relevancia o pertinencia para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:221; 291:390; 297:140; 301:970, entre otros). De tal suerte, resulta meridianamente claro el criterio que la jurisprudencia tiene forjado en punto a que no es obligación de quien decide tratar una por una todas las líneas argumentativas ni todas las pruebas producidas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto, examinándolas detenidamente con un criterio lógico jurídico, y asignándoles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y las máximas de la experiencia.

V) Sentado lo expuesto, no puede dejar de advertirse que si dicha doctrina es pacíficamente aplicada a los recursos judiciales y administrativos, con mayor razón ha de considerarse procedente en supuestos como el que nos ocupa, máxime si se repara en que concluir lo contrario implicaría, en los hechos, un desconocimiento de los principios de celeridad y eficiencia.

OFERTA CONDICIONADA.

DICTAMEN ONC Nº 994/2012.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2011.

Referencias: Bienes a importar. Oferta condicionada. Elaboración del pliego de bases y condiciones particulares.

Consulta:

Se consultó a la ONC si resultan condicionadas las ofertas de bienes a importar que contemplen alguna previsión sobre eventuales inconvenientes en sus trámites aduaneros y los plazos de entrega de los productos.

Al respecto, en el organismo de origen fueron receptados planteos, por parte de proveedores, respecto a que los tiempos para la obtención de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI) no les permite garantizar la disponibilidad de los bienes a una determinada fecha, lo que implicaría no cumplir con el plazo de entrega establecido en los pliegos de bases y condiciones particulares.

En ese orden de ideas, la consulta radicaba en desentrañar si la situación descripta puede entenderse o no, como una oferta que contuviere condicionamientos.

Normativa examinada:

- Resolución General AFIP Nº 3252/12.
- Artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se está frente a una oferta condicionada cuando la misma *"se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido."* (conf. Artículo 528 Código Civil). En igual sentido la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido que la oferta está condicionada cuando el precio ofertado dependerá del *"…acaecimiento de un acontecimiento futuro e incierto…"* (en Dictámenes PTN, 254:63).

II) La Administración no puede quedar sujeta al cumplimiento de un acontecimiento incierto y futuro, establecido por el oferente, en contradicción con las regulaciones legales y con las condiciones del pliego de bases y condiciones, pues la oferta estaría condicionada a la voluntad de aquél.

III) Sin embargo, hay casos o situaciones en las que no es posible presentar una oferta sin "condicionamientos", es decir que su cumplimiento depende de una condición de índole, por ejemplo, administrativo. Son situaciones donde la inclusión o el surgimiento de condicionamientos se impone de hecho, pero que no son atribuibles a la voluntad del oferente, rasgo esencial de una oferta condicionada.

IV) La existencia de una pirámide normativa que conlleva la obligación de cumplir e interpretar las normas a partir de un determinado orden de prelación, contiene la obligación de elaborar un pliego de bases y condiciones particulares que considere no sólo la normativa específica de contrataciones sino también las normas especiales que regulan en este caso, la materia aduanera e impositiva.

V) En este caso, para que sea factible la presentación de una oferta no condicionada es preciso que, el organismo contratante considere la normativa impositiva y aduanera, la cual es obligatoria para todos los interesados en realizar importaciones de bienes, por lo que constituye un imperativo también para todos aquellos que intervienen en un procedimiento de compra de bienes importados y, por ende, debería ser tenido presente por los organismos a la hora de elaborar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00938210-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 23 de enero de 2017.

Referencias/voces: Oferta condicionada.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida en torno a si la cláusula de pago incorporada en la oferta del señor BOYADJIAN Juan Carlos –presentada en el marco de la Contratación Directa Nº 203/16 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL–, debía interpretarse como un condicionamiento y/o un apartamiento de lo establecido en el pliego de bases y condiciones particulares.

Al tomar intervención la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL puso de resalto, al respecto, lo siguiente*: "…Tal como consta en el Acta de apertura de fecha 11 de noviembre de 2016, únicamente la firma BOYADJAN JUAN CARLOS (CUIT Nº 23-10463486-9) presentó su propuesta. A partir del análisis de la documentación acompañada en las actuaciones se pudo advertir que: a) En la oferta suscripta por la firma antes mencionada se ofrece como forma de pago: 'resumen mensual'. Téngase presente lo establecido en el punto 18 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares en relación al pago, especificando que el mismo será dentro de los TREINTA (30) días corridos, contados a partir del día siguiente al de la incorporación por parte de la Dirección de Programación y Ejecución Presupuestaria del Acta emitida por la Comisión de Recepción Definitiva, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula Nº 16 (Recepción Definitiva). b) Si bien lo indicado por la oferente no es exactamente lo que solicita el pliego, tampoco queda claro que con ello se aparte o proponga un plazo distinto al establecido…".*

Normativa examinada:

- Artículos 64, 84 incisos i) y j), 116 y 117 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo atinente a cuándo una oferta debe considerarse "condicionada" se ha sostenido que: *"…la oferta condicionada implica una variación de las cláusulas de la licitación y hace jurídicamente imposible la adjudicación a la empresa aunque esa oferta hubiera sido la más conveniente en el marco de determinada licitación pública."* (MONTI, Laura, en *"Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira"*, ed. Ediciones RAP, Año 2006). A su turno, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha opinado que la oferta está condicionada cuando el precio ofertado depende del *"…acaecimiento de un acontecimiento futuro e incierto…"* (v. Dictámenes PTN, 254:63).

II) En principio, se está frente a una oferta condicionada cuando la misma establece condiciones a cargo del licitante o de terceros, a los que se sujetan las obligaciones y los derechos del licitador. En estos casos, en principio, se impone su desestimación.

III) Ello así, porque la Administración no puede quedar sujeta al cumplimiento de un acontecimiento incierto y futuro, establecido por el oferente, en contradicción con las regulaciones legales y con las condiciones del pliego de bases y condiciones, pues la oferta

estaría condicionada a la voluntad de aquél (MONTI, Laura, *"Ofertas Condicionadas y Ofertas Alternativas"*, en Cuestiones de Contratos Administrativos, ed. RAP, 2007, 1º ed., p. 623/624).

IV) El artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 prevé, en su inciso j) que también procederá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, cuando la misma contuviere cláusulas en contraposición con las normas que rigen la contratación. En efecto, no resulta admisible una oferta que modifique las condiciones del llamado previamente establecidas por el organismo contratante, ya que una "contrapropuesta" importaría, en principio, desvirtuar las bases del procedimiento en violación al principio de igualdad que debe regir en toda contratación administrativa (Conf. Dictamen ONC Nº 586/10).

V) En el caso traído a consulta, el proveedor en cuestión incorporó en su oferta una cláusula de pago que contiene directrices distintas y/o que se apartan de lo estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares. Ello por cuanto, por un lado el mentado pliego de bases y condiciones particulares dispone que el pago al proveedor se realizara dentro de los 30 días corridos, a partir del día siguiente al de la incorporación del Acta de Recepción, que la Comisión de Recepción deberá emitir dentro de los DIEZ (10) días de completada la prestación de los servicios en cuestión, mientras que por el otro, la sociedad comercial en cuestión dispuso en su oferta que el pago por la prestación de sus servicios deberá realizarse mediante pago mensual.

VI) La diferencia existente entre la Cláusula de pago incorporada por el proveedor en su oferta y la dispuesta por la jurisdicción contratante en el pliego de bases y condiciones de particulares es, a criterio de este Órgano Rector, sustancial y se subsume en la causal de desestimación no subsanable contemplada en el artículo 84, inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Ello en virtud de que el proveedor se apartó en su oferta de las reglas establecidas en las normas que rigieron el llamado.

VII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que la propuesta presentada por el proveedor BOYADJIAN Juan Carlos en el marco de la Contratación Directa Nº 203/16 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, se encuentra incursa en la causal de desestimación no subsanable contemplada en el artículo 84, inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

OFERTA INADMISIBLE/OFERTA INCONVENIENTE.

DICTAMEN ONC Nº 221/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Informe auditoría. Oferta inadmisible.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, asesore a la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del

ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA, en relación con determinadas observaciones efectuadas por la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA (UAI) de esa cartera ministerial.

Normativa examinada:

- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 7, 62, 71, 72 y 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No resulta admisible una oferta que modifique las condiciones del llamado previamente establecidas por el organismo contratante, ya que una "contrapropuesta" de esta naturaleza importaría desvirtuar las bases del procedimiento en violación al principio de igualdad que debe regir en toda contratación administrativa.

II) En conclusión, no es posible soslayar que la determinación de la oferta más conveniente es una prerrogativa propia del órgano competente para decidir, el que en cada caso gozará de un margen de apreciación discrecional, sin perjuicio de las siguientes limitantes: a) La selección de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares y demás normas complementarias que rigen la contratación, conforme con el principio de juridicidad; b) La exigencia de que la elección se encuentre razonablemente fundada y motivada, debiendo explicitarse las razones y el criterio objetivo que permitió seleccionar una determinada propuesta como "la más conveniente" para satisfacer el fin público comprometido en cada caso.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento desierto/fracasado. Oferta inadmisible/inconveniente. Pliego de bases y condiciones particulares. Principios de igualdad y concurrencia.

Consulta:

Frente a la circunstancia de que en el marco de la Licitación Pública Nº 49/2014 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL ninguna de las ofertas cumplía con lo previsto en el inciso I) del artículo 9 del pliego de bases y condiciones particulares, se consultó al Órgano Rector sobre la posibilidad de continuar adelante con su tramitación.

Cabe mencionar, al respecto, que la DIRECCIÓN de la AUDITORIA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL expresó: *"…en la práctica, al momento de presentar las ofertas, se aprecia que –en este caso en particular- el requerimiento resulta ser a todas luces excesivo, puesto que ninguna de las firmas que se encuentra en situación de ser preadjudicada logra cumplir con dicha cláusula".*

Normativa examinada:
- Artículos 3º y 25 inciso d) apartado 4 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Una oferta será considerada inadmisible cuando no se ajuste a las cláusulas que conforman el pliego de bases y condiciones particulares que rija el llamado de que se trate, mientras que una propuesta podrá ser declarada inconveniente cuando, no obstante ajustarse a las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones particulares, no cumpla con las expectativas del organismo contratante por razones de precio, financiación u otros motivos económicos (v. Dictamen ONC Nº 786/2011).

II) Dado los antecedentes del presente caso, no es dudoso ni arbitrario colegir que ninguna de las ofertas presentadas se ajusta al requisito establecido en el artículo 9 l) del pliego de bases y condiciones particulares, resultando, en consecuencia de ello, todas las propuestas presentadas inadmisibles para la Licitación Pública Nº 49/2014.

III) El organismo contratante deberá declarar fracasada la Licitación Pública N° 49/2014 y efectuar un segundo llamado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 inciso d) punto 4 del Decreto Delegado 1023/01 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

OFERTA MÁS CONVENIENTE.

DICTAMEN ONC Nº 221/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Informe auditoría. Custodia de las ofertas. Principio de economía y principio de igualdad. Adjudicación a oferta superior al resto. Oportunidad, mérito y conveniencia. Oferta más conveniente. Oferta inadmisible.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, asesore a la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA, en relación con determinadas observaciones efectuadas por la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA (UAI) de esa cartera ministerial.

En relación a la observación N° 3 del ANEXO VII, la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA de la jurisdicción girante advirtió lo siguiente: *"…Debilidad en el cumplimiento del principio de economía. Según surge del expediente analizado* […] *correspondiente a la adquisición de un vehículo para la Secretaría de Coordinación Pública, Institucional y Emergencia Agropecuaria, la oferta ganadora era la única que cumplía con las condiciones de entrega definidas en el Pliego de Condiciones Particulares (25 días de entrega del vehículo a partir de la fecha de Orden de Compra), en el Dictamen de Evaluación, no se consideró el 'Principio de Economía'…".*

En respuesta a ello, la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA efectuó un descargo respecto de esta observación, donde efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: *"…Es dable destacar que por aceptar una oferta de menor valor, aceptando cambios en las condiciones particulares del pliego, se vería afectado el principio de igualdad que debe primar en todos los procedimientos de selección (art. 3º inciso f) tanto para los interesados (potenciales oferentes) como para los oferentes. Es por esa razón que la firma IGARRETA SACI al presentar otro plazo en su oferta condicionó las condiciones del pliego de bases y condiciones particulares elaborado para tal fin, no pudiendo resultar adjudicatario, sin importar el monto de su oferta."*

Finalmente, el hallazgo en cuestión fue ratificado en el punto c. del informe definitivo de auditoría, donde la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA del organismo de origen interpretó que: *"…el principio de Economía debería haber primado sobre el principio de igualdad, en el cual se apoya la argumentación del auditado, dada la desproporción de las cotizaciones de los oferentes (51,27%). Una extensión del plazo de entrega (en el caso de 25 a 60 días, es decir, de solo 35 días) no puede nunca constituir un argumento válido para asumir y aceptar un encarecimiento como el señalado, en violación flagrante e injustificada del Principio de Económica* (sic).
Asimismo, vale recordar que no se citan […] *razones de necesidad y urgencia para contratar a un mayor precio una empresa que cumplía con los plazos, pero que cotizó a un precio sensiblemente mayor que el vehículo licitado, desechando la posibilidad que le otorga el artículo 78 del Decreto 436/2000, en el sentido de que el dictamen no es vinculante, y en consecuencia le quedaba la vía expedita, para desestimar y convocar a una nueva Licitación Privada, con un plazo superior de entrega.".*

Normativa examinada:

- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 7, 62, 71, 72 y 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por "oferta más conveniente" se entiende a aquella que se ajusta a las previsiones del pliego de bases y condiciones particulares, y que basándose en criterios económicos, de calidad, de idoneidad del proveedor, entre otros, logra satisfacer la necesidad del organismo cocontratante.

II) El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta.

III) Sobre el particular se ha sostenido: *"…la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, y antecedentes en obras similares, entre otros). De allí que el precitado art. 15 RCAN, se refiera a 'demás condiciones de la oferta'."* (CASSAGNE, Juan Carlos. "*El Contrato Administrativo"* Tercera Edición, Ed. Abeledo-Perrot S.A., año 2009). En similar sentido, reconocida doctrina ha sostenido que la elección de la oferta más conveniente requiere: *"a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados*

a la bondad, utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representaba la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; y d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos…" (Cfr. FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 145.).

IV) De lo expuesto se colige que cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la "oferta más conveniente" u "oferta más ventajosa" u "oferta de mejor valor" conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas (v. gr. calidad de maquinarias, nivel de tecnología, modo de financiación, idoneidad del oferente, etc.).

V) A pesar de las previsiones del "Régimen del Sistema de Precios Testigo" establecido por Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122/10, la oportunidad, mérito y conveniencia de adjudicar a un oferente cuya propuesta sea "notablemente superior al resto" atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver.

VI) No resulta admisible una oferta que modifique las condiciones del llamado previamente establecidas por el organismo contratante, ya que una "contrapropuesta" de esta naturaleza importaría desvirtuar las bases del procedimiento en violación al principio de igualdad que debe regir en toda contratación administrativa.

VII) En conclusión, no es posible soslayar que la determinación de la oferta más conveniente es una prerrogativa propia del órgano competente para decidir, el que en cada caso gozará de un margen de apreciación discrecional, sin perjuicio de las siguientes limitantes: I) La selección de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares y demás normas complementarias que rigen la contratación, conforme con el principio de juridicidad; II) La exigencia de que la elección se encuentre razonablemente fundada y motivada, debiendo explicitarse las razones y el criterio objetivo que permitió seleccionar una determinada propuesta como "la más conveniente" para satisfacer el fin público comprometido en cada caso.

OFERTA (MODIFICACIÓN / SUSTITUCIÓN).

DICTAMEN ONC Nº 47/2013.

Fecha de emisión: 22 de febrero de 2013.

Referencias: Sustitución del equipamiento ofrecido. Modificación de la oferta. Principio de igualdad, razonabilidad y eficiencia.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en cuanto a la viabilidad jurídica de adjudicar el objeto de la Licitación Pública

Nacional de Etapa Múltiple modalidad "llave en mano" Nº 16/2010 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA a la Unión Transitoria de Empresas TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A., en la medida en que la mencionada UTE ha propuesto entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta; ello así a raíz de tratarse de la única oferta admisible y encontrarse discontinuado el equipamiento originariamente ofertado por el consorcio empresarial en cuestión.

La consulta se vinculaba con la posibilidad de que, de resultar adjudicataria, la firma TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A. (UTE) hiciera entrega de bienes diferentes a los indicados en su oferta, en vista de circunstancias sobrevinientes (equipos discontinuados).

Desde el punto de vista técnico, la DIVISIÓN COMPUTACIÓN de la PFA indicó lo siguiente: 1) El nuevo equipamiento propuesto es el reemplazo natural del oportunamente ofertado, superando considerablemente las características técnicas y encuadrándose en las mismas normas ETAP que su original. 2) Los equipos ofrecidos se ajustan a los requerimientos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares. 3) No modifican técnicamente el objeto del llamado. 4) Los precios oportunamente ofertados continúan siendo los corrientes y equitativos en plaza.

Normativa examinada.

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Ley Nº 25.188 de Ética en la Función Pública.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración. La doctrina es conteste en señalar que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna de la propuesta después de esa circunstancia.

II) Una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia permite concluir que si la aceptación de los bienes ofrecidos en reemplazo es necesaria para satisfacer el interés público comprometido por cuanto se trata de la única oferta admisible y conveniente, no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo.

III) La entrega por parte de la firma TECOAR S.A. – GRUP TRAS S.A. – MOST S.A. (UTE) de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta, por cuanto tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes.

Ello así por cuanto la suya resulta ser la única oferta admisible, conforme lo dictaminado por la Comisión Evaluadora de Ofertas en el Dictamen Nº 41/2012.

IV) No se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación. En consecuencia, la actitud adoptada por el consorcio oferente resultó ser acorde con la diligencia colaboradora que le es exigible, de acuerdo con las circunstancias del caso y la magnitud de los intereses en juego.

V) El principio de eficiencia, de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, reviste un rol preponderante en la actividad administrativa y compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la presente licitación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto, que en este caso resulta ser la adquisición, instalación y puesta en marcha de una nueva plataforma tecnológica para satisfacer las necesidades de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA.

DICTAMEN ONC Nº 195/2013.

Fecha de emisión: 11 de julio de 2013.

Referencias: Principio de igualdad. Sustitución del equipamiento ofrecido. Modificación de la oferta. Principio de inmodificabilidad. Procedencia para la modificación del contrato.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó que esta Oficina Nacional se expida sobre la viabilidad de que las empresas adjudicatarias de la Licitación Pública Nº 19/2012 entreguen bienes distintos a los oportunamente ofertados, en la medida en que los proveedores DINATECH S.A. y CORADIR S.A. informaron la imposibilidad de entregar los productos ofrecidos aduciendo distintos motivos y ofreciendo entregar bienes sustitutos.

La DIRECCIÓN DE SISTEMAS de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES había dejado asentado en el expediente que el equipamiento propuesto por las firmas adjudicatarias se ajusta en un todo, e incluso supera en prestaciones, a las especificaciones técnicas requeridas oportunamente.

Por su parte, las adjudicatarias habían invocado problemas con las importaciones, agregando que en virtud del tiempo transcurrido se habían producido cambios en los aranceles de importación, cambios en las políticas de las empresas y que le resultaba imposible poseer un stock de SEISCIENTOS (600) equipos inmovilizados.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.

❖ Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La garantía de igualdad, consagrada de modo general por el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos administrativos y debe regir desde la preparación de los pliegos, durante la publicación del llamado, en la etapa de recepción y evaluación de las ofertas, al momento de adjudicar y durante la ejecución del contrato hasta su total finalización. Se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Así, los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna de la propuesta después de esa circunstancia.

III) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración. Sin embargo, puede verse menguado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

IV) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia.

V) A criterio de este Órgano Rector, no surgen de las notas presentadas por las empresas DINATECH S.A. y CORADIR S.A., ni de las actuaciones obrantes en autos circunstancias objetivas que ameriten una modificación de los términos contractuales.

VI) La empresa DINATECH S.A. adujo que la solicitud de remplazo de los bienes obedecía a los *"problemas existentes con las importaciones"* pero no manifestó y mucho menos acreditó cuales fueron los inconvenientes con las importaciones para el bien particular que ofertó y que no le permitieron cumplir con la entrega del mismo. Asimismo, dicho proveedor hizo alusiones respecto de cambios en los aranceles de importación, cambios en las políticas de las empresas y la imposibilidad de poseer un stock de SEISCIENTOS (600) equipos inmovilizados. Esta Oficina entiende que dichos argumentos no resultan suficientes para que el proveedor pueda modificar su oferta original ya que no obedecen a parámetros objetivos y ajenos a su voluntad. Iguales consideraciones resultan aplicables a lo manifestado por la empresa CORADIR S.A., ya que en su presentación únicamente argumentó no contar con stock en la actualidad del producto oportunamente ofertado.

VII) A efectos de considerar la procedencia de la modificación solicitada, se deberá acreditar que la situación alegada por los proveedores se debe a causas objetivas ajenas a su voluntad, y siempre que los nuevos bienes ofrecidos cumplan con las especificaciones técnicas

requeridas en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y se mantengan los precios oportunamente ofertados.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de Junio de 2016.

Referencias/voces: Entrega de bienes distintos a los cotizados. Requisitos. Entrega fuera de plazo. Procedencia de la multa por mora.

Antecedentes:

El MINISTERIO DE SEGURIDAD llevó adelante la Contratación Directa Nº 41/14 con el objeto de adquirir DOS (2) equipos de almacenamiento masivo de datos informáticos para satisfacer las necesidades de la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA CRIMINAL, con sujeción a las especificaciones técnicas estipuladas en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

En ese marco, se recibió una única oferta correspondiente a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., la que resultó adjudicataria por considerarse su propuesta económicamente conveniente y ajustada a los requisitos exigidos en el pliego. Consecuentemente, se emitió la Orden de Compra Nº 82/15, la cual fue retirada por la adjudicataria el día 25 de agosto de 2015.

Ahora bien, el día 7 de octubre de 2015, es decir, habiendo transcurrido un poco más de un mes desde el perfeccionamiento del contrato, el proveedor propuso cambiar el material adjudicado por otro (en teoría superador), aduciendo que el mencionado en la orden de compra se encontraba discontinuado a nivel mundial y que sería la propia firma la que absorbería toda diferencia económica.

Frente a este escenario, con fecha 19 de octubre de 2015 la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD propició el rechazo de la propuesta en cuestión por considerarla improcedente, invocando a tal efecto cuestiones técnicas vinculadas con la funcionalidad requerida.

Sin embargo, de las constancias obrantes en autos se desprende que los equipos ofrecidos en reemplazo fueron finalmente recibidos por el organismo y, más aún, casi un semestre después del primer informe –cambio de autoridades mediante– la referida Dirección emitió una nueva opinión técnica pero en sentido contrario, en tanto que en este segundo examen se entendió que el producto recibido por el MINISTERIO DE SEGURIDAD es superador del originariamente solicitado, sin perjuicio de haberse mantenido el valor inicialmente cotizado.

Consulta: Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos:

a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la entrega, por parte del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., de bienes diferentes a los oportunamente

requeridos y adjudicados en el marco Contratación Directa Nº 41/14 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de los equipos en cuestión, correspondía –o no– aplicar la penalidad de multa por mora, atento a que los mismos habrían sido entregados fuera del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 119 y 126 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del principio de igualdad, la regla general es el mantenimiento de las condiciones de los contratos, siendo la modificación su excepción (v. Dictamen ONC Nº 993/2012). Tan es así que, actualmente, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y el artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales receptan expresamente el principio general de inmodificabilidad de la oferta, en los siguientes términos: *"La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia".*

II) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye así una de las reglas específicas de los procedimientos de selección, como una derivación del principio de igualdad. La doctrina es conteste en señalar que, a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

III) La postura tradicional en la materia ha sido reflejada en el Dictamen ONC Nº 159/2006 en el que se sostuvo: *"…no puede la firma adjudicataria entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta, atento a que todo lo cotizado, en cuanto a marca, calidad, especificaciones técnicas y precio, en su conjunto, es tenido en cuenta por el organismo contratante al momento de adjudicar".* Sin embargo, en lo que respecta al principio de inmodificabilidad de las ofertas se fueron abriendo paso las concepciones que postulan que no se trata de un principio absoluto, sino relativo, que debe armonizarse con los principios de razonabilidad, eficiencia, igualdad y transparencia.

IV) En puridad, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí, correspondiendo al operador jurídico acercarse a la solución más justa, teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el procedimiento licitatorio (Cfr. CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director)*, Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.). Desde esta óptica, el principio de inmodificabilidad de las ofertas puede verse morigerado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

V) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia. En dicho sentido, se ha admitido la posibilidad de modificar los términos de un contrato administrativo con fundamento en el interés público y dentro de ciertos límites. Tales límites, derivados de las garantías constitucionales consisten, básicamente, en la inalterabilidad de la sustancia misma del contrato y de su ecuación económico-financiera en favor del cocontratante (conf. COMADIRA, Julio. *La licitación pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 89/90).

VI) El cambio contractual no podría implicar ventajas para el contratista; pero no sería violatoria del principio de igualdad una modificación fundada en la necesidad de satisfacer el interés público, configurada a causa de un cambio objetivo de circunstancias, en condiciones tales que ninguno de los restantes oferentes tuviera motivos para considerar que, de haber conocido el cambio, hubiera modificado la oferta.

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha expedido en sentido concordante con lo expuesto, al expresar en el marco del Dictamen Nº 527, del 29 de Diciembre de 2004: *"En la medida en que no puede cambiar el precio ofertado y que el producto sólo puede cambiar para mejorar –adaptación– para evitar la rápida obsolescencia de este tipo de elementos-, en el caso no hubo apartamiento del pliego. Ello así, teniendo en cuenta que la oferente entregará el mismo bien tecnológicamente licitado y ofertado y, eventualmente, podrá entregar productos de mejor calidad que los ofrecidos."* (v. Dictámenes PTN 251:851). Más aún, ya en un antiguo dictamen de fecha 27 de marzo de 1979 el más alto organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL había advertido que: *"…en determinadas circunstancias resulta admisible una mejora en la oferta que no se aparte de las bases y pliegos que rigieron la licitación, si se trata de la única propuesta en condiciones de ser adjudicada"* (v. Dictámenes PTN 148:279).

VIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha sostenido que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la*

discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo." (Dictamen ONC Nº 9/2013).

IX) A mayor abundamiento, este Órgano Rector entendió que: *"…la entrega por el oferente de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta* (…) *por cuanto en esta oportunidad tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes.".* Asimismo, en dicho pronunciamiento, se agregó: *"Dicho de otro modo, no se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación."* (Dictamen ONC Nº 47/2013).

X) En el marco del presente caso la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. solicitó al organismo contratante autorización para sustituir el material oportunamente ofertado por tratarse "de un producto discontinuado a nivel mundial", pero tal invocación no se presenta debidamente acreditada en los presentes actuados, salvo por el hecho de haber sido aceptada sin cuestionamientos por la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

XI) Por otra parte, la referida DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD emitió en el expediente dos informes en sentido contrapuesto sin que, a criterio de este Órgano Rector, haya quedado adecuadamente comprobado que los nuevos equipos ofrecidos cumplen con los requisitos técnicos mínimos previstos en el pliego, sin implicar una tecnología diferente. Es decir, de la lectura del expediente no queda claro si las circunstancias invocadas efectivamente acaecieron y si las mismas hubiesen afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma situación; ergo, deberá acreditarse tanto la discontinuidad alegada como el no apartamiento del pliego.

XII) Resulta imperioso comprobar que el reemplazo de los bienes haya respondido a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad de la empresa SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. y que las características técnicas de las unidades entregadas no implican un apartamiento de las bases que rigieron la contratación, sino tan solo una suerte de "sustituto natural" o "superador" de los bienes presuntamente discontinuados.

XIII) Va de suyo que el escrutinio y valoración de tales cuestiones de índole eminentemente técnica excede con creces la competencia de esta Oficina Nacional, debiendo recabarse, en su caso, la opinión especializada de la OFICINA NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (ONTI) y/o incorporarse un nuevo informe técnico debidamente motivado.

XIV) Salvados que fueren los extremos previamente indicados, una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia conduce a pensar que la cuestión se resuelve adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

XV) Este Órgano Rector entiende que la viabilidad jurídica de aceptar la entrega de bienes diferentes a los cotizados queda supeditada a la acreditación en el expediente de los siguientes requisitos: 1) El motivo de sustitución del equipamiento ofertado debe responder a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad del proveedor, que no le hayan permitido cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia, como ser –en caso de acreditarse– la discontinuación de bienes tecnológicos por el mero transcurso del tiempo; 2) aun cuando se ofrezca entregar un mejor y más actualizado equipamiento –en comparación con el requerido y ofertado– debe verificarse el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares; 3) Debe respetarse el valor cotizado. La aceptación por parte de la jurisdicción o entidad contratante no puede importar una ventaja en favor del adjudicatario ni un perjuicio para el Estado; 4) La finalidad perseguida no puede ser otra que procurar una adecuada satisfacción del interés público, razón por la cual la aceptación de la sustitución debe operar de igual manera cualquiera fuere el proveedor que se hallare en igual condición. Ello así, por cuanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros).

XVI) En el hipotético caso en que se corroboren los extremos indicados, corresponderá considerar válidamente aceptados los bienes entregados por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., en reemplazo de los oportunamente ofertados que, a la postre, hubieren sido discontinuados. Máxime, teniendo en consideración que se trató del único oferente en el marco Contratación Directa Nº 41/14 y que las unidades se encuentran actualmente en funcionamiento “a total satisfacción de los usuarios”.

XVI) Así se ha sostenido que *“ …debe estarse a una solución más justa respecto de los conflictos que puedan presentarse entre ‘formas’ y ‘sustancia’; y resolver la situación del conflicto teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el proceso licitatorio, privilegiando la ‘sustancia’ por sobre cualquier rigorismo formal…”* (FARRANDO, Ismael (h). *Contratos administrativos*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 294 y ss.).

XVII) De constatarse el cumplimiento de los requisitos enumerados *ut supra*, el principio de eficiencia –de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01–, compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la contratación de marras y aceptar los bienes ofrecidos en reemplazo, circunstancia que –bajo los recaudos delineados– no implicaría una vulneración de los principios de inmodificabilidad de la oferta ni de igualdad, ni perjudica al Estado, sino que lo beneficia al permitir que adquiriera, por el mismo precio, un producto más moderno, máxime tratándose de bienes informáticos, que se caracterizan por su rápida obsolescencia.

XVIII) La aplicación de una multa por mora en la entrega de los bienes presupone un contrato válido.

XIX) A partir de la lectura del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Contratación Directa Nº 41/2014 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD se advierte

que el adjudicatario debía entregar los bienes objeto del contrato, dentro de los CINCO (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la Orden de Compra. Siendo ello así, en la medida en que la Orden de Compra Nº 82/2015 fue retirada por la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. el día 25 de agosto de 2015 –de acuerdo a la firma y fecha insertas en el instrumento obrante a fs. 160/161– cabe concluir que el plazo de cumplimiento del contrato expiró el día 1º de septiembre de 2015.

XX) Luego, el correo electrónico a través del cual el proveedor de marras ofreció sustituir el material ofertado data del 7 de octubre de 2015, es decir, más de un mes después de fenecido el plazo contractualmente previsto para la entrega. En consecuencia, si bien no se advierten incorporadas en los presentes actuados constancias que den cuenta de la fecha cierta en que fueron recibidos los equipos que se encuentran actualmente en funcionamiento, no parece dudoso presumir que dicha entrega tuvo lugar encontrándose ampliamente vencido el plazo para ello, en cuyo caso corresponderá la aplicación de la penalidad de multa por mora, con sujeción a lo establecido en el artículo 126 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

OFERTA (TEMAS VARIOS).

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Interpretación del Decreto Nº 893/12. Art. 63 identificación de sobres, cajas o paquetes que contengan la oferta. Oferta disponible para ser abierta. Alcance de la expresión. Art. 70 inciso g) Oferta nacional. Declaraciones Juradas. Balanza comercial. Declaración jurada de juicios contra el Estado. Inexistencia. Declaración jurada de Habilidad para contratar. Oportunidad de la presentación de la declaración.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de dilucidar si resulta válido que los oferentes identifiquen con su nombre o razón social el sobre, caja o paquete que contenga sus respectivas ofertas.

Puntualmente, se consultó que debe entenderse por “no estuviera disponible”, cuando se establece en el segundo párrafo del artículo 63: *“…y aún presentada en término no estuviere disponible para ser abierta…”.*

Asimismo, en relación al artículo 70, inciso g) apartados 3 y 4 se indagó: ¿Debe el oferente informar si se sirve de bienes nacionales o importados para el desarrollo de su actividad comercial? ¿Deben informar al respecto todos los oferentes o sólo las pequeñas y medianas empresas? Si el proveedor expresa que su oferta es de origen nacional ¿Debe presentar una

declaración jurada en la que certifique que la misma es de origen nacional? ¿Es sólo para las Micro y Pequeñas empresas o resulta aplicable a todos los proveedores?

Luego, sobre el Artículo 70, inciso g) apartado 4: ¿Balanza comercial se refiere al Balance – Estados Contables? ¿En la Declaración Jurada el oferente debe informar el resultado económico proyectado para el corriente año, es decir, cuánto espera ganar? ¿Es un requisito exigible a las pequeñas empresas o para todas?

Normativa examinada:

- Artículos 63 y 70 incisos e) y g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Ley Nº 25.551.
- Decreto Nº 1600/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El requisito de identificar las ofertas (con los datos del oferente) no se encuentra previsto en el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, por lo que sólo cabe inferir que dicha supresión responde a una clara decisión de política reglamentaria.

II) Sin perjuicio de lo expuesto, cuadra decir que del análisis armónico del artículo 63 junto a las demás normas que integran el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se desprende que nada obsta, en principio, a que los oferentes identifiquen sus ofertas.

III) Cuando en el marco de un procedimiento de selección se presenten ofertas con la identificación del oferente, no podrán desestimarse por este motivo.

IV) En relación a lo normado en el artículo 63, *in fine*, la circunstancia de que una oferta presentada en término "no estuviere disponible para ser abierta en el momento de celebrarse el acto de apertura", debe interpretarse en relación a ofertas que, aún presentadas en término, la falta de la debida identificación de sobres, cajas o paquetes imposibilite la tarea de las jurisdicciones y entidades contratantes a los efectos de poder determinar a qué procedimiento de selección corresponden. De ello se desprende que la falta de diligencia del oferente –al no indicar en su oferta el tipo y número de procedimiento de selección a que corresponda, lugar, día y hora límite para la presentación de las ofertas y lugar, día y hora de apertura– acarrea como consecuencia la devolución de la propuesta al presentante, sin que pueda ser considerada en el procedimiento de selección de que se trate.

V) La obligación de presentar la declaración jurada referida en el artículo 70, inciso g) apartado 3 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 comprende a todos los interesados en cotizar, a efectos de acreditar la condición de oferta nacional en los términos de la normativa vigente en la materia. Se trata de una obligación que alcanza a todos los interesados en participar en procedimientos de selección comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y sus normas modificatorias y complementarias, independientemente de que el oferente revista o no la calidad de micro, pequeña y/o mediana empresa.

VI) En relación a la consulta atinente al alcance interpretativo de los términos "balanza comercial", correspondería circunscribir dicho concepto al superávit o el déficit anual neto del comercio de una empresa, basado en la diferencia entre el valor total de sus importaciones y el de sus exportaciones durante un período de tiempo determinado. La balanza comercial es otra forma de referirse a las exportaciones netas.

VII) A los fines de la presentación de la declaración jurada correspondiente, el resultado de la balanza comercial refleja la diferencia entre el total de las exportaciones y el de importaciones del oferente que se trate en el último ejercicio y la proyectada para el ejercicio corriente. Los oferentes –sin excepción– deberán acompañar junto con sus ofertas una declaración jurada mediante la cual se informe la provisión y/o uso de bienes y/o materiales importados, así como el resultado de su balanza comercial en el último ejercicio y la proyectada para el ejercicio corriente. En el supuesto en que el oferente no realice operaciones de exportación y/o importación, deberá simplemente consignar tal circunstancia en la respectiva Declaración Jurada.

VIII) Se trata de una obligación que alcanza a todos los interesados en participar en procedimientos de selección comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y sus normas modificatorias y complementarias, independientemente de que el oferente revista o no la calidad de micro, pequeña y/o mediana empresa.

DICTAMEN ONC Nº 221/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Informe auditoría. Custodia de las ofertas. Principio de economía y principio de igualdad. Adjudicación a oferta superior al resto. Oportunidad, mérito y conveniencia. Oferta alternativa. Oferta variante. Oferta más conveniente. Oferta inadmisible.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, asesore a la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA, en relación con determinadas observaciones efectuadas por la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA (UAI) de esa cartera ministerial.

En relación a la observación N° 3 del ANEXO VII, la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA de la jurisdicción girante advirtió lo siguiente: *"…Debilidad en el cumplimiento del principio de economía. Según surge del expediente analizado* […] *correspondiente a la adquisición de un vehículo para la Secretaría de Coordinación Pública, Institucional y Emergencia Agropecuaria, la oferta ganadora era la única que cumplía con las condiciones de entrega definidas en el Pliego de Condiciones Particulares (25 días de entrega del vehículo a partir de la fecha de Orden de Compra), en el Dictamen de Evaluación, no se consideró el 'Principio de Economía'…".*

En respuesta a ello, la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA efectuó un descargo respecto de esta observación, donde efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: *"…Es dable destacar que por aceptar una oferta de menor valor, aceptando cambios en las condiciones particulares del pliego, se vería afectado el principio de igualdad que debe primar en todos los procedimientos de selección (art. 3º inciso f) tanto para los interesados (potenciales oferentes) como para los oferentes. Es por esa razón que la firma IGARRETA SACI al presentar otro plazo en su oferta condicionó las condiciones del pliego de bases y condiciones particulares elaborado para tal fin, no pudiendo resultar adjudicatario, sin importar el monto de su oferta."*

Finalmente, el hallazgo en cuestión fue ratificado en el punto c. del informe definitivo de auditoría, donde la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA del organismo de origen interpretó que: *"…el principio de Economía debería haber primado sobre el principio de igualdad, en el cual se apoya la argumentación del auditado, dada la desproporción de las cotizaciones de los oferentes (51,27%). Una extensión del plazo de entrega (en el caso de 25 a 60 días, es decir, de solo 35 días) no puede nunca constituir un argumento válido para asumir y aceptar un encarecimiento como el señalado, en violación flagrante e injustificada del Principio de Económica* (sic).
Asimismo, vale recordar que no se citan […] *razones de necesidad y urgencia para contratar a un mayor precio una empresa que cumplía con los plazos, pero que cotizó a un precio sensiblemente mayor que el vehículo licitado, desechando la posibilidad que le otorga el artículo 78 del Decreto 436/2000, en el sentido de que el dictamen no es vinculante, y en consecuencia le quedaba la vía expedita, para desestimar y convocar a una nueva Licitación Privada, con un plazo superior de entrega.".*

Normativa examinada:

- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 7, 62, 71, 72 y 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La decisión sobre la custodia de las ofertas –desde la presentación de las mismas, hasta su apertura– resulta ser del resorte propio de la competencia de la autoridad política girante.

II) Por "oferta más conveniente" se entiende a aquella que se ajusta a las previsiones del pliego de bases y condiciones particulares, y que basándose en criterios económicos, de calidad, de idoneidad del proveedor, entre otros, logra satisfacer la necesidad del organismo cocontratante.

III) El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta.

IV) Sobre el particular se ha sostenido: *"…la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, y antecedentes en obras similares, entre otros). De allí que el precitado art. 15 RCAN, se refiera a 'demás condiciones de la oferta'."* (CASSAGNE, Juan Carlos. "*El Contrato Administrativo"* Tercera Edición, Ed. Abeledo-Perrot S.A.,

año 2009). En similar sentido, reconocida doctrina ha sostenido que la elección de la oferta más conveniente requiere: *"a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la bondad, utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representaba la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; y d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos…"* (Cfr. FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 145.).

V) De lo expuesto se colige que cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la "oferta más conveniente" u "oferta más ventajosa" u "oferta de mejor valor" conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas (v. gr. calidad de maquinarias, nivel de tecnología, modo de financiación, idoneidad del oferente, etc.).

VI) A pesar de las previsiones del "Régimen del Sistema de Precios Testigo" establecido por Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122/10, la oportunidad, mérito y conveniencia de adjudicar a un oferente cuya propuesta sea "notablemente superior al resto" atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver.

VII) No resulta admisible una oferta que modifique las condiciones del llamado previamente establecidas por el organismo contratante, ya que una "contrapropuesta" de esta naturaleza importaría desvirtuar las bases del procedimiento en violación al principio de igualdad que debe regir en toda contratación administrativa.

VIII) En conclusión, no es posible soslayar que la determinación de la oferta más conveniente es una prerrogativa propia del órgano competente para decidir, el que en cada caso gozará de un margen de apreciación discrecional, sin perjuicio de las siguientes limitantes: I) La selección de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares y demás normas complementarias que rigen la contratación, conforme con el principio de juridicidad; II) La exigencia de que la elección se encuentre razonablemente fundada y motivada, debiendo explicitarse las razones y el criterio objetivo que permitió seleccionar una determinada propuesta como "la más conveniente" para satisfacer el fin público comprometido en cada caso.

IX) El hecho de no cumplir con el plazo de entrega exigido en el pliego configura un supuesto de oferta condicionada, que debe dar lugar a la desestimación.

X) Conforme el principio de integralidad del artículo 7 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en el expediente de una contratación se debe dejar constancia de todo lo actuado desde el inicio hasta la finalización de la contratación, es decir el efectivo pago.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06760341-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares. Adjudicación por grupo de renglones. Oferta más conveniente.

Consulta:

Normativa examinada:

- Artículo 15 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 31 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 34 del Anexo al Artículo 1 de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación a la posibilidad de adjudicar grupos de renglones el artículo 34 del Anexo al Artículo 1 —Disposición ONC Nº 63/16— Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional dispone que la adjudicación podrá realizarse por renglón o por grupo de renglones, de conformidad con lo que dispongan los pliegos de bases y condiciones particulares, motivo por el cual esta situación se encuentra prevista en la normativa aplicable en la materia.

II) La forma de determinar el criterio para seleccionar a la oferta más conveniente es una cuestión que entra dentro de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia de la autoridad llamada a decidir, motivo por el cual esta Oficina no tiene competencia para expedirse al respecto, no obstante se aclara que dicho accionar en manera alguna puede quedar exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda la actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos (conf. Dictamen ONC N° 895/2012).

III) El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que –como se señaló en el párrafo precedente– el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta. Sobre el particular, se ha sostenido: *"…la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, y antecedentes en obras similares, entre otros). De allí que el precitado art. 15 RCAN, se refiera a 'demás condiciones de la oferta'."* (CASSAGNE, Juan Carlos en "El Contrato Administrativo" Tercera Edición, Ed. Abeledo-Perrot S.A., año 2009).

IV) En similar sentido, reconocida doctrina ha sostenido que la elección de la oferta más conveniente requiere: *"…a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la bondad, utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representaba la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; y d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos…"* (Cfr. FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, Licitación pública, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 145.)

V) Cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la "oferta más conveniente" u "oferta más ventajosa" u "oferta de mejor valor" conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas.

VI) Esta Oficina entiende que el criterio de selección basado en la limitación de adjudicaciones, no se trata de un requisito que limite la concurrencia de oferentes y por lo tanto no se encuentra vulnerado el principio de concurrencia que debe primar en todo proceso licitatorio.

ORDEN DE COMPRA.

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Notificación de la orden de compra.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Normativa examinada:

- Artículos 96 y 108 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme el artículo 108 del citado Reglamento el plazo de entrega se computa en días hábiles a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, mientras que el artículo 96 del mismo plexo normativo establece que el

perfeccionamiento del contrato se produce con la notificación de la orden de compra. En virtud de ello, no debe quedar sujeto el cómputo del plazo al retiro de la Orden de Compra por parte del adjudicatario.

II) No corresponde sujetar el plazo al retiro por parte del adjudicatario de la orden de compra ya que la obligación de notificar la misma se encuentra en cabeza del organismo (ver artículos 96 y 98 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº 200/2015.

Fecha de emisión: 7 de julio de 2015.

Referencias: Documentos que integran el contrato. Orden de compra. Pliego. Oferta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión respecto del planteo oportunamente efectuado por la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE), en torno a si las órdenes de compra deben entenderse conformadas por la propia orden de que se trate, así como por el pliego de bases y condiciones particulares y la cotización del proveedor que resulte adjudicatario.

La GERENCIA de la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE) consultó si las órdenes de compra deben entenderse conformadas "a todo efecto legal" por la orden en cuestión, así como por el pliego de bases y condiciones y el presupuesto del proveedor. Aclaró que motivaba su solicitud la postura tomada por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AGIP) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el sentido que los instrumentos mencionados en el párrafo anterior no forman parte de la orden de compra, "…*como sustento para la aplicación arbitraria de tributos fiscales a nuestros asociados y proveedores del Estado en general, con manifiesto apartamiento de la normativa vigente para los procesos licitatorios del orden nacional.*".

En síntesis, la consulta sometida a estudio requería indagar, en lo esencial, cómo se conforman las órdenes de compra y si son un instrumento distinto –o no– de los pliegos, ofertas, etc.

Normativa examinada:

- Artículos 15 y 20 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 64, 96 y 99 del Reglamento aprobado por el decreto 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El pliego de bases y condiciones particulares es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula, por un lado, las pautas que regirán el procedimiento de selección y, por otro, el régimen de ejecución del contrato de que se trate (v.gr. los derechos y obligaciones de las partes, detalles de las prestaciones y/o bienes que integran el objeto contractual, lugar y plazo de cumplimiento, etc.) (Cfr. Dictámenes PTN

253:167). Al producirse la adjudicación y durante toda la etapa de ejecución, los pliegos integran la relación contractual a la que sirven de fuente.

II) Los efectos de los pliegos de bases y condiciones particulares trascienden la etapa precontractual propia del procedimiento de selección, en tanto determinan el contenido de los contratos a suscribirse entre los sujetos licitantes y los adjudicatarios, establecen los derechos y obligaciones de las partes, el tiempo y la forma en que cada contrato debe ser cumplido, etc.

III) Las ofertas, por su parte, son propuestas de contratos, una o varias de las cuales podrán ser aceptadas por la Administración a través del acto administrativo de adjudicación.

IV) La adjudicación constituye el acto administrativo que selecciona la oferta más conveniente para la Administración.

V) La orden de compra constituye un acto administrativo, cuya notificación al adjudicatario perfecciona el acuerdo de voluntades, dando inicio a la etapa contractual. La orden de compra o de venta deberá contener las estipulaciones básicas del procedimiento y su notificación al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato.

VI) La orden de compra es, en sí misma, un acto administrativo y, como tal, un instrumento diferenciable tanto del pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir una determinada contratación como de la oferta de quien eventualmente resulte adjudicatario.

VII) No obstante ello, cada uno de los aludidos documentos, si bien no pierden la individualidad inherente a su particular naturaleza, se encuentran estrechamente relacionados entre sí, pasando a conformar, desde que se produce el perfeccionamiento del contrato, un mismo y único plexo contractual, de mayor o menor complejidad según la envergadura que revista cada contrato administrativo en particular.

VIII) La orden de compra notificada a quien haya resultado adjudicatario en el marco de una determinada contratación, se integrará tanto con las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares atinentes a la ejecución contractual como con la respectiva oferta seleccionada por la Administración –como la más conveniente–, a través del acto de adjudicación. El acuerdo de voluntades resultante deberá sujetarse a las previsiones de la normativa vigente y a las estipulaciones previstas en todas las piezas citadas.

IX) Finalmente, de presentarse discrepancias, corresponderá estar al orden de prelación contemplado en el artículo 99 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A saber: a) Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones; b) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12; c) Las normas que se dicten en consecuencia del aludido reglamento; d) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aplicable; e) El Pliego de Bases y Condiciones Particulares; f) La oferta; g) Las muestras que se hubieran acompañado; h) La adjudicación; i) La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso.

DICTAMEN ONC Nº 54/2016.

Fecha de emisión: 9 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades de WASSERBERG S.A. Documentos que integran el contrato. Orden de compra. Pliego. Oferta. Orden de prelación de documentos que rigen el llamado.

Normativa examinada:

- Artículos 99 y 131, inc. b) apartado 2.2 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional –en lo que aquí concierne– tiene dicho: *"…La orden de compra constituye un acto administrativo, cuya notificación al adjudicatario perfecciona el acuerdo de voluntades, dando inicio a la etapa contractual. La orden de compra o de venta deberá contener las estipulaciones básicas del procedimiento y su notificación al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato.* […] *La orden de compra notificada a quien haya resultado adjudicatario en el marco de una determinada contratación, se integrará tanto con las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares atinentes a la ejecución contractual como con la respectiva oferta seleccionada por la Administración –como la más conveniente–, a través del acto de adjudicación. El acuerdo de voluntades resultante deberá sujetarse a las previsiones de la normativa vigente y a las estipulaciones previstas en todas las piezas citadas* […] *Finalmente, de presentarse discrepancias, corresponderá estar al orden de prelación contemplado en el artículo 99 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A saber: a) Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones; b) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12; c) Las normas que se dicten en consecuencia del aludido reglamento; d) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aplicable; e) El Pliego de Bases y Condiciones Particulares; f) La oferta; g) Las muestras que se hubieran acompañado; h) La adjudicación; i) La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso."* (Dictamen ONC Nº 200/2015).

II) El contrato está constituido por diferentes documentos, entre los cuales se pueden enumerar la orden de compra, el pliego de bases y condiciones particulares y la oferta, cumpliendo cada uno de ellos distintas funciones, pero que en última instancia coadyuvan a la correcta ejecución contractual.

III) Más allá de la convicción que tuviera la firma WASSERBERG S.A. respecto de las condiciones del contrato celebrado con el organismo licitante, dicho acuerdo debería sujetarse –indefectiblemente– a la normativa vigente y a las condiciones previstas en las piezas citadas precedentemente. La discrepancia entre el contenido de la oferta y los restantes documentos que integraban el contrato –en la que el proveedor sustentó su defensa– debería dirimirse atendiendo el orden de prelación establecido en el artículo 99 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12. De ahí que, ponderados los documentos que rigieron el mentado procedimiento de selección –conforme el orden de prelación previsto el artículo referenciado *ut-supra*– forzoso es concluir que la defensa alegada por la firma WASSERBERG S.A. resulta inconducente para desvirtuar los elementos de juicio que llevaron al organismo a disponer la rescisión parcial del contrato por culpa del proveedor.

IV) Ello así, en tanto que la "salvedad" incorporada por la firma proveedora en su oferta, condicionaba el precio final que debería pagar el organismo por las reparaciones contratadas,

vulnerando de este modo la normativa vigente y los diferentes documentos comprendidos en la Orden de Compra Nº 274/14, emitida en favor de la firma WASSERBERG S.A., en el marco de la Licitación Privada Nº 23/14.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-35757379-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Competencias para emitir y para autorizar órdenes de compra.

Alcance de la intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de dilucidar cuál es, o bien cómo se determina en cada caso, la autoridad competente para suscribir órdenes de compra en procedimientos de selección sustanciados bajo la modalidad "Acuerdo Marco".

A su vez se consultó si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16, resulta necesario el dictado de un acto administrativo o si, por el contrario, es suficiente la emisión de la orden de compra respectiva.

Normativa examinada:

- Artículos 9º, 25 inciso f) y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 34 y 124 a 132 del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el cuadro anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 se detallan las competencias de los funcionarios según los montos de las contrataciones, y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y subastas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

II) Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

III) Se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; Director Simple o funcionario de nivel equivalente; Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente,

Subsecretario o funcionario de nivel equivalente; Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, Secretarios Ministeriales o funcionarios de nivel equivalente; Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, Secretario General de la Presidencia de la Nación, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

IV) En lo que respecta puntualmente a la orden de compra –entendida como el acto que, una vez notificado perfecciona el acuerdo de voluntades dando lugar al contrato–, la normativa vigente prevé que deberá ser "emitida" por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) y "autorizada" por el funcionario competente que hubiere aprobado el procedimiento de selección de que se trate o por aquél en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad. En efecto, la reglamentación aplicable diferencia la facultad de emitir la orden de compra, de la competencia para autorizarla; distinción que –a criterio de esta Oficina Nacional– debe ser interpretada con el siguiente alcance: "emitir" es asimilable a la actividad operativa –usualmente a través de medios electrónicos– de generación del documento "orden de compra" por parte de la UOC mediante la utilización de un determinado sistema (v.g. SLU, COMPR.AR, etc.), mientras que la denominada "autorización" hace referencia a su firma por parte de la autoridad competente o por el funcionario en quien la autoridad competente haya delegado dicha facultad.

PAGO.

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Art. 117. Plazo de pago.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012.

Puntualmente, en relación al plazo de pago se consultó: Cuando el artículo bajo análisis dice "…salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se establezca uno distinto…" ¿La forma de pago la puede establecer la Administración?

Normativa examinada:

- Artículos 117 y 118 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La forma de pago comprende no sólo del plazo de pago, sino también la moneda de pago. Las jurisdicciones y entidades contratantes deberán, en principio, sujetarse a la normativa vigente en materia de pagos.

II) Sin perjuicio de ello, los organismos podrán regular en el pliego de bases y condiciones particulares la forma, modalidad y plazo de pago, sólo en la medida en que tales previsiones no contravengan lo reglamentado por las normas de mayor jerarquía que resulten de aplicación en la materia.

PAGO EN MONEDA EXTRANJERA.

DICTAMEN ONC Nº 268/2014.

Fecha de emisión: 3 de julio de 2014.

Referencias: Moneda de cotización. Moneda extranjera. Moneda de pago. Beneficiario local. Diferencia por tipo de cambio.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida sobre el modo en que correspondería aplicar lo estipulado en el artículo 73 del Reglamento del Decreto N° 893/12, ante la posibilidad de que la jurisdicción de origen realice adjudicaciones en moneda extranjera a proveedores locales.

Normativa examinada:

- Artículo 13 inciso b) in fine del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 73 del Reglamento del Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En las licitaciones o concursos nacionales, sean públicos o privados, se podrán presentar a cotizar solamente oferentes locales (es decir, con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina). De éste modo, el adjudicatario y el beneficiario de pago también revestirá el carácter de local. En las licitaciones o concursos internacionales, sean

públicos o privados, en las subastas públicas para la compra y en las contrataciones directas se podrán presentar a cotizar oferentes locales y extranjeros. Por lo tanto, quien resulte adjudicatario o beneficiario de pago en tales procedimientos podrá revestir el carácter de local (con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina) o extranjero (con sede principal de sus negocios en el extranjero y que no tenga sucursal debidamente registrada en el país).

II) En principio, se debe identificar la persona oferente, con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo (Ley N° 24.557 y artículo 9° del Decreto N° 334/96) o en los casos en que medie una cesión del contrato. Sin embargo, en este último caso, el cesionario debería cumplir con los mismos requisitos y características necesarias para poder ser oferente en el procedimiento de que se trate (conf. artículo 13 inciso b) in fine del Decreto Delegado N° 1023/01).

III) La oferta propuesta puede realizarse en moneda extranjera, a pesar de que el pago convenido se efectúe en moneda de curso legal.

IV) Si la oferta se realizara en moneda extranjera y el beneficiario de pago fuera local, el pago deberá realizarse en moneda de curso legal. En tal sentido, el monto a abonar en estos casos debe calcularse tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago o al de la acreditación bancaria correspondiente.

V) En virtud de lo señalado, y considerando que las etapas de adjudicación, orden de compra y facturación resultan previas a la de liberación de la orden de pago o a la de acreditación bancaria –momentos en los que debe considerarse el tipo de cambio para determinar el importe del pago–, en dicha instancia el organismo deberá registrar las diferencias de cambio que surgieran entre el monto que se hubiese considerado para la adjudicación y el que en definitiva correspondiera abonarle.

DICTAMEN ONC Nº 278/2014.

Fecha de emisión: 17 de julio de 2014.

Referencias: Contratación directa por exclusividad. Compra helicóptero. Pagos Beneficiario local; Beneficiario extranjero. Principio de jerarquía normativa. Cesión de contrato. Cambio de moneda y plaza de pago del contrato cedido.

Consulta:

Se sometió a consideración de la ONC un proyecto de Decisión Administrativa mediante el cual se propiciaba, entre otros extremos, aprobar lo actuado en la Contratación Directa por Adjudicación Simple por Exclusividad Nº 01/2014 de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA para la adquisición de UN (1) helicóptero pesado de búsqueda y rescate AIRBUS modelo EC-225.

Se dejó constancia que el bien a adquirir no se fabrica en el país y que no existen sustitutos convenientes en plaza, de manera que la cotización deberá realizarse en euros, pagaderos mediante transferencias bancarias y emisión de una carta de crédito en la moneda de cotización.

Luego, teniendo en consideración que en las bases del llamado estaba previsto el pago en euros a un beneficiario en el exterior designado por el adjudicatario, la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD consultó a la ONC si la posibilidad contenida en el literal b) del capítulo III del Dictamen ONC Nº 665/2010, constituía una alternativa vigente, a la luz de lo preceptuado en el artículo 125, segundo párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

La cuestión a dilucidar podría sintetizarse del siguiente modo: Encontrándose previsto en las bases del llamado el pago en divisas al beneficiario en el exterior que indique el adjudicatario, se consultó si resultaba jurídicamente viable, como alternativa para modificar la persona del adjudicatario y beneficiario de pago, proceder a la cesión del contrato, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 125, segundo párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Inciso b) del Artículo 13 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 73, 118 y 125, segundo párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 4º de la Resolución SH Nº 262/95.
- Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 37/11 CGN y N° 21/11 TGN.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando un beneficiario de pago tenga residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal –como es el caso que nos ocupa–, se considera beneficiario local y como tal, deberá dar cumplimiento a la Resolución SH 262/95 y sus modificatorias y complementarias. Sólo en los casos en que no se cumpla la condición de residencia en el país, será considerado beneficiario del exterior y en consecuencia se aplicará la normativa vigente para transferencias al exterior.

II) Cuando el beneficiario sea local debe gestionar el alta de beneficiario en el módulo de Entes de los sistemas centrales y local e informar una cuenta bancaria radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única (CUT), donde se le efectuarán los pagos en moneda de curso legal o en aquellos casos en que la cotización se hiciere en moneda extranjera, el pago se efectuará en moneda nacional, debiendo calcularse el monto del desembolso tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente, conforme lo establece el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) Esta Oficina Nacional considera que para el caso en que la Contratación Directa por Exclusividad Nº 1/2014 del registro de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA sea adjudicada a la firma ATEC AERONAUTICS & TECHNOLOGIES S.A. –en su carácter de representante exclusivo en el país de la empresa AIRBUS HELICOPTERS S.A.S.–, el pago deberá regirse por lo establecido en

la Resolución SH Nº 262/95, por tratarse de un beneficiario local. La aludida Resolución prevalecerá sobre cualquier previsión en contrario contemplada en las bases del llamado, en virtud del subprincipio de jerarquía normativa, ínsito en el principio de legalidad o juridicidad, por el cual ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior (v. en sentido concordante Dictamen ONC Nº 655/10).

IV) En principio, se debe identificar la persona oferente, con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción.

V) Si luego de adjudicada la contratación de marras a la firma ATEC AERONAUTICS & TECHNOLOGIES S.A., esta última pretende ceder dicho contrato en favor de la empresa extranjera AIRBUS HELICOPTERS S.A.S., deberá tenerse presente, entre otras restricciones, la limitante impuesta en el último párrafo del artículo 125 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Es decir que, en este caso, atendiendo a la normativa aplicable (Resolución SH N° 262/95), no podría alterarse la moneda y plaza de pago del crédito o del contrato cedido.

DICTAMEN ONC Nº 338/2014.

Fecha de emisión: 4 de septiembre de 2014.

Referencias: Moneda de cotización. Moneda extranjera. Moneda de pago. Beneficiario local. Diferencia por tipo de cambio.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a la opinión de la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD, en cuanto a que: *"…la medida en preparación podrá suscribirse, aunque con la aclaración de que las disposiciones del pliego relativas al pago vía carta de crédito, en dólares, a un beneficiario del exterior, no podrán ser invocadas por el adjudicatario en el caso en que la Secretaría de Hacienda obste a la remisión de las divisas a la cuenta bancaria designada en el exterior (v. art. 99, inc. b), Anexo, Dto. N° 893/12)."*.

Cabe destacar que junto con las respectivas actuaciones se acompañó un proyecto de resolución para ser firmado por la Ministra de Seguridad, mediante la cual se propiciaba, entre otras cuestiones, aprobar lo actuado por la POLICIA FEDERAL ARGENTINA en la Contratación Directa por Adjudicación Simple por Exclusividad N° 4/14, sustanciada para la adquisición de UN (1) Sistema de recepción integral de señal de video en tiempo real digital de alta definición para los helicópteros policiales, solicitada por el DEPARTAMENTO VIDEO OPERATIVO FEDERAL de la SUPERINTENDENCIA FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES de la mencionada fuerza de seguridad.

A su vez, se proyectaba adjudicar la Contratación Directa por Exclusividad N° 4/14 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA a la empresa OM SYSTEMS S.R.L. la cual, en carácter de representante exclusivo de la firma RODCAST & TELECOM, contaba con domicilio en el país.

Normativa examinada:

- Artículo 31 Constitución Nacional.
- Artículos 73 y 118 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 4º y 5º de la Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA N° 262/95.
- Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 47/08 CGN-10/08 TGN.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Debe entenderse por oferente, adjudicatario o beneficiario local, quien tenga domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina. Por su parte, revestirá el carácter de oferente, adjudicatario o beneficiario extranjero quien tenga la sede principal de sus negocios en el extranjero y no tenga sucursal debidamente registrada en el país (v. Dictamen ONC Nº 808/2012).

II) Cuando un beneficiario de pago tenga residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, se considera beneficiario local. En tales casos, los pagos a beneficiarios locales se realizarán a través de una cuenta bancaria, corriente o de ahorro, radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única del Tesoro (CUT) donde se efectuarán los pagos en moneda de curso legal (conf. artículos 4° y 5° de la Resolución SH N° 262/95).

III) Sólo cuando no cumpla con la condición de residencia en el país, se podrá considerar beneficiario del exterior y en consecuencia será de aplicación la normativa vigente para transferencias al exterior, conforme lo regulado en la Disposición Nº 47/08 CGN-10/08 TGN, suscripta en forma conjunta por la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ambas dependientes de la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.

IV) En principio, se debe identificar la persona oferente con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo o en los casos en que medie una cesión del contrato, extremos ajenos y/o que no resultan acreditados en el presente caso.

V) Corresponde tener presente que en el caso girado a estudio se proyecta adjudicar la Contratación Directa por Exclusividad N° 4/14 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA a la empresa OM SYSTEMS S.R.L. la cual, en carácter de representante exclusivo de la firma RODCAST & TELECOM cuenta con domicilio en el país, conforme se desprende de la documentación glosada en los presentes actuados; por consiguiente, debe ser considerada beneficiario local.

VI) En consecuencia, si la cotización se efectuó en moneda extranjera porque así se estipuló en el respectivo pliego, pero el beneficiario es local, como parece serlo la firma OM SYSTEMS S.R.L., el pago deberá realizarse en moneda de curso legal. En tal sentido, el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece cual será el monto a abonar en estos casos, disponiendo que deberá calcularse tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago o al de la acreditación bancaria correspondiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 268/2014).

VII) No es posible soslayar que en el artículo 16 de las Bases del llamado se estipuló lo siguiente: *"MONEDA Y CONDICIONES DE PAGO: El pago se efectuará en DÓLARES ESTADOUNIDENSES mediante CARTA DE CRÉDITO INTRANSFERIBLE, IRREVOCABLE Y CONFIRMADA…"*. Al respecto, esta Oficina Nacional entiende, en sintonía con el criterio sostenido en el Dictamen ONC Nº 655/10, que la cláusula transcripta contraviene el principio de juridicidad –comprensivo a su vez del subprincipio de jerarquía normativa–, en virtud del cual ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior (art. 31 CN).

VIII) En razón de las consideraciones vertidas en los párrafos precedentes, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que las previsiones contenidas en las bases del llamado a Contratación Directa por Exclusividad N° 4/14 del registro de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA a propósito del pago contravienen la normativa vigente en la materia.

DICTAMEN ONC Nº 385/2014.

Fecha de emisión: 3 de octubre de 2014.

Referencias: Beneficiario local. Beneficiario extranjero. Pago en moneda nacional. Pago en moneda extranjera. Cesión de contratos.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en relación con un anteproyecto de Decisión Administrativa mediante la cual se propiciaba, entre otras cuestiones, aprobar lo actuado en la Contratación Directa por Exclusividad Nº 43/2013 para la adquisición de UNA (1) aeronave PILATUS PC-6 B2/H4 TURBO PORTER y adjudicar la misma a la firma comercial MASUMA INTERNACIONAL S.A., representante exclusivo en la Argentina de PILATUS AIRCRAFT LTD, por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS (USD 3.766.986,00.-).

Puntualmente, la cuestión traída a estudio apuntaba a dilucidar si resultaría jurídicamente viable, como alternativa para modificar la persona del adjudicatario y beneficiario de pago, proceder a la cesión del contrato, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 125, segundo párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 31 de la Constitución Nacional.
- Artículo 13, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 73, 118 y 125 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 4º y 5º de la Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA N° 262/95.
- Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 37/11 CGN y N° 21/11 TGN.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el Capítulo III, intitulado "Conclusiones", del Dictamen ONC Nº 655/10, este Órgano Rector opinó que, como regla general, el pago debe realizarse al adjudicatario del procedimiento en cuestión. Por lo tanto, si la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, (en tanto Órgano Rector del Sistema de Tesorería, y por ende a cargo de realizar los pagos autorizados) entiende que ese adjudicatario es un beneficiario local y que la norma aplicable para el pago es la Resolución SH Nº 262/95, ésta prevalecerá por sobre lo dispuesto en el pliego de bases y condiciones particulares.

II) A través de la Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 37/11 CGN y N° 21/11 TGN se aprobó el procedimiento para pagos a Beneficiarios del Exterior por parte de los Servicios Administrativo Financieros (SAF) que operen con el módulo de gastos en el Sistema Integrado de Información Financiera Internet (e-SIDIF), sean personas físicas o jurídicas sin posibilidad de pago en el país.

III) Cuando un beneficiario de pago tenga residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, se considera beneficiario local. En tales casos, los pagos a beneficiarios locales se realizarán a través de una cuenta bancaria, corriente o de ahorro, radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única del Tesoro (CUT) donde se efectuarán los pagos en moneda de curso legal (conf. artículos 4° y 5° de la Resolución SH N° 262/95). Sólo cuando no cumpla con la condición de residencia en el país, se podrá considerar beneficiario del exterior y en consecuencia será de aplicación la normativa vigente para transferencias al exterior.

IV) Se pertinente reproducir algunas de las conclusiones a las que se arribó en el Dictamen ONC Nº 808/12, a saber: a) En las licitaciones o concursos nacionales, sean públicos o privados, se podrán presentar a cotizar solamente oferentes locales (es decir, con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina). De éste modo, el adjudicatario y el beneficiario de pago también revestirá el carácter de local; b) En las licitaciones o concursos internacionales, sean públicos o privados, en las subastas públicas para la compra y en las contrataciones directas se podrán presentar a cotizar oferentes locales y extranjeros. Por lo tanto, quien resulte adjudicatario o beneficiario de pago en tales procedimientos podrá revestir el carácter de local (con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina) o extranjero (con sede principal de sus negocios en el extranjero y que no tenga sucursal debidamente registrada en el país); c) En principio, se debe identificar la persona oferente, con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo (Ley N° 24.557 y artículo 9° del Decreto N° 334/1996) o en los casos en que medie una cesión del contrato. Sin embargo, en este último caso, el cesionario debería cumplir con los mismos requisitos y características necesarias para poder ser oferente en el procedimiento de que se trate (conf. artículo 13 inciso b) *in fine* del Decreto Delegado N° 1023/01).

V) Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto surge con meridiana claridad lo siguiente: Cuando el beneficiario tenga residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, se considera beneficiario local y como tal, deberá dar cumplimiento a la Resolución SH 262/95 y sus modificatorias y complementarias. En consecuencia, deberá gestionar el alta de

beneficiario en el módulo de Entes de los sistemas centrales y local e informar una cuenta bancaria radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única (CUT), donde se le efectuarán los pagos en moneda de curso legal o en aquellos casos en que la cotización se hiciere en moneda extranjera, el pago se efectuará en moneda nacional, debiendo calcularse el monto del desembolso tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente, conforme lo establece el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) En los casos en que la oferta haya sido realizada en moneda extranjera por así autorizarlo el respectivo Pliego, el pago deberá realizarse en moneda de curso legal si el beneficiario es local.

VII) En caso de que la Contratación Directa por Exclusividad Nº 43/2013 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA sea adjudicada a la firma MASUMA INTERNACIONAL S.A., el pago deberá realizarse en el país en moneda de curso legal, por tratarse de un beneficiario local. Es decir, toda vez que la firma MASUMA INTERNACIONAL S.A., representante exclusiva de la firma PILATUS AIRCRAFT LTD, tiene la sede principal de sus negocios en la República Argentina y es quien ha cotizado en la presente contratación, el pago de la misma debe realizarse en el país mediante moneda de curso legal (Resolución SH N° 262/95).

VIII) En consecuencia, si la cotización se efectuó en moneda extranjera porque así se estipuló en las respectivas bases del llamado, pero el beneficiario es local, como parece serlo la firma MASUMA INTERNACIONAL S.A., el pago deberá realizarse en moneda de curso legal. En tal sentido, el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece cual será el monto a abonar en estos casos, disponiendo que deberá calcularse tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago o al de la acreditación bancaria correspondiente (Cfr. Dictámenes ONC Nº 268/2014 y Nº 338/2014).

IX) En la materia que nos ocupa la Resolución SH Nº 262/95 prevalece sobre cualquier previsión en contrario contemplada en las bases del llamado, en virtud del principio de juridicidad –comprensivo a su vez del subprincipio de jerarquía normativa–, por el cual ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior (art. 31 CN) (v. en sentido concordante Dictamen ONC Nº 655/2010).

X) Para el caso en que se suscriba la medida en ciernes y se adjudique el objeto contractual a la firma MASUMA INTERNACIONAL S.A., a los fines de instrumentarse la ulterior cesión de dicho contrato en favor de la empresa extranjera PILATUS AIRCRAFT LTD deberá tenerse presente, además de los requisitos de procedencia de la cesión, la limitante impuesta en el último párrafo del artículo 125 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Es decir que, en este caso, atendiendo a la normativa aplicable (Resolución SH N° 262/95), no podría alterarse la moneda y plaza de pago del crédito o del contrato cedido.

DICTAMEN ONC Nº 437/2014.

Fecha de emisión: 13 de noviembre de 2014.

Referencias: Contratación Directa por Exclusividad. Proveedor extranjero. Cumplimiento requisitos Pliego Único de Bases y Condiciones Generales. Pago en moneda extranjera a beneficiario del exterior.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 3343/2014), mediante el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Contratación Directa por Adjudicación Simple por Exclusividad Nº 4/2014 del registro de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA para la adquisición de UN (1) Helicóptero Pesado de Búsqueda y Rescate marca AIRBUS HELICOPTERS modelo EC-225.

Téngase en consideración que en las bases del llamado estaba previsto el pago en euros a un beneficiario en el exterior y, en consecuencia, así se había proyectado la adjudicación.

A su vez, oferente manifestó que: *"…dando cumplimiento a la Disposición conjunta de la CONTADURIA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 18/13 y de la TESORERIA GENERAL DE LA NACION Nº 21/13, nuestra compañía AIRBUS HELICOPTERS se encuentra de alta como Beneficiario del Exterior en el Padrón Único de Entes del Sistema Integrado de Información Financiera Unificado (SIDIF) con el siguiente registro: Nº 519983"*. De dicha pieza surge nuevamente que la firma AIRBUS HELICOPTERS tiene domicilio en el Aeropuerto Internacional Marseille-Provence, 13725 Marignane Cedex, Francia.

Normativa examinada:

- Artículo 118 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Disposición Conjunta N° 18/13 CGN y N° 21/13 TGN.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A través de la Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 18/13 CGN y N° 21/13 TGN se aprobó el procedimiento para el registro de gastos y pagos a Beneficiarios del Exterior. De acuerdo al artículo 3º de la referida disposición conjunta: *"…entiéndase por Beneficiario del Exterior a aquella persona física o jurídica proveedor de bienes o servicios, que no posea domicilio y/o cuenta bancaria o posibilidad de pago en el país.".*

II) Luego, el artículo 4 de la norma bajo análisis indica que las Órdenes de Pago que se emitan conforme lo dispuesto por el Artículo 1º, tendrán como beneficiario de pago al beneficiario del exterior, que deberá ser previamente dado de alta al momento del compromiso por el SAF respectivo en el Padrón Único de Entes, de acuerdo a la normativa vigente.

III) En la medida en que la firma AIRBUS HELICOPTERS S.A.S. se encuentra dada de alta como Beneficiario del Exterior en el Padrón Único de Entes del Sistema Integrado de Información Financiera (e-SIDIF) bajo el número 519983 –lo cual hace razonablemente presumir su sujeción a la normativa vigente, dada la previa y necesaria intervención por parte de los organismos

técnicos con competencia primaria en materia de pagos, que supone el alta en el padrón–, esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer en relación a este punto.

DICTAMEN ONC Nº 118/2015.

Fecha de emisión: 27 de abril de 2015.

Referencias: Interpretación del 2º párrafo del artículo 73. Momento en que debe tomarse en cuenta el tipo de cambio para el pago. Discrecional de autoridad competente. Pago de diferencias. Consulta a Hacienda.

Consulta:

Se instó la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión en torno a la interpretación del 2º párrafo del artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Puntualmente, se consulta a este Órgano Rector lo siguiente: 1) Si resulta discrecional de la autoridad competente para adjudicar, determinar el momento en que debe tomarse en cuenta el tipo de cambio vigente, entre las opciones que brinda la norma, a saber: "…al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente."; 2) Para el caso en que el monto efectivo a desembolsar se modifique respecto de lo vigente en la adjudicación, por haberse modificado el tipo de cambio ¿Cómo debería pagarse esa diferencia?; 3) ¿Cómo debe procederse en caso de que el monto a desembolsar sea inferior?

Normativa examinada:

- Artículos 73, 118 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las opiniones de este Órgano Rector, emitidas sobre la materia en pretéritas intervenciones (v. Dictámenes ONC Nros. 655/2010, 808/2012, 268/2014, 278/2014, 338/2014, 385/2014 y 437/2014), podrían sintetizarse en los siguientes corolarios, a saber: 1) En las licitaciones o concursos nacionales, sean públicos o privados, se podrán presentar a cotizar solamente oferentes locales (es decir, con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina). De éste modo, el adjudicatario y el beneficiario de pago también revestirá el carácter de local; 2) En principio, se debe identificar la persona oferente con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo o en los casos en que medie una cesión del contrato; 3) La moneda de cotización de la oferta debe hallarse establecida por la jurisdicción contratante en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares y en principio deberá ser moneda nacional. Cuando se fije que la cotización debe ser efectuada en moneda extranjera deberá fundarse tal requerimiento en el expediente; 4) Los pagos a beneficiarios locales se realizarán en moneda de curso legal a través de una cuenta bancaria, corriente o de ahorro, radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única del Tesoro (CUT) (conf. artículos 4° y 5° de la Resolución SH N° 262/95). A tales fines, se considerará beneficiario local a aquel que tenga, por sí mismo o a través de su

representante legal, domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina; 5) Aun cuando la oferta haya sido realizada en moneda extranjera por así autorizarlo el respectivo Pliego, si se trata de un beneficiario local el pago deberá realizarse en moneda de curso legal; 6) Sólo cuando no cumpla con la condición de residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, se podrá considerar beneficiario del exterior y en consecuencia será de aplicación el procedimiento para el registro de gastos y pagos a Beneficiarios del Exterior, conforme lo regulado en la Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 18/13 CGN y N° 21/13 TGN; 7) En aquellos casos en que la cotización se hiciere en moneda extranjera y el pago en moneda nacional, deberá calcularse el monto del desembolso tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente.

II) La moneda de cotización debe hallarse establecida por la jurisdicción contratante en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares y si se fija la cotización en moneda extranjera, deberá fundamentarse debidamente en el expediente.

III) Resulta ciertamente discrecional de cada jurisdicción o entidad contratante determinar –en oportunidad de elaborar el pliego de bases y condiciones particulares que regirá la contratación– el momento en que debe tomarse en cuenta el tipo de cambio vigente, entre las opciones que brinda la norma, a saber: *"…al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente."*. En consecuencia, según el momento elegido se tomará el tipo de cambio vigente al momento de confeccionar la orden de pago o bien el del efectivo pago.

IV) En relación a la consulta Nº 2) cabe señalar que si se diera lo especificado anteriormente no será aplicable lo planteado en este punto.

V) Finalmente, con respecto a la consulta Nº 3) deberá estarse al análisis del caso específico planteado. Sin perjuicio de ello, es dable mencionar que en el marco del Dictamen ONC Nº 268/2014 se expresó lo siguiente: *"…considerando que las etapas de adjudicación, orden de compra y facturación resultan previas a la de liberación de la orden de pago o a la de acreditación bancaria –momentos en los que debe considerarse el tipo de cambio para determinar el importe del pago–, en dicha instancia el organismo deberá registrar las diferencias de cambio que surgieran entre el monto que se hubiese considerado para la adjudicación y el que en definitiva correspondiera abonarle."*.

DICTAMEN ONC Nº 245/2015.

Fecha de emisión: 26 de agosto de 2015.

Referencias: Moneda de pago. Moneda extranjera. Cláusula de pago en moneda extranjera en licitación pública nacional. Pagos a beneficiarios locales y a beneficiario del exterior.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre la posibilidad de prever una cláusula de pago en dólares estadounidenses u otra

moneda extranjera, en un proyecto de pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir un procedimiento de licitación pública de etapa única nacional para la adquisición de TRES (3) vehículos tipo "UNIDAD INTEGRAL DE COMUNICACIONES MÓVILES, TODO TERRENO 6X4", para satisfacer determinadas necesidades operativas de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA.

El tema en análisis se circunscribía a una cláusula del proyecto de Pliego que preveía la instrumentación del pago correspondiente al Renglón N° 2 en dólares estadounidenses o en otra moneda extranjera a favor del beneficiario que la empresa oferente haya indicado en su oferta.

El organismo requirente solicitó a la Oficina que se expidiera respecto de la posibilidad de apartarse, con carácter de excepción, de tal criterio dadas *"las particularidades del caso"*, alegando que: *"…no resulta posible la instrumentación de un llamado internacional por tratar el Renglón N°1 de un vehículo existente en el mercado nacional al que se le debe incorporar el equipamiento de informática y comunicaciones producido en el país, debiéndose agregar además el sistema de comunicaciones requerido en el Renglón N° 2 (componente del extranjero), constituyendo ello un sistema integrado de comunicaciones, razón por la cual se proyectó la adjudicación por grupo de renglones, con la finalidad de asegurar la compatibilidad de todos los elementos*.".

Normativa examinada:

- Artículo 26 inciso b) apartados 1º y 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 18, 73, 118 y 125 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 4º de la Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA N° 262/95.
- Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 11/15 CGN y N° 44/15 TGN.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La elección del procedimiento de selección es del resorte exclusivo de la autoridad política competente, no obstante lo cual corresponde aclarar que un llamado a licitación pública internacional no se encuentra limitado a proveedores extranjeros o con domicilio en el exterior únicamente, sino que, muy por el contrario, implica una convocatoria más amplia, en tanto admite la posibilidad de que puedan participar todos aquellos que resulten interesados en hacerlo, independientemente de que cuenten o no con domicilio o sucursal debidamente registrada en el país.

II) Cuando un beneficiario de pago tenga residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, se considera beneficiario local. En tales casos, los pagos a beneficiarios locales se realizarán a través de una cuenta bancaria, corriente o de ahorro, radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única del Tesoro (CUT) donde se efectuarán los pagos en moneda de curso legal (conf. artículos 4° y 5° de la Resolución SH N° 262/95).

III) Sólo cuando no cumpla con la condición de domicilio ni posibilidad de pago en el país, se podrá considerar beneficiario del exterior y en consecuencia será de aplicación la Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 11/15 CGN y N° 44/15 TGN, mediante la cual se aprobó el procedimiento para el registro de

gastos y pagos a beneficiarios del exterior por parte de los Servicios Administrativo Financieros (SAF) que no operen con el módulo de gastos en el Sistema Integrado de Información Financiera Internet (e-SIDIF), sean personas físicas o jurídicas proveedores de bienes o servicios, que no posean domicilio ni posibilidad de pago en el país.

IV) A los fines de una mayor claridad expositiva, las opiniones de este Órgano Rector, emitidas sobre la materia en pretéritas intervenciones (v. Dictámenes ONC Nros. 655/2010, 808/2012, 268/2014, 278/2014, 338/2014, 385/2014, 437/2014 y 118/2015), podrían sintetizarse en los siguientes corolarios, a saber: 1) En las licitaciones o concursos nacionales, sean públicos o privados, se podrán presentar a cotizar solamente oferentes locales (es decir, con domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina). De éste modo, el adjudicatario/beneficiario de pago también revestirá el carácter de local; 2) En principio, se debe identificar la persona oferente con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo o en los casos en que medie una cesión del contrato; 3) La moneda de cotización de la oferta debe hallarse establecida por la jurisdicción contratante en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares y en principio deberá ser moneda nacional. Cuando se fije que la cotización debe ser efectuada en moneda extranjera deberá fundarse tal requerimiento en el expediente; 4) Los pagos a beneficiarios locales se realizarán en moneda de curso legal a través de una cuenta bancaria, corriente o de ahorro, radicada en algunos de los bancos adheridos al Sistema de Cuenta Única del Tesoro (CUT) (conf. artículos 4° y 5° de la Resolución SH N° 262/95). A tales fines, se considerará beneficiario local a aquel que tenga, por sí mismo o a través de su representante legal, domicilio, sede de negocios o sucursal inscripta en la República Argentina; 5) Aun cuando la oferta haya sido realizada en moneda extranjera por así autorizarlo el respectivo Pliego, si se trata de un adjudicatario/beneficiario local, el pago deberá realizarse en moneda de curso legal; 6) Sólo cuando el adjudicatario no cumpla con la condición de residencia en el país, por sí mismo o a través de su representante legal, podrá considerárselo beneficiario del exterior y en consecuencia será de aplicación el procedimiento para el registro de gastos y pagos a beneficiarios del exterior, conforme lo regulado en la Disposición Conjunta de la CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN N° 11/15 CGN y N° 44/15 TGN; 7) En aquellos casos en que la cotización se hiciere en moneda extranjera y el pago en moneda nacional, deberá calcularse el monto del desembolso tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente.

V) Tal como surge del acto administrativo proyectado y demás constancias obrantes en los presentes actuados, el procedimiento de selección a través del cual se llevará a cabo la adquisición de los bienes requeridos por el organismo girante es la licitación pública nacional. De éste modo, el adjudicatario que –salvo supuestos de excepción– debe ser identificado con el beneficiario de pago, también revestirá carácter “local”, motivo por el cual debe ser considerado beneficiario de pago local y como tal deberá efectuarse el pago en moneda nacional, tal como lo establece la Resolución SH N° 262/95.

VI) Sin perjuicio de que para el Renglón N° 2 de la contratación en ciernes se prevea la posibilidad de cotizar en moneda extranjera, el beneficiario resultará ser local, por lo que el pago deberá realizarse en moneda de curso legal, máxime si se tiene presente que el artículo 125 del

Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece en su última parte que en ningún caso a través de una cesión se podrá alterar la moneda y la plaza de pago que correspondiera de acuerdo a las características del cocontratante original en virtud de lo establecido en las normas sobre pagos.

VII) A criterio de esta Oficina Nacional, el literal b) del Punto 26 de las Cláusulas Particulares que integran el proyecto de pliego traído a estudio contraviene lo establecido en las normas sobre pagos emitidas por la SECRETARIA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, circunstancia reñida con el principio de juridicidad –comprensivo a su vez del subprincipio de jerarquía normativa–, en virtud del cual ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior (art. 31 CN). El organismo requirente debería adecuar el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, de modo que el mismo resulte compatible con lo establecido en la Resolución SH Nº 262/95.

PENALIDADES.

DICTAMEN ONC Nº 164/2014.

Fecha de emisión: 5 de mayo de 2014.

Referencias: Aplicación del principio de la ley penal más benigna en penalidades.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a si, a raíz de la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultaría jurídicamente procedente la aplicación del principio de la “ley penal más benigna” frente a la imposición de multas por parte de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA a las firmas MACRITEX S.A.; MAGULUF S.R.L. y VICLA S.A., respectivamente, por incurrir en mora en la entrega de bienes adjudicados en el marco de la Licitación Pública Nº 25/2012 del registro de dicha Fuerza.

Es decir, se trataba de dilucidar, concretamente, si el principio de la ley penal más benigna resulta de aplicación frente al establecimiento por parte del organismo contratante de una multa por mora, en tanto se trata en sentido técnico de una penalidad.

Normativa examinada:

- Artículos 12, 23 y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización normativa y descentralización operativa, son los organismos contratantes los responsables de llevar adelante la gestión de las

contrataciones para la satisfacción de sus necesidades, mientras que corresponden a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES las funciones de interpretación normativa y de organización del sistema, entre otras. El principal fundamento de dicha organización es que los órganos contratantes unifiquen su modalidad de gestión, contribuyendo, de este modo a que se respete la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, no solo dentro de un único procedimiento de selección, sino en forma trasversal, en todo el Sistema de Contrataciones (Conf. Dictamen ONC N° 815/12).

II) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones. Además, posibilita la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones sin que resulten excluyentes unas de otras.

III) La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma.

IV) A nivel nacional el régimen de penalidades viene legalmente impuesto, con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Es decir, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

V) La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01).

VI) En el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC Nº 1023/01, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 resultan aplicables ciertos principios generales del derecho penal (v. g. el principio de la ley penal más benigna). La unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género *ius puniendi* único del Estado– y las garantías ínsitas en el Estado de derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22).

VII) Encontrándose la penalidad de multa por mora regulada en sucesivos reglamentos (“leyes” en sentido material), lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna es la recepción expresa del mismo en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional, ello al amparo de lo establecido en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

VIII) El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto.

IX) Tanto es así que, incluso quienes sostienen que la potestad sancionatoria contractual de la Administración nace por efecto del acuerdo de voluntades (Arts. 1137 y 1197 del Código Civil) admiten sin cortapisas que tal particularidad no impide que penalidades y sanciones se vean rodeadas de determinadas garantías de raigambre constitucional.

X) Habiendo sido manifestada, a esta altura del análisis, la opinión de esta Oficina Nacional en favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna en materia de multas, se advierte que frente a la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de las firmas MACRITEX S.A., MAGULUF S.R.L. y VICLA S.A. resultaría más beneficioso para dichos proveedores la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, por cuanto prevé un multa ostensiblemente inferior –tanto en términos porcentuales como en lo relativo al cómputo de los días de mora–, a la contemplada en el artículo 25 del Anexo a la Resolución ME N° 834/00. Ergo, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 resulta ser la "ley más benigna" y por consiguiente, la norma aplicable al presente caso.

XI) En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –traído a colación al comienzo del presente Acápite–, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no posee facultades para determinar la procedencia ni el monto concreto de las multas a aplicar, por cuanto la ponderación de las circunstancias fácticas de la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores, así como el cómputo de los días de atraso y en su caso la determinación del quantum que en consecuencia corresponda aplicar, son todas cuestiones que conciernen en forma exclusiva y excluyente a los organismos contratantes, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones. Ello, va de suyo, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que en cada caso resulten de aplicación, en sintonía con las interpretaciones que de las mismas ha efectuado esta Oficina Nacional, en su carácter de Órgano Rector del sistema, sin perjuicio del carácter no vinculante de sus dictámenes.

XII) A los efectos del cómputo de los plazos de la mora en la entrega de los productos, sólo corresponderá aplicar la penalidad por aquel atraso que resulte imputable exclusivamente a cada uno de los proveedores en cuestión, no debiendo computarse, por el contrario, los originados en la conducta del propio organismo.

DICTAMEN ONC Nº 335/2014.

Fecha de emisión: 3 de septiembre de 2014.

Referencias: Penalidades. Multa por mora en la entrega. Forma de calcular el plazo. Contrato de servicios.

Consulta:

Se solicitó la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, sobre la forma en que debe calcularse la multa por mora.

En ese sentido la jurisdicción de origen consideraba que del artículo 126, inciso c) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 no surge en forma clara si la misma debe ser calculada sobre el monto total del contrato, sobre cada monto mensual en forma proporcional a los días de mora en la prestación del servicio o si el cálculo debe hacerse sobre el precio mensual multiplicado por la cantidad de meses en que el servicio se retrasó.

Es dable mencionar que en el caso se trataba de la contratación del servicio de locación de VEINTIÚN (21) equipos fotocopiadores, incluyendo el servicio técnico preventivo y correctivo, por un período de DOCE (12) meses, con opción a prórroga, adjudicado a la firma ANALISTAS EMPRESARIOS S.R.L.

Conforme informara el organismo de origen, el proveedor demoró en la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos fotocopiadores CINCUENTA Y CINCO (55) días hábiles, de los SESENTA (60) días hábiles otorgados como plazo de prórroga.

Normativa examinada:

- Artículo 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 119 y 126, inciso c) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el caso particular se encuentran cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 119 respecto de la mora en la prestación del servicio y por lo tanto corresponde la aplicación de la multa en cuestión, ya que la misma se determina de manera automática aun cuando el proveedor haya solicitado la prórroga expresamente antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la prestación y la Comisión de Recepción la haya concedido.

II) Determinación del valor de lo satisfecho fuera de término y la fracción de tiempo sobre la cual corresponde cuantificar la multa: Se trata de la prestación de un servicio por el término de DOCE (12) meses, por lo que lo satisfecho fuera de término resulta ser el servicio que debía prestar el cocontratante; a tal efecto, y para poder establecer la base del cálculo deberá contabilizarse la cantidad de días hábiles existentes en los DOCE (12) meses de duración del contrato y dividir el número resultante por el valor total del contrato. De esta manera se determinará el valor del día hábil.

III) El organismo consultante deberá determinar, en primer lugar, la cantidad de días hábiles existentes en el período de DOCE (12) meses para luego dividirlo por el valor total del contrato y así obtener el valor unitario correspondiente a cada día hábil. Por ejemplo, si se contabilizaran DOSCIENTOS CUARENTA (240) días hábiles en los DOCE (12) meses en que debía prestarse el servicio, debe dividirse el valor total del contrato por DOSCIENTOS CUARENTA (240). Una vez determinado el valor unitario deberá multiplicárselo por la cantidad de días de mora, esto es, los CINCUENTA Y CINCO (55) días.

IV) En cuanto a la fracción de tiempo, al demorarse CINCUENTA Y CINCO (55) días hábiles, en atención a lo expuesto por el artículo 126, inciso c) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, se deberán contabilizar CINCO (5) períodos de DIEZ (10) días hábiles. Al resultar la última fracción de CINCO (5) días hábiles, no puede contabilizarse como un período más ya que la norma establece que la multa se aplicará por cada DIEZ (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de CINCO (5) días hábiles.

V) Una vez determinado el valor del día hábil, deberá multiplicarlo por los CINCUENTA Y CINCO (55) días hábiles de demora y sobre ese importe calcular el DOS COMA CINCO POR CIENTO (2,5%), valor que determinará la multa que deberá abonar el proveedor. Ergo, la multa a aplicar será del DOS COMA CINCO POR CIENTO (2,5%) por el valor que resulte de determinar el unitario de cada día hábil por los CINCUENTA Y CINCO (55) días hábiles de demora.

DICTAMEN ONC Nº 6/2016.

Fecha de emisión: 21 de enero de 2016.

Referencias/voces: Rescisión de orden de compra de ampliación.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 124, 131, 242, inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

Opinión del Órgano Rector: la rescisión de la ampliación de la Orden de Compra no importa la rescisión total del contrato, sino la rescisión parcial, ello por cuanto el proveedor ya había cumplido con la primera orden de compra emitida por el organismo. En efecto, no resulta ocioso destacar que esta Oficina Nacional tiene dicho que la prórroga de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/2006, 205/2013 y 14/2015, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 11/2016.

Fecha de emisión: 3 marzo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. No existe acto administrativo en el que se plasme la voluntad de la administración. No hay acto administrativo de desestimación de la propuesta ni de ejecución de la garantía.

Normativa examinada:

- Inciso a) del artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 66, cuarto párrafo, 126 inciso a) apartado 1º, 131, inciso b), apartado 2.2 y 242 inciso f) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Artículos 5° y 6° de la Disposición ex-SSTG Nº 6/12.

- Comunicación General ONC Nº 31/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De la sola lectura de la parte dispositiva de la Resolución C.N.R.T. Nº 2029/14 se desprende que, en oportunidad de su dictado, el Interventor de la COMISIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN DEL TRANSPORTE no resolvió desestimar la oferta de la firma CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS Z.P.M. S.R.L. ni tampoco dispuso la ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta, en los términos previstos en los artículos 66, cuarto párrafo y 126 inciso a) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Por el contrario, mediante el artículo 4º del acto bajo análisis, la autoridad competente resolvió autorizar a la GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN Y RECURSOS HUMANOS del organismo girante a aplicar a la sociedad comercial de referencia las “sanciones” que pudieran corresponder.

II) No surge de las presentes actuaciones que la GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN Y RECURSOS HUMANOS de la COMISIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN DEL TRANSPORTE haya emitido un acto administrativo, dando cumplimiento a lo ordenado, sin perjuicio de lo cual se cursó la carta documento CD 062394594, a través de la cual el organismo contratante intimó al proveedor CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS Z.P.M. S.R.L. a abonar la suma de PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO ($ 10.588,00.-).

III) A los fines de que la Administración ejercite la facultad de aplicar penalidades al proveedor que incurre en alguna de las causales establecidas en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se presenta como ineludible la emisión de un acto administrativo orientado en tal sentido, cuya validez y eficacia, en la esfera nacional, se encuentran regidas principalmente por la Ley Nº 19.549, junto a sus respectivas normas modificatorias y complementarias. Es decir, es una exigencia en nuestro ordenamiento jurídico que toda actuación material que practique la Administración, en la medida en que incida en la esfera de los particulares, deba estar precedida de una declaración formalizada a través de un acto administrativo (Conf. Dictamen ONC Nº 214/2014).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de Junio de 2016.

Referencias/voces: Entrega de bienes distintos a los cotizados. Requisitos. Entrega fuera de plazo. Penalidades. Procedencia de la multa por mora.

Antecedentes:

El MINISTERIO DE SEGURIDAD llevó adelante la Contratación Directa Nº 41/14 con el objeto de adquirir DOS (2) equipos de almacenamiento masivo de datos informáticos para satisfacer las necesidades de la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA CRIMINAL, con sujeción

a las especificaciones técnicas estipuladas en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

En ese marco, se recibió una única oferta correspondiente a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., la que resultó adjudicataria por considerarse su propuesta económicamente conveniente y ajustada a los requisitos exigidos en el pliego. Consecuentemente, se emitió la Orden de Compra Nº 82/15, la cual fue retirada por la adjudicataria el día 25 de agosto de 2015.

Ahora bien, el día 7 de octubre de 2015, es decir, habiendo transcurrido un poco más de un mes desde el perfeccionamiento del contrato, el proveedor propuso cambiar el material adjudicado por otro (en teoría superador), aduciendo que el mencionado en la orden de compra se encontraba discontinuado a nivel mundial y que sería la propia firma la que absorbería toda diferencia económica.

Frente a este escenario, con fecha 19 de octubre de 2015 la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD propició el rechazo de la propuesta en cuestión por considerarla improcedente, invocando a tal efecto cuestiones técnicas vinculadas con la funcionalidad requerida.

Sin embargo, de las constancias obrantes en autos se desprende que los equipos ofrecidos en reemplazo fueron finalmente recibidos por el organismo y, más aún, casi un semestre después del primer informe –cambio de autoridades mediante– la referida Dirección emitió una nueva opinión técnica pero en sentido contrario, en tanto que en este segundo examen se entendió que el producto recibido por el MINISTERIO DE SEGURIDAD es superador del originariamente solicitado, sin perjuicio de haberse mantenido el valor inicialmente cotizado.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos:

a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la entrega, por parte del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., de bienes diferentes a los oportunamente requeridos y adjudicados en el marco Contratación Directa Nº 41/14 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de los equipos en cuestión, correspondía –o no– aplicar la penalidad de multa por mora, atento a que los mismos habrían sido entregados fuera del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 119 y 126 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

❖ Artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del principio de igualdad, la regla general es el mantenimiento de las condiciones de los contratos, siendo la modificación su excepción (v. Dictamen ONC Nº 993/2012). Tan es así que, actualmente, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y el artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales receptan expresamente el principio general de inmodificabilidad de la oferta, en los siguientes términos: *"La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia".*

II) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye así una de las reglas específicas de los procedimientos de selección, como una derivación del principio de igualdad. La doctrina es conteste en señalar que, a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

III) La postura tradicional en la materia ha sido reflejada en el Dictamen ONC Nº 159/2006 en el que se sostuvo: *"…no puede la firma adjudicataria entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta, atento a que todo lo cotizado, en cuanto a marca, calidad, especificaciones técnicas y precio, en su conjunto, es tenido en cuenta por el organismo contratante al momento de adjudicar".* Sin embargo, en lo que respecta al principio de inmodificabilidad de las ofertas se fueron abriendo paso las concepciones que postulan que no se trata de un principio absoluto, sino relativo, que debe armonizarse con los principios de razonabilidad, eficiencia, igualdad y transparencia.

IV) En puridad, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí, correspondiendo al operador jurídico acercarse a la solución más justa, teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el procedimiento licitatorio (Cfr. CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director)*, Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.). Desde esta óptica, el principio de inmodificabilidad de las ofertas puede verse morigerado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

V) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese

cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia. En dicho sentido, se ha admitido la posibilidad de modificar los términos de un contrato administrativo con fundamento en el interés público y dentro de ciertos límites. Tales límites, derivados de las garantías constitucionales consisten, básicamente, en la inalterabilidad de la sustancia misma del contrato y de su ecuación económico-financiera en favor del cocontratante (conf. COMADIRA, Julio. *La licitación pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 89/90).

VI) El cambio contractual no podría implicar ventajas para el contratista; pero no sería violatoria del principio de igualdad una modificación fundada en la necesidad de satisfacer el interés público, configurada a causa de un cambio objetivo de circunstancias, en condiciones tales que ninguno de los restantes oferentes tuviera motivos para considerar que, de haber conocido el cambio, hubiera modificado la oferta.

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha expedido en sentido concordante con lo expuesto, al expresar en el marco del Dictamen Nº 527, del 29 de Diciembre de 2004: *"En la medida en que no puede cambiar el precio ofertado y que el producto sólo puede cambiar para mejorar –adaptación– para evitar la rápida obsolescencia de este tipo de elementos-, en el caso no hubo apartamiento del pliego. Ello así, teniendo en cuenta que la oferente entregará el mismo bien tecnológicamente licitado y ofertado y, eventualmente, podrá entregar productos de mejor calidad que los ofrecidos."* (v. Dictámenes PTN 251:851). Más aún, ya en un antiguo dictamen de fecha 27 de marzo de 1979 el más alto organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL había advertido que: *"…en determinadas circunstancias resulta admisible una mejora en la oferta que no se aparte de las bases y pliegos que rigieron la licitación, si se trata de la única propuesta en condiciones de ser adjudicada"* (v. Dictámenes PTN 148:279).

VIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha sostenido que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo."* (Dictamen ONC Nº 9/2013).

IX) A mayor abundamiento, este Órgano Rector entendió que: *"…la entrega por el oferente de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta* (…) *por cuanto en esta oportunidad tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes."*. Asimismo, en dicho pronunciamiento, se agregó: *"Dicho de otro modo, no se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación."* (Dictamen ONC Nº 47/2013).

X) En el marco del presente caso la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. solicitó al organismo contratante autorización para sustituir el material oportunamente ofertado por tratarse "de un producto discontinuado a nivel mundial", pero tal invocación no se presenta debidamente acreditada en los presentes actuados, salvo por el hecho de haber sido aceptada sin cuestionamientos por la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

XI) Por otra parte, la referida DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD emitió en el expediente dos informes en sentido contrapuesto sin que, a criterio de este Órgano Rector, haya quedado adecuadamente comprobado que los nuevos equipos ofrecidos cumplen con los requisitos técnicos mínimos previstos en el pliego, sin implicar una tecnología diferente. Es decir, de la lectura del expediente no queda claro si las circunstancias invocadas efectivamente acaecieron y si las mismas hubiesen afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma situación; ergo, deberá acreditarse tanto la discontinuidad alegada como el no apartamiento del pliego.

XII) Resulta imperioso comprobar que el reemplazo de los bienes haya respondido a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad de la empresa SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. y que las características técnicas de las unidades entregadas no implican un apartamiento de las bases que rigieron la contratación, sino tan solo una suerte de "sustituto natural" o "superador" de los bienes presuntamente discontinuados.

XIII) Va de suyo que el escrutinio y valoración de tales cuestiones de índole eminentemente técnica excede con creces la competencia de esta Oficina Nacional, debiendo recabarse, en su caso, la opinión especializada de la OFICINA NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (ONTI) y/o incorporarse un nuevo informe técnico debidamente motivado.

XIV) Salvados que fueren los extremos previamente indicados, una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia conduce a pensar que la cuestión se resuelve adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

XV) Este Órgano Rector entiende que la viabilidad jurídica de aceptar la entrega de bienes diferentes a los cotizados queda supeditada a la acreditación en el expediente de los siguientes requisitos: 1) El motivo de sustitución del equipamiento ofertado debe responder a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad del proveedor, que no le hayan permitido cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia, como ser –en caso de acreditarse– la discontinuación de bienes tecnológicos por el mero transcurso del tiempo; 2) aun cuando se ofrezca entregar un mejor y más actualizado equipamiento –en comparación con el requerido y ofertado– debe verificarse el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares; 3) Debe respetarse el valor cotizado. La aceptación por parte de la jurisdicción o entidad contratante no puede importar una ventaja en favor del adjudicatario ni un perjuicio para el Estado; 4) La finalidad perseguida no puede ser otra que procurar una adecuada satisfacción del interés público, razón por la cual la aceptación de la sustitución debe operar de igual manera cualquiera fuere el proveedor que

se hallare en igual condición. Ello así, por cuanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros).

XVI) En el hipotético caso en que se corroboren los extremos indicados, corresponderá considerar válidamente aceptados los bienes entregados por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., en reemplazo de los oportunamente ofertados que, a la postre, hubieren sido discontinuados. Máxime, teniendo en consideración que se trató del único oferente en el marco Contratación Directa Nº 41/14 y que las unidades se encuentran actualmente en funcionamiento "a total satisfacción de los usuarios".

XVI) Así se ha sostenido que *" …debe estarse a una solución más justa respecto de los conflictos que puedan presentarse entre 'formas' y 'sustancia'; y resolver la situación del conflicto teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el proceso licitatorio, privilegiando la 'sustancia' por sobre cualquier rigorismo formal…"* (FARRANDO, Ismael (h). *Contratos administrativos*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 294 y ss.).

XVII) De constatarse el cumplimiento de los requisitos enumerados *ut supra*, el principio de eficiencia –de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01–, compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la contratación de marras y aceptar los bienes ofrecidos en reemplazo, circunstancia que –bajo los recaudos delineados– no implicaría una vulneración de los principios de inmodificabilidad de la oferta ni de igualdad, ni perjudica al Estado, sino que lo beneficia al permitir que adquiriera, por el mismo precio, un producto más moderno, máxime tratándose de bienes informáticos, que se caracterizan por su rápida obsolescencia.

XVIII) La aplicación de una multa por mora en la entrega de los bienes presupone un contrato válido.

XIX) A partir de la lectura del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Contratación Directa Nº 41/2014 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD se advierte que el adjudicatario debía entregar los bienes objeto del contrato, dentro de los CINCO (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la Orden de Compra. Siendo ello así, en la medida en que la Orden de Compra Nº 82/2015 fue retirada por la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. el día 25 de agosto de 2015 –de acuerdo a la firma y fecha insertas en el instrumento obrante a fs. 160/161– cabe concluir que el plazo de cumplimiento del contrato expiró el día 1º de septiembre de 2015.

XX) Luego, el correo electrónico a través del cual el proveedor de marras ofreció sustituir el material ofertado data del 7 de octubre de 2015, es decir, más de un mes después de fenecido el plazo contractualmente previsto para la entrega. En consecuencia, si bien no se advierten incorporadas en los presentes actuados constancias que den cuenta de la fecha cierta en que fueron recibidos los equipos que se encuentran actualmente en funcionamiento, no parece dudoso presumir que dicha entrega tuvo lugar encontrándose ampliamente vencido el plazo para ello, en cuyo caso corresponderá la aplicación de la penalidad de multa por mora, con

sujeción a lo establecido en el artículo 126 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00075169-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades TECNOLAB S.A. Planteo de inconstitucionalidad del régimen de penalidades y sanciones. Actos propios. *Non bis in ídem.*

Antecedentes.

Por Disposición de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LABORATORIOS E INSTITUTOS DE SALUD "DR. CARLOS G. MALBRÁN" Nº 69, de fecha 18 de marzo de 2016, se resolvió rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, el contrato perfeccionado con TECNOLAB S.A. en el marco de la Contratación Directa por urgencia Nº 59/15.

Al efectuar su descargo ante la ONC, la firma TECNOLAB S.A. planteó que debido a la dudosa constitucionalidad del Decreto Delegado Nº 1023/01 y su decreto reglamentario –por contradecir el principio de legalidad previsto en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional–, son inaplicables las penalidades allí contempladas.

A su vez, la firma agraviada sostuvo que era inconstitucional la duplicidad de sanciones pues se afecta el principio del *ne bis in ídem*. En ese sentido, adujo la firma que los decretos cuestionados desconocían la vinculación directa que existe entre el principio que prohíbe la múltiple persecución penal por un mismo hecho y el principio de legalidad.

De tal modo alegó que la referenciada garantía prohíbe la coexistencia entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en que se constatare que concurren la identidad de sujeto, hecho y motivo que exige el mencionado principio.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La presentación de la oferta por parte de TECNOLAB S.A. significó de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rigieron el procedimiento de selección en el que participó, por lo tanto, el cuestionamiento, en esta instancia, de las normas que regían la relación entre las partes resulta improcedente, puesto que nadie puede oponerse en contradicción con sus propios actos (*venire contra factum propium non valet*) ejercitando una conducta incompatible con la anterior. A la luz de dicha teoría –derivado del principio de buena fe– resulta inadmisible que habiéndose sometido el interesado al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional pretenda ahora impugnarlo.

II) En ese sentido, se ha pronunciado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN -siguiendo una arraigada jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN- al sostener: *"…el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior, con*

base constitucional" (Dictámenes PTN 202:151; 233:94, 275:462 y Fallos 305:826; 307:358 y 432, entre otros).

III) No compete a la Administración el control de constitucionalidad de las leyes o actos de poderes públicos, cuyo ejercicio ha sido atribuido constitucionalmente al Poder Judicial. En virtud de ello, no corresponde que éste Órgano Rector se expida sobre la inconstitucionalidad de los Decretos planteada por la defensa, ya que de lo contrario, incurriría en una indebida intromisión en las competencias atribuidas constitucionalmente a otro poder estatal.

IV) Sobre el tema, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN sostuvo que en sede administrativa no podían efectuarse planteos de inconstitucionalidad de leyes y que ello debía ser llevado ante los estrados judiciales (Dictámenes PTN 67:189). El máximo órgano asesor expresamente excluyó de sus funciones la de abordar cuestiones de constitucionalidad formuladas por los recurrentes, por no corresponder al Poder Administrador el pronunciarse sobre la misma, sino al Poder Judicial (Dictámenes PTN 64:105).

V) En un mismo sentido expuso que el PODER EJECUTIVO NACIONAL carece de competencia constitucional para conocer de planteos sobre la inconstitucionalidad de las normas dictadas por el Congreso (Dictamen PTN 236:138).

VI) En lo que concierne a la presunta afectación de la garantía del ne bis in ídem, es menester advertir que las sanciones, en sentido estricto, constituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, del *ius puniendi*, mientras que la aplicación de una penalidad, contractualmente asumida, no supone necesariamente el despliegue del derecho administrativo sancionador ni que se ponga en acto la potestad sancionadora, sino que se exige el derecho de uno de los contratantes respecto del otro, activándose los mecanismos contractuales previstos para el ejercicio de tal derecho (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Págs. 132 a 135).

VII) Frente a la rescisión culpable y la ejecución de la garantía correspondiente, como una lógica consecuencia del incumplimiento que libera al contratante de la obligación de cumplir su prestación y que cubre parcialmente los daños generados por dicha falta, el régimen de contrataciones públicas establece la aplicación de una sanción –dentro de las denominadas sanciones disciplinarias– para evitar que ese oferente vuelva a contratar con la Administración, circunstancia que va más allá de la ejecución del contrato y que forma parte de las facultades exorbitantes del poder estatal (v. Dictamen ONC Nº 740/2011).

VIII) En virtud de las consideraciones vertidas, no existe en el caso violación del principio *non bis in ídem*, dado que las penalidades aplicadas por el organismo contratante son de naturaleza jurídica distinta a la sanción impuesta por este Órgano Rector.

IX) Cabe asimismo reiterar que cuando el particular contrata con la Administración Pública debe contemplar que desde el mismo momento en que decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan sanciones y penalidades de las que pudiera resultar pasible de aplicación ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02931224-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Penalidades. Pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato aplicada al proveedor AUGEMI S.R.L. – Pago en cuotas.

Antecedentes:

Mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO Nº 487/16 se rescindió totalmente por culpa del proveedor el contrato perfeccionado con AUGEMI S.R.L. y se lo intimó a integrar la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS CON DIECISIETE CENTAVOS ($ 67.156,17) en un plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificada la medida. Cabe remarcar que el acto en cuestión fue notificado a la firma interesada el día 6 de junio de 2016.

Luego, con fecha 30 de junio de 2016, la Administración reiteró la intimación de pago a la empresa AUGEMI S.R.L.

Con fecha 4 de julio DE 2016, el proveedor presentó una nota ante el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, por cuyo intermedio solicitó que se lo autorizara a cancelar la penalidad pecuniaria aplicada –de PESOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS CON DIECISIETE CENTAVOS ($67.156,17)–, en DIEZ (10) pagos iguales, mensuales y consecutivos de PESOS SEIS MIL SETECIENTOS QUINCE CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($ 6.715,61).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a si resultaba procedente que el importe de la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato aplicada al proveedor AUGEMI S.R.L. sea cancelado por la aludida firma en pagos iguales, mensuales y consecutivos, conforme la solicitud que en tal sentido realizó el proveedor al organismo de origen.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector emitir opinión sobre el criterio a adoptar en relación con el planteo efectuado por el proveedor AUGEMI S.R.L. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Esta Oficina Nacional comparte la opinión del servicio permanente de asesoramiento jurídico preopinante, en cuanto considera que: *"…la decisión de otorgar al adjudicatario la posibilidad de efectuar el pago del importe de la respectiva penalidad en cuotas, constituiría una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia…"* de incumbencia exclusiva de la cartera ministerial de origen.

III) Las penalidades de índole económica deben ser canceladas por el proveedor penalizado en forma íntegra, dentro del plazo que a tal efecto le fije la Administración, lapso que nunca podrá ser inferior a DIEZ (10) días hábiles administrativos. En efecto, de la lectura del artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 surge que una vez diligenciada la intimación por la Administración, el particular queda obligado a hacer efectivo el monto de la penalidad aplicada; de aquí surge claramente que está refiriéndose a la cancelación íntegra de la penalidad.

IV) Refuerza este razonamiento el hecho de que, seguidamente, el mencionado precepto establece que, una vez vencido plazo otorgado, sin ser satisfecho el importe reclamado –de aquí también se desprende que se reclama la integración total de la penalidad– la Administración queda habilitada a proceder conforme las modalidades previstas en los incisos subsiguientes –afectación de facturas pendientes de cobro o, en su defecto, a la ejecución de la garantía correspondiente–.

V) En suma, de lo antedicho pareciera desprenderse que el artículo 129 del reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 solo contempla la posibilidad de que el particular cancele en forma íntegra la penalidad correspondiente, descartando, en consecuencia, cualquier posibilidad de acceder a un fraccionamiento en su integración (v.g. plan de pagos en cuotas, etc.).

VI) Desde otro enfoque, debe tenerse presente que: *"…la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan"* (Fallos 287:79). Más precisamente, la interpretación teleológica consiste en atribuir significado a una norma atendiendo a la finalidad del precepto, lo cual supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma (v. ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. *Métodos de Interpretación Jurídica*. Págs. 48 y ss. El artículo puede consultarse online en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/.../cnt4.pdf).

VII) La pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato cumple una doble función; por un parte, importa para el particular una penalidad, es decir, una pena de índole pecuniaria al cocontratante incumplidor, mientras que, por otra, constituye un resarcimiento mínimo a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución del acuerdo por parte del proveedor.

VIII) Cuando la Administración contrata lo hace utilizando recursos públicos, por lo que debe tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. No deben perderse de vista aquí los daños que el retiro de una propuesta o el incumplimiento contractual irrogan al Estado, tanto por los intereses

insatisfechos de la comunidad, como por la pérdida de tiempo y costos de agentes y recursos afectados al procedimiento de contratación de que se trate.

IX) Esta Oficina Nacional considera que el otorgamiento de facilidades en el cumplimiento de la penalidad pecuniaria aplicada –por el caso, su cancelación en DIEZ (10) cuotas sin intereses– podría llegar a desvirtuar la finalidad perseguida por el régimen de penalidades establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto ello redundaría en una mitigación injustificada de la penalidad para el particular incumplidor y un retardo en el ingreso de la suma en las arcas de la Administración que hace mella en la función resarcitoria mínima que ella viene a cumplir.

X) La evaluación sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de autorizar o no la modalidad de pago propuesta por el proveedor para la cancelación de la penalidad pecuniaria aplicada, es de exclusiva incumbencia de la jurisdicción de origen. Sin perjuicio de ello –y con las salvedades oportunamente efectuadas– este Órgano Rector entiende que no correspondería hacer lugar a lo solicitado por el proveedor AUGEMI S.R.L.

XI) Si la autoridad competente decidiera hacer lugar a la petición formulada por el particular, debería luego conceder estas mismas facilidades a todo otro proveedor -en igualdad de condiciones a las que se ventilan en el presente caso- que así lo solicite, a fin de no cercenar la igualdad de tratamiento contemplada en el artículo 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01, que a su vez abreva en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04238052-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Penalidades. Garantías.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El hecho de que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contemple que en determinados supuestos no es necesario constituir garantías, no significa en modo alguno que en caso de incumplimiento del contrato, el cocontratante no resulte pasible de las penalidades previstas en la normativa.

II) La procedencia de la penalidad de pérdida de garantía de cumplimiento del contrato no se encuentra supeditada a que la normativa no exceptúe al proveedor a la constitución de la garantía, a fin de afianzar las obligaciones emergentes del contrato, sino a que se configuren los supuestos previstos normativamente para su aplicación.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04538055-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Admisibilidad formal de recursos interpuestos por correo electrónico. Medios telegráficos. Igualdad de armas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a si resultaba jurídicamente admisible la interposición de recursos administrativos mediante correo electrónico, contra actos administrativos emitidos durante la sustanciación de un procedimiento de selección, a la luz de lo establecido en los artículos 11 y 56 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 11 y 56 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 15, 16, 19, 25, 27 y 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector pronunciarse sobre la admisibilidad formal del recurso de reconsideración interpuesto por el proveedor INEGHO S.R.L. contra la Disposición ANLIS N° 575/16, por cuanto se trata de competencias propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de la autoridad competente para decidir. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el Sistema de Contrataciones, tal como se encuentra previsto en el artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01 (v. Dictamen ONC Nº 71/2015, entre muchos otros).

II) El artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no resulta de aplicación al supuesto de marras, en la medida en que lo que aquí se discute –en sentido estricto– es la admisibilidad o inadmisibilidad formal de pretensiones recursivas entabladas mediante correo electrónico, mientras que el aludido artículo 56 se limita exclusivamente a reglamentar los medios de notificación que han de tenerse por válidos entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes. Sí resulta aplicable el artículo 11 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, en tanto dispone que: *"…Los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la Ley Nº 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias.".*

III) En materia de recursos administrativos interpuestos durante la sustanciación de un procedimiento de selección, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y su reglamento (RLNPA) resultan de aplicación directa. En sentido concordante, se ha sostenido: *"…Trátase, a nuestro criterio, de un supuesto de aplicación directa de la LNPA y su reglamentación, que se agrega a la aplicación directa del Título III de la ley en cita, prevista en el art. 7º, in fine, de la ley 19549."* (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Ábaco. Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 2013. Pág. 54).

IV) Es dable mencionar los principales recaudos y/o exigencias formales contemplados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto N° 1759/72 (T.O.

1991) para la presentación de escritos –por parte interesada– ante la Administración Nacional, conforme la regulación establecida en los artículos 15 y siguientes del aludido cuerpo reglamentario. A saber: *1. "…Los escritos serán redactados a máquina o manuscritos en tinta en forma legible, en idioma nacional, salvándose toda testadura enmienda o palabras interlineadas. Llevarán en la parte superior una suma o resumen del petitorio…" (Art. 15 RLNPA). 2. "…Serán suscriptos por los interesados, sus representantes legales o apoderados. En el encabezamiento de todo escrito, sin más excepción que el que iniciare una gestión, debe indicarse la identificación del expediente a que corresponda, y en su caso, contendrá la indicación precisa de la representación que se ejerza. Podrá emplearse el medio telegráfico para contestar traslado o vistas e interponer recursos…"* (el subrayado no corresponde al original) *(Art. 15 RLNPA). 3. "Todo escrito por el cual se promueva la iniciación de una gestión ante la Administración pública nacional deberá contener los siguientes recaudos: a) Nombres, apellido, indicación de identidad y domicilio real y constituido del interesado; b) Relación de los hechos y si lo considera pertinente, la norma en que el interesado funde su derecho; c) La petición concretada en términos dados y precisos; d) Ofrecimiento de toda la prueba de que el interesado ha de valerse, acompañando la documentación que obre en su poder y, en su defecto, su mención con la individualización posible, expresando lo que de ella resulte y designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales; e) Firma del interesado o de su representante legal o apoderado." (Art. 16 RLNPA). 4. "Constitución de domicilio especial. — Toda persona que comparezca ante autoridad administrativa, por derecho propio o en representación de terceros, deberá constituir un domicilio especial dentro del radio urbano de asiento del organismo en el cual tramite el expediente…" (Art. 19 RLNPA). 5. "Presentación de escritos, fecha y cargo. — Todo escrito inicial o en el que se deduzca un recurso deberá presentarse en mesa de entradas o receptoría del organismo competente o podrá emitirse por correo. Los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentra el expediente. La autoridad administrativa deberá dejar constancia en cada escrito de la fecha en que fuere presentado, poniendo al efecto el cargo pertinente o sello fechador. Los escritos recibidos por correo se consideraran presentados en la fecha de imposición en la oficina de correos, a cuyo efecto se agregará el sobre sin destruir su sello fechador, o bien en la que conste en el mismo escrito y que surja del sello fechador impreso por el agente postal habilitado a quien se hubiere exhibido el escrito en sobre abierto en el momento de ser despachado por expreso o certificado* […] *En caso de duda deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito y en su defecto, se considerará que la presentación se hizo en término. Cuando se empleare el medio telegráfico para contestar traslados o vistas o interponer recursos, se entenderá presentado en la fecha de su imposición en la oficina postal." (Art. 25 RLNPA)* (el subrayado no corresponde al original) *6. "Documentos acompañados. — Los documentos que se acompañen a los escritos y aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba podrán presentarse en su original, en testimonios expedidos por autoridad competente o en copia que certificara la autoridad administrativa previo cotejo con el original, el que se devolverá al interesado." (Art. 27 RLNPA).*

V) En cuanto concierne puntualmente a los recaudos formales vinculados con la interposición de recursos administrativos, el artículo 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos prevé lo siguiente: *"La presentación de los recursos administrativos deberá ajustarse a las formalidades y recaudos previstos en los artículos 15 y siguientes, en lo que fuere pertinente, indicándose además, de manera concreta, la conducta o acto que el recurrente*

estimare como legitima para sus derechos o intereses. Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos deducidos en término, en cualquier momento antes de la resolución. Advertida alguna deficiencia formal, el recurrente será intimado a subsanarla dentro del término perentorio que se fije, bajo apercibimiento de desestimarse el recurso." (el subrayado no corresponde al original).

VI) Resulta oportuno citar la opinión de autorizada doctrina en cuanto ha sostenido: *"…los recaudos formales a que deben ajustarse los recursos* […] *son, en general, los propios de toda presentación en un procedimiento administrativo. De ahí la expresa remisión a lo que se establece en el título III del RLNPA (art. 15 y ss…)."* (HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de Procedimientos Administrativos*. Ley 19.549. Editorial Astrea. 9º edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013. Págs. 361 y ss.). Desde esa atalaya, el citado autor explica: *"Todo escrito inicial o en el que se deduzca un recurso –aquí la ley toma el concepto en sentido amplio, comprensivo tanto de los recursos como de las reclamaciones y hasta de la denuncia de ilegitimidad– debe presentarse ante la mesa de entradas o receptoría del organismo competente, o puede remitirse por correo. Como es necesario colocar los avances tecnológicos al servicio de la celeridad del trámite, debería admitirse la posibilidad de que el particular pueda contestar vistas o traslados por correo electrónico* […] *Los escritos posteriores, según la norma, pueden presentarse o remitirse a la oficina donde se encuentra el expediente* […] *Se da así por terminada la centralización absoluta en la presentación de escritos por la vía de las mesas de entradas* […] *En el caso del envío por correo de la petición o recurso, la fecha válida para el cómputo de los plazos es la de imposición por el correo. El escrito puede enviarse por carta simple, certificada, expresa, etc., por telegrama –simple o colacionado–, carta documento, cablegrama y formas similares que el progreso técnico pueda inventar, siempre que haya certeza en cuanto a la identidad del recurrente. La vía telegráfica está admitida por el art. 15, párr. 2º in fine, del RLNPA, para contestar traslados, vistas o interponer recursos…"* (HUTCHINSON. *Op Cit*. Págs. 272 y ss.).

VII) Resulta particularmente destacable que el mencionado artículo 15 del Reglamento de Procedimientos Administrativos indique expresamente que podrán emplearse "medios telegráficos" para interponer recursos, además de poder llevar a cabo otras diligencias, tales como contestar traslados o vistas. Siendo ello así, esta Oficina Nacional encuentra razonable interpretar que, dentro del sintagma "medio telegráfico" cabe incluir al correo electrónico.

VIII) En la actualidad el correo electrónico se ha convertido en una herramienta informática ampliamente utilizada en múltiples y disímiles ámbitos, siendo esta una realidad que no podría válidamente resultar ajena ni desconocerse desde el sector público. Sin ir más lejos, ya el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilitaba el uso del correo electrónico en el ámbito de las contrataciones públicas, tanto como medio de comunicación entre la Administración y los particulares, como también a los fines de la presentación de ofertas en contrataciones directas efectuadas por trámite simplificado (v. artículos 55, inciso d); 56, inciso g); 57, inciso g); 59; 60; 147, inciso b); apartado II) de los incisos a), b); c) y d) del art. 234; 238 y 239).

IX) Dentro del proceso de cambio y modernización del Estado, los procedimientos administrativos han de caracterizarse –cada vez más– por su simplicidad y rapidez. Por

consiguiente, ninguna duda cabe respecto a que el uso del e-mail, entre otros medios informáticos, ha contribuido y contribuirá aún más a dotar de agilidad, celeridad y sencillez a los procedimientos administrativos en general, y a los procedimientos de selección del cocontratante, en particular.

X) El correo electrónico ha sido definido jurisprudencialmente como toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras ("Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA" – CNTrab. – Sala VII –27/3/2003).

XI) La Ley Nacional de Telecomunicaciones Nº 19.798, define en su artículo 2º define como "telecomunicación": *"Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos…"* y "telegrafía", como un: *"Sistema de telecomunicación que permite obtener una transmisión y reproducción a distancia del contenido de documentos tales como escritos, impresos o imágenes fijas o la reproducción a distancia en esa forma de cualquier información".*

XII) En esa inteligencia, no parece aventurado sostener –a la luz de una interpretación dinámica de los artículos 15 y 25 del Reglamento de Procedimientos Administrativos–, que entre el medio telegráfico al que hacen alusión las citadas normas y el correo electrónico hay una relación de género a especie. De este modo, corresponde a la Administración reconocer los avances tecnológicos actualmente disponibles, así como la gran contribución que ellos pueden prestar a principios rectores de la actuación administrativa tales como la eficacia, la economía y la celeridad.

XIII) Por otro lado, desde que la autoridad administrativa no es una instancia independiente comparable a un tribunal judicial, sino también parte en el procedimiento, se debe garantizar la "igualdad de armas" entre la Administración Pública y el particular, especialmente en cuanto concierne a la homogeneidad razonable de medios (En este sentido, ver ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coordinadores). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Editorial Eudeba. 1era. edición. Buenos Aires, 2011. Pág. 12). Dicho en otros términos, si la validez de las notificaciones por correo electrónico de actos de gravamen –v.g. penalidades y sanciones– no se encuentra en tela de juicio, con mayor razón ha de admitirse que el particular agraviado ejerza su defensa por los mismos medios.

XIV) Una interpretación respetuosa de la tutela de los derechos de los administrados y en línea con la noción del proveedor como colaborador del Estado, no puede más que permitir –también a los particulares– beneficiarse con el empleo de medios que garanticen la eficiencia, celeridad, economía y sencillez. En esta línea se sitúa el artículo 21 del entonces vigente Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 58/2014, al consignar entre los requisitos mínimos que deben contener los pliegos de bases y condiciones particulares: *"Domicilio, correo electrónico institucional, y número de fax en los que serán válidas las comunicaciones e impugnaciones que los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes realicen en ellos.".*

XV) Esta es, a criterio de esta Oficina, la interpretación que mejor se concilia tanto con los mentados principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia y formalismo moderado en favor del administrado –en los que abreva el régimen establecido por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos–, como con las garantías constitucionales de defensa y tutela administrativa efectiva.

XVI) No ha de perderse de vista que tanto el Decreto–Ley Nº 19.549 como su reglamento fueron sancionados en el año 1972 y éste último no ha sufrido modificaciones sustanciales desde el año 1991, en que se aprobó el "texto ordenado" que rige en la actualidad. Por ello, les comprende la crítica que formula BARNES a *"…tantas leyes generales de procedimiento administrativo de la segunda mitad del siglo XX* [que] *han quedado superadas por la realidad en razón del contenido, que ha devenido insuficiente…"* (BARNES, Javier, *"Reforma e innovación del procedimiento administrativo"*, en Barnes, Javier (editor), La transformación del procedimiento administrativo, Sevilla, Global Law Press, 2008, pág. 21).

XVII) La interpretación de las normas debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan, y ello comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos 287:79; 310:937).

XVIII) Ahora bien, lo hasta aquí expuesto no implica –en modo alguno– una dispensa del cumplimiento de los demás recaudos y exigencias formales previstos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, que fueren de aplicación. En efecto, dado el marco conceptual expuesto, cobra particular relevancia la salvedad efectuada en el artículo 77 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, al indicar dicha norma que la presentación de los recursos administrativos deberá ajustarse a las formalidades y recaudos previstos en los artículos 15 y siguientes, "en lo que fuere pertinente".

XIX) Por aplicación del principio de razonabilidad, se trata de buscar un justo medio entre la aceptación de recursos por correo electrónico y el cumplimiento de las formalidades y recaudos previstos para la presentación de escritos, en todo cuanto fuera pertinente. Así, por ejemplo, en cuanto al requisito de que los escritos contengan la "firma del interesado o de su representante legal o apoderado" al igual que con las notificaciones que envía la Administración, cabe considerar que mientras sean dirigidos desde la casilla de correo electrónico declarada en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), o en el procedimiento en particular, el requisito se encontraría satisfecho, tomando especialmente en consideración que: "La dirección de correo electrónico es la identificación de un usuario del servicio de correo electrónico. Está formada por dos elementos: La cuenta o nombre de usuario. El dominio al que pertenece esa cuenta […] Cada cuenta de correo tiene una contraseña para proteger el acceso de otros usuarios, siendo responsabilidad del usuario mantener su confidencialidad para evitar accesos no autorizados." (GURRUCHAGA, Leandro. *Aspectos técnicos del correo electrónico y su importancia en los ambientes laborales* en GARCÍA VIOR, Andrea (Coordinadora). Correo electrónico e internet en el ámbito laboral. Errepar. Buenos Aires, 2009. Pág. 8 y ss.).

XX) Por último, resta mencionar que frente a eventuales deficiencias formales que puedan presentar los recursos entablados vía correo electrónico, este Órgano Rector entiende que la solución a aplicar es la prevista en el mentado artículo 77, *in fine*, y propiciada por la

doctrina en los siguientes términos: *"La omisión de cumplir con alguno de los requisitos formales o sustanciales indicados no implica que deba rechazarse el recurso. Siempre que surja claramente la voluntad de recurrir el acto, hay que considerar interpuesto el recurso e intimarse a subsanar los defectos, bajo el apercibimiento de darle por decaído el recurso…"* (HUTCHINSON. *Op Cit*. Págs. 362 y ss.).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-25799432-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 27 de octubre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Multas por incumplimientos en la prestación de servicios. Pliego de bases y condiciones particulares. Principio de legalidad.

Normativa examinada:

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 126, inciso c), 129, 131, inciso b) apartado 2.2 y 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta a la normativa aplicable, el artículo 126 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 regulaba DOS (2) tipos de multas diferenciadas, a saber: 1) multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; 2) multas por distintas transgresiones vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor, en contratos de servicios o de tracto sucesivo –va de suyo que en este caso debe tratarse de transgresiones distintas a la mora y/o cumplimiento tardío–.

II) Respecto de la primera de las multas mencionadas, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipulaba concretamente que frente a la mora del proveedor: *"…Se aplicará una multa del CERO COMA CINCO (0,5) POR CIENTO del valor de lo satisfecho fuera de término por cada DIEZ (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de CINCO (5) días hábiles."*.

III) Por el contrario, la segunda subespecie de multas no fue objeto de regulación taxativa en el cuerpo reglamentario bajo análisis, sino que se delegó la regulación específica en el marco de los pliegos de bases y condiciones particulares. En el presente caso, el organismo de referencia hizo uso de la facultad otorgada por la normativa –artículo 126 inciso c) apartado 2, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12–, y reguló en el pliego de bases y condiciones particulares la aplicación de multas.

IV) Ahora bien, una lectura atenta del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 permite colegir que, como ya se mencionó, esta clase de multas no presentaba una tipicidad acabada –tampoco sucede ello en la reglamentación actualmente vigente–, sino que el aludido cuerpo reglamentario habilitaba al organismo contratante a incluirlas en los pliegos particulares, conforme criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, debiendo en su caso estipular allí sus

alcances y/o modulaciones concretas en un sentido adecuado, proporcional y acorde con la especificidad de las prestaciones involucradas y con el fin público comprometido en la contratación de que se trate, tal como sigue estando regulado en la actualidad a través del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

V) Está fuera de discusión que el organismo de origen podía entonces –como también podría en la actualidad– incluir en el pliego de bases y condiciones particulares una multa por deficiencias en la calidad del servicios u otros incumplimientos análogos como la que aquí se examina, más esta Oficina Nacional entiende que dicha facultad no puede interpretarse con tal extensión y/o laxitud al punto de aceptar que por dicha vía se desvirtúe el orden de afectación de penalidades previsto en el artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, so pena de conmover el principio de legalidad. Misma observación cabe efectuar en torno a la regulación de un plazo de prescripción de las faltas.

VI) En tanto se trata de un punto ciertamente opinable y, como tal, abierto a interpretaciones contrapuestas, este Órgano Rector considera que no puede endilgarse al proveedor la falta de impugnación de dicha cláusula ni las consecuencias perniciosas de dicha omisión, por no advertirse *prima facie* una ilegitimidad manifiesta que la firma debió conocer. Por el contrario, justo es reconocer que la afectación potencial del principio de legalidad sostenida por esta Oficina Nacional no se presenta de un modo claro y ostensible, desde que la facultad del organismo para estipular al detalle las particularidades de este tipo de multas presenta contornos difusos.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-34197906-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Inaplicabilidad de multa por mora por prescripción. Aplicación del principio de la ley penal más benigna en penalidades. Declaración de incumplimiento contractual sin penalidad.

Consulta.

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a los efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el MINISTERIO DE DEFENSA dictara un acto administrativo por el cual declarase el incumplimiento contractual imputable a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de la multa por mora ante su prescripción, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Dicho en otros términos, se consultó sobre la factibilidad de dictar un acto administrativo que declarase uno o más incumplimientos contractuales imputables a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. –v.g. mora en el cumplimiento de las prestaciones correspondientes al Renglón Nº 1 de la Contratación Directa N° 2/2012–, pero sin aplicación de penalidades, en razón de considerar operada la prescripción para el ejercicio de tal prerrogativa, por aplicación del principio de la ley penal más benigna. Ello, a los fines de que en futuras contrataciones, pueda meritarse tal incumplimiento como un antecedente negativo.

Normativa examinada:

- Artículo 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 93 y 97 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº436/00.
- Artículo 25 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00.
- Artículos 68 inciso g) y 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa entonces vigente resultaba clara: el cumplimiento en el plazo y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importaba una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos. Por otra parte, tal como oportunamente lo trajera a colación el servicio jurídico preopinante, esta Oficina Nacional supo decir que: *"…en los casos en que la prórroga no se conceda en forma expresa, o bien no exista pedido de prórroga, y se acepte el cumplimiento extemporáneo del proveedor, esto implicará una aceptación tácita de la Administración a la prórroga, por cuanto de otra forma hubiese correspondido la rescisión contractual y corresponderá en consecuencia la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento"* (v. Dictámenes ONC Nros. 233/07, 259/07 712/11, 865/12, entre otros).

II) La evaluación de los incumplimientos que pudieren haberse configurado en el marco de la Contratación Directa N° 2/12 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA es del resorte exclusivo del organismo contratante, pero deberá tenerse presente que resulta incompatible aplicar en forma simultánea, respecto de las mismas prestaciones, la penalidad de multa por mora –lo cual presupone un cumplimiento tardío– y la rescisión contractual por culpa del proveedor, que solo procede frente a escenarios de incumplimiento (entendido básicamente como la falta de entrega del bien, de prestación del servicio o rechazo de las prestaciones por no ajustarse al pliego de bases y condiciones particulares.).

III) La prórroga tácita presupone la aceptación de las prestaciones –aún tardías– por parte de la Administración. De lo contrario, la jurisdicción o entidad contratante debería rescindir el contrato por culpa del proveedor, en forma parcial o total, según el caso, conforme lo indicado en el artículo 97 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

IV) Si frente a una determinada plataforma fáctica procede la multa por mora en la entrega de determinados bienes o en la prestación de determinados servicios, deviene improcedente toda rescisión culpable respecto de esos mismos bienes o servicios y viceversa.

V) No corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar, sino que –en principio– ha de estarse a lo expresado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA, instancia que entendió que si bien ASCENSORES SERVAS S.A. cumplió tardíamente el contrato celebrado con esa jurisdicción –extremo que implicaría, en puridad, un incumplimiento contractual–, no

resulta pasible de ser penalizada con la multa por mora prevista en el artículo 25 del Pliego Único aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00 por encontrarse prescripta. Para así opinar, la mentada asesoría letrada tuvo particularmente en cuenta lo regulado en el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, a la luz del Dictamen ONC Nº 164/14, en el que se concluyó: *"…El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto.".*

VI) Las penalidades importan el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma (tal, el caso paradigmático de las multas coercitivas); además, pueden asumir el carácter de una indemnización tasada, o cláusula penal, v. gr., en el caso de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento de contrato" (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…la multa por retardo tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista y por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones*" (Dictámenes PTN 262:548).

VIII) El principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

IX) Desde esa óptica, no parece dudoso afirmar que como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

X) Atento el plazo transcurrido desde las fechas de recepción de los servicios prestados por el proveedor en cuestión, cabe indagar si prescribió o no la facultad para penalizar el cumplimiento extemporáneo. Ahora bien, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades, en caso de verificarse incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores. De esta manera, corresponde

establecer cuál es la norma que, en forma subsidiaria o analógicamente, debe aplicarse en la especie.

XI) Esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

XII) El cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse desde la fecha del incumplimiento de la obligación que se ha verificado y no desde la fecha en que se haya labrado el acta de recepción; de lo contrario, la demora de la Administración en suscribir las actas de recepción implicaría en los hechos una extensión del plazo para aplicar penalidades y sanciones, lo cual no parece *a priori* una interpretación razonable. Por mandato normativo, entonces, corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

XIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014 –sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad– en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XIV) Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, a juzgar por las constancias incorporadas a las presentes actuaciones no resulta aventurado compartir la conclusión a la que arribara la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en la Providencia Nº PV-2017-16495267-APN-DALEG#MD, de fecha 7 de agosto de 2017, al considerar inaplicable la penalidad de multa por mora por encontrarse prescripta.

XV) Finalmente, en cuanto a la viabilidad de dictar un acto que así lo declare formalmente, previa determinación del incumplimiento contractual, este Órgano Rector no tiene reparos que oponer, en el entendimiento de que la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A. Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

XVI) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no advierte óbices de índole legal para el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento

contractual imputable a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de la multa por mora, ante su prescripción, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Multas.

Normativa examinada:

- Artículo 102 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16

Análisis y opinión del Órgano Rector: El artículo 102 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla DOS (2) clases de multas diferenciadas. A saber: Una multa por mora en el cumplimiento de las prestaciones del CERO COMA CERO CINCO POR CIENTO (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso y, además, la posibilidad de prever multas específicas –en el caso de contratos de servicios o de tracto sucesivo– por distintas faltas vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor. En este último caso, las mismas no vienen predeterminadas por la normativa, sino que deberán preverse en el respectivo pliego, de considerarse ello oportuno y conveniente.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Multa por mora – Principio de continuidad del contrato – Principio de la ley penal más benigna – Prescripción.

Antecedentes:

En el marco de la Licitación Pública Nº 3/15 se emitió en favor de la firma ECOSAN S.A. la Orden de Compra N° 7/15 –notificada a dicho proveedor el día 6 de agosto de 2015– para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado (contenedores reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos).

De acuerdo con lo establecido en las cláusulas 14 y 15 del pliego de bases y condiciones particulares –replicadas asimismo en el anexo de la orden de compra–, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) una vez realizada la adjudicación de los mismos. Los plazos debían computarse en días hábiles a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, el mismo no podía exceder de NOVENTA (90) días.

Sin embargo, a juzgar por las manifestaciones vertidas por las autoridades intervinientes, la empresa ECOSAN S.A. habría entregado tan solo VEINTICUATRO (24) unidades, no obstante haber cobrado el CIEN POR CIENTO (100%) del monto correspondiente a las SESENTA (60) estaciones de reciclado adjudicadas.

Resta indicar que, habiendo transcurrido más de dos años desde que expiró el plazo de cumplimiento del contrato –que, como ya fuera remarcado, según el pliego no podía exceder de NOVENTA (90) días hábiles desde el día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la que tuvo lugar el 6 de agosto de 2015–, y luego de sucesivos intercambios de cartas documento con intimaciones recíprocas, el ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE propició la celebración de un acta acuerdo con la sociedad comercial ECOSAN S.A., en la que se plasmaba la intención de acordar la continuidad de la contratación, pactando la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo máximo de SEIS (6) meses, a contar del 25 de marzo de 2018, que de cumplirse, implicaría eximir al proveedor de las penalidades y sanciones que pudieren corresponder, en pos de arribar: *"…a una posición conciliatoria que exima a ambas partes de afrontar mayores costos y demoras"* (v. IF-2018-11768894-APN-MAD e IF-2018-11776363-APN-MAD).

Por último, resta indicar que al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, opinó lo siguiente: *"…por el principio de continuidad del contrato que otorga el derecho de exigir la no interrupción de la ejecución del contrato y las causas de la medida que se propicia motivadas en el informe técnico del área de origen ya referenciado, con fundamento en el art. 93 del Decreto 1030/16 la jurisdicción puede permitir la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación en el acta traída a estudio. Sumado a ello, se debe considerar la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.".*

Consulta:

El ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la viabilidad de celebrar un Acta Acuerdo con el proveedor ECOSAN S.A., a fin de establecer un nuevo plazo para la entrega de los bienes faltantes del total oportunamente adjudicado en el marco de la Licitación Pública Nº 3/15.

Asimismo, se consultó sobre la procedencia de la aplicación a la firma ECOSAN S.A. de la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Normativa examinada:

- Artículos 23 inciso a) y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 119, 120, 122, 126 y 127 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros). En otro orden de cosas, sabido es que las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad,

mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas en el particular resultan ajenas al ámbito competencial de esta Oficina Nacional.

II) A juzgar por las actuaciones, la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento parcial en la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 7/15, emitida en su favor el día 6 de agosto de 2015 para la adquisición de SESENTA (60) Estaciones de Reciclado. Más precisamente, la empresa cocontratante sólo habría entregado VEINTICUATRO (24) de los contenedores adjudicados (cantidad que, como se indicó antes, no consta en el expediente), a raíz de lo cual se consulta si resulta viable la celebración de un Acta Acuerdo para establecer un nuevo plazo de entrega de los restantes bienes, en virtud del principio de continuidad del contrato, y si en tal caso, corresponde aplicar la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones.

III) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones, siendo estas últimas de competencia exclusiva de este Órgano Rector. En efecto, la aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma, mientras que la imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01).

IV) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y claramente sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, que en este supuesto habría sido incumplida. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

V) Es de recordar, a su vez, que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557). El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación (Dictámenes PTN 213:147).

VI) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo, viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes.

VII) Desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que deberán aplicarse ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo. En concreto, ante la configuración del incumplimiento correspondería la rescisión del contrato, total o parcial, con ejecución de la garantía de cumplimiento del mismo, en forma total o parcial, según el caso, excepto que el organismo contratante acepte un cumplimiento extemporáneo, por aplicación del principio de continuidad del contrato.

VIII) El carácter de indisponible del régimen de penalidades y sanciones no se contrapone con la aplicación del principio de continuidad del contrato, sino que ambos extremos deben interpretarse armoniosamente, máxime si se repara en que la propia normativa aplicable habilita expresamente al organismo a recibir los bienes en forma extemporánea –cuando la jurisdicción o entidad contratante interprete razonablemente que ello satisface de un modo más eficaz y eficiente el interés público comprometido que la mera rescisión del contrato–, pero a su vez obliga a la Administración a aplicar al proveedor la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

IX) Sobre esta cuestión, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…Una rescisión de contrato implica para la Administración, un dispendio de recursos económicos y humanos en la gestión del procedimiento – 'medios utilizados' - sin resultados fructíferos, es decir, sin que pueda concretarse el 'fin buscado' por el ente contratante (satisfacción de una necesidad). De allí que en esta materia rige el principio de continuidad, que es uno de los principios generales que imperan en la ejecución de los contratos administrativos, por medio del cual la Administración debe extremar sus recursos para permitir lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato y evitar su rescisión, porque lo que importa, en vista al interés público comprometido, es que el contrato se cumpla…"* (Cfr. Dictamen ONC Nº 717/2011).

X) El mentado principio se funda en la finalidad propia del contrato administrativo, esto es, la satisfacción del interés público, en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la Administración Pública. (DROMI, Roberto, "*Derecho Administrativo*", Ciudad Argentina, 11º Edición, 2006, Buenos Aires, p. 534-535). En efecto, cuando el contratista interrumpe la ejecución contractual, la Administración Pública debe hacer uso, en principio, de los medios que permitan lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato, y no su rescisión, porque lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla (v. Dictamen ONC Nº 675/2011).

XI) Los organismos contratantes deben, ante una eventual rescisión de contrato, ponderar las circunstancias particulares del caso y, en aquellos casos en que la jurisdicción acepte el cumplimiento extemporáneo, corresponderá igualmente la aplicación de la multa por mora, de conformidad con lo establecido en los artículos 119, *in fine* y 126, inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Tan es así que en casos análogos al de marras, por aplicación del principio de continuidad del contrato se aceptó el cumplimiento de la prestación fuera de término como alternativa a la rescisión contractual, pero a renglón seguido se reafirmó la procedencia de la multa por el período de mora, salvo en aquellos casos en que

se haya configurado un supuesto de caso fortuito, de fuerza mayor, hecho del príncipe, etc. (conf. Dictámenes ONC Nros. 203/2006, 673/2011, entre otros).

XII) En esa línea de pensamiento, en el Dictamen ONC Nº 865/2012 se puso de resalto que la multa por mora resulta de aplicación "en todos los casos" en que se concediera –expresa o tácitamente– una prórroga en el cumplimiento del plazo contractual, salvo que mediara algún eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.

XIII) A la luz de los fundamentos vertidos, no sería jurídicamente admisible, frente a un determinado incumplimiento imputable al proveedor, convenir la no aplicación de las penalidades y/o sanciones que pudieren corresponder –por tratarse, esencialmente, de un régimen indisponible por las partes–, extremo que *a priori* tornaría inviable el proyecto de acuerdo sometido a consideración de esta Oficina, en la medida en que la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo, sin que se vislumbren ni se hayan invocado eximentes de responsabilidad.

XIV) Sin embargo, no es posible soslayar que en los últimos años las penalidades y sanciones otrora reguladas en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 han sido objeto de modificaciones que denotan –en algunos aspectos puntuales– una política reglamentaria más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración. En ese sentido, en un caso sometido a consideración del Órgano Rector durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se concluyó que el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XV) El aludido principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el "imputado", puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

XVI) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

XVII) Como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de

seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

XVIII) El artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que*: "No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas.".* Corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

XIX) Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XX) Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino que, incluso también la alternativa de rescisión parcial de la Orden de Compra N° N° 7/15, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato–.

XXI) Desde esa atalaya, esta Oficina Nacional, en lo que concierne al estricto ámbito de sus competencias, no tiene reparos que oponer a la suscripción del acta acuerdo proyectada, sin perjuicio de las observaciones oportunamente efectuadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, en el Dictamen Nº IF-2018-14011677-APNDGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018.

XXII) Frente al hipotético supuesto en que el proyecto de acta acuerdo objeto de análisis finalmente no se suscriba o, eventualmente, que el proveedor incumpla con lo allí establecido, nada obsta para que el organismo contratante inicie las acciones administrativas y/o las acciones judiciales que pudieran corresponder conducentes al recupero de las sumas abonadas sin contraprestación, junto con el resarcimiento integral de los daños y perjuicios que los incumplimientos de la firma ECOSAN S.A. hubieren ocasionado (Cfr. artículo 130 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Principio de la ley penal más benigna. Prescripción de las penalidades. Alcances de las opiniones de la ONC. Imposición de intereses.

Antecedentes:

Por Resolución del entonces MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS Nº 1630 del 19 de mayo de 2009 se autorizó un llamado a licitación pública de etapa única nacional con el objeto de adquirir CUATRO (4) helicópteros marca BELL, modelos UH 1H-II Huey II, con destino a la GENDARMERIA NACIONAL.

Mediante Decisión Administrativa Nº 893, del 14 de diciembre de 2010, se aprobó el trámite de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº 26/09 y se adjudicó su objeto a la firma "MODENA HELICOPTEROS S.A.", por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (U$S 15.955.928,00), por ser la única propuesta económica recibida y ajustarse a la solicitado.

Con fecha 30 de diciembre de 2010 se emitió la Orden de Compra Nº 228/10, en favor de la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. Conforme se encontraba establecido en el inciso a) de la Cláusula Nº 31 del pliego de bases y condiciones particulares, el plazo para el cumplimiento del contrato se fijó en DOCE (12) meses, a contar desde la liberación a favor del cocontratante, de la carta de crédito correspondiente, por lo que el vencimiento temporal para la concreción de la provisión operó el 10 de julio de 2012 (en el ínterin fue creado el MINISTERIO DE SEGURIDAD y remitido a esa jurisdicción el expediente, con fecha 12 de abril de 2011).

Con fecha 11 de noviembre de 2015 el entonces titular de la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD envió las actuaciones al archivo y en ese estado permanecieron hasta el requerimiento de desarchivo solicitado por la JEFATURA DE ASESORES de esa cartera, mediante proveído de fecha 30 de mayo de 2016.

El 25 de julio de 2017 –es decir, aproximadamente CINCO (5) años después de operado el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato– la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD elaboró el Informe de Reporte N° 129/17, donde concluyó que en orden a las evidencias recolectadas la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. entregó solo DOS (2) helicópteros de los CUATRO (4) adjudicados e incluso lo hizo en forma extemporánea.

Tal como pudo constatar la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, durante el año 2011 se le pagó al proveedor la totalidad del precio de la contratación sin recibir la contraprestación en bienes por parte del proveedor, en contravención a lo establecido en la Cláusula 33 del pliego de bases y condiciones particulares, donde se estipuló un adelanto del CUARENTA POR CIENTO (40%) del total cotizado y el SESENTA POR CIENTO (60%) restante de cada helicóptero recibido, contra la presentación –entre otra documental– del certificado de recepción definitiva emitido por la GENDARMERÍA NACIONAL. Consecuentemente, el proveedor en cuestión aún adeudaba DOS (2) helicópteros, pese a haber cobrado anticipadamente la totalidad del precio adjudicado.

Como resultado de las gestiones efectuadas por el MINISTERIO DE SEGURIDAD a efectos de proceder al recupero y mitigación del perjuicio fiscal evidenciado, con fecha 7 de agosto de 2017 el apoderado de la firma MODENA HELICOPTEROS S.A. efectuó una propuesta transaccional –en el sentido de que modificaría el tipo de aeronave a ser entregada–, en pos de compensar la parte incumplida del contrato, consistente en la entrega al MINISTERIO DE SEGURIDAD de DOS (2) helicópteros A119 Koala usados, en reemplazo de los DOS (2)

helicópteros pendientes de entrega. Posteriormente, la empresa arrimó al organismo propuestas ampliadas y/o superadoras en dos nuevas oportunidades, mediante las presentaciones de los días 26 de febrero y el 11 de abril del corriente, ofreciéndose finalmente TRES (3) helicópteros Koala A 119, más las prestaciones de servicios y entrega de bienes allí detalladas.

Desde el punto de vista técnico, la DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES de GENDARMERIA NACIONAL señaló que el modelo de helicóptero ofrecido en sustitución sería apto para las operaciones aéreas que realiza dicha fuerza federal.

Finalmente, se sometió a consideración del Órgano Rector un proyecto de decisión administrativa mediante el cual se propiciaba ratificar un acuerdo suscripto, con fecha 11 de junio de 2018, entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 12, inciso c), 23 y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 2º del Código Penal.
- Artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.
- Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas es la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

II) Más allá del recupero de las sumas adelantadas al proveedor y no aplicadas a la ejecución del contrato, a la luz de lo hasta aquí expuesto y en la medida en que no se vislumbra ninguna eximente de responsabilidad, cabría concluir que la firma MÓDENA HELICOPTEROS S.A. incurrió en incumplimientos que en ese entonces tenían por consecuencia las siguientes penalidades: 1) Rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, por culpa del proveedor, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato; 2) multa por mora, con relación a los DOS (2) helicópteros entregados tardíamente, más la multa del DIEZ POR CIENTO (10%) correspondiente a la rehabilitación tácita del contrato.

III) El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad

sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

IV) El Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

V) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014 en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción. Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino también la rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y la multa por rehabilitación tácita del mismo.

VI) Respecto de la viabilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato –cuyo recupero se propicia–, dicha facultad no surge de la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional. Con lo cual el examen de su viabilidad jurídica exorbita las competencias del Órgano Rector, siendo el análisis de su procedencia del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de las autoridades con facultades decisorias.

VII) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades –que resultan aplicables tanto en el período precontractual como en el contractual, por cuanto la norma las prevé tanto para los oferentes como para los cocontratantes– y sanciones. En esa inteligencia, el régimen "sancionador" en materia de bienes y servicios se configura con: *"…las penalidades como tipos –infracciones– circunscriptos al marco contractual; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntal (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones)…"* (v. BALBIN, Carlos F., *"Manual de Derecho Administrativo"*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 -596) (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

VIII) La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma. La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01); las mismas exhiben una finalidad claramente punitiva (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento*

de contrataciones de la Administración Nacional. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

IX) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo y viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por determinados incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes (v. Dictámenes ONC Nº 164/2014 e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

X) Por lo tanto, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al régimen de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM). Téngase presente que el Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus sucesivas reglamentaciones han posibilitado la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones, sin que resulten excluyentes unas de otras (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XI) En el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC Nº 1023/12, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 resulta aplicable el principio de la ley penal más benigna.

XII) La unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género *ius puniendi* único del Estado– y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22). (v. Dictamen ONC Nº 1023/12 y Dictámenes PTN 244:648, entre otros).

XIII) Dicho pensamiento se incardina en la idea de pertenencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador a un único “ius puniendi” estatal, razón por la cual ambos derechos deben abrevar del derecho público, de modo que la aplicación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador puede hacerse a partir de un cuidadoso examen de cada principio y su inserción en el sistema del derecho público y administrativo, que constituyen el “tamiz” necesario y conveniente para su traspolación.

XIV) Esto implica reconocer la existencia de garantías que si bien han sido tradicionalmente reivindicadas como propias del derecho penal, pertenecen más bien al derecho público en general, en cuanto reguladoras de toda potestad punitiva del Estado.

XV) Desde antaño la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha postulado la equiparación de las sanciones administrativas con las penales, a los fines de la aplicación de las garantías constitucionales (Cfr. CSJN, Miras Guillermo SACIF c/ Administración Nacional de

Aduanas, 18/10/1973. Fallos 287:76. En dicho precedente, el Tribunal Cimero sostuvo: *"…si bien en los casos de multas existe un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva. Se trata de un grado de sanción que no difiere en esencia de la clausura del establecimiento, del comiso de mercaderías o de la eliminación de la firma infractora del registro de importadores* (…) *aun cuando es exacto que de la solución del presente caso pueden depender ingresos para el Fisco, que ello no justifica apartarse de los principios básicos que, en materia penal, establece la Constitución…)."*. En sintonía con ello, en el ya célebre precedente "Baena", la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sostuvo: *"…es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabos, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas…"* (CIDH, caso "Baena, Ricardo y otros v. Panamá", sentencia del 2/2/2001. Párrafo 106).

XVI) No escapa a esta Oficina que la doctrina vernácula no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica y características atribuibles a penalidades y sanciones. Ello sin mencionar la evolución de los conceptos de delito y de falta, junto con la traslación de conductas de una a otra categoría, dando lugar a que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN sentenciara que: *"La distinción entre delitos y contravenciones y faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos"* (v. Fallos 205:173).

XVII) A nivel conceptual existen distintas posiciones sobre la materia, pero no es este el ámbito para intentar abordarlas a todas, dado que el análisis meramente académico excede el acotado marco de cognición de los dictámenes técnicos. Cuanto menos, existe consenso en que el principio de ultra-actividad o retro-actividad de la ley penal más benigna/favorable para el encausado constituye una de las garantías esenciales del derecho penal moderno (v. artículo 2º del Código Penal) y partiendo de esa base, si bien no fue consagrado en la Constitución histórica, a partir de la reforma constitucional de 1994, la jerarquía constitucional conferida a determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (por mandato del artículo 75, inciso 22 CN), impone reconocer "status constitucional" al mencionado principio.

XVIII) En cuanto aquí interesa, al menos dos tratados internacionales con jerarquía constitucional receptan explícitamente el principio en cuestión, en los siguientes términos: I) Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*; II) Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*.

XIX) Desde el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –por imperio del ya citado artículo 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Ley Suprema– no parece que quede margen posible

para predicar la irretroactividad de la "ley penal más benigna" en el ámbito de las sanciones administrativas.

XX) Autorizada doctrina tiene dicho al respecto que: *"…La manda constitucional, que nos llega desde el texto primigenio de 1853, recibe confirmación y expansión en las normas del Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dos de los principales tratados internacionales de Derechos Humanos que la reforma de la Constitución de la Nación Argentina en 1994 ha incorporado a su texto, según lo establece su actual artículo 75, inciso 22. Aludo a tal confirmación y ampliación por cuanto estos dos Tratados prevén explícitamente que* (…) *'Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello'. Sé que los textos se refieren específicamente a las 'condenas' y a los 'delitos', sin embargo, más allá de la inexistencia de distinción ontológica entre delito y falta ya denunciada, entiendo que –así como el concepto de 'penado' existente en el artículo 18 de la Constitución Nacional no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas– del mismo modo tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos citados..."* (GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Págs. 583 y ss.).

XXI) Con mayor énfasis, el citado autor asevera: *"…Así, con base en los preceptos constitucionales y de los tratados internacionales que se han incorporado al texto de esa Ley Suprema, se hace necesario reconocer también en nuestro medio y dentro del marco del principio de legalidad, la existencia de por lo menos cuatro sub-principios esenciales, a saber:* (…) *c) La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o ultra-actividad de la ley más benigna* (…). *En cuanto a la* (…) *aplicación retroactiva o ultra-activa de la ley más benigna, que en el orden jurídico positivo argentino y hasta 1994 sólo resultaba de rango legal (art. 2º del Código Penal), a través del Pacto de San José de Costa Rica y los demás Tratados de Derechos Humanos, se ha incorporado al texto Constitucional, con el carácter de garantía, que también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador* (…) *Ese criterio se reforzó más tarde en la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana 11/90, con motivo de las 'Excepciones al agotamiento de los recursos internos', del 10 de agosto de 1990, en que aclaró que las garantías del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica son exigibles en materias vinculadas con la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. Esta expresión de la Comisión Interamericana, interpretación auténtica del Pacto de San José que, como tal, se integra al orden constitucional argentino, con jerarquía supralegal, supone algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que todas las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades. Los argumentos expuestos reclaman un fortísimo replanteo de los principios que han de aplicarse al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, tanto en el orden sustancial como en el procedimental…"* (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Op. Cit*. Págs. 589 y ss.).

XXII) En esta línea de pensamiento fue emitido el Dictamen ONC Nº 164/14, oportunidad en la cual este Órgano Rector aclaró que, en puridad, el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte constitucional y como tal no constituye patrimonio

exclusivo del derecho penal, concluyendo en que la mentada garantía no sólo resulta de aplicación en el ámbito de las sanciones –en sentido estricto– que aplica el Órgano Rector, sino también en la esfera de las penalidades cuya aplicación compete a las diversas jurisdicciones y entidades contratantes. Se desprende de lo antedicho que lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna tanto en el ámbito de las penalidades como de las sanciones en sentido técnico es la recepción expresa de la mentada garantía tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional y desde dicho vértice, irradia su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico.

XXIII) Siguiendo esa línea de ideas, la interpretación que guíe las decisiones de la Administración no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni de los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22.

XXIV) Habiéndose enrolado de tal modo esta Oficina Nacional en la postura a favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, tanto en materia de penalidades como de sanciones, vale recordar que dicho principio procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXV) Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXVI) La nueva norma se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad) y la norma derogada será aplicable para los actos ejecutados durante su vigencia si deviene más favorable (ultraactividad).

XXVII) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha considerado que, para que la alteración producida en las disposiciones represivas configure un régimen más benigno, es necesario que evidencie un criterio legislativo de “mayor lenidad” (v. CSJN, Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L., 1981, Fallos 303:1548).

XXVIII) Precisar cuál es la ley más benigna requiere un análisis completo y profundo en relación con el caso concreto. No implica simplemente estudiar las variaciones que puedan existir con respecto al monto de la pena sino que debe tenerse en cuenta todo el contenido de las leyes. La regla general en todas las situaciones de sucesión de normas es la aplicación de aquella que, apreciada en su totalidad, resulta más favorable en el caso concreto para el sujeto pasible de sanción. Dicho examen debe concluirse con la elección de una norma que se aplicará íntegramente, no siendo posible tomar las disposiciones más favorables de una y de otra, ya que de ese modo se estaría creando una nueva norma y ello se encuentra vedado.

XXIX) En los últimos años las penalidades y sanciones tipificadas en el artículo 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01 han sido objeto de sucesivas reglamentaciones por los Decretos Nros. 436/00, 893/12 y 1030/16. Ciertamente, las últimas modificaciones introducidas en dicha materia denotan en la actualidad –en algunos aspectos puntuales– una política punitiva más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXX) Por caso, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regulase la prescripción de las penalidades frente a la verificación de incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores, razón por la cual esta Oficina Nacional entiende que, atento a tal vacío normativo, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna (v. IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXXI) A saber, el aludido artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 estipula: *"PRESCRIPCIÓN. No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas."*. No hace falta un mayor esfuerzo hermenéutico para comprobar que se trata de un plazo razonable y claramente más favorable al particular si se lo compara con la ausencia de todo límite para aplicar penalidades, si nos atenemos al Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00.

XXXII) No es posible dejar de remarcar que la prescripción no se trata de una institución meramente procedimental, sino que tiene un contenido material, en tanto incide sobre la competencia de la Administración para imponer una sanción. Por lo tanto, considerando el rango constitucional que tienen los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más favorable al encausado, una modificación de los plazos de prescripción que en este caso beneficia al particular debe aplicarse retroactivamente.

XXXIII) Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en los Dictámenes ONC Nros. 164/2014, IF-2017-34197906-APNONC# MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XXXIV) De tal modo se procura tutelar fines esenciales, puestos de manifiesto por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en un dictamen reciente, en cuyo marco se sostuvo: *"…La prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz social. Su objeto es poner fin a situaciones jurídicas inestables, dando certeza a los derechos de las partes que ya no pueden ser incididos por obligaciones alcanzadas por la prescripción. Opera sólo cuando quien tuvo la posibilidad de actuar no lo hizo."* (v. IF-2018-38244090- APN-PTN, de fecha 8 de agosto de 2018).

XXXV) Desde esa óptica, habiendo transcurrido más de cinco años desde que operó el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato, no parece dudoso afirmar que el

MINISTERIO DE SEGURIDAD tuvo la posibilidad de aplicar las penalidades correspondientes dentro de un tiempo prudencial y no lo hizo.

XXXVI) En otro orden de cosas, corresponde reafirmar asimismo que, en la medida en que la rescisión por culpa del proveedor está regulada como una penalidad en el artículo 29 inciso a) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, sin que dicha norma efectúe distinción alguna al respecto, forzoso es concluir que también es susceptible de prescripción. Ello por cuanto, de conformidad con el aforismo "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111; 235:377; 249:630, entre muchos otros y Dictamen ONC Nº 243/2015).

XXXVII) Toda rescisión por culpa del proveedor trae aparejada una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional. De tal suerte, si la competencia para aplicar la penalidad de rescisión culpable subsistiese sin límite de tiempo, podría darse el supuesto –no tan improbable– de que el organismo de origen rescinda un contrato luego no ya de un lustro, sino de una década o incluso más tiempo desde acaecido el incumplimiento y sería recién a partir de la firmeza de ese acto que correría el plazo de dos años previsto en el artículo 109 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 para sancionar, antes de que opere la prescripción. Lo cual no parece ni razonable ni ajustado a los fines que, al dictarse el Decreto Nº 1030/16, motivaron la inclusión de un plazo de prescripción específico y relativamente breve para las penalidades.

XXXVIII) Amén de ello, un punto de importancia fue abordada en el Dictamen ONC Nº IF-2017-34197906-APNONC#MM, donde se aclaró lo siguiente: *"…la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A.* (…) *Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16…".*

XXXIX) De ahí que, sin perjuicio de haber operado la prescripción de las penalidades que hubieren podido corresponder, esta Oficina consideró viable en la referida oportunidad el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento contractual imputable al proveedor, con fines eminentemente prácticos, tales como poner fin a situaciones jurídicas inciertas, registrar el incumplimiento a efectos de que pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad del proveedor en futuras convocatorias, etc.

PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES PARTICULARES.

DICTAMEN ONC Nº 15/2013.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2013.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Exigencia de presentar junto con la oferta documentación certificada por escribano y legalizada por el colegio profesional. Certificación de copias por autoridad administrativa.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en estas actuaciones, en cuyo marco obraba la impugnación de la firma FERNANDO BELLONI S.A. al dictamen de evaluación emitido en el marco de la Licitación Privada N° 3/2012 del registro del COMANDO DE LA 1º DIVISIÓN DEL EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO.

Cabe mencionar que la oferta de la impugnante había sido desestimada y considerada inadmisible por la Comisión Evaluadora en razón de que: "*…faltó presentar copia legalizada del acta constituida, estatuto o contrato social, documentos certificados por escribano público y legalizada por el colegio de escribanos respectivos conforme lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares…*".

Normativa examinada:

- Artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).
- Artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No corresponde solicitar como requisito adicional a los exigidos por la normativa que la documentación respaldatoria acompañada con la oferta se presente con certificación de escribano público y legalizada por el correspondiente Colegio profesional.

II) Conforme surge del artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, las copias de la documentación acompañada junto con la oferta pueden ser certificadas por la autoridad administrativa. De ese modo, el requerimiento de que las copias se acompañen certificadas por escribano y con la correspondiente legalización del Colegio respectivo, constituye un recaudo excesivo, que implica la erogación de un costo adicional al oferente.

III) Por otro lado, cabe considerar al respecto que solicitar en el pliego de bases y condiciones particulares que la documentación a presentar junto con la oferta se encuentre certificada por escribano público y legalizada por el colegio respectivo agrega un requisito que no se encuentra regulado ni en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 ni en el aprobado por el Decreto N°893/12.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que no corresponde adicionar requisitos a los exigidos por la normativa aplicable para la presentación de la documentación respaldatoria al momento de presentar la oferta en un organismo contratante. En pronunciamientos anteriores, se ha recomendado que los organismos contratantes modifiquen toda cláusula de los pliegos particulares que obligue a realizar la certificación por escribano público de la documentación respaldatoria y que la misma sea una elección del oferente, permitiéndole la tramitación de la autenticación de la copia ante la autoridad administrativa (Conf. Dictamen ONC N° 815/2012).

V) El Sistema de Contrataciones se encuentra emplazado en el principio de centralización normativa, lo que implica que las unidades operativas de compras deben tramitar el procedimiento de selección del contratista conforme las disposiciones legales vigentes. El principal fundamento de dicha organización es que los órganos contratantes unifiquen su modalidad de gestión, contribuyendo, de este modo a que se respete la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, no solo dentro de un único procedimiento de selección, sino en forma trasversal, en todo el Sistema de Contrataciones (Conf. Dictamen ONC N° 815/2012).

VI) Por otro lado, el hecho de exigir más recaudos que los regulados normativamente puede causar el efecto de desalentar la presentación de ofertas, atentando contra los principios de concurrencia y de competencia entre oferentes (conf. artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01).

VII) Corresponde recomendar al organismo contratante que en los pliegos de bases y condiciones particulares se consigne que la documentación presentada en copia puede ser certificada por la autoridad administrativa, dejando que la certificación por escribano público sea una elección del oferente.

DICTAMEN ONC Nº 21/2013.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2013.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Principio de concurrencia. Solicitud de documentación distinta de la establecida en el reglamento. Índice de solvencia económica. Seguros. Antecedentes empresariales. Certificaciones de calidad.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su opinión respecto una serie de cláusulas a incorporar en los pliegos de bases y condiciones particulares para la contratación del servicio de limpieza y maestranza del organismo.

Es dable mencionar que las cláusulas sometidas a consideración guardaban relación con parámetros de calidad, capacidad técnica y económica, e idoneidad de los posibles oferentes del proceso licitatorio a efectuar, en busca de obtener mejoras continuas en la prestación de dicho servicio y el ajuste a las normas y criterios respecto de los procedimientos sustentables.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 18 y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 45, 64, 70, 84, último párrafo, 85, inciso c), 89 y 99 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01 el Sistema Nacional de Contrataciones Públicas se organiza en base al principio de centralización normativa, y descentralización operativa, es decir, que los proyectos normativos, el diseño de las políticas de contrataciones y la administración de los sistemas de gestión, entre otras funciones, están a cargo del Órgano Rector, mientras que la tramitación y autorización de los procedimientos se encuentra a cargo de las jurisdicciones y entidades contratantes, incluyendo la etapa de la elaboración y aprobación de los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares.

II) Los principios de igualdad de tratamiento y de concurrencia de oferentes deben regir en toda cuestión relativa a la contratación administrativa, desde el inicio hasta la finalización de los contratos. La libre concurrencia sólo puede restringirse en tanto exista suficiente y adecuado sustento fáctico que provoque la necesidad de imponer limitaciones en función del objeto contractual.

III) Ante la comprobación de que se formularon especificaciones o se incluyeron cláusulas cuyo cumplimiento sólo era factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo se encuentre dirigido a favorecer situaciones particulares, la normativa general prevé una de las sanciones más gravosas que es la de revocar el procedimiento en cualquiera de sus etapas.

IV) En la medida en que estas cláusulas que se analizan exijan la presentación de documentación o información distinta a la establecida en el Reglamento mencionado anteriormente, el organismo consultante deberá fundamentar que son de especial relevancia los antecedentes del proveedor en la contratación que se tramita.

V) Con la aprobación del nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional se propició dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes, y a los organismos rectores, de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, como la regulación de un capítulo específico sobre la materia, o la posibilidad de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS DE LA NACIÓN de establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio para las jurisdicciones y entidades contratantes, a los fines de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

VI) De allí que en uno de los objetivos de esta nueva etapa del Sistema Nacional de Contrataciones es que los pliegos particulares, además de cumplir con las artículos específicos aplicables a la elaboración de dichos instrumentos y los principios generales receptados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, contemplen gradualmente requisitos que

permitan incorporar criterios de sustentabilidad en términos sociales, económicos, y ambientales. Va de suyo que la aplicación integral de todo ello debe ser de manera armoniosa, permitiendo cumplir con el objetivo primario de todo procedimiento de contratación que es la satisfacción de las necesidades del organismo para el cumplimiento de su finalidad pública.

VII) El certificado de libre deuda extendido por la Obra Social de Maestranza y del Sindicato de Obreros de Maestranza no se encuentra entre los documentos exigibles a los oferentes, establecidos en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, por lo que, en este caso, resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 70, última parte, del citado Reglamento.

VIII) Se podría solicitar la constancia del Certificado de Libre Deuda extendido por la Obra Social de Maestranza y del Sindicato de Obreros de Maestranza "a la fecha de la apertura", o en su defecto, una declaración jurada en la que el interesado manifieste que dicho certificado se encuentra en trámite, comprometiéndose a presentarlo una vez que se lo hayan otorgado como condición para ser adjudicatario.

IX) De todos modos, en el caso de que el oferente omita presentar los documentos mencionados, sería aplicable al caso el inciso c) del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Es decir que la cuestión encuadraría entre las causales de desestimación subsanables, por lo que el organismo contratante ante la omisión del certificado, o de la nota en la cual declara que se encuentra en trámite, debería proceder a intimar al oferente para que presente la documentación faltante. De esa manera, la Administración lograría un equilibrio entre cumplir con el principio de concurrencia de oferentes, y premiar a aquellos oferentes que cumplan con sus obligaciones patronales.

X) Considerando que el precio cotizado por el oferente deberá ser el precio final que pague el organismo por todo concepto y que el oferente al presentar su oferta acepta las normas que rigen el llamado, no corresponde exigir mayores formalismos que los establecidos en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Esta interpretación se condice, asimismo, con el principio de concurrencia de oferentes del artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

XI) En todo caso, si una vez presentada la oferta la Comisión Evaluadora o la unidad operativa de contrataciones entiende que el precio cotizado es lo suficientemente bajo o no serio como para presumir que la prestación no podrá ser cumplida por el oferente, se podrá solicitar los informes técnicos pertinentes.

XII) Se recomienda incluir la posibilidad de autenticar las copias de las pólizas en el organismo con la original.

XIII) Por otro lado, si se pretende reforzar la presentación de los seguros para una eventual ejecución se recomienda incluir en los pliegos particulares los requisitos que deben cumplir las compañías aseguradoras con el fin de preservar el eventual cobro del seguro de caución.

XIV) Con respecto a la exigencia de acompañar un certificado con la cantidad de personas que se encuentran cubiertas por tales seguros con una antelación máxima de TREINTA (30) días al acto de apertura, dicha carga en cabeza del oferente implicaría un excesivo

rigorismo, máxime considerando que el oferente posee una expectativa frente a la adjudicación del contrato y, en todo caso, si resulta adjudicatario, en esa instancia nacería la obligación de proveer la documentación relativa a las pólizas de seguro del personal afectado a la prestación.

XV) Solicitar una determinada antigüedad en el rubro implicarían solicitar información distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, por lo cual resulta de aplicación el último párrafo del artículo 70 de ese texto legal. Ergo, llegado el caso deberán fundarse los motivos de la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares.

XVI) Tal tipo de cláusulas pueden ser cuestionadas por considerarlas violatorias al principio de igualdad, por entender que establecen cualidades personales o especificaciones cuantitativas de manera que puedan ser cumplidas por determinadas personas. Por lo tanto para que las cláusulas señaladas resulten razonables será necesaria una determinación precisa y exhaustiva, de los fundamentos por los cuales se incluyeron en el pliego.

XVII) La facultad discrecional de incluir cláusulas que limiten la concurrencia de oferentes, en su ejercicio, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda la actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos. Esto último es coherente con lo que dispone el artículo 18 del Decreto Delegado 1023/01 (conf. Dictamen ONC N° 895/12).

XVIII) En atención a la cantidad de empleados que se pretende solicitar, es posible considerar que el fundamento del pedido se encuentra dado por la necesidad del organismo de contratar una empresa que cuente con la cantidad de personal adecuado para cumplir con la prestación a la que se obliga. Al respecto, esta Oficina entiende que en ese caso resultaría más adecuado y razonable solicitar que el oferente informe la cantidad de personal disponible con el que cuenta para emprender una nueva actividad, por cuanto, es posible que una empresa cuente con la cantidad de personal solicitada pero con ocupación plena en otros emprendimientos, mientras que puede darse el caso de que otra firma posea una cantidad menor de operarios pero todos disponibles para emprender una nueva prestación de servicios.

XIX) La Guía de Compras Sustentables elaborada por esta Oficina Nacional recomienda incorporar fórmulas con determinado puntaje para los oferentes que cuenten con certificaciones de calidad, pero no como una condición de acceso a la convocatoria.

XX) El requerimiento de certificaciones deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar información distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (conf. último párrafo del artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12).

XXI) Para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia una contratación sustentable y de mejor calidad, se recomienda incorporar en los pliegos particulares una fórmula polinómica con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello se torne una condición de acceso a la convocatoria.

XXII) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando

que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción.

XXIII) En relación a las cláusulas que se incluyan en los pliegos particulares, en la medida en que las mismas exijan la presentación de documentación distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, se deberá fundamentar que son de especial relevancia los antecedentes del proveedor en la contratación que se tramita. A su vez, con respecto a las consecuencias que pudieran preverse ante la falta de cumplimiento de dichas cláusulas, cabe señalar que no se podrán prever otras causales de desestimación de ofertas que las que estén reguladas en el mencionado Reglamento.

XXIV) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 incorporó un artículo específico sobre causales de desestimación de ofertas susceptibles de subsanación, incluyendo entre dichas causales los casos en que no se acompañe junto con la oferta la documentación que de conformidad con ese reglamento, con las normas que se dicten en su consecuencia y con el pliego de bases y condiciones particulares aplicable, se deba suministrar en el momento de presentación de la oferta (conf. inciso c) del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12).

XXV) Los pliegos de bases y condiciones particulares se encuentran en un nivel inferior al Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 en el orden de prelación, por lo que sus cláusulas particulares no podrían contradecir las disposiciones contenidas en dicho reglamento, y ante cualquier discrepancia, prevalecerá lo dispuesto en el aludido reglamento.

DICTAMEN ONC Nº 31/2013.

Fecha de emisión: 4 de febrero de 2013.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas potencialmente limitativas de la concurrencia – Principios de concurrencia y sustentabilidad.

Consulta:

Se requirió la intervención del Órgano Rector a efectos de que dictamine si, en el marco de un procedimiento de selección a celebrarse con miras a la adquisición de vehículos patrulleros con destino a las Fuerzas Policiales y de Seguridad, la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de una cláusula que exija que los bienes ofertados sean de producción nacional, resulta o no compatible con la normativa vigente en materia de contrataciones públicas.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 88 y 194 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Ley Nº 25.551.
- Decreto Nº 1600/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El régimen instituido mediante la Ley Nº 25.551 en sí mismo no impide la presentación de ofertas de bienes que no sean de producción nacional, sino que prevé una preferencia adicional a las ofertas de bienes de origen nacional (equivalente a un 7% o 5% en caso de que la oferente de los bienes nacionales se trate de una PyME o no, respectivamente).

II) El régimen de "Compre Argentino" tiene por objeto utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como instrumento de promoción y protección de la Industria Nacional, con especial énfasis en las pequeñas y medianas empresas. En ese sentido, teniendo en miras tales objetivos puede válidamente sostenerse que, al margen del régimen de preferencia establecido por la Ley Nº 25.551, nada obstaría –al menos en principio y previo cumplimiento de determinados recaudos– a la inclusión en los pliegos de bases y condiciones particulares de cláusulas tuitivas de la industria nacional, tendientes a la profundización y fortalecimiento de la política soberana y estratégica de adquirir bienes de producción nacional.

III) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

IV) No obstante ello, resulta oportuno poner de resalto que si bien el principio de concurrencia adquiere en la actualidad una dimensión de peso, debe conjugarse armónicamente con los demás principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente, prestando especial atención –como bien ha señalado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en reiterados precedentes– tanto a las circunstancias especiales como a los fines de interés público comprometidos en cada caso.

V) En la actualidad el artículo 194 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito a uno de los principios directrices del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: el principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.

VI) El concepto de desarrollo sustentable ha sido ampliamente difundido en las últimas dos décadas, sobre todo a partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en el año 1992, siendo incipiente –a la par que indudable– su aplicación en los procedimientos administrativos del Sector Público. Así, la noción de sustentabilidad se basa en el imperativo de garantizar –en cuanto aquí interesa– una gestión de recursos que contemple la justicia social y el desarrollo sostenido de la economía en nuestra comunidad, promoviendo la igualdad social y la reducción de la pobreza a través de la estimulación de los mercados locales.

VII) Se trata de canalizar el poder de compra del Estado Argentino a efectos de influir positivamente sobre el mercado vernáculo, a través de la provisión de bienes y servicios que favorezcan el desarrollo sustentable, haciendo especial foco tanto en el consumo como en la producción. En tal sentido, en procura de fortalecer la industria argentina, resultaría jurídicamente viable la inserción en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas, por medio de las cuales se exija que los bienes ofertados sean de origen nacional, ello al margen o si se quiere como una forma de robustecer la política industrial tenida en miras por el legislador al establecer la preferencia prevista en la Ley Nº 25.551.

VIII) Tratándose de una cláusula limitativa de la concurrencia, va de suyo que debe resultar razonable y debidamente fundada. Así, deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. *(Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. Régimen* de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 44).

IX) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración del pliego de bases y condiciones particulares no podrá trasuntar una decisión irrazonable. Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que explican y –fundamentalmente– justifican la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas, debiendo, en su caso, fundamentarse en forma clara y concreta los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a los fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

X) No existen reparos legales que formular en cuanto a la pretensión de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares cláusulas tuitivas de la industria argentina, por medio de las cuales se requiera que los bienes ofertados sean de producción nacional, ello con miras a utilizar el poder de compra del Estado como instrumento de fortalecimiento y profundización de la política soberana y estratégica de adquirir bienes nacionales. Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas, debiendo, en su caso, fundamentarse en forma clara y concreta los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

DICTAMEN ONC Nº 102/2013.

Fecha de emisión: 7 de mayo de 2013.

Referencias: Pliegos de bases y condiciones particulares. División de renglones. Concepto jurídico indeterminado. Evaluación de las propuestas. Principio de razonabilidad.

Consulta:

Los actuados ingresaron a esta Oficina Nacional a efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL realice DOS (2) procedimientos para la adquisición de bienes afines, en atención a lo dispuesto por los artículos 37 y 47 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 47 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien el artículo 47 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 es imperativo respecto del trámite a seguir cuando una misma convocatoria abarque un número importante de unidades pertenecientes al mismo ítem del catálogo SIByS, es discrecional para la autoridad administrativa determinar cuándo tiene lugar esa situación particular.

II) Cabe entender que la norma en cuestión utiliza un concepto jurídico indeterminado que deberá evaluarse en cada caso particular. Corresponderá evaluar las particularidades del caso en concreto y la situación del mercado a efectos de determinar si para un supuesto determinado se da el requisito de solicitar un "número importante de unidades".

III) Resulta razonable que la adquisición de UN MILLÓN (1.000.000) de estuches de leche en polvo de OCHOCIENTOS (800) gramos cada uno se divida en diferentes renglones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. De tal forma, las cantidades se dividen en diferentes renglones a efectos de propiciar la participación de las pequeñas y medianas empresas.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que no existe óbice legal para la prosecución de la medida propiciada, considerando especialmente que la misma responde a materializar principios como el de razonabilidad, eficiencia y eficacia. Sin embargo, debería aclararse en el pliego que cualquier oferente podrá resultar adjudicatario de cualquier reglón perteneciente a un mismo producto requerido.

DICTAMEN ONC Nº 304/2013.

Fecha de emisión: 13 de septiembre de 2013.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Documentación a presentar junto con la oferta. Declaración jurada de habilidad para contratar. Documentación distinta a la exigida en la normativa general. Certificado de visita. Procedencia. Causales de desestimación de ofertas en los pliegos de bases y condiciones particulares. Seguros de caución.

Consulta:

La SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN sometió a consideración de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES un proyecto de Resolución tendiente a autorizar un

llamado a licitación pública para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN y aprobar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 45, inciso a), 70, *in fine*, 71, 72 y 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Decisión Administrativa Nº 344/97.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La exigencia –puesta en cabeza de los oferentes– de acreditar antecedentes y experiencia en la prestación de servicios de similares características en los últimos DOS (2) años, así como también los requisitos de antigüedad en el rubro (punto 4.7.6.), de personal mínimo requerido (punto 4.8.2.) etc., deberán encontrarse adecuadamente justificadas. Es decir, en todos los casos deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas. Ello así, en la medida en que el artículo 70, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula: "*En los procedimientos de selección de etapa única sólo se podrá exigir en el pliego de bases y condiciones particulares información y/o documentación distinta de la establecida en este reglamento, cuando se consideren de especial relevancia los antecedentes del proveedor, lo que deberá fundarse"*.

II) Deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas susceptibles de limitar la concurrencia de interesados y oferentes.

III) En el caso de exigirse la acreditación de "un Sistema de Gestión de Calidad", el organismo licitante deberá tener una razonable certeza de que existen en el mercado potenciales interesados susceptibles de satisfacer las características requeridas. En ese sentido, tratándose de una cláusula limitativa de la concurrencia, va de suyo que la misma deberá resultar razonable y encontrarse adecuadamente fundada.

IV) Se recomienda indicar la cantidad de copias en que los oferentes deben presentar sus ofertas, conforme lo establecido en el artículo 70, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. De igual modo, se sugiere indicar si se admitirán ofertas alternativas y/u ofertas variantes, en los términos previstos en los artículos 71 y 72 del aludido Reglamento.

V) Se advierte sobre la improcedencia de establecer en el pliego de bases y condiciones particulares, como causal de inadmisibilidad de la oferta, la no presentación del certificado de visita de instalaciones. Ello así, por cuanto el supuesto de marras no se encuentra contemplado dentro de las causales de desestimación no subsanables reguladas en el artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Asimismo, dicho artículo expresamente dispone que: "*En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de ofertas".*

VI) Sin perjuicio de lo expuesto, se recomienda que se estipule en el pliego de bases y condiciones particulares que, frente al incumplimiento de efectuar la visita respectiva, el

oferente no podrá alegar desconocimiento del lugar donde se ejecutarán las tareas o cualquier tipo de información relativa a la contratación. Además, se recomienda que la fecha límite para realizar la visita, coincida con la fecha límite para efectuar el retiro, compra o descarga del pliego de bases y condiciones particulares.

VII) Tomando en consideración el grado de complejidad y envergadura de la contratación a realizar, se sugiere la incorporación de fórmulas polinómicas donde se establezca un puntaje por el cumplimiento de determinados requisitos, a efectos de una clara determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta para la evaluación y selección de las ofertas.

VIII) Deberá consignarse, para cada renglón, el número de catálogo que genera el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común creado por Decisión Administrativa Nº 344 de fecha 11 de junio de 1997, de conformidad con lo estipulado en el artículo 45, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Se recomienda considerar las herramientas de calificación que brinda la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, a efectos de establecer en el pliego de bases y condiciones particulares los requisitos de solvencia que deberán reunir las compañías aseguradoras con quienes se contraten las pólizas de caución que se presenten como garantía, con el fin de preservar el eventual cobro de los respectivos seguros.

DICTAMEN ONC Nº 353/2014.

Fecha de emisión: 17 de septiembre de 2014.

Referencias: Hace lugar al recurso de reconsideración presentado por SUTEL SRL contra la Disposición ONC Nº 83/13 y revoca dicha disposición. Vicios en el pliego de bases y condiciones particulares.

Objeto de la intervención:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, interpuesto por el proveedor SUTEL S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70783556-3) contra la Disposición ONC N° 83/13.

Por la Disposición ONC N° 83/13 se le aplicó al proveedor SUTEL S.R.L. una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de ONCE (11) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.1 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 –por aplicación del principio de la ley penal más benigna–, como consecuencia de la rescisión total por culpa del proveedor del contrato perfeccionado en el marco de la Contratación Directa N° 3/12 de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

En su presentación recursiva la empresa impugnante alegó, como hecho principal, que en el marco de la Contratación Directa N° 3/12 de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN presentó oferta para los DOS (2) Renglones solicitados, en el entendimiento, de buena fe, que la contratación se realizaría bajo la modalidad "llave en mano", como así lo indicaba el pliego de bases y condiciones particulares.

Sin embargo, señaló la recurrente que le produjo sorpresa el hecho de resultar adjudicataria sólo del Renglón Nº 1, en tanto el Renglón Nº 2 fue adjudicado a la empresa SUNDIAL S.R.L. Ello, en tanto resultaría ser de práctica usual adjudicar un equipamiento como el solicitado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN a un solo oferente, debido a las incompatibilidades que pueden presentarse entre sus diversos componentes.

En razón de ello, la firma agraviada sostuvo: "*De esta manera, el organismo contratante quebrantó la modalidad de compra citada* [llave en mano]*, adjudicándose a dos empresas diferentes el suministro comentado".*

Del Pliego se desprendía lo siguiente: *"OBJETO DE LA CONTRATACIÓN. La SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN convoca a CONTRATACIÓN DIRECTA para la ADQUISICIÓN DE UN (1) SISTEMA INTEGRAL DE REGISTRACIÓN CON TARJETA DE PROXIMIDAD O CONTROL BIOMETRICO DE HUELLA DIGITAL INDISTINTAMENTE, TIPO "LLAVE EN MANO" PARA EL PERSONAL DE LA SIGEN…"* .

En el Pliego fueron definidas las particularidades del mentado "sistema integral", contemplando los siguientes elementos constitutivos, entre otros: 1) Tarjeta con tecnología de proximidad tipo "HID iClass 2K Bit"; 2) Escáner de Huellas dactilares; 3) Software; 4) Instalación; 5) Mantenimiento y repuestos; 6) Servicio de enrolamiento del personal; 7) Capacitación; 8) Servicio de Garantía.

<u>Normativa examinada</u>:

- Artículos 21 y 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00.
- Artículo 207 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo N° 1198 del Código Civil.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector</u>:

I) El artículo 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00 fue reproducido, casi en su totalidad, en el artículo 207 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. La particularidad del caso radica en que, sin perjuicio de tratarse de "UN (1) sistema integral", el organismo contratante adjudicó el Renglón Nº 1 en favor de la firma SUTEL S.R.L. y el Renglón Nº 2 a la empresa SUNDIAL S.R.L., circunstancia que no sólo se presenta como anómala o bien atípica para esta modalidad de contratación, sino que, lisa y llanamente, contraviene la letra y el espíritu del citado artículo 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00, en cuanto habla de "*…concentrar en un único proveedor la responsabilidad de la realización integral de un proyecto.".*

II) En las contrataciones bajo la modalidad "llave en mano" el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume un único proveedor frente al organismo contratante, por

la realización integral, puesta en marcha y correcto funcionamiento de un proyecto o sistema determinado.

III) La génesis del vicio que derivó en una incompatibilidad entre los componentes integrantes del objeto contractual debe identificarse en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares elaborado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, en tanto sus cláusulas adolecieron de la suficiente imprecisión como para inducir a error a los oferentes, quienes de buena fe pudieron confiar en que la adjudicación de los Renglones Nros 1 y 2 recaería en un único proveedor.

IV) Si bien este Órgano Rector tiene dicho que resulta ajena a su competencia la revisión de lo actuado en el organismo de origen, no es menos cierto que el caso presenta cuestiones particulares que admiten un nuevo estudio y una consideración singular.

V) La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego el éxito o el fracaso de la contratación (conf. Dictámenes ONC Nros. 23/2013 y 157/2014).

VI) De igual modo, cabe mencionar lo dispuesto por el artículo N° 1198 del Código Civil Argentino, que en su parte pertinente prescribe: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión…".*

VII) No parece ecuánime trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso, como el de marras, donde el organismo contratante optó por llevar adelante una modalidad singular de contratación y luego en los hechos desplegó un accionar que no se condice con la regulación propia de la aludida modalidad; ello sin siquiera estipular en forma clara y concreta en las cláusulas particulares que los Renglones Nº 1 y Nº 2 podían ser adjudicados en forma autónoma, en cuyo caso los requisitos y pruebas de compatibilidad hubiesen revestido un mayor grado de relevancia a tener en cuenta por los interesados en cotizar.

VIII) Una razonable exégesis de lo hasta aquí expuesto, bajo el prisma tanto del principio de la buena fe contractual como de la teoría de los actos propios permite colegir que asistía a la firma SUTEL S.R.L. una legítima confianza en suponer que, de resultar adjudicataria, lo sería respecto del objeto contractual en forma global, es decir de los Renglones Nros. 1 y 2, justamente por tratarse de un llamado a contratación "llave en mano" de un único sistema integral.

IX) Corresponde hacer lugar al recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por el proveedor SUTEL S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70783556-3).

DICTAMEN ONC Nº 357/2014.

Fecha de emisión: 23 de septiembre de 2014.

Referencias: Principio de sustentabilidad. Incorporación de criterios de sustentabilidad en los pliegos. Incorporación de cláusulas vinculadas a exigencias de calidad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de un servicio complementario de mantenimiento edilicio por parte de la COLONIA NACIONAL "DR. MANUEL A. MONTES DE OCA", una cláusula por la cual se exige a los oferentes presentar constancia de certificación en sistemas de gestión de calidad homologado según normas ISO 9001, así como también conforme normas ISO 14000 y/o 18000 referentes a sistemas de gestión ambiental y de salud y seguridad ocupacional.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 39, inciso d), 70 último párrafo, 84, último párrafo, 196 y 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso del procedimiento llevado a cabo.

II) En ese orden, cobran relevancia, en la etapa previa a la elaboración del respectivo Pliego, las previsiones del artículo 39, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Así, a partir de la norma previamente citada, referida a los requisitos de los pedidos que deberán formular las unidades requirentes, puede distinguirse la génesis y el contenido de cláusulas del futuro pliego que receptarán criterios de sustentabilidad, diferenciables de aquellas otras vinculadas con meras exigencias de calidad.

III) Calidad y sustentabilidad representan distintos tipos de cláusulas, sin desconocer que en determinadas circunstancias una cláusula inserta en un pliego puede presentar una composición "híbrida", en el sentido de contener previsiones y/o exigencias tanto de sustentabilidad como relativas a normas de calidad.

IV) El Título VI del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito a uno de los principios directrices del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: el principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente.

V) Resulta jurídicamente viable incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares determinadas exigencias en materia de calidad, sustentabilidad, seguridad laboral, ecológica y/o medioambiental, etcétera, siempre y cuando ello se instrumente en forma razonable, transparente y fundamentalmente bajo ciertos recaudos que garanticen la no vulneración de los principios consagrados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VI) El artículo 196 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla expresamente la posibilidad de que esta Oficina Nacional: 1) Elabore modelos de pliegos de bases y condiciones particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes; 2) Exija que en los pliegos de bases y condiciones particulares que los organismos contratantes aprueben se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos.

VII) En el marco del Dictamen ONC Nº 21/2013 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que a través del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración se propició, entre otros extremos, dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social, un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

VIII) Ahora bien, sin desconocer los loables fines citados, no es posible soslayar que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Tal es así que en casos como el que nos ocupa deberán encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

IX) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

X) A su vez, no resulta ocioso recordar que el principio de concurrencia se entrelaza con los demás principios generales, entre ellos con el principio de igualdad, el cual se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Su fundamento descansa en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

XI) Ahora bien, tampoco el principio que establece la 'igualdad' entre interesados y oferentes es absoluto, sino que admite excepciones razonables. Desde luego, la igualdad,

correctamente interpretada, no obsta para que se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas.

XII) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC Nº 21/2013).

XIII) Un caso particularmente diferenciable se presenta cuando se incorporan en los pliegos determinadas exigencias relacionadas con estándares de calidad. En tales casos, el requerimiento de las mentadas certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. último párrafo del artículo 70 del mencionado Reglamento).

XIV) En suma, para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia contrataciones públicas orientadas a una mayor ponderación de la calidad, se recomienda incorporar en los pliegos particulares fórmulas polinómicas con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello implique un valladar insuperable de acceso a la convocatoria para quienes se encuentren interesados en ofertar pero cumplimenten tales extremos (Cfr. Dictamen ONC Nº 21/2013). En tal sentido, deberá tenerse presente que el último párrafo del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece que en los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de oferta que las que allí se establecen.

XV) A similar conclusión corresponde arribar si se tratase de requisitos de sustentabilidad, máxime si se tiene presente que el artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de pauta interpretativa general, que las ofertas que no cumplan los criterios de sustentabilidad fijados en el respectivo pliego no serán desestimadas por esa sola causal.

XVI) Para el caso en que el organismo contratante considere pertinente incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares la exigencia de acreditar certificaciones en sistemas de calidad conforme a normas ISO, por citar un ejemplo habitual, se recomienda aclarar en forma expresa, en la respectiva cláusula, que se aceptarán certificaciones equivalentes y/o superiores extendidas por otras instituciones y/u organizaciones análogas con incumbencia específica en la materia. Es en ese entendimiento que la exigencia de contar con una determinada certificación (v. g. ISO 9001), deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida.

XVII) Luego, en relación a las cláusulas relacionadas con exigencias/estándares de calidad, cabe igualmente tener por reproducido lo sostenido *ut supra* en lo atinente a la no vulneración de la igualdad, la transparencia y la concurrencia.

XVIII) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares no podrá plasmarse en una decisión irrazonable ni conculcar los principios rectores de las contrataciones públicas (Cfr. Dictamen ONC Nº 31/2013).

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Domicilio especial. Documentación a presentar con la oferta. Sistema de información de proveedores. Justificación de cláusulas que restrinjan la concurrencia de oferentes. Cláusula referida a experiencia en el mercado. Antecedentes y experiencia en prestación de servicios. Cumplimiento de normativa laboral. REPSAL. Causal de inhabilidad para contratar. Información contable y financiera. Certificado fiscal para contratar en ofertas menores a $ 50,000. Copias de la oferta. Ofertas alternativas y variantes. Garantía de mantenimiento de la oferta. Herramientas de calificación de la Superintendencia de seguros. Límite temporal del plazo de mantenimiento de la oferta según pliego único. Circulares aclaratorias y modificatorias. Día, lugar y hora de presentación de ofertas. Certificado de visita. Evaluación de las ofertas. Formulas polinómicas. Condiciones de pago.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 70, *in fine,* del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3°, 8º, 10 y 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- Artículos 13, inciso c), 15 y 45 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Decreto N° 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 3° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece que los pliegos de bases y condiciones particulares deberán permitir la constitución de domicilio especial en cualquier territorio nacional o extranjero, en este último caso siempre que no cuente con domicilio o representación legal en el país, situación que deberá acreditarse mediante declaración jurada. En el caso en que no se constituyera un domicilio especial en la respectiva oferta se tendrá por domicilio constituido el declarado bajo el título 'Domicilio especial para los procedimientos que se realicen en el ámbito de la Oficina Nacional de Contrataciones´' en la base de datos que administra ese órgano rector.

II) El artículo 10 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en su parte pertinente, prescribe: “DOCUMENTACION A PRESENTAR. Junto con la oferta y formando parte de la misma: […] b) Los oferentes no inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores deberán acompañar la documentación respaldatoria de los datos cargados en la preinscripción, según lo detallado en el Anexo I del presente; c) Los oferentes inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores deberán acompañar la documentación respaldatoria de los datos que hubieren variado según lo detallado en el Anexo I del presente.".

III) Las exigencias –puestas en cabeza de los oferentes– de acreditar antecedentes y experiencia en la prestación de servicios de similares características en los últimos DOS (2) años, así como también los requisitos de antigüedad en el rubro, de personal mínimo requerido, etc., deberán encontrarse adecuadamente justificadas. Es decir, en todos los casos deberán encontrarse debidamente expresadas en las actuaciones las razones que justifiquen la inclusión en el pliego de bases y condiciones particulares de cláusulas de las características aquí analizadas. Ello así, en la medida en que el artículo 70, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula que en los procedimientos de selección de etapa única sólo se podrá exigir en el pliego de bases y condiciones particulares información y/o documentación distinta de la establecida en este reglamento, cuando se consideren de especial relevancia los antecedentes del proveedor, lo que deberá fundarse.

IV) Mediante el dictado de la Ley N° 26.940 se creó el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en el que se incluirán y publicarán las sanciones firmes aplicadas en el marco de la aludida ley por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), y por la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT). Al respecto, el artículo 45 de la citada ley modifica el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 al disponer: "*Incorpórase como inciso h) del artículo 28 del decreto 1.023 del 13 de agosto de 2001, el siguiente: h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro.".*

V) En consecuencia, los empleadores sancionados por las violaciones indicadas en el referido cuerpo normativo, mientras estén incorporados en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) no podrán celebrar 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, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (v. artículo 13, inciso c) de la Ley Nº 26.940).

VI) Asimismo, se señala que a los fines de cumplimiento de lo normado por el artículo precitado los organismos públicos o entidades involucradas deberán verificar la inexistencia de sanciones publicadas en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), como requisito previo excluyente (v. artículo 15 de la Ley Nº 26.940).

VII) En igual sentido, el artículo 15 del Decreto N° 1714 de fecha 30 de septiembre de 2014 establece: "Los organismos públicos o entidades involucradas en las previsiones del

artículo 13 de la Ley N° 26.940, a los fines de su aplicación, deberán consultar el sitio Web correspondiente al REGISTRO PÚBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL).".

VIII) En el caso de exigirse la acreditación de un sistema de gestión de calidad, el organismo licitante deberá tener una razonable certeza de que existen en el mercado potenciales interesados susceptibles de satisfacer las características requeridas. En ese sentido, tratándose de una cláusula limitativa de la concurrencia, va de suyo que la misma deberá resultar razonable y encontrarse adecuadamente fundada.

IX) En los casos de ofertas cuyos importes sean inferiores a PESOS CINCUENTA MIL ($ 50.000), será suficiente la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar incorporada en el SIPRO al momento de la inscripción en el mismo, no siendo exigible una nueva presentación junto con la oferta.

X) Respecto de las cotizaciones superiores a $ 50.000, No podrá desestimarse una oferta cuando el oferente hubiere solicitado antes de la presentación de la oferta, a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, la emisión del certificado fiscal para contratar y durante el procedimiento de selección, desde el acto de apertura hasta el perfeccionamiento del contrato, esta no lo emita o no comunique su denegatoria. Es obligación del oferente comunicar al organismo contratante la denegatoria a la solicitud del certificado fiscal para contratar emitida por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS dentro de los CINCO (5) días de notificada la misma.

XI) El artículo 8° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece que el plazo de mantenimiento de oferta prorrogado en forma automática por períodos consecutivos no podrá exceder de UN (1) año contado a partir de la fecha del acto de apertura. El oferente podrá manifestar en su oferta que no renueva el plazo de mantenimiento de la misma al segundo período o que la mantiene por una determinada cantidad de períodos.

XII) Si el plazo para la presentación de las ofertas fuera distinto a la fecha y hora establecida para la apertura de las mismas, deberá tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 55 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

XIII) En relación con el certificado de visita de instalaciones, el artículo 13° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, actualmente vigente, establece: "*VISITAS. Cuando en el respectivo pliego de bases condiciones particulares o en la base del llamado se estipulara la obligación de efectuar visitas, la jurisdicción o entidad contratante deberá justificar los motivos por los cuales las mismas resultan necesarias. En todos los casos, las visitas podrán realizarse en los días hábiles que tengan lugar durante el plazo de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas, según el tipo de procedimiento, en los horarios establecidos en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares o en las bases el llamado, en los que también se podrá habilitar días inhábiles para su realización.*".

DICTAMEN ONC Nº 105/2015.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2015.

Referencias: Bases del llamado. Pliego de bases y condiciones particulares.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se sirva interpretar diversos incisos del artículo 140 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación a la tramitación de un procedimiento de contratación directa por urgencia.

Normativa examinada:

- Artículos 44 y 45 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El pliego de Bases y Condiciones es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución (conf. Dictámenes PTN 253:167).

II) La expresión “bases aplicables al llamado” se refiere a las condiciones que regulan el objeto de la contratación que se intenta, pero con una rigurosidad menor que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. En esencia, las bases aplicables al llamado y el Pliego de Bases y Condiciones Particulares hacen referencia a lo mismo.

III) Tanto el Pliego de Bases y Condiciones Particulares como las Bases aplicables al llamado configuran los términos, requisitos y documentación que regularán la contratación que se intente, sin embargo el término “Bases aplicables al llamado” generalmente se utiliza para aquellos procedimientos simplificados donde, en principio, no existiría compulsa entre oferentes.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Análisis de pliego. Cláusulas que pueden afectar el principio de concurrencia. Principio de eficiencia. ONC carece de facultades para emitir opinión sobre cuestiones técnicas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de material informático para la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, determinadas cláusulas que a criterio de la DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD podrían afectar el principio de concurrencia.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 8º y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 26 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 10 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Sistema Nacional de Contrataciones Públicas se organiza según el criterio de centralización de las políticas y de las normas, y la descentralización de la gestión operativa. Esa centralización de políticas y normas se encuentra en cabeza de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, mientras que la descentralización operativa implica que los organismos contratantes son los responsables de llevar adelante la gestión de las contrataciones para la satisfacción de sus necesidades, lo que comprende la elaboración y aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares que regirán sus procedimientos de selección.

II) En tal sentido, y en virtud del inciso a) del artículo citado en los párrafos anteriores, esta Oficina Nacional no posee facultades para intervenir en la tramitación y aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares que elaboran las unidades operativas de contrataciones para los procedimientos que allí se tramiten.

III) Esta Oficina Nacional carece de facultades para emitir opinión respecto de las cuestiones técnicas inherentes a las necesidades del organismo contratante. En este sentido, resulta necesario señalar, en consonancia con la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, que *"…la ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico, debe realizarse de conformidad a los informes de los especialistas en la materia, sin que corresponda entrar a considerar los aspectos técnicos de las cuestiones planteadas, por ser ellos materia ajena a su competencia estrictamente jurídica* […] *En la medida en que los informes revistan un carácter eminentemente técnico, su consideración es extraña a la competencia de la Procuración del Tesoro como organismo de asesoramiento jurídico, mereciendo los mismos plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, estén bien fundados, precisos, adecuados al caso, lógicamente razonados al caso y no adolezcan de arbitrariedades"* (Dictamen PTN 169:199).

IV) Respecto del pliego de bases y condiciones particulares, la doctrina especializada ha sostenido que: *"…la elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso*

del procedimiento llevado a cabo." (FARRANDO, Ismael, *Contratos Administrativos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002. Página 219.).

V) En este sentido, cabe tener en cuenta que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Asimismo, en cuanto a las limitaciones al principio de concurrencia de oferentes, la doctrina sostiene que: "La libre concurrencia sólo puede restringirse en tanto exista suficiente y adecuado sustento fáctico que provoque la necesidad de imponer limitaciones en función del objeto contractual" (FARAH REJTMAN, Mario, *"Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional"*, Ed. Abeledo-Perrot, año 2010, página 39).

VI) Atendiendo al planteo concreto efectuado por el organismo girante y a efectos de propiciar una mayor concurrencia de oferentes atendiendo a la vez a las necesidades técnicas solicitadas por la unidad requirente las cuales tornarían –según sus dichos– eficiente la contratación de marras, este Órgano rector se permite sugerir al organismo que evalúe la posibilidad dividir el pliego de bases y condiciones particulares en tantos renglones como provincias respecto de las cuales se requiera contar con centros de soporte técnico, asistencia post venta, provisión de accesorios y repuestos.

VII) Asimismo, podría tomarse en consideración la alternativa de someter el pliego a la etapa de observaciones en los términos previstos en el artículo 8 del Decreto Delegado N° 1023/01.

VIII) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo y en consecuencia encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los motivos por los cuales resulta razonable incorporar dichos criterios, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00036616-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento desierto/fracasado. Oferta inadmisible/inconveniente. Pliego de bases y condiciones particulares. Principios de igualdad y concurrencia.

Consulta:

Frente a la circunstancia de que en el marco de la Licitación Pública Nº 49/2014 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL ninguna de las ofertas cumplía con lo previsto en

el inciso I) del artículo 9 del pliego de bases y condiciones particulares, se consultó al Órgano Rector sobre la posibilidad de continuar adelante con su tramitación.

Cabe mencionar, al respecto, que la DIRECCIÓN de la AUDITORIA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL expresó: *"…en la práctica, al momento de presentar las ofertas, se aprecia que –en este caso en particular- el requerimiento resulta ser a todas luces excesivo, puesto que ninguna de las firmas que se encuentra en situación de ser preadjudicada logra cumplir con dicha cláusula".*

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 25 inciso d) apartado 4 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco del Dictamen ONC Nº 492/09 este Órgano Rector sostuvo que: "*Se sostiene que un procedimiento de selección resultará desierto cuando no se hubiere presentado ningún proponente. Por el contrario, cuando un procedimiento de selección resulta fracasado implica que, habiéndose presentado una o varias ofertas, todas ellas resultan inadmisibles y/o inconvenientes. A su vez se entiende por oferta inadmisible la oferta que, conveniente o no, no se ajusta a los requisitos estipulados en el pliego particular. En cambio, se denomina oferta inconveniente la oferta que siendo admisible -por ajustarse al pliego y al objeto licitatorio- no resulta conveniente para esa contratación por razones de precio, financiación, etc…".*

II) Una oferta será considerada inadmisible cuando no se ajuste a las cláusulas que conforman el pliego de bases y condiciones particulares que rija el llamado de que se trate, mientras que una propuesta podrá ser declarada inconveniente cuando, no obstante ajustarse a las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones particulares, no cumpla con las expectativas del organismo contratante por razones de precio, financiación u otros motivos económicos (v. Dictamen ONC Nº 786/11).

III) Dado los antecedentes del presente caso, no es dudoso ni arbitrario colegir que ninguna de las ofertas presentadas se ajusta al requisito establecido en el artículo 9 l) del pliego de bases y condiciones particulares, resultando, en consecuencia de ello, todas las propuestas presentadas inadmisibles para la Licitación Pública Nº 49/2014.

IV) Al momento de establecer los parámetros de una contratación, delimitando su objeto, características, especificaciones técnicas así como todo otro requisito propio de la contratación que se intente, puede existir cierto número de interesados que quedaran excluidos de participar en la misma en virtud de que sus productos o servicios no se ajustan a la demanda de la Administración.

V) Si en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación de marras, oportunamente aprobado mediante el correspondiente acto administrativo, se estipularon las cláusulas que hacen a los requisitos de la contratación de referencia, y como consecuencia de los parámetros delimitados en el procedimiento licitatorio pretensos interesados no presentaron sus ofertas por no ajustarse sus productos o servicios a la demanda de la Administración, no resulta posible que en el transcurso del procedimiento licitatorio se pretenda eliminar una de las cláusulas estipuladas en el referido pliego argumentando que ninguna de las propuestas presentadas cumplía con la misma, tal como pretende realizar la jurisdicción contratante.

VI) El organismo contratante, al incorporar la Cláusula del artículo 9 inciso l) del respetivo Pliego, limitó la posibilidad de participar en el aludido procedimiento de selección a un mayor número de interesados. Es por ello que de conformidad con lo expresado en los párrafos precedentes, la alternativa de evaluar nuevamente las ofertas presentadas sin tomar en consideración lo previsto en el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones particulares importaría una vulneración del principio de igualdad y concurrencia.

VII) Esta Oficina Nacional entiende que las ofertas presentadas en el procedimiento licitatorio de marras resultan inadmisibles, ello por cuanto ninguna de ellas cumple con el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones particulares.

VIII) El organismo contratante deberá declarar fracasada la Licitación Pública N° 49/2014 y efectuar un segundo llamado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 inciso d) punto 4 del Decreto Delegado 1023/01 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IX) Este Órgano Rector aconseja que para futuros procedimientos de selección no se coloquen este tipo de cláusulas limitativas como la expresada en el artículo 9 inciso l) del pliego de bases y condiciones Particulares, cuando resulta evidente de la compulsa de las presentes actuaciones que no eran necesarias para contratar un servicio adecuado, ello toda vez que la propia jurisdicción contratante es quien está propiciando adjudicar sin tenerlas en cuenta.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06760341-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Pliegos de bases y condiciones particulares. Adjudicación por grupo de renglones. Oferta más conveniente.

Consulta:

Normativa examinada:

- Artículo 15 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 31 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 34 del Anexo al Artículo 1 de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación a la posibilidad de adjudicar grupos de renglones el artículo 34 del Anexo al Artículo 1 —Disposición ONC Nº 63/16— Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional dispone que la adjudicación podrá realizarse por renglón o por grupo de renglones, de conformidad con lo que dispongan los pliegos de bases y condiciones particulares, motivo por el cual esta situación se encuentra prevista en la normativa aplicable en la materia.

II) La forma de determinar el criterio para seleccionar a la oferta más conveniente es una cuestión que entra dentro de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia de la autoridad llamada a decidir, motivo por el cual esta Oficina no tiene competencia para expedirse al respecto, no obstante se aclara que dicho accionar en manera alguna puede quedar exento del sello de razonabilidad que debe ostentar toda la actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos (conf. Dictamen ONC N° 895/2012).

III) El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que –como se señaló en el párrafo precedente– el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta. Sobre el particular, se ha sostenido: *"…la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos, y antecedentes en obras similares, entre otros). De allí que el precitado art. 15 RCAN, se refiera a 'demás condiciones de la oferta'."* (CASSAGNE, Juan Carlos en "El Contrato Administrativo" Tercera Edición, Ed. Abeledo-Perrot S.A., año 2009).

IV) En similar sentido, reconocida doctrina ha sostenido que la elección de la oferta más conveniente requiere: *"…a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la bondad, utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representaba la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; y d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos…"* (Cfr. FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, Licitación pública, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, p. 145.)

V) Cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la "oferta más conveniente" u "oferta más ventajosa" u "oferta de mejor valor" conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas.

VI) Esta Oficina entiende que el criterio de selección basado en la limitación de adjudicaciones, no se trata de un requisito que limite la concurrencia de oferentes y por lo tanto no se encuentra vulnerado el principio de concurrencia que debe primar en todo proceso licitatorio.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-25799432-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 27 de octubre de 2017.

Referencias/voces: Multas por incumplimientos en la prestación de servicios. Pliego de bases y condiciones particulares. Principio de legalidad.

Antecedentes.

Mediante la Disposición de la AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL Nº 175 de fecha 11 de abril de 2017, se resolvió aplicar a la firma LYME S.A. la penalidad de multa por

incumplimiento en la prestación del servicio de limpieza integral y mantenimiento complementario correspondiente al Renglón Nº 1 de la Orden de Compra Nº 23/16, por la suma de PESOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO ($28.745,00).

Asimismo, mediante el citado acto se intimó al proveedor en cuestión para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado integre dicho importe.

En las actuaciones se encontraba acreditado que con fecha 12 de abril de 2017 el proveedor LYME S.A. fue intimado a integrar la suma de PESOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO ($ 28.745,00) en el plazo de DIEZ (10) días hábiles y que de acuerdo a lo informado por el DEPARTAMENTO DE TESORERÍA Y RENDICIÓN DE CUENTAS de la DIRECCIÓN DE CONTABILIDAD de la AGENCIA NACIONAL DE SERGURIDAD VIAL, LYME S.A. no efectuó el pago correspondiente.

Sin embargo, el monto de la multa impuesta fue posteriormente descontado de una factura pendiente de cobro.

Resta indicar que en el pliego de bases y condiciones particulares el organismo de origen había incluido la siguiente cláusula: *"ARTÍCULO 19: PENALIDADES Y SANCIONES (Art. 126º y 131º del Reglamento aprobado por Decreto 893/2012)* (…) *Por observaciones en la calidad de la prestación del servicio. El personal que designe la ANSV controlará minuciosamente la prestación del servicio y sus resultados. Por lo tanto, el NO CUMPLIMIENTO de las pautas establecidas, o la falta de resultados satisfactorios, darán lugar a la aplicación de PENALIDADES, de acuerdo al siguiente detalle: Observaciones: Todas las observaciones que el personal designe la ANSV realice, deberán ser subsanadas de inmediato en forma adecuada y ser tenidas en consideración a efectos de que no se reiteren. Reclamos: Los reclamos serán formulados por escrito en el Libro de Novedades establecido al efecto. Multas: La acumulación de DOS (2) reclamos por observaciones no satisfechas, o que correspondan a faltas similares cometidas, motivará la aplicación de una multa. La multa se implementará con descuentos en la facturación mensual del servicio, de acuerdo al siguiente criterio: Primera multa: CINCO POR CIENTO (5%) de la facturación. Segunda multa: DIEZ POR CIENTO (10%) de la facturación. Tercera multa: VEINTE POR CIENTO (20%) de la facturación. Cuarta multa: TREINTA POR CIENTO (30%) de la facturación. Quinta multa: Rescisión del Contrato. A los efectos de la acumulación cada falta prescribirá a los SESENTA (60) días de producida.".*

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 126, inciso c), 129, 131, inciso b) apartado 2.2 y 242, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) En lo que respecta a la normativa aplicable, el artículo 126 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 regulaba DOS (2) tipos de multas diferenciadas, a saber: 1) multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; 2) multas por distintas transgresiones vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor, en contratos de servicios o de tracto sucesivo –va de suyo que en este caso debe tratarse de transgresiones distintas a la mora y/o cumplimiento tardío–.

II) Respecto de la primera de las multas mencionadas, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipulaba concretamente que frente a la mora del proveedor: *"…Se aplicará una multa del CERO COMA CINCO (0,5) POR CIENTO del valor de lo satisfecho fuera de término por cada DIEZ (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de CINCO (5) días hábiles.".*

III) Por el contrario, la segunda subespecie de multas no fue objeto de regulación taxativa en el cuerpo reglamentario bajo análisis, sino que se delegó la regulación específica en el marco de los pliegos de bases y condiciones particulares. En el presente caso, el organismo de referencia hizo uso de la facultad otorgada por la normativa –artículo 126 inciso c) apartado 2, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12–, y reguló en el pliego de bases y condiciones particulares la aplicación de multas.

IV) Ahora bien, una lectura atenta del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 permite colegir que, como ya se mencionó, esta clase de multas no presentaba una tipicidad acabada –tampoco sucede ello en la reglamentación actualmente vigente–, sino que el aludido cuerpo reglamentario habilitaba al organismo contratante a incluirlas en los pliegos particulares, conforme criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, debiendo en su caso estipular allí sus alcances y/o modulaciones concretas en un sentido adecuado, proporcional y acorde con la especificidad de las prestaciones involucradas y con el fin público comprometido en la contratación de que se trate, tal como sigue estando regulado en la actualidad a través del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

V) Está fuera de discusión que el organismo de origen podía entonces –como también podría en la actualidad– incluir en el pliego de bases y condiciones particulares una multa por deficiencias en la calidad del servicios u otros incumplimientos análogos como la que aquí se examina, más esta Oficina Nacional entiende que dicha facultad no puede interpretarse con tal extensión y/o laxitud al punto de aceptar que por dicha vía se desvirtúe el orden de afectación de penalidades previsto en el artículo 129 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, so pena de conmover el principio de legalidad. Misma observación cabe efectuar en torno a la regulación de un plazo de prescripción de las faltas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de enero de 2018.

Referencias/voces: Pliego de bases y condiciones particulares – Ejecución contractual – Logística – Cláusulas limitativas de la concurrencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida sobre diversos extremos, entre ellos:

I. Opinión respecto a si la logística propiciada, entrega y dispensa de los productos al paciente durante la ejecución contractual, es compatible con las previsiones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

II. Opinión en torno a los requisitos establecidos para el otorgamiento de la recepción definitiva y la oportunidad en que va a intervenir la Comisión de Recepción Definitiva.

Normativa examinada:

- Artículos 55 y 83 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Puntos 35, 36 y 37 del Anexo II de la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No le corresponde expedirse a esta Oficina sobre el modo de logística para la ejecución del contrato, por cuanto se trata de una cuestión técnica que excede las competencias de este Órgano Rector.

II) La logística de los contratos depende de las condiciones particulares de cada uno de ellos.

III) Si bien se observa que la forma de llevar adelante la contratación en cuestión no es la típica, también es cierto que el objeto contractual es complejo y no se trata de un bien de uso común. Se entiende que con la operatoria propuesta lo que se pretende es no dejar a la Administración Pública ligada por un contrato que luego se convierta en inútil por estipulaciones contractuales que resulten inadecuadas.

IV) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho que *"La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes, y del adjudicatario"* (CSJN, 22/04/86, "Hotel Internacional Iguazú S.A vs Nación Argentina" J.A. 1987-II-241).

V) Ello así, considerando que el modo de ejecución contractual formará parte del pliego, esto le permitirá a los oferentes efectuar las necesarias previsiones mediante el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación y en el caso en que los términos del pliego les genere algún tipo de duda razonable, deberán subsanarla o aclararla mediante la oportuna consulta a la autoridad competente. Por su parte, al establecer estas previsiones en los respectivos pliegos se respeta el principio de igualdad de posibles interesados por cuanto todos tienen la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de presentarse a licitar la modalidad de ejecución contractual.

VI) En relación a la posibilidad de modificar la frecuencia de las solicitudes de provisión, cabe señalar que la "dinámica" pensada para la ejecución contractual se asimila a la prevista en la normativa para la modalidad orden de compra abierta. En el caso, la razón principal por la que

no se trataría de una orden de compra abierta es porque hay un número preciso (cerrado) de cantidades determinadas ab initio. Luego, la lógica de las solicitudes de provisión es muy similar. Ello así, cabe destacar que la normativa no prohíbe esa operatoria para una contratación sin modalidad. Si bien la ejecución contractual se sale de la lógica clásica que presupone una relación binaria (organismo contratante – proveedor), la propuesta por el organismo no se encuentra prohibida.

VII) En lo que respecta al lugar de entrega, y la posibilidad de modificar los destinos, más precisamente en relación a la posibilidad de agregar lugares de entrega, se entiende que debería requerirse la conformidad expresa del cocontrante, de esta forma se establecería un procedimiento que –se entiende– no generaría consecuencias negativas con la logística del contrato, ello de acuerdo a lo manifestado por la propia unidad requirente en cuanto a que la modificación de los destinos se trata de una disposición habitual en aquellas compras y adquisiciones que requieren la entrega de medicamentos y productos médicos en diversos puntos del país.

VIII) No puede dejar de advertirse que a fin de notificar las denominadas órdenes de provisión, se prevé la creación de una plataforma electrónica al efecto. En relación a ello, si bien es posible establecer medios adicionales de notificación siempre se deberá cumplir con los medios de notificación previstos en la normativa general aplicable.

IX) Toda cláusula limitativa de la concurrencia deberá encontrarse adecuadamente justificada. Determinar las condiciones que acrediten la idoneidad del oferente comporta un juicio de resorte técnico exclusivo del organismo licitante y librado a sus facultades discrecionales que sólo encuentra límite en la razonabilidad y motivación del fundamento.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria.

Antecedentes.

El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"…en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria…"*, por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Luego, en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-

CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *"…fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'."*.

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"…Al día de la* fecha [5 de septiembre de 2017] *esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/…"*.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículos 7º y 16 de la Ley Nº 19.549.
- Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cabe compartir lo opinado por la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en el Dictamen Nº IF-2018-00650512-APN-DAUG#SPF en cuanto a que: *"…incluir una cláusula en la que la ejecución del contrato se encuentre supeditada a la suscripción de la adjudicación en otro trámite no se encuentra prevista*

expresamente en la normativa aplicable en materia de adquisición de bienes y servicios de la Administración Nacional.".

II) Corresponde así indagar en procura de una solución, tanto en el ámbito de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, como también en los preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo presente que en ausencia de una disposición de derecho público que contemple específicamente la situación de que se trata, es lícito hacer uso de la analogía –en tanto técnica de integración normativa–, para extrapolar institutos del derecho privado, con las adaptaciones que fuere menester.

III) En cuanto concierne primeramente a la teoría del acto administrativo, sabido es que, además de los elementos esenciales para su existencia, un acto puede contener otros, usualmente denominados como "accidentales" o "accesorios" (v. artículo 16 de la Ley Nº 19.549). Haciendo uso de ellos, la Administración puede particularizar el contenido normal del acto, a fin de poder adoptar una mejor o más eficaz decisión frente a determinados casos particulares que así lo requieran.

IV) En efecto, la doctrina administrativista es conteste al señalar que: *"…el acto administrativo puede contener previsiones accesorias* (…) *Esto lo revela la propia ley [Nº 19.549], cuando en su art. 16 menciona la invalidez de 'una cláusula accidental o accesoria de un acto administrativo'* (…) *Los elementos accidentales, eventuales o accesorios son aquellos que tienden a completar o condicionar el acto administrativo* (…) *Tienden a regular la exigibilidad, la extensión temporal o la forma como pueden ejecutarse los efectos del acto…"* (SALVATELLI, Ana en TAWIL, Guido Santiago (Director) *Acto Administrativo*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 485 y ss.). En sentido concordante, al comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, HUTCHINSON ha sostenido que: *"…la Ley también se ha preocupado por distinguir los elementos accesorios o accidentales del acto administrativo de aquellos que revisten un carácter esencial* (…) *En ciertos casos la Administración puede introducir cláusulas que amplíen o restrinjan el contenido normal del acto. A esas cláusulas, que integran el denominado contenido eventual o accidental de aquel, les asigna la ley la denominación de elementos accidentales o cláusulas accesorias* (…) *2. Condición. La teoría general nos suministra el concepto de condición. Es una cláusula dirigida al acontecimiento futuro e incierto, por la cual se subordina el nacimiento o extinción de los efectos del acto administrativo a la verificación de un hecho futuro e incierto, lo que da origen, respectivamente, a la condición suspensiva o resolutoria…"* (v. HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19549*. 9º edición. Editorial Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 142 y ss).".

V) El concepto de "condición" –como tantos otros– viene dado por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 343 prescribe: *"Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.".* Sobre el particular, autorizada doctrina civilista tiene dicho: *"…El art. 343 del CCCN viene a reconocer su correcta ubicación metodológica, que es con los actos jurídicos (como un elemento accidental de los mismos, como lo es la referencia a que se trata de una clausula), y mejora su concepto, pues resalta su función principal, que es influir en la eficacia del acto (sea para producir efectos o para extinguirlos, o sea suspensiva o resolutoria)…"* (v. BUERES, Alberto

J. (Dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado comparado y concordado*. Tomo I. 1º edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2014. Pág. 303).

VI) En sentido técnico se denomina "condición" a una modalidad de los negocios jurídicos. Concretamente es la cláusula por la cual se subordina el nacimiento o extinción de un acto jurídico a que suceda o no un hecho futuro e incierto. Va de suyo que existen diversos criterios de clasificación de las condiciones, siendo la más relevante aquella que distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. Así, la condición es suspensiva cuando supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Es resolutoria, por el contrario, cuando la condición deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido (v. LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. 1º ed. Santa Fe, 2015. Págs. 382 y ss.).

VII) Se está en presencia de una condición cuando los efectos del acto se subordinan a que se produzca, o no, un acontecimiento futuro e incierto. Dichos efectos nacerán o se extinguirán en virtud del cumplimiento de la condición, que será entonces suspensiva o resolutoria. Luego, cabe tener presente que el artículo 346 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: *"La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario.".*

VIII) De ello se extrae que los efectos ya cumplidos quedan firmes; sus consecuencias se proyectan a futuro, *ex nunc*. Así lo ha entendido la doctrina, al comparar la anterior regulación con la actualmente vigente, en los siguientes términos: "…*El artículo* [543 del derogado Código Civil] *fijaba como principio que los efectos eran retroactivos, no admitiendo casos en contra salvo expresa legislación al respecto, lo que producía que los mismos se computaran desde el día de celebración del acto (fuera la condición suspensiva o resolutoria); lo que en general producía arduas discusiones sobre cómo evitar perjudicar a terceros con ello. La norma [346 del Código Civil y Comercial] trae una importante novedad, al fijar como regla general la irretroactividad de los efectos, pudiéndose igualmente pactar en contra, es decir, acordar sus efectos retroactivos de forma expresa.*" (v. BUERES, Alberto J. Op. Cit. Pág. 304).

IX) Otra de las denominadas cláusulas accidentales es el "plazo", que constituye otro concepto propio de la teoría general e indica el momento en que comienza el acto a producir efectos jurídicos o bien en que deja de hacerlo (plazo suspensivo y plazo resolutorio, respectivamente). El artículo 350 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo. Se ha sostenido al respecto que: *"…El elemento plazo, se encuentra íntimamente relacionado con el lapso por el cual surtirá efecto un determinado acto administrativo, o a partir del cual ha de empezar a regir. Este plazo podría ser cierto o incierto, aunque siempre se tratará de un acontecimiento que faltamente ocurrirá* (…) *La condición, se encuentra ligada a un hecho o acto futuro e incierto a partir de cuya ocurrencia el acto administrativo comienza a surtir efectos hacia terceros o, por el contrario, se extingue…"* (GARCÍA PULLÉS, Fernando. Lecciones de Derecho Administrativo. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Pág. 331).

X) La principal diferencia que existe entre la condición y el plazo radica en que este último siempre se refiere a un hecho futuro y necesario, aun cuando no se conozca de antemano y con precisión el momento exacto en que se producirá el vencimiento. Por su parte, la condición

también se refiere a un hecho futuro, pero contingente, es decir, no se sabe si ocurrirá o no (Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 403). En cualquier caso, como la aplicabilidad de estas causales de extinción provenientes del derecho privado se realiza por analogía, su procedencia depende de un vacío normativo (insusceptible de ser cubierto en forma directa o analógica por el sistema administrativo) y su compatibilidad o adaptación con los principios que rigen la contratación pública (v. CASSAGNE, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 152-153).

XI) En tanto la cuestión que aquí se ventila no cuenta con regulación expresa en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y tomando en consideración que la doctrina administrativista ha abrevado mayormente en el derecho privado a la hora de comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –precepto que regula la invalidez de cláusulas accidentales o accesorias del acto administrativo– esta Oficina no advierte incompatibilidad alguna en la aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 una cláusula que, con carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación Nº 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

XII) En anteriores intervenciones este Órgano Rector ha dictaminado propiciando la incorporación en los pliegos de bases y condiciones particulares de cláusulas análogas a la planteada, señalando lo siguiente: *"En cuanto a la consulta en particular, en el caso en que el organismo consultante inicie un procedimiento de selección a efectos de posibilitar la continuidad del servicio, el pliego de bases y condiciones particulares deberá establecer que la vigencia del contrato se extenderá por el período en que la entidad lo entienda pertinente (vg. un año) o hasta el momento en que corresponda implementar el Acuerdo Marco previsto en el Decreto N° 1190/12, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término."* (Dictámenes ONC Nros. 6/2013, 245/2013 y 263/2013, entre otros).".

XIII) Esta OFICINA NACINAL DE CONTRATACIONES considera que cuando las circunstancias particulares de la contratación así lo requieran podrá establecerse en el pliego de bases y condiciones particulares que la duración del contrato se extenderá por un plazo determinado o bien hasta que suceda determinado acontecimiento. Huelga aclarar que la eventual extinción del contrato por cumplimiento de la condición no dará lugar al reconocimiento de indemnización alguna en favor del cocontratante, justamente por tratarse de una cláusula voluntariamente aceptada al presentar la oferta. Así, el artículo 52 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 explícitamente dispone que la presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta.

XIV) La incorporación en el pliego de bases y condiciones particulares de una cláusula como la propuesta parecería ser –en principio– una alternativa acorde a las necesidades del

organismo y menos gravosa que la revocación del contrato por oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto la primera no conlleva el deber de indemnizar al cocontratante frente a una eventual extinción anticipada del vínculo motivada en el cumplimiento del hecho condicionante. Máxime si se repara en que en el caso traído a estudio no estaríamos frente a un cambio sobreviniente del interés público durante la ejecución contractual –circunstancia que podría dar fundamento a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, con deber de indemnizar el daño emergente–, sino que de antemano hay certeza sobre la existencia de un procedimiento licitatorio con el mismo objeto que lleva su curso en paralelo y con una cláusula del tener de la propuesta se busca, precisamente, supeditar la duración del vínculo contractual al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, como lo es la adjudicación de la licitación en cuestión, todo lo cual resulta ser, a criterio de esta Oficina, una aplicación práctica y concreta de los principios generales de eficacia y eficiencia que informan las contrataciones públicas, sin menoscabo del principio de igualdad de posibles interesados y oferentes, por cuanto todos tendrán la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de ofertar, la modalidad de ejecución contractual.

XV) Con igual criterio, en un reciente pronunciamiento este Órgano Rector sostuvo que: *"…Si bien se observa que la forma de llevar adelante la contratación en cuestión no es la típica* (…) *se entiende que con la operatoria propuesta lo que se pretende es no dejar a la Administración Pública ligada por un contrato que luego se convierta en inútil por estipulaciones contractuales que resulten inadecuadas* (…) *Ello así, considerando que el modo de ejecución contractual formará parte del pliego, esto le permitirá a los oferentes efectuar las necesarias previsiones mediante el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación* (…) *al establecer estas previsiones en los respectivos pliegos se respeta el principio de igualdad de posibles interesados por cuanto todos tienen la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de presentarse a licitar la modalidad de ejecución contractual."* (v. Dictamen ONC Nº IF-2018-03793461-APN-ONC#MM, de fecha 22 de enero de 2018).

XVI) Sin perjuicio de que pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego –en pos de una mayor certidumbre– que el contrato quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17.

XVII) Resulta viable la inclusión, en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17, de una cláusula que, con carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación Nº 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

XVIII) Aun cuando pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego –en pos de una mayor certidumbre– que el contrato

quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17.

PRECIO DE MERCADO.

DICTAMEN ONC Nº 249/2015.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2015.

Referencias: Precios de mercado. Valores de mercado. Valor indicativo.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, con el objeto de interpretar el sentido de la expresión "precios de mercado", a fin de determinar si la propuesta efectuada por la firma MKS S.R.L. en el marco de la Licitación Pública Nº 7/2014 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (PSA) resultaba económicamente conveniente, teniendo particularmente en cuenta que se propiciaba adjudicar el objeto contractual a la única oferta técnica y formalmente admisible, tratándose asimismo de la firma comercial que había elaborado el presupuesto en base al cual la jurisdicción contratante determinó el monto estimado de la contratación –servicio de dosimetría ambiental y personal para la los efectivos de esa Fuerza)–.

A efectos de una mejor comprensión de la problemática involucrada en autos, conviene resumir las circunstancias fácticas centrales del caso señalando, en primer lugar, que el organismo contratante, al momento de realizar la solicitud de contratación de dosímetros personales para su uso por parte del personal policial, acompañó un único presupuesto, correspondiente a la firma MKS S.R.L., empresa que en ese momento se encontraba brindando el servicio que se pretendía contratar.

Luego, fueron recibidas TRES (3) ofertas, respecto de las cuales la propuesta correspondiente a la firma MKS S.R.L. –quien había cotizado una suma muy superior a las otras firmas– era considerada la única formal y técnicamente admisible.

En respuesta a la solicitud de precio testigo, la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN consideró al objeto contractual excluido de dicho régimen, dada la especificidad del servicio y sus particulares características técnicas.

Finalmente se solicitó a esta Oficina Nacional que interprete el alcance de concepto "precio de mercado".

Normativa examinada:

- Artículo 28 Constitución Nacional.
- Artículos 80 y 241 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Artículo 26 del Decreto Nº 558/96.
- Artículos 2º y 7º del Anexo I a Resolución SIGEN Nº 122/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Régimen del Sistema de Precios Testigo debe considerarse como una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas, cuyo objeto es contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos al momento de analizar los distintos parámetros.

II) Frente a la ausencia de precio testigo, deviene necesario desentrañar qué debe entenderse por "precio de mercado" o "valor de mercado", en tanto se trata de conceptos que se encuentran presentes en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en más de una ocasión a lo largo de su articulado, pero sin brindar definición alguna (v. artículos 89; 124, inciso b) apartado 4; 193 y 224 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12).

III) El precio de mercado es el aquel valor estimativo/promedio al cual se arriba mediante una comparación o relevamiento de los distintos precios que se encuentran en plaza, del bien o servicio que se estima adquirir. Se trate, en definitiva, del precio representativo de plaza, vinculado directa o indirectamente con el principio general de la razonabilidad.

IV) Lo expresado no implica desconocer que el precio promedio que puede entenderse como "justo" para determinadas transacciones privadas, en un marco de libre juego de oferta y demanda, puede no ser el mismo o bien no tener un correlato directo en el ámbito de los contratos administrativos, dados los requisitos y exigencias formales que deben cumplimentar los interesados en ser proveedores del Estado, sumado al régimen exorbitante al que voluntariamente se someten, todo lo cual, va de suyo, tiende naturalmente a encarecer determinados precios frente a ciertas circunstancias (v.g. plazo de mantenimiento de oferta, plazo de entrega, lugar de entrega, plazo de pago, etcétera).

V) Debe tenerse presente que los precios que se verifican en el mercado no comprenden –en principio– las características específicas estipuladas en los pliegos de bases y condiciones particulares, intrínsecamente vinculadas con el interés público comprometido en una determinada contratación.

VI) En casos en los que se propicie celebrar una contratación cuya complejidad y/o especificidad la excluyan del Régimen del Sistema de Precios Testigo, la jurisdicción o entidad contratante deberá acreditar fundadamente en el expediente el precio estimativo de la

contratación, para lo cual podrá optar por uno o varios de los siguientes medios, entre otros: 1) Mediante informes técnicos debidamente fundamentados por las áreas especializadas del propio organismo contratante; 2) Informes requeridos a instituciones estatales o privadas con tales conocimientos específicos en la materia o bien emitidos por Cámaras Empresariales que nucleen a proveedores del rubro; 3) Mediante solicitud a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN del valor indicativo de mercado del bien o servicio respectivo, en los términos previstos en la Resolución SIGEN Nº 122/10; 4) En su defecto, si se tratare de una contratación cuya envergadura lo amerite, requerirse la intervención de peritos técnicos especialistas en la materia, cuyos informes merecerán plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor(Cfr. Dictámenes PTN 204:47; 212:87, entre muchos otros).

VII) La determinación de la condición de "oferta económicamente conveniente" es una prerrogativa propia del órgano competente para decidir, el que en cada caso gozará de un margen de apreciación discrecional, sin perjuicio de determinados límites (v. Dictamen ONC Nº 221/15): 1) La selección de la oferta tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares y demás normas complementarias que rigen la contratación, conforme el principio de juridicidad; 2) La exigencia de que la elección se encuentre razonablemente fundada y motivada, debiendo explicitarse las razones y el criterio objetivo que permitieron seleccionar una determinada propuesta como "la más conveniente" o simplemente como "conveniente" cuando sólo una sea formal y técnicamente admisible.

VIII) La conveniencia de adjudicar la licitación de marras a la firma MKS S.R.L. resulta ser del resorte exclusivo de la autoridad con competencia para adjudicar, en tanto atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, para lo cual el organismo contratante deberá ajustar su accionar a los principios de razonabilidad, eficiencia y responsabilidad, condensados en el artículo 3º, incisos a) y e) del Decreto Delegado Nº 1023/01, correspondiendo, en su caso, que en el acto a dictarse se expresen adecuadamente los antecedentes y fundamentos de la decisión, particularmente con relación a informes técnicos que den cuenta de la razonabilidad de la cotización efectuada por el proveedor MKS S.R.L. y su vinculación con el interés público comprometido.

PRECIO UNITARIO.

DICTAMEN ONC Nº 453/2013.

Fecha de emisión: 20 de diciembre de 2013.

Referencia: Diferencias entre el precio unitario y el precio total. Nota aclaratoria. Nota modificatoria de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expidiese sobre la procedencia de considerar las aclaraciones del proveedor POWERCOM S.A., respecto de la planilla de cotización, atento que había indicado un único precio tanto para el unitario como para el total, en el marco de la Licitación Pública Nº 10/2012 del registro del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL.

En este caso el objeto contractual era la adquisición, instalación y puesta en marcha operativa de TRES (3) Sistemas AWOS Categoría I con modalidad llave en mano.

El proveedor POWERCOM S.A. presentó una nueva nota aclarando que el precio unitario y el total propuesto en la planilla de cotización eran el mismo, por cuanto entendió que se trataba de UN (1) sistema para ser instalado en TRES (3) aeropuertos y por lo tanto de la contratación de un único trabajo llave en mano que implica la previsión, instalación y puesta en marcha del mismo sistema en tres lugares diferentes.

Es decir, el proveedor adujo que colocó el mismo monto en el precio unitario y en el total por entender que se trataba de la contratación de un único servicio llave en mano para ser instalado en tres lugares diferentes.

Correspondía entonces dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la aclaración que el proveedor POWERCOM S.A. realizó sobre su cotización, en la que indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares.

Al tomar intervención el DEPARTAMENTO SERVICIO JURÍDICO del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL opinó que resultaba razonable considerar que el proveedor incurrió en un error que resultaría subsanable, más allá de lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ateniéndose al real objeto de la contratación y a la conducta de los demás oferentes que también cotizaron un único precio y lo dividieron por tres al sólo efecto de cumplir con la formalidad de la planilla de cotización.

Normativa examinada.

- Artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que el principio de igualdad no se encuentra vulnerado por admitir una nota aclaratoria con posterioridad al acto de apertura de ofertas, pues no constituye una modificación a la oferta, en la medida en que no pueda cambiar el precio ofertado (conf. Dictamen PTN 251:851).

II) La posibilidad de subsanación de defectos debe encontrar un límite, el mismo debe encontrarse en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas.

III) La subsanación de deficiencias entonces debe posibilitarse en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de

datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, etc.; en general, quedaría alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente.

V) La nota aclaratoria presentada con posterioridad a la apertura de ofertas se refirió al precio cotizado, circunstancia esencial y que repercute directamente en la oferta y por lo tanto implica una modificación sustancial y esencial de la misma (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 529/09 y 787/11).

VI) La normativa aplicable regula expresamente la solución a adoptar en el caso bajo análisis y de aplicarse la solución prevista por el artículo 87 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, esto es, tomar el precio unitario como precio cotizado cuando existiese una diferencia entre éste y el total, la oferta de la empresa POWERCOM S.A. sería de DOLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLON CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA (U$S 1.180.950), precio que podría considerarse dentro de los parámetros del mercado en atención a que la empresa AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. cotizó por la suma de DOLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO (U$S 1.452.564) en el mismo procedimiento licitatorio.

DICTAMEN ONC Nº 388/2014.

Fecha de emisión: 8 de octubre de 2014.

Referencias: Error de cotización. Precio unitario. Precio total. Desestimación de la oferta. Aplicación de penalidades.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, se expida sobre cómo debe interpretarse la oferta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014.

En ese orden de ideas, frente a un supuesto de error de cotización, se solicita opinión sobre la posibilidad de subsanar la aludida oferta o en su caso, prescindir de la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En la nota de remisión la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS puso de manifiesto que el día 8 de septiembre tuvo lugar el acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública Nº 16/2014, del registro de la citada cartera

ministerial, llevada adelante con el objeto de contratar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo con provisión de materiales, mano de obra especializada y reparaciones respecto de ascensores, montacargas, sube escaleras y bombas de agua. En dicho marco fueron recibidas las propuestas de las firmas FEMYP S.R.L. y CETINE S.A.

Del formulario de cotización surgía que la firma CETINE S.A. había efectuado para el Renglón Nº 7 las siguientes cotizaciones:

Renglón	Ítem	Descripción	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
7	**MORENO 1228**			
	7.A.	Mantenimiento mensual de ascensores	$ 7.500,00.-	$ 90.0000
	7.B.	Mantenimiento mensual de bombas de agua	$ 58.900,00.-	$ 58.800,00.-
TOTAL RENGLÓN NÚMERO 7				$ 148.800,00.-

El organismo –de oficio– advirtió un error en la cotización de CETINE S.A.: en el ítem de mantenimiento de bombas de agua; error en la cotización del valor unitario (valor mensual) ya que si bien en el total indicó que cotizó $ 58.800, a criterio de la jurisdicción en el costo mensual el proveedor debió haber querido poner $ 4.900 pero indicó $ 58.900.

En consecuencia, se solicitó que sea el Órgano Rector quien se expida sobre la posibilidad de subsanar la propuesta realizada por la firma CETINE S.A. para el Renglón Nº 7 de la Licitación Pública Nº 16/2014, *"…ya que en su oferta el precio total del renglón no se vería modificado y, en caso negativo, se indique si se puede evitar la aplicación de la penalidad a que hace mención el referido artículo 87",* ya que, a juicio del organismo, el error era de transcripción dada la falta de lógica del precio unitario consignado y su desproporción con el valor de mercado de ese servicio.

Así las cosas, correspondía dilucidar los siguientes extremos: 1) Si resultaba jurídicamente procedente brindar la posibilidad a la empresa CETINE S.A. de aclarar si al momento de efectuar la cotización correspondiente al Ítem "7.B." (mantenimiento de bombas de agua) indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integra el Pliego de Bases y Condiciones Particulares; 2) Llegado el caso en que el proveedor asuma dicha equivocación, si resultaría viable la subsanación del presunto error.

Vale aclarar que se hizo alusión a un "presunto error" por cuanto de la compulsa de los actuados girados a estudio no surgía presentación alguna efectuada por la firma CETINE S.A. invocando un error en su oferta para el Renglón e Ítem en cuestión, sino que, en todo caso, había sido el propio organismo contratante el que presumía un error, basándose en un examen comparativo de los diversos precios ofertados para servicios análogos.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En tanto el propio interesado no ha asumido error alguno se dificulta la tarea de clarificar si el equívoco radica efectivamente en el precio unitario o en el precio total o incluso en ambos, circunstancia que por su vaguedad podría dar lugar a especulaciones y, en tal sentido, resultar potencialmente violatoria de los principios generales que informan las contrataciones públicas, regulados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) De cualquier modo, no puede perderse de vista que la normativa aplicable regula expresamente la solución a adoptar en el caso bajo análisis. Es decir, de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, si existiese una discordancia entre el precio unitario y el precio total cotizado para el Renglón de que se trate, deberá tomarse el unitario como precio cotizado. En ese sentido, de aplicarse lo previsto en el citado precepto normativo, debería considerarse como valor unitario ofertado por CETINE S.A. para el Ítem b) del Renglón Nº 7 la suma de PESOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS ($ 58.900,00.-) y multiplicarse dicha suma por la cantidad de DOCE (12) servicios –conforme lo Previsto en el pliego de bases y condiciones particulares–, a fin de obtener el monto total cotizado para el Ítem objeto de controversia.

III) Una interpretación en contrario, desnaturalizaría el fin buscado por la norma, permitiendo la modificación ulterior de ofertas en partes esenciales de las mismas. Permitir la subsanación de defectos en las ofertas encuentra su límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas, luego de vencido el plazo para presentarlas (Principio de inmodificabilidad/inalterabilidad de la oferta) (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, violando en este caso, el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, receptado en el artículo Nº 3 del Decreto Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nº 412/08 y Nº 548/10).

V) La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes (Conf. Dictamen ONC N° 813/12). De lo expuesto surge con meridiana claridad que se parte del principio de la imposibilidad de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia.

VI) Va de suyo que asignar un alcance relativo al principio de inmodificabilidad de las ofertas implica permitir la subsanación y aquí es en donde se pueden colocar en pugna dos principios esenciales en materia de contrataciones públicas: la Igualdad y la concurrencia. El punto de equilibrio se encuentra en la imposibilidad de subsanar cuando ello implique la modificación en aspectos sustanciales de las propuestas y en la posibilidad de sanear cuando los defectos sean formales o de naturaleza no sustancial (Cfr. Dictamen ONC Nº 795/11).

VII) Lo que sin duda queda fuera de discusión es que en ningún caso la corrección de errores u omisiones podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes, situación que se presentaría si se le permitiera aclarar cuestiones relativas al precio de la misma, cuando no

queda claro cuál fue el importe cotizado, situación que se asemejaría a la dada en el expediente que nos ocupa.

VIII) En el caso de marras, cualquier aclaración que pudiera presentar la firma CETINE S.A. con posterioridad a la apertura de ofertas, en referencia a un error en el precio unitario cotizado –centro neurálgico de la oferta, en tanto propuesta comercial en concreto, destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del Renglón de que se trata– podría implicar una modificación sustancial y esencial de la misma, razón suficiente para vedar tal posibilidad (Cfr. Dictámenes ONC N° 529/2009 y Nº 787/2011). Máxime no advirtiéndose en el presente caso deficiencias en el pliego de bases y condiciones particulares susceptibles de inducir al interesado a consignar en forma errónea el precio unitario del respectivo Ítem.

IX) Frente a la incongruencia advertida por la jurisdicción de origen, en relación a la cotización efectuada para el Renglón Nº 7, Ítem B) por la firma CETINE S.A., resulta de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No procede la desestimación de la oferta para el Renglón de que se trata con pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta en forma proporcional, en razón de que dichas consecuencias se encuentran expresamente contempladas para las hipótesis subsumibles en el segundo párrafo del referido artículo.

X) Lo sostenido en el punto que antecede no resultaría óbice, llegado el caso, para proceder a la desestimación de la oferta de la firma CETINE S.A. por aplicación del artículo 84, inciso d) del aludido cuerpo reglamentario, en el hipotético caso de verificarse que, como consecuencia de la solución adoptada de acuerdo al punto 1) del presente acápite, la garantía de mantenimiento de oferta ha sido insuficientemente constituida en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 26 de noviembre de 2018.

Referencias/voces: Disminución del contrato – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – *Potestas variandi*. Precio unitario.

Consultas:

1. *"¿Resulta legalmente viable realizar un aumento o disminución de un contrato de prestación de servicio que se cotiza bajo la unidad de medida 'servicio', a la luz de lo dispuesto por el artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16?".*

2. *"¿Qué debe entenderse por 'precio unitario' según las palabras empleadas por el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, en el caso de contratos de prestación de servicios cuya cotización se compone de un conjunto de costos de diversa naturaleza?"*

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 38 y 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 9º del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Punto 16 del Anexo II a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículo 1133 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego –no pocas veces– el éxito o el fracaso de la contratación (conf. FARRANDO, Ismael, *"Contratos Administrativos*". Ed. Abeledo-Perrot, año 2002 LexisNexis. Pág. 219 y Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 157/2014 y 353/2014, entre otros).

II) El artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 estipula que tanto los aumentos como las disminuciones deberán realizarse –entre otras condiciones– sin variar los precios unitarios adjudicados. Esto último vino a reglamentar al inciso b) del artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en cuanto exige que el aumento o disminución del monto del contrato tenga lugar *"…en las condiciones y precios pactados…".*

III) La definición de la palabra "cotizar", de acuerdo con la segunda acepción del diccionario de la Real Academia Española, es "poner o fijar precio a algo" (v. http://dle.rae.es/), vinculando de esta forma un precio con un objeto cotizado, ya sea un bien o un servicio. Es decir, que no puede escindirse del concepto de cotización tanto el precio como el objeto cotizado (v. Dictamen ONC Nº 789/2011, entre otros).

IV) A su vez, el término "unitario" significa, también en su segunda acepción, que constituye una unidad. Mientras que en su quinta acepción, la Real Academia lo define en el siguiente sentido: *"Que toma por base una unidad determinada."*. De otra parte, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –de aplicación analógica– ya no habla de precio cierto sino de precio determinado, en tanto el artículo 1133 prescribe: *"El precio es determinado cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo.".*

V) El concepto de "precio unitario" está intrínsecamente vinculado al diseño del pliego de bases y condiciones particulares –muy especialmente en cuanto concierne a la composición de los renglones–.

VI) Cada renglón debe estar comprendido por un único ítem del catálogo correspondiente al Sistema de Identificación de Bienes y Servicios (SIByS). Como es sabido, el SIByS utiliza un catálogo que, a partir del clasificador por objeto del gasto del Manual de Clasificaciones Presupuestarias, permite, siguiendo un orden decreciente de agregación, la individualización de los ítems específicos, ya sean bienes o servicios (Inciso, partida principal, partida parcial; clase genérica; ítem específico). De ahí que lo que cada oferente cotice como "precio unitario" deberá necesariamente guardar correspondencia con la composición del renglón previamente delineada por el organismo contratante en el pliego de bases y condiciones particulares.

VII) En el caso concreto traído a estudio no es dable soslayar que el Renglón Nº 1, bajo el código de catálogo 3.3.5-1688.1 ("LIMPIEZA DE EDIFICIOS"), incluye el servicio integral de limpieza de OCHO (8) inmuebles emplazados en locaciones diversas de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo la unidad de medida: "mes".

VIII) Conforme el pliego, la exigencia de cotizar un precio unitario y cierto consistía, en este caso puntual, en estipular un valor mensual para la prestación del servicio integral de limpieza en los diversos inmuebles comprendidos en el renglón en cuestión. Esto último complejiza el concepto de "precio unitario" por cuanto, como puede apreciarse, el costo de la mano de obra (horas/hombre) si bien es la variable principal no es la única, con lo cual aun cuando la prestación sea de cumplimiento diario, en turnos de "x" cantidad de horas de lunes a viernes, el "unitario" a cotizar según el pliego tiene como unidad de medida al "mes" –valor mensual, comprensivo de todos los restantes componentes mencionados en el párrafo anterior, tales como los elementos de limpieza, equipos, etc,– y, amén de ello, se ha dispuesto en el pliego que un mismo renglón englobe prestaciones que deben satisfacerse en más de un inmueble.

IX) Si bien es "unitario" porque exige individualizar el valor mensual del servicio (en oposición al valor anualizado, teniendo presente que se estipuló una duración de DOCE (12) meses), no puede desconocerse también que de algún modo es un valor susceptible de ser desagregado, con lo cual el concepto de precio unitario empleado en las normas previamente referenciadas queda, *a priori*, relativizado y precisa ser examinado en forma desagregada a partir de la información que emana esencialmente de la oferta presentada por parte del proveedor (incluyendo la estructura de costos) y los datos que surgen del pliego de bases y condiciones particulares.

PRECIO VIL O NO SERIO.

DICTAMEN ONC Nº 253/2014.

Fecha de emisión: 23 de junio de 2014.

Referencias: Artículos 70, 89 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Artículo 1º del Decreto Delegado 1023/01. Cotización. Monto cero. Precio vil. Facultades Comisión Evaluadora.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida con relación a la propuesta presentada por la firma PSICOTUR S.H. en el marco de la Licitación Pública Nº 700.000/2013 del registro del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA.

En tal sentido, se consultó si corresponde considerar como oferta válida a la cotización de PESOS CERO ($ 0) en los ítems "Fee/Comisión por transacción", efectuada por la aludida firma o si, por el contrario, la misma carece de un elemento esencial y/o resulta violatoria de los principios que informan las contrataciones públicas.

El objeto contractual consistía en la realización de gestiones administrativas en concepto de hospedaje, traslados terrestres y fluviales y en la prestación del servicio de asistencia al viajero, todo ello por hasta una suma determinada y bajo la modalidad orden de compra abierta, a fin de satisfacer las necesidades del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA.

Así, en el marco de la Licitación Pública en cuestión fueron recibidas las ofertas correspondientes a las firmas MELANITUR S.R.L. y PSICOTUR S.H., siendo la propuesta de ésta última la que motiva la presente consulta, en la medida en que su cotización es de PESOS CERO ($ 0) en los ítems "Fee/Comisión por transacción".

Frente a tal circunstancia, la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA entendió que lo cotizado por el proveedor PSICOTUR S.H. *"…no configura oferta dada la carencia de un elemento esencial…",* sin perjuicio de manifestar conjuntamente que al no ser pasible de comparación, transgredía las previsiones del pliego de bases y condiciones particulares.

Cabe destacar que el pliego de bases y condiciones particulares establecía en su artículo 11 lo siguiente: *"ADJUDICACIÓN. A los fines de la evaluación de las ofertas, la COMISIÓN EVALUADORA tendrá en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable, la idoneidad de los oferentes, el cumplimiento de las especificaciones técnicas solicitadas en el presente pliego y la calidad del servicio ofertado, adjudicándose a la propuesta que, ajustándose a lo solicitado resulte ser la que ofrezca menor Comisión/Fee, la que deberá encontrarse expresada en la Planilla de Cotización…"*.

Así, la Planilla de Cotización, que como Anexo I integraba el aludido pliego, contempló la cotización de comisiones por transacción o "fee" vinculadas a la prestación de servicios de reserva de hoteles, traslados fluviales y terrestres y servicios de asistencia al viajero.

Finalmente, corresponde señalar que en las especificaciones técnicas se estableció la forma en que el adjudicatario debía prestar los servicios contratados, consignándose consecuentemente el deber de *"…indicar cuál es la Comisión/Fee de agencia que se cobrará en pesos por cada transacción que el MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA requiera…"*.

El proveedor en cuestión explicó lo siguiente, mediante una nota aclaratoria presentada con posterioridad al acto de apertura: 1) La firma PSICOTUR S.H. posee convenios con cadenas

hoteleras y prestadores de servicios turísticos sobre las tarifas de mercado, sin ello modificar las mismas, siendo los usos y costumbres de su actividad; 2) En virtud de la magnitud de solicitudes y comisiones pactadas con los prestadores, no resulta imprescindible el cobro de sumas adicionales por cada reserva.

Normativa examinada:

- Artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70, inciso g) y 89 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A fin de propiciar la desestimación de la propuesta de la firma PSICOTUR S.H. no basta con afirmar dogmáticamente que la circunstancia de haber cotizado PESOS CERO ($ 0) priva a la misma –por ese sólo hecho– de su carácter de oferta válida o bien que torna imposible la comparación, sino que, por el contrario, deviene imprescindible previamente analizar su compatibilidad tanto con el ordenamiento jurídico, en general, como con el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y el respectivo Pliego, en particular, a la luz de las circunstancias concretas que presenta la contratación propiciada.

II) La definición de la palabra "cotizar", conforme la segunda acepción de la Real Academia Española, es "poner o fijar precio a algo", vinculando de esta forma un precio con un bien o un servicio.

III) Aunque la norma no lo aclara expresamente, esta Oficina Nacional entiende que, en principio, no existen impedimentos legales para determinar el precio propuesto en CERO PESOS ($ 0), siempre y cuando ello se presente como razonable dada las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no se verifique su utilización como una maniobra tendiente a transgredir el ordenamiento jurídico y/o bien a perjudicar a terceros y no se encuentre expresamente vedado en el pliego de bases y condiciones particulares por motivos fundados.

IV) La firma PSICOTUR S.H. cotizó PESOS CERO ($ 0) en los ítems "Fee/Comisión por transacción" y a raíz de esa sola circunstancia el organismo girante pareciera dar por sentado que mediante tal proceder el proveedor estaría resignando su única fuente de ganancia derivada de la contratación, circunstancia que encendería –cuanto menos– una luz de alarma en la medida en que podría tratarse de una maniobra de competencia desleal, susceptible de encuadrar en el concepto de "precio vil o no serio", etcétera. Empero, si bien ninguna duda cabe en cuanto a que en el pliego de bases y condiciones particulares se estableció la cotización del valor "Comisión/Fee" en carácter de retribución por los servicios de gestión, no es posible soslayar que el proveedor PSICOTUR S.H. explicó las razones por las cuales optó por no incluir el cobro de un valor "fee" para las gestiones de reservas de hoteles, traslados y asistencia al viajero, otorgándole prevalencia a su interés de continuar brindando servicios al Ministerio contratante.

V) En su rol de agente intermediario, el proveedor de que se trata ha evaluado la conveniencia de cobrar solamente las comisiones pactadas con los prestadores de los distintos servicios –las que bien pueden significarle un ingreso considerable–, optando a su riesgo por no trasladarle una tarifa extra de comisión al organismo contratante, en pos de obtener una ventaja

competitiva que no se presenta, *prima facie* como irrazonable, ilegítima y/o distorsiva del mercado.

VI) Respecto de la aclaración presentada por PSICOTUR S.H. la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que el principio de igualdad no se encuentra vulnerado por admitir una nota aclaratoria con posterioridad al acto de apertura de ofertas, en la medida en que no constituya una modificación a la oferta (conf. Dictámenes PTN 251:851), límite que no aparece transgredido en autos.

VII) Desde otra perspectiva, a criterio de esta Oficina Nacional no se desprende una incompatibilidad irreconciliable entre una cotización por valor PESOS CERO ($ 0) y el criterio comparativo de menor "Comisión/Fee" contemplado en el Pliego respectivo. Por el contrario, en virtud de la inexorable aplicación de recursos públicos que las contrataciones administrativas conllevan, la posibilidad de adjudicar un servicio –salvaguardando el principio de juridicidad, claro está– sin que ello conlleve erogaciones para la jurisdicción contratante, pareciera ajustarse a los criterios directrices volcados en el artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01, en cuanto enuncia explícitamente el citado precepto que 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.

VIII) Este Órgano Rector ha sostenido posturas análogas en reiterados asesoramientos, elaborando así pautas interpretativas despojadas de rigorismos formales carentes de sustento fáctico, procurando no obstaculizar infundadamente el cumplimiento eficaz y eficiente de los fines exigidos por la sociedad (v. Dictamen ONC Nº 548/2010 y 23/2013).

IX) En suma esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no encuentra reparos que oponer respecto a la propuesta de PESOS CERO ($ 0) efectuada por la firma PSICOTUR S.H. en el marco de la Licitación Pública Nº 700.000/2013 del registro del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA. Ello sin perjuicio de la facultad que asiste a la Comisión Evaluadora del Ministerio de origen para solicitar informes técnicos, para el caso en que presuma fundadamente que dicha propuesta no podrá ser cumplida en la forma debida, en los términos del artículo 89 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 32/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Precio vil o no serio. Desestimación de la oferta. Competencias de la ONC. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a la oferta presentada por la firma GADOR S.A. para los renglones 5, 6 y 7 en el marco de la Licitación Pública N° 39/15.

En tal sentido, se consultó si corresponde considerar válida la cotización de PESOS CERO COMA CERO UNO ($ 0,01) para los renglones precitados, efectuados por la empresa comercial o si por el contrario el precio ofertado debe ser considerado como precio vil o no serio, y en consecuencia debe desestimarse su oferta en los términos del artículo 84 inciso I) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

A todo evento, cabe destacar que se encontraba glosada en el expediente la evaluación técnica efectuada por la COORDINACIÓN FONDO SOLIDARIO DE TRANSPLANTES del INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE (INCUCAI), a partir de la cual se puso de manifiesto que la oferta presentada por la empresa GADOR S.A. para los renglones 5, 6 y 7 *"se ajusta a pliego".*

A su vez, del informe técnico elaborado por la aludida Coordinación surgía: (i) que los precios ofertados eran inferiores a los precios históricos de adquisición que llevó a cabo el Programa; sin perjuicio de ello; (ii) que el oferente había cumplido con la totalidad de los contratos desde la entrada en vigencia del respectivo programa y (iii) que a pesar de los bajos valores de cotización no se presumía un incumplimiento del contrato.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 inciso I) y 89 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Excede, en principio, la competencia de este Órgano Rector emitir opinión sobre el criterio a adoptar en relación con el planteo efectuado por el oferente SANDOZ S.A. y en consecuencia de ello, determinar la admisibilidad de la oferta presentada por la sociedad comercial GADOR S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) En ese orden de ideas, no resulta ocioso recordar lo expresado por esta Oficina en casos análogos: *"…se advierte que en virtud principio de la descentralización operativa y la centralización normativa del artículo 23 del Decreto Nº 1023/01 esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante*" (v. Dictámenes ONC Nº 602/2010 y Nº 614/2010).

III) Si bien el informe técnico emitido por el área competente establece que los precios ofertados son excesivamente bajos, no surge del mismo que la oferta no podrá ser cumplida por el oferente, motivo por el cual, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que no corresponde su desestimación.

IV) La decisión que adopte el organismo contratante en cuanto a la oferta presentada por la sociedad comercial GADOR S.A. debe realizarse bajo el prisma de los principios generales

que informan los procedimientos de selección llevados a cabo por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1.023/01.

V) Concretamente la noción y sentido del principio de razonabilidad radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y de interpretarla y aplicarla considerando las singularidades de cada caso concreto, de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular, es decir, evitando la aplicación ciega y en abstracto del presupuesto contemplado por la norma.

VI) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la norma para desestimar la oferta en los términos establecidos en el artículo 84 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, ya que del informe técnico emitido por el área competente surge que, si bien los precios ofertados son excesivamente bajos, no puede presumirse que el oferente incumplirá el contrato.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Precio vil o no serio.

Antecedentes:

El objeto del procedimiento de selección consistía en la contratación del servicio de mantenimiento integral de ascensores, montacargas, sube escaleras y bombas de agua ubicados en diversas dependencias del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

En mayo de 2016 la unidad requirente estimó el gasto de la contratación en ciernes en PESOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS SEIS MIL OCHENTA ($ 7.606.080,00.-), sin brindar fundamentos ni evidenciar la metodología utilizada para arribar a las sumas que totalizaron dicho importe.

El acto de apertura tuvo lugar el día 27 de octubre de 2016 y para la Licitación Pública Nº 9/16 fueron recibidas sólo dos ofertas: CETINE S.A. ($ 3.000.000,00.-) y FEMYP S.R.L. ($ 6.092.585,92.-).

En ese contexto, la sociedad comercial FEMYP S.R.L. objetó los valores cotizados por su competidora CETINE S.A., en el entendimiento de que los mismos se encuentran *"…muy por debajo de los del mercado", invocando a tal efecto la causal de desestimación no subsanable prevista en el artículo 84 Inciso l) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12…".*

Posteriormente, el proveedor CETINE S.A. efectuó una presentación con el detalle desagregado de su estructura de costos y gastos. Asimismo, la aludida firma comercial explicó determinadas circunstancias particulares que cabría interpretar como "ventajas competitivas", en el sentido de que le habrían permitido cotizar valores por debajo del promedio, como ser el conocimiento preciso de las instalaciones a raíz de su condición de actual prestatario de un servicio similar en diversas dependencias del organismo contratante; la política comercial del

oferente tendiente a la fidelización de sus clientes mediante precios especiales con miras al mantenimiento del vínculo en el tiempo; el proceso de crecimiento sostenido en el que se hallaría inmerso CETINE S.A., cuya estructura le permitiría absorber de un modo más eficientes los costos derivados del contrato; la técnica y/o modalidad de previsión de costos a partir de *"probabilidades de ocurrencia de fallas en las instalaciones".*

Dicha estructura de costos fue objeto de análisis por parte del DEPARTAMENTO DE CONTABILIDAD de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS mediante informe de fecha 13 de marzo de 2017, en el que se dejó constancia de la aplicación de ciertos procedimientos previstos en normas de auditoría, tales como la revisión de los cálculos aritméticos, la consideración de aspectos significativos como ser el conocimiento previo del oferente, conveniencia comercial, factores estructurales, etc., concluyendo que: *"…la declaración individualizada en A, correspondiente a (…) CETINE S.A., sobre la estructura de costos y gastos relacionados a la 'Oferta Licitación Pública Nº 9/2016', expone adecuadamente en sus aspectos significativos los costos y gastos mencionados, conforme a los criterios descriptos…".*

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículos 39, 70 inciso g), 84 inciso l y 89 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) La adecuada estimación del costo de los bienes y/o servicios a contratar configura un deber en cabeza de la unidad requirente, en oportunidad de solicitar la contratación de que se trate. Valga subrayar aquí la importancia que reviste la correcta determinación del precio de un determinado bien o servicio a contratar por la Administración, máxime en aquellos supuestos excluidos del Control de Precios Testigo a cargo de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

II) El precio cotizado por el oferente debe considerarse el precio final que deba pagar el organismo contratante por todo concepto, teniendo en cuenta que: "…La definición de la palabra 'cotizar', conforme la segunda acepción de la Real Academia Española, es 'poner o fijar precio a algo', vinculando de esta forma un precio con un bien o un servicio (v. Dictamen ONC Nº 253/14).

III) En el marco de sus competencias específicas, la Comisión Evaluadora –o en su caso la unidad operativa de contrataciones– se encuentra facultada para solicitar informes técnicos, siempre que exista una presunción fundada de que las prestaciones no podrán ser debidamente satisfechas por un determinado proveedor, en razón de haber ofertado precios excesivamente bajos, a la luz de las siguientes directrices: a) Los precios de mercado; b) La evaluación de la capacidad del oferente.

IV) El precio cotizado merecerá la calificación de vil o no serio, y en consecuencia, corresponderá desestimar la oferta en los renglones pertinentes, únicamente cuando de los informes técnicos producidos surja que la misma no podrá ser cumplida. Es decir, no debe perderse de vista que las causales de desestimación deben interpretarse con criterio restrictivo, en tanto la regla es no privar a la Administración de ofertas convenientes, en línea con el objeto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que no es otro que obtener obras,

bienes y servicios 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 (v. artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01).

V) Si bien el artículo 89 del Reglamento de aplicación en este caso menciona que la Comisión Evaluadora "podrá" solicitar informes técnicos e incluso precisiones al propio oferente –siempre que no impliquen una alteración de la oferta–, en rigor de verdad ello debe interpretarse en el sentido de que "deberá" hacerlo, como condición previa y necesaria para poder calificar de vil (o no seria) a una determinada propuesta, con excepción de aquellos supuestos en que la imposibilidad de cumplimiento se presente a tal punto palmaria y manifiesta, que torne inoficiosa la producción de informes al respecto.

VI) Si bien esta Oficina Nacional se ha ocupado de aclarar en el Dictamen ONC Nº 249/15 que el precio de mercado se encuentra vinculado al principio de razonabilidad, pudiendo no ser el mismo en un marco de libre juego de oferta y demanda que en el ámbito de los contratos administrativos, cierto es que por encima del valor de plaza estimado deberían, según el caso y la magnitud del exceso, comenzar a encenderse alarmas ("red flags") por riesgo de sobreprecios; mientras que por debajo del mismo habrá que analizar si se trata o no de un caso de precio vil o incluso de dumping, especialmente cuando los valores ofertados se encuentren por debajo de los costos de producción. Respecto de esto último, se ha sostenido que: *"…Algunas empresas cotizan sus ofertas por debajo del costo a precios ruinosos para lograr la adjudicación, en la esperanza que durante el transcurso del contrato podrán obtener alguna utilidad sea, a través de la creación de adicionales o de la renegociación de los términos contractuales, o como sucede a veces cumpliendo el contrato en desmedro de la calidad de los trabajos. Pero dichas conductas lesivas del interés económico general, tienden a restringir el mercado, evitando la competencia libre y abierta, produciendo lo que se define como dumping. Otras veces dichas conductas obedecen a la intención de mantener una posición dominante en el mercado, evitando el acceso de otros competidores, a fin de aumentar su participación en el mercado* […] *Para que una política de precios bajos puede ser considerada restrictiva y depredatoria se requiere que esos precios estén por debajo de los costos de producción y que el depredador esté con ello aumentando su posición en el mercado con la correlativa exclusión de la competencia…"* (v. SANONER, Marcelo F. *El procedimiento de selección del cocontratante. La licitación pública (Sus requisitos esenciales y la ley de defensa de la competencia)*. LL. Tomo Nro. 1989, pág. 1077).

VII) Lo primero que llama la atención, más allá de las sumas cotizadas por CETINE S.A., es que incluso la propia FEMYP S.R.L. –quien en teoría elaboró el presupuesto tomado como referencia por la unidad requirente– también ofertó una suma sensiblemente inferior a la estimada en el presupuesto oficial.

VIII) La función asesora de este Órgano Rector debe circunscribirse al aspecto jurídico del tema objeto de estudio, por ser impropio opinar sobre cuestiones económicas, técnicas o de oportunidad, mérito o conveniencia, máxime cuando tanto los precios de mercado como la capacidad del oferente en cuestión han sido objeto de análisis por las oficinas técnicas con competencia específica.

IX) Dicho en otros términos, esta Oficina no se encuentra facultada por competencia y conocimiento para hacer apreciaciones de orden económico sobre los guarismos a los que se ha arribado ni sobre los procedimientos empleados a tal efecto, así como tampoco para abrir juicio sobre las cuestiones eminentemente técnicas que otorgan fundamento al proyecto de acto de conclusión del procedimiento sometido a su consideración.

X) En su caso, deberá estarse a las conclusiones vertidas en los informes técnicos reseñados a lo largo del presente dictamen, los que merecerán plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, estén bien fundados, precisos, lógicamente razonados con adecuación al caso y no adolezcan de arbitrariedades (Cfr. Dictámenes PTN 200:116; 204:47; 207:343; 212:87; 252:349; 253:167; 283:148, entre muchos otros).

XI) Bajo ese prisma, si bien tales informes técnicos no ahondan en fundamentos, no surge de ellos que la oferta de CETINE S.A. no podrá ser cumplida. En efecto, a juzgar por las conclusiones de las diversas instancias técnicas intervinientes en sede del organismo de origen, no se perciben indicios que hagan presumir –fundadamente– que CETINE S.A. cotizó precios no serios susceptibles de derivar luego en incumplimientos contractuales, en los términos del artículo 89 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

XII) Siendo ello así, no es dable tener por acaecidos los presupuestos de aplicación del inciso l) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, invocado por la firma FEMYP S.R.L. en el marco de su impugnación al Dictamen de Evaluación Nº 24/2016.

XIII) Sin embargo, lo dicho no impide afirmar –en tanto resulta verificable a simple vista– que si la cotización de CETINE S.A. ha sido considerada acorde con los valores de mercado por las áreas técnicas intervinientes, necesariamente deberá colegirse que el monto oportunamente estimado por la unidad requirente no cumplía tal condición, sin perjuicio de las razones vertidas por el oferente mencionado para explicar los bajos montos cotizados en razón de su experiencia, estructura, política empresarial, etc.

XIV) Sobre el punto en cuestión, este Órgano Rector tiene dicho que: *"…la Unidad Requirente del organismo contratante, al momento de realizar el requerimiento del bien o servicio que pretende adquirir, deberá estimar el costo de la contratación, teniendo en cuenta para ello el valor de plaza del bien pretendido* […] *para lo cual podrá optar por uno o varios de los siguientes medios, entre otros: I) Mediante informes técnicos debidamente fundamentados por las áreas especializadas del propio organismo contratante; II) Informes requeridos a instituciones estatales o privadas con tales conocimientos específicos en la materia o bien emitidos por Cámaras Empresariales que nucleen a proveedores del rubro; III) Mediante solicitud a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN del valor indicativo de mercado del bien o servicio respectivo, en los términos previstos en la Resolución SIGEN Nº 122/10; IV) En su defecto, si se tratare de una contratación cuya envergadura lo amerite, requerirse la intervención de peritos técnicos especialistas en la materia, cuyos informes merecerán plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor…"* (v. Dictamen ONC Nº 249/15).

Fecha de emisión: 3 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Precio vil o no serio.

Antecedentes.

En el marco de la Licitación Pública Nº 31-0003-LPU17, la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL advirtió que diversas firmas cotizaron por debajo de los precios testigo informados por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

Finalmente, la Comisión Evaluadora interpretó como precio vil o no serio: *"…las ofertas que se encuentran por debajo del 10% de los precios informados por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION (S.I.G.E.N), para los renglones Nº 13, 14, 15 y 16, como ser las propuestas de las firmas comerciales CODYELA S.A., SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACION S.A, SERVICIOS INTEGRALES FOOD AND CATERING S.R.L., COMPAÑÍA INTEGRAL DE ALIMENTOS S.A., GRUPO VALBER S.R.L. y COMPAÑÍA AIMENTARIA NACIONAL…".*

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre el proceder de la Comisión Evaluadora respecto de la aplicación del artículo Nº 69 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 en el marco de la Licitación Pública Nº 31-0003-LPU17 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

Normativa examinada:

- Artículos Nros. 66 inciso e) y 69 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco de sus competencias específicas, la Comisión Evaluadora se encuentra facultada para solicitar informes técnicos, siempre que exista una presunción fundada de que las prestaciones no podrán ser debidamente satisfechas por un determinado proveedor, en razón de haber ofertado precios excesivamente bajos, a la luz de las siguientes directrices: a) Los precios de mercado; b) La evaluación de la capacidad del oferente.

II) Al respecto, esta Oficina Nacional tiene dicho que el precio cotizado merecerá la calificación de vil o no serio y, en consecuencia, corresponderá desestimar la oferta en los renglones pertinentes, únicamente cuando de los informes técnicos producidos surja que la misma no podrá ser cumplida. Es decir, no debe perderse de vista que las causales de desestimación deben interpretarse con criterio restrictivo, en tanto la regla es no privar a la Administración de ofertas convenientes, en línea con el objeto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que no es otro que obtener obras, bienes y servicios con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM).

III) La ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico debe realizarse de conformidad con los informes de especialistas en la materia, los que

merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (conf. Dictámenes PTN 204:47; 212:87, entre muchos otros). Desde ese prisma, esta Oficina no se encuentra facultada para hacer apreciaciones de orden económico.

IV) Sin embargo, no es posible soslayar que el área técnica interviniente no escrutó, en concreto, la capacidad de los oferentes para cumplir con las respectivas prestaciones en relación, principalmente, con sus estructuras de costos, antecedentes, ventajas competitivas, etc. El informe objeto de comentario no examina los costos que cada empresa debe soportar a efectos de cotizar el servicio, sino que se limita a presumir una afectación negativa en el cumplimiento efectivo de las ofertas, a partir de que los precios cotizados: *"…son sensiblemente inferiores a los precios informados por la SIGEN…"*.

V) La Comisión Evaluadora se enroló en una postura dogmática, que no encuentra sustento normativo y que, a su vez, prescinde del escrutinio concreto y circunstanciado de las capacidades de los oferentes para hacer frente a sus obligaciones y cumplir con sus propuestas; si éstas cubren todas las obligaciones para el fiel y estricto cumplimiento del contrato, etc. Tampoco se analizó si las bajas cotizaciones hallan o no explicación en posibles transgresiones al ordenamiento jurídico o si se vinculan o no con maniobras o prácticas de "dumping". Nada de todo lo hasta aquí expuesto surge con claridad de los documentos vinculados a las presentes actuaciones.

VI) En suma, esta Oficina entiende que de los informes producidos y de la evaluación realizada por la Comisión Evaluadora, no surge que se configure en la especie un supuesto de precio vil o no serio susceptible de acarrear la desestimación de las ofertas en cuestión. En efecto, no surge de los mismos que las ofertas no podrán ser cumplidas por los oferentes.

VII) El criterio expuesto guarda sintonía con lo opinado por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS en el Dictamen Nº IF-2018-01106984-APN-DGAJ#MJ, del 5 de enero de 2018.

VIII) Huelga recordar que la facultad de determinar en última instancia la admisibilidad y conveniencia de una oferta es de la autoridad competente para decidir. Va de suyo que la decisión que adopte, finalmente, el organismo de origen deberá ceñirse tanto a las normas citadas a lo largo del presente acápite, así como también a los principios generales que informan las contrataciones públicas, condensados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

PREFERENCIAS (REGÍMENES).

DICTAMEN ONC Nº 74/2015.

Fecha de emisión: 26 de marzo de 2015.

Referencias: Proyecto Decisión Administrativa. Provisorio Nº 407/15. Adquisición de equipamiento para escuelas. Preferencia para exportadores.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 407/2015), mediante el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nº 49/2014 del registro del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN, llevada a cabo con el objeto de adquirir equipamiento para escuelas.

En el pliego de bases y condiciones particulares se encontraba prevista lo siguiente: *"CLÁUSULA XVII.-EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS:* […] *D) PREFERENCIAS:* […] *2) OFERENTES EXPORTADORES: A los oferentes que realicen exportaciones y cumplan con los requisitos determinados al efecto por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, se les otorgará alguna de las siguientes preferencias, conforme el artículo 5° del Decreto 893/12:*
a) *Se les adjudicará cuando su precio sea igual o inferior al de las otras ofertas que no cumplan con tales requisitos, cuando coticen precios con una diferencia que no supere en más de un siete por ciento (7%) la mejor oferta.*
b) *Se les dará la posibilidad de igualar la mejor oferta, siendo ésta de sujetos que no cumplan con tales requisitos, cuando coticen precios con una diferencia que no supere en más de un siete por ciento (7%) la mejor oferta."* .

Normativa examinada:

- Artículo 5 del Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 5º del Decreto Nº 893/12 contempla un régimen de preferencias para la adjudicación respecto de aquellos proveedores que realicen exportaciones, con el fin de fomentarlas.

II) El organismo de origen solicitó a la firma TAMECAS S.R.L. que iguale la mejor oferta presentada para los renglones Nros. 7, 8 y 9, con el objeto de otorgar la preferencia prevista por el artículo 5° del Decreto N° 893/12. En respuesta a ello, la empresa TAMECAS S.R.L. accedió a lo peticionado, habiéndose acompañado documentación tendiente acreditar la condición invocada de empresa exportadora.

III) En razón a lo expuesto precedentemente, y en el entendimiento de que las distintas áreas intervinientes en la presente contratación han merituado adecuadamente los extremos expuestos, este Órgano Rector no tiene reparos que oponer respecto a este punto.

DICTAMEN ONC Nº 162/2015.

Fecha de emisión: 1º de junio de 2015.

Referencias: Regímenes de preferencias. Mipyme. Protección de Personas con Discapacidad. Escenario de Empate.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar cómo deberán conjugarse, frente a un eventual empate de ofertas, los regímenes de preferencias establecidos en la Ley N° 22.431 y en el Decreto Nº 312/10 (Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas Discapacitadas), por una parte, y en la Ley Nº 25.300 y el Decreto Nº 1075/01, por otro (Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa).

Más precisamente, se consultó qué preferencia deberá privilegiarse en el hipotético caso de existir un empate de ofertas entre un oferente que acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15 –pero que no encuadre en la categoría de MIPyME–, frente a una MIPyME que ofrezca insumos producidos en el país.

Es decir, que en caso de pugna entre el derecho de preferencia regulado en el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 frente a la preferencia contemplada en los artículos 39 de la Ley N° 25.300 y 1° de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01, el interrogante planteado por la jurisdicción de origen giró en torno a dilucidar si correspondería dar prevalencia a un régimen por sobre el otro y, en su caso, a cuál de ellos.

Normativa examinada:

- Artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.
- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70 inciso g) apartado 2°, 88 y 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 39 de la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Nº 25.300.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Nº 1075/01.
- Artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689.
- Artículo 8º del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En caso de igualdad de precios y calidad de dos o más ofertas, lo primero que debe tenerse en cuenta con miras a procurar un desempate es si existe algún derecho de preferencia establecido por la normativa vigente, que sea de aplicación a los oferentes en pugna. En esa inteligencia, pueden citarse, a título de ejemplo, las preferencias receptadas en el marco del Sistema de protección integral de los discapacitados y en el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

II) Bajo el título “Compre mipyme”, el artículo 39 de la Ley Nº 25.300 estableció que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156 deberán otorgar un derecho de preferencia del CINCO POR CIENTO (5%) a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas para igualar la mejor oferta y ser adjudicatarias de las

licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios que ofrezcan, producidos en el país.

III) La referida Ley Nº 25.300 fue oportunamente reglamentada a través del Decreto Nº 1075/01, cuyo artículo 1º establece: *"Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, que coticen bienes o servicios producidos en el país a los sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, para ser adjudicatarios de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios y ofrezcan precios con una diferencia que no supere en más de un CINCO POR CIENTO (5%) la mejor oferta presentada por una empresa no MIPyME, deberán ser invitadas, por única vez, para que puedan igualar la mejor oferta: a) En el caso de organismos del Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes al vencimiento del plazo establecido por artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/2000. La Autoridad Competente para determinar que las empresas se encuentran en la situación descripta en el presente inciso, será la Comisión Evaluadora contemplada en el artículo 77 del citado Reglamento. b) Los demás sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes a la fecha de apertura de las ofertas.".*

IV) Luego, el artículo 3º del Decreto Nº 1075/01 prescribe: *"Si la invitación a la que se refiere el artículo primero comprendiera a más de UN (1) oferente que revistiere el carácter de Micro, Pequeña y Mediana Empresa o formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, la adjudicación recaerá sobre aquella empresa que hubiera optado por igualar y cuya oferta original haya sido la más próxima a la oferta que fuera objeto de igualación. De subsistir el empate, se procederá al sorteo público de las ofertas empatadas.".*

V) El artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689, prescribe que el Estado Nacional —entendiéndose por tal los tres Poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— está obligado a priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad.

VI) Por su parte, el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 contempla un sistema de desempate para los contratos de insumos y provisiones, favoreciendo a los oferentes que cuenten con personal con discapacidad, o bien, a los que tengan el mayor porcentaje. Trátase de un régimen de preferencias para el caso de los contratos de insumos y provisiones, en el que, a igual costo y en las formas que establece la reglamentación, las jurisdicciones y/o entidades deberán priorizar a aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, circunstancia que deberá ser corroborada por el organismo contratante a partir de los documentos en donde conste el vínculo entre el empleado discapacitado y la empresa contratista, como así también el correspondiente Certificado Único de Discapacidad otorgado por el MINISTERIO DE SALUD.

VII) El 13 de abril de 2015 esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 21/15, tendiente a instrumentar determinadas medidas encaminadas a establecer parámetros que permitan una implementación adecuada y efectiva de las obligaciones impuestas por el Decreto Nº 312/10, vinculadas a las contrataciones públicas. Ello

así, con miras a utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como una herramienta indispensable, en el marco de un régimen tuitivo de personas con discapacidad.

VIII) Por un lado se encuentra la preferencia consagrada en la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa N° 25.300, y su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01. Por el otro, el sistema normativo que protege integralmente los derechos de las personas con discapacidad, conformado por la Ley N° 22.431 –modificada por la Ley N° 25.689–, con su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 312/10. Corresponde entonces dilucidar qué solución correspondería dar a la hipótesis de yuxtaposición o concurrencia de regímenes preferenciales, planteada por la jurisdicción consultante, a saber: Empate de ofertas, en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre un oferente que, sin ser una micro, pequeña o mediana Empresa, acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15, frente a una MIPyME que no cuente entre sus dependientes con personal con discapacidad.

IX) En cuanto a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas, sabido es que tienen un rol preponderante dentro del modelo de crecimiento económico con inclusión social. Ninguna duda cabe en cuanto a que se fomenta el desarrollo de las MIPyMEs en las compras públicas mediante la instrumentación de políticas de tipo vertical –preferencias directas en su favor– en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social del país.

X) Se trata de unidades productivas flexibles de gran trascendencia en la economía, a lo largo y a lo ancho de cada país, pudiéndose señalar su importancia como instrumento clave para la generación de empleo y contribución al Producto Interno Bruto (PIB).

XI) Uno de los principios rectores que nutre a las normas que conforman el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa es el de “sustentabilidad social”, el cual tiene como objeto el desarrollo de prácticas laborales éticas, dignas, equitativas y diversas, garantizándose así un mejor impacto a nivel comunidad. Más aun, por sobre tales normas y criterios, no es posible soslayar que se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional tutelados, entre otros, por los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

XII) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito –en su artículo 194– al mentado principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.

XIII) En otro orden de cosas, las medidas reglamentadas mediante el Decreto Nº 312/10 y la Disposición ONC Nº 21/15 deben interpretarse como parte de la implementación gradual y progresiva de políticas públicas basadas en la integración económica-social de las personas con discapacidad como medio para preservar su derecho constitucional al trabajo y a la igualdad real de oportunidades, entre otros (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 622/10, 696/11 y 731/11).

XIV) Las disposiciones estipuladas en el Decreto Nº 312/10 también se enmarcan dentro de las denominadas contrataciones públicas sustentables desde una perspectiva social, por

cuanto buscan generar un incremento en la oferta de trabajo para las personas con discapacidad, como así también premiar a las empresas que hayan contribuido en su inclusión socio-laboral.

XV) Tal como se puede apreciar, los regímenes aquí comparados tutelan derechos análogos, siendo la generación y protección del trabajo y el derecho a la inclusión social, las notas sobresalientes en ambos. Siendo ello así, a criterio de esta Oficina Nacional no resulta posible establecer una prevalencia, prioridad o mayor jerarquía de un régimen de preferencia sobre el otro.

XVI) El artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al decir "de mantenerse la igualdad", está de alguna manera contemplando como posibilidad que ninguna de las ofertas en pugna se encuentren beneficiadas por un régimen preferencial o bien que ambas gocen de preferencias insusceptibles de imponerse una por sobre la otra, siendo esta última hipótesis la que se corresponde con la consulta traída a estudio. Ergo, resulta razonable interpretar que en casos como estos el empate no se resolverá por aplicación de las preferencias vigentes, sino que deberán agotarse las restantes opciones previstas en el citado artículo 90, culminando en un sorteo público, para el caso de no poder desempatar por los otros medios allí citados.

XVII) En conclusión, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que no existen –en principio– razones por las cuales uno de los regímenes normativos analizados prevalezca por sobre el otro, puesto que ambas preferencias tutelan y consagran derechos, garantías y principios de igual jerarquía normativa. Consecuentemente, ante un eventual empate en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre la propuesta de una MIPyME y la oferta de una empresa a la que no le sea aplicable el régimen tuitivo de las MIPyME, pero que acredite contar con personal con discapacidad, deberá estarse a las restantes soluciones previstas en el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo el sorteo público la última alternativa allí prevista.

PRESCRIPCIÓN.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-34197906-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Inaplicabilidad de multa por mora por prescripción. Aplicación del principio de la ley penal más benigna en penalidades. Declaración de incumplimiento contractual sin penalidad.

Consulta.

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a los efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el MINISTERIO DE DEFENSA dictara un acto administrativo por el cual declarase el incumplimiento contractual imputable a la firma

ASCENSORES SERVAS S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de la multa por mora ante su prescripción, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Dicho en otros términos, se consultó sobre la factibilidad de dictar un acto administrativo que declarase uno o más incumplimientos contractuales imputables a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. –v.g. mora en el cumplimiento de las prestaciones correspondientes al Renglón Nº 1 de la Contratación Directa N° 2/2012–, pero sin aplicación de penalidades, en razón de considerar operada la prescripción para el ejercicio de tal prerrogativa, por aplicación del principio de la ley penal más benigna. Ello, a los fines de que en futuras contrataciones, pueda meritarse tal incumplimiento como un antecedente negativo.

Normativa examinada:

- Artículo 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 93 y 97 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº436/00.
- Artículo 25 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00.
- Artículos 68 inciso g) y 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa entonces vigente resultaba clara: el cumplimiento en el plazo y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importaba una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos. Por otra parte, tal como oportunamente lo trajera a colación el servicio jurídico preopinante, esta Oficina Nacional supo decir que: *"…en los casos en que la prórroga no se conceda en forma expresa, o bien no exista pedido de prórroga, y se acepte el cumplimiento extemporáneo del proveedor, esto implicará una aceptación tácita de la Administración a la prórroga, por cuanto de otra forma hubiese correspondido la rescisión contractual y corresponderá en consecuencia la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento"* (v. Dictámenes ONC Nros. 233/07, 259/07 712/11, 865/12, entre otros).

II) La evaluación de los incumplimientos que pudieren haberse configurado en el marco de la Contratación Directa N° 2/12 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA es del resorte exclusivo del organismo contratante, pero deberá tenerse presente que resulta incompatible aplicar en forma simultánea, respecto de las mismas prestaciones, la penalidad de multa por mora –lo cual presupone un cumplimiento tardío– y la rescisión contractual por culpa del proveedor, que solo procede frente a escenarios de incumplimiento (entendido básicamente como la falta de entrega del bien, de prestación del servicio o rechazo de las prestaciones por no ajustarse al pliego de bases y condiciones particulares.).

III) La prórroga tácita presupone la aceptación de las prestaciones –aún tardías– por parte de la Administración. De lo contrario, la jurisdicción o entidad contratante debería rescindir el contrato por culpa del proveedor, en forma parcial o total, según el caso, conforme lo indicado en el artículo 97 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

IV) Si frente a una determinada plataforma fáctica procede la multa por mora en la entrega de determinados bienes o en la prestación de determinados servicios, deviene improcedente toda rescisión culpable respecto de esos mismos bienes o servicios y viceversa.

V) No corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar, sino que –en principio– ha de estarse a lo expresado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA, instancia que entendió que si bien ASCENSORES SERVAS S.A. cumplió tardíamente el contrato celebrado con esa jurisdicción –extremo que implicaría, en puridad, un incumplimiento contractual–, no resulta pasible de ser penalizada con la multa por mora prevista en el artículo 25 del Pliego Único aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00 por encontrarse prescripta. Para así opinar, la mentada asesoría letrada tuvo particularmente en cuenta lo regulado en el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, a la luz del Dictamen ONC Nº 164/14, en el que se concluyó: *"…El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto.".*

VI) Las penalidades importan el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma (tal, el caso paradigmático de las multas coercitivas); además, pueden asumir el carácter de una indemnización tasada, o cláusula penal, v. gr., en el caso de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento de contrato" (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…la multa por retardo tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista y por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones*" (Dictámenes PTN 262:548).

VIII) El principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

IX) Desde esa óptica, no parece dudoso afirmar que como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación

social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

X) Atento el plazo transcurrido desde las fechas de recepción de los servicios prestados por el proveedor en cuestión, cabe indagar si prescribió o no la facultad para penalizar el cumplimiento extemporáneo. Ahora bien, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades, en caso de verificarse incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores. De esta manera, corresponde establecer cuál es la norma que, en forma subsidiaria o analógicamente, debe aplicarse en la especie.

XI) Esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

XII) El cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse desde la fecha del incumplimiento de la obligación que se ha verificado y no desde la fecha en que se haya labrado el acta de recepción; de lo contrario, la demora de la Administración en suscribir las actas de recepción implicaría en los hechos una extensión del plazo para aplicar penalidades y sanciones, lo cual no parece *a priori* una interpretación razonable. Por mandato normativo, entonces, corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

XIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014 –sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad– en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XIV) Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, a juzgar por las constancias incorporadas a las presentes actuaciones no resulta aventurado compartir la conclusión a la que arribara la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en la Providencia Nº PV-2017-16495267-APN-DALEG#MD, de fecha 7 de agosto de 2017, al considerar inaplicable la penalidad de multa por mora por encontrarse prescripta.

XV) Finalmente, en cuanto a la viabilidad de dictar un acto que así lo declare formalmente, previa determinación del incumplimiento contractual, este Órgano Rector no tiene reparos que oponer, en el entendimiento de que la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica

tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A. Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

XVI) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no advierte óbices de índole legal para el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento contractual imputable a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de la multa por mora, ante su prescripción, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Multa por mora – Principio de continuidad del contrato – Principio de la ley penal más benigna – Prescripción.

Antecedentes:

En el marco de la Licitación Pública Nº 3/15 se emitió en favor de la firma ECOSAN S.A. la Orden de Compra N° 7/15 –notificada a dicho proveedor el día 6 de agosto de 2015– para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado (contenedores reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos).

De acuerdo con lo establecido en las cláusulas 14 y 15 del pliego de bases y condiciones particulares –replicadas asimismo en el anexo de la orden de compra–, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) una vez realizada la adjudicación de los mismos. Los plazos debían computarse en días hábiles a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, el mismo no podía exceder de NOVENTA (90) días.

Sin embargo, a juzgar por las manifestaciones vertidas por las autoridades intervinientes, la empresa ECOSAN S.A. habría entregado tan solo VEINTICUATRO (24) unidades, no obstante haber cobrado el CIEN POR CIENTO (100%) del monto correspondiente a las SESENTA (60) estaciones de reciclado adjudicadas.

Resta indicar que, habiendo transcurrido más de dos años desde que expiró el plazo de cumplimiento del contrato –que, como ya fuera remarcado, según el pliego no podía exceder de NOVENTA (90) días hábiles desde el día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la que tuvo lugar el 6 de agosto de 2015–, y luego de sucesivos

intercambios de cartas documento con intimaciones recíprocas, el ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE propició la celebración de un acta acuerdo con la sociedad comercial ECOSAN S.A., en la que se plasmaba la intención de acordar la continuidad de la contratación, pactando la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo máximo de SEIS (6) meses, a contar del 25 de marzo de 2018, que de cumplirse, implicaría eximir al proveedor de las penalidades y sanciones que pudieren corresponder, en pos de arribar: *"…a una posición conciliatoria que exima a ambas partes de afrontar mayores costos y demoras"* (v. IF-2018-11768894-APN-MAD e IF-2018-11776363-APN-MAD).

Por último, resta indicar que al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, opinó lo siguiente: *"…por el principio de continuidad del contrato que otorga el derecho de exigir la no interrupción de la ejecución del contrato y las causas de la medida que se propicia motivadas en el informe técnico del área de origen ya referenciado, con fundamento en el art. 93 del Decreto 1030/16 la jurisdicción puede permitir la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación en el acta traída a estudio. Sumado a ello, se debe considerar la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.".*

Consulta:

El ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la viabilidad de celebrar un Acta Acuerdo con el proveedor ECOSAN S.A., a fin de establecer un nuevo plazo para la entrega de los bienes faltantes del total oportunamente adjudicado en el marco de la Licitación Pública Nº 3/15.

Asimismo, se consultó sobre la procedencia de la aplicación a la firma ECOSAN S.A. de la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Normativa examinada:

- Artículos 23 inciso a) y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 119, 120, 122, 126 y 127 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros). En otro orden de cosas, sabido es que las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas en el particular resultan ajenas al ámbito competencial de esta Oficina Nacional.

II) A juzgar por las actuaciones, la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento parcial en la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 7/15, emitida en su favor el día 6 de agosto de 2015 para la adquisición de SESENTA (60) Estaciones de Reciclado.

Más precisamente, la empresa cocontratante sólo habría entregado VEINTICUATRO (24) de los contenedores adjudicados (cantidad que, como se indicó antes, no consta en el expediente), a raíz de lo cual se consulta si resulta viable la celebración de un Acta Acuerdo para establecer un nuevo plazo de entrega de los restantes bienes, en virtud del principio de continuidad del contrato, y si en tal caso, corresponde aplicar la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones.

III) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones, siendo estas últimas de competencia exclusiva de este Órgano Rector. En efecto, la aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma, mientras que la imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01).

IV) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y claramente sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, que en este supuesto habría sido incumplida. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

V) Es de recordar, a su vez, que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557). El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación (Dictámenes PTN 213:147).

VI) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo, viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes.

VII) Desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que deberán aplicarse ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo. En concreto, ante la configuración del incumplimiento correspondería la rescisión del contrato, total o parcial, con ejecución de la garantía de cumplimiento del mismo, en forma total o parcial, según el caso, excepto que el

organismo contratante acepte un cumplimiento extemporáneo, por aplicación del principio de continuidad del contrato.

VIII) El carácter de indisponible del régimen de penalidades y sanciones no se contrapone con la aplicación del principio de continuidad del contrato, sino que ambos extremos deben interpretarse armoniosamente, máxime si se repara en que la propia normativa aplicable habilita expresamente al organismo a recibir los bienes en forma extemporánea –cuando la jurisdicción o entidad contratante interprete razonablemente que ello satisface de un modo más eficaz y eficiente el interés público comprometido que la mera rescisión del contrato–, pero a su vez obliga a la Administración a aplicar al proveedor la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

IX) Sobre esta cuestión, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…Una rescisión de contrato implica para la Administración, un dispendio de recursos económicos y humanos en la gestión del procedimiento – 'medios utilizados' - sin resultados fructíferos, es decir, sin que pueda concretarse el 'fin buscado' por el ente contratante (satisfacción de una necesidad). De allí que en esta materia rige el principio de continuidad, que es uno de los principios generales que imperan en la ejecución de los contratos administrativos, por medio del cual la Administración debe extremar sus recursos para permitir lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato y evitar su rescisión, porque lo que importa, en vista al interés público comprometido, es que el contrato se cumpla…"* (Cfr. Dictamen ONC Nº 717/2011).

X) El mentado principio se funda en la finalidad propia del contrato administrativo, esto es, la satisfacción del interés público, en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la Administración Pública. (DROMI, Roberto, "*Derecho Administrativo*", Ciudad Argentina, 11º Edición, 2006, Buenos Aires, p. 534-535). En efecto, cuando el contratista interrumpe la ejecución contractual, la Administración Pública debe hacer uso, en principio, de los medios que permitan lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato, y no su rescisión, porque lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla (v. Dictamen ONC Nº 675/2011).

XI) Los organismos contratantes deben, ante una eventual rescisión de contrato, ponderar las circunstancias particulares del caso y, en aquellos casos en que la jurisdicción acepte el cumplimiento extemporáneo, corresponderá igualmente la aplicación de la multa por mora, de conformidad con lo establecido en los artículos 119, *in fine* y 126, inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Tan es así que en casos análogos al de marras, por aplicación del principio de continuidad del contrato se aceptó el cumplimiento de la prestación fuera de término como alternativa a la rescisión contractual, pero a renglón seguido se reafirmó la procedencia de la multa por el período de mora, salvo en aquellos casos en que se haya configurado un supuesto de caso fortuito, de fuerza mayor, hecho del príncipe, etc. (conf. Dictámenes ONC Nros. 203/2006, 673/2011, entre otros).

XII) En esa línea de pensamiento, en el Dictamen ONC Nº 865/2012 se puso de resalto que la multa por mora resulta de aplicación "en todos los casos" en que se concediera –expresa o tácitamente– una prórroga en el cumplimiento del plazo contractual, salvo que mediara algún eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.

XIII) A la luz de los fundamentos vertidos, no sería jurídicamente admisible, frente a un determinado incumplimiento imputable al proveedor, convenir la no aplicación de las penalidades y/o sanciones que pudieren corresponder –por tratarse, esencialmente, de un régimen indisponible por las partes–, extremo que *a priori* tornaría inviable el proyecto de acuerdo sometido a consideración de esta Oficina, en la medida en que la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo, sin que se vislumbren ni se hayan invocado eximentes de responsabilidad.

XIV) Sin embargo, no es posible soslayar que en los últimos años las penalidades y sanciones otrora reguladas en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 han sido objeto de modificaciones que denotan –en algunos aspectos puntuales– una política reglamentaria más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración. En ese sentido, en un caso sometido a consideración del Órgano Rector durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se concluyó que el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XV) El aludido principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el "imputado", puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

XVI) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

XVII) Como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

XVIII) El artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que*: "No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados*

desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas.". Corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

XIX) Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XX) Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino que, incluso también la alternativa de rescisión parcial de la Orden de Compra N° N° 7/15, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato–.

XXI) Desde esa atalaya, esta Oficina Nacional, en lo que concierne al estricto ámbito de sus competencias, no tiene reparos que oponer a la suscripción del acta acuerdo proyectada, sin perjuicio de las observaciones oportunamente efectuadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, en el Dictamen Nº IF-2018-14011677-APNDGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018.

XXII) Frente al hipotético supuesto en que el proyecto de acta acuerdo objeto de análisis finalmente no se suscriba o, eventualmente, que el proveedor incumpla con lo allí establecido, nada obsta para que el organismo contratante inicie las acciones administrativas y/o las acciones judiciales que pudieran corresponder conducentes al recupero de las sumas abonadas sin contraprestación, junto con el resarcimiento integral de los daños y perjuicios que los incumplimientos de la firma ECOSAN S.A. hubieren ocasionado (Cfr. artículo 130 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Principio de la ley penal más benigna. Prescripción de las penalidades. Alcances de las opiniones de la ONC. Imposición de intereses.

Antecedentes:

Por Resolución del entonces MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS Nº 1630 del 19 de mayo de 2009 se autorizó un llamado a licitación pública de etapa única nacional con el objeto de adquirir CUATRO (4) helicópteros marca BELL, modelos UH 1H-II Huey II, con destino a la GENDARMERIA NACIONAL.

Mediante Decisión Administrativa Nº 893, del 14 de diciembre de 2010, se aprobó el trámite de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº 26/09 y se adjudicó su objeto a la firma "MODENA HELICOPTEROS S.A.", por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES

QUINCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (U$S 15.955.928,00), por ser la única propuesta económica recibida y ajustarse a la solicitado.

Con fecha 30 de diciembre de 2010 se emitió la Orden de Compra Nº 228/10, en favor de la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. Conforme se encontraba establecido en el inciso a) de la Cláusula Nº 31 del pliego de bases y condiciones particulares, el plazo para el cumplimiento del contrato se fijó en DOCE (12) meses, a contar desde la liberación a favor del cocontratante, de la carta de crédito correspondiente, por lo que el vencimiento temporal para la concreción de la provisión operó el 10 de julio de 2012 (en el ínterin fue creado el MINISTERIO DE SEGURIDAD y remitido a esa jurisdicción el expediente, con fecha 12 de abril de 2011).

Con fecha 11 de noviembre de 2015 el entonces titular de la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD envió las actuaciones al archivo y en ese estado permanecieron hasta el requerimiento de desarchivo solicitado por la JEFATURA DE ASESORES de esa cartera, mediante proveído de fecha 30 de mayo de 2016.

El 25 de julio de 2017 –es decir, aproximadamente CINCO (5) años después de operado el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato– la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD elaboró el Informe de Reporte N° 129/17, donde concluyó que en orden a las evidencias recolectadas la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. entregó solo DOS (2) helicópteros de los CUATRO (4) adjudicados e incluso lo hizo en forma extemporánea.

Tal como pudo constatar la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, durante el año 2011 se le pagó al proveedor la totalidad del precio de la contratación sin recibir la contraprestación en bienes por parte del proveedor, en contravención a lo establecido en la Cláusula 33 del pliego de bases y condiciones particulares, donde se estipuló un adelanto del CUARENTA POR CIENTO (40%) del total cotizado y el SESENTA POR CIENTO (60%) restante de cada helicóptero recibido, contra la presentación –entre otra documental– del certificado de recepción definitiva emitido por la GENDARMERÍA NACIONAL. Consecuentemente, el proveedor en cuestión aún adeudaba DOS (2) helicópteros, pese a haber cobrado anticipadamente la totalidad del precio adjudicado.

Como resultado de las gestiones efectuadas por el MINISTERIO DE SEGURIDAD a efectos de proceder al recupero y mitigación del perjuicio fiscal evidenciado, con fecha 7 de agosto de 2017 el apoderado de la firma MODENA HELICOPTEROS S.A. efectuó una propuesta transaccional –en el sentido de que modificaría el tipo de aeronave a ser entregada–, en pos de compensar la parte incumplida del contrato, consistente en la entrega al MINISTERIO DE SEGURIDAD de DOS (2) helicópteros A119 Koala usados, en reemplazo de los DOS (2) helicópteros pendientes de entrega. Posteriormente, la empresa arrimó al organismo propuestas ampliadas y/o superadoras en dos nuevas oportunidades, mediante las presentaciones de los días 26 de febrero y el 11 de abril del corriente, ofreciéndose finalmente TRES (3) helicópteros Koala A 119, más las prestaciones de servicios y entrega de bienes allí detalladas.

Desde el punto de vista técnico, la DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES de GENDARMERIA NACIONAL señaló que el modelo de helicóptero ofrecido en sustitución sería apto para las operaciones aéreas que realiza dicha fuerza federal.

Finalmente, se sometió a consideración del Órgano Rector un proyecto de decisión administrativa mediante el cual se propiciaba ratificar un acuerdo suscripto, con fecha 11 de junio de 2018, entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 12, inciso c), 23 y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 2º del Código Penal.
- Artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.
- Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas es la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

II) Más allá del recupero de las sumas adelantadas al proveedor y no aplicadas a la ejecución del contrato, a la luz de lo hasta aquí expuesto y en la medida en que no se vislumbra ninguna eximente de responsabilidad, cabría concluir que la firma MÓDENA HELICOPTEROS S.A. incurrió en incumplimientos que en ese entonces tenían por consecuencia las siguientes penalidades: 1) Rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, por culpa del proveedor, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato; 2) multa por mora, con relación a los DOS (2) helicópteros entregados tardíamente, más la multa del DIEZ POR CIENTO (10%) correspondiente a la rehabilitación tácita del contrato.

III) El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

IV) El Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su

artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

V) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014 en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción. Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino también la rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y la multa por rehabilitación tácita del mismo.

VI) Respecto de la viabilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato –cuyo recupero se propicia–, dicha facultad no surge de la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional. Con lo cual el examen de su viabilidad jurídica exorbita las competencias del Órgano Rector, siendo el análisis de su procedencia del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de las autoridades con facultades decisorias.

VII) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades –que resultan aplicables tanto en el período precontractual como en el contractual, por cuanto la norma las prevé tanto para los oferentes como para los cocontratantes– y sanciones. En esa inteligencia, el régimen "sancionador" en materia de bienes y servicios se configura con: *"…las penalidades como tipos –infracciones– circunscriptos al marco contractual; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntal (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones)…"* (v. BALBIN, Carlos F., *"Manual de Derecho Administrativo"*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 -596) (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

VIII) La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma. La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01); las mismas exhiben una finalidad claramente punitiva (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

IX) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo y viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por determinados incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su

aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes (v. Dictámenes ONC Nº 164/2014 e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

X) Por lo tanto, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al régimen de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM). Téngase presente que el Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus sucesivas reglamentaciones han posibilitado la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones, sin que resulten excluyentes unas de otras (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XI) En el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC Nº 1023/12, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 resulta aplicable el principio de la ley penal más benigna.

XII) La unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género *ius puniendi* único del Estado– y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22). (v. Dictamen ONC Nº 1023/12 y Dictámenes PTN 244:648, entre otros).

XIII) Dicho pensamiento se incardina en la idea de pertenencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador a un único "ius puniendi" estatal, razón por la cual ambos derechos deben abrevar del derecho público, de modo que la aplicación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador puede hacerse a partir de un cuidadoso examen de cada principio y su inserción en el sistema del derecho público y administrativo, que constituyen el "tamiz" necesario y conveniente para su traspolación.

XIV) Esto implica reconocer la existencia de garantías que si bien han sido tradicionalmente reivindicadas como propias del derecho penal, pertenecen más bien al derecho público en general, en cuanto reguladoras de toda potestad punitiva del Estado.

XV) Desde antaño la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha postulado la equiparación de las sanciones administrativas con las penales, a los fines de la aplicación de las garantías constitucionales (Cfr. CSJN, Miras Guillermo SACIF c/ Administración Nacional de Aduanas, 18/10/1973. Fallos 287:76. En dicho precedente, el Tribunal Cimero sostuvo: *"…si bien en los casos de multas existe un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva. Se trata de un grado de sanción que no difiere en esencia de la clausura del establecimiento, del comiso de mercaderías o de la eliminación de la firma infractora del registro de importadores* (…) *aun cuando es exacto que de la solución del presente caso pueden depender ingresos para el Fisco, que ello no justifica apartarse de los principios básicos que, en materia penal, establece la Constitución…).".* En sintonía con ello, en el ya célebre precedente "Baena", la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sostuvo: *"…es*

preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabos, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas…" (CIDH, caso "Baena, Ricardo y otros v. Panamá", sentencia del 2/2/2001. Párrafo 106).

XVI) No escapa a esta Oficina que la doctrina vernácula no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica y características atribuibles a penalidades y sanciones. Ello sin mencionar la evolución de los conceptos de delito y de falta, junto con la traslación de conductas de una a otra categoría, dando lugar a que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN sentenciara que: *"La distinción entre delitos y contravenciones y faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos"* (v. Fallos 205:173).

XVII) A nivel conceptual existen distintas posiciones sobre la materia, pero no es este el ámbito para intentar abordarlas a todas, dado que el análisis meramente académico excede el acotado marco de cognición de los dictámenes técnicos. Cuanto menos, existe consenso en que el principio de ultra-actividad o retro-actividad de la ley penal más benigna/favorable para el encausado constituye una de las garantías esenciales del derecho penal moderno (v. artículo 2º del Código Penal) y partiendo de esa base, si bien no fue consagrado en la Constitución histórica, a partir de la reforma constitucional de 1994, la jerarquía constitucional conferida a determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (por mandato del artículo 75, inciso 22 CN), impone reconocer "status constitucional" al mencionado principio.

XVIII) En cuanto aquí interesa, al menos dos tratados internacionales con jerarquía constitucional receptan explícitamente el principio en cuestión, en los siguientes términos: I) Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*; II) Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.".*

XIX) Desde el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –por imperio del ya citado artículo 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Ley Suprema– no parece que quede margen posible para predicar la irretroactividad de la "ley penal más benigna" en el ámbito de las sanciones administrativas.

XX) Autorizada doctrina tiene dicho al respecto que: *"…La manda constitucional, que nos llega desde el texto primigenio de 1853, recibe confirmación y expansión en las normas del Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dos de los principales tratados internacionales de Derechos Humanos que la reforma de la Constitución de la Nación Argentina en 1994 ha incorporado a su texto, según lo establece su actual artículo 75, inciso 22. Aludo a tal confirmación y ampliación por cuanto estos dos Tratados prevén explícitamente que* (…) *'Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición*

de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello'. Sé que los textos se refieren específicamente a las 'condenas' y a los 'delitos', sin embargo, más allá de la inexistencia de distinción ontológica entre delito y falta ya denunciada, entiendo que –así como el concepto de 'penado' existente en el artículo 18 de la Constitución Nacional no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas– del mismo modo tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos citados..." (GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Págs. 583 y ss.).

XXI) Con mayor énfasis, el citado autor asevera: *"…Así, con base en los preceptos constitucionales y de los tratados internacionales que se han incorporado al texto de esa Ley Suprema, se hace necesario reconocer también en nuestro medio y dentro del marco del principio de legalidad, la existencia de por lo menos cuatro sub-principios esenciales, a saber:* (…) *c) La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o ultra-actividad de la ley más benigna* (…). *En cuanto a la* (…) *aplicación retroactiva o ultra-activa de la ley más benigna, que en el orden jurídico positivo argentino y hasta 1994 sólo resultaba de rango legal (art. 2º del Código Penal), a través del Pacto de San José de Costa Rica y los demás Tratados de Derechos Humanos, se ha incorporado al texto Constitucional, con el carácter de garantía, que también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador* (…) *Ese criterio se reforzó más tarde en la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana 11/90, con motivo de las 'Excepciones al agotamiento de los recursos internos', del 10 de agosto de 1990, en que aclaró que las garantías del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica son exigibles en materias vinculadas con la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. Esta expresión de la Comisión Interamericana, interpretación auténtica del Pacto de San José que, como tal, se integra al orden constitucional argentino, con jerarquía supralegal, supone algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que todas las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades. Los argumentos expuestos reclaman un fortísimo replanteo de los principios que han de aplicarse al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, tanto en el orden sustancial como en el procedimental…"* (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Op. Cit*. Págs. 589 y ss.).

XXII) En esta línea de pensamiento fue emitido el Dictamen ONC Nº 164/14, oportunidad en la cual este Órgano Rector aclaró que, en puridad, el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte constitucional y como tal no constituye patrimonio exclusivo del derecho penal, concluyendo en que la mentada garantía no sólo resulta de aplicación en el ámbito de las sanciones –en sentido estricto– que aplica el Órgano Rector, sino también en la esfera de las penalidades cuya aplicación compete a las diversas jurisdicciones y entidades contratantes. Se desprende de lo antedicho que lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna tanto en el ámbito de las penalidades como de las sanciones en sentido técnico es la recepción expresa de la mentada garantía tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional y desde dicho vértice, irradia su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico.

XXIII) Siguiendo esa línea de ideas, la interpretación que guíe las decisiones de la Administración no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni de los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22.

XXIV) Habiéndose enrolado de tal modo esta Oficina Nacional en la postura a favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, tanto en materia de penalidades como de sanciones, vale recordar que dicho principio procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXV) Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXVI) La nueva norma se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad) y la norma derogada será aplicable para los actos ejecutados durante su vigencia si deviene más favorable (ultraactividad).

XXVII) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha considerado que, para que la alteración producida en las disposiciones represivas configure un régimen más benigno, es necesario que evidencie un criterio legislativo de “mayor lenidad” (v. CSJN, Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L., 1981, Fallos 303:1548).

XXVIII) Precisar cuál es la ley más benigna requiere un análisis completo y profundo en relación con el caso concreto. No implica simplemente estudiar las variaciones que puedan existir con respecto al monto de la pena sino que debe tenerse en cuenta todo el contenido de las leyes. La regla general en todas las situaciones de sucesión de normas es la aplicación de aquella que, apreciada en su totalidad, resulta más favorable en el caso concreto para el sujeto pasible de sanción. Dicho examen debe concluirse con la elección de una norma que se aplicará íntegramente, no siendo posible tomar las disposiciones más favorables de una y de otra, ya que de ese modo se estaría creando una nueva norma y ello se encuentra vedado.

XXIX) En los últimos años las penalidades y sanciones tipificadas en el artículo 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01 han sido objeto de sucesivas reglamentaciones por los Decretos Nros. 436/00, 893/12 y 1030/16. Ciertamente, las últimas modificaciones introducidas en dicha materia denotan en la actualidad –en algunos aspectos puntuales– una política punitiva más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXX) Por caso, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regulase la prescripción de las penalidades frente a la verificación de

incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores, razón por la cual esta Oficina Nacional entiende que, atento a tal vacío normativo, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna (v. IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXXI) A saber, el aludido artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 estipula: *"PRESCRIPCIÓN. No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas."*. No hace falta un mayor esfuerzo hermenéutico para comprobar que se trata de un plazo razonable y claramente más favorable al particular si se lo compara con la ausencia de todo límite para aplicar penalidades, si nos atenemos al Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00.

XXXII) No es posible dejar de remarcar que la prescripción no se trata de una institución meramente procedimental, sino que tiene un contenido material, en tanto incide sobre la competencia de la Administración para imponer una sanción. Por lo tanto, considerando el rango constitucional que tienen los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más favorable al encausado, una modificación de los plazos de prescripción que en este caso beneficia al particular debe aplicarse retroactivamente.

XXXIII) Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en los Dictámenes ONC Nros. 164/2014, IF-2017-34197906-APNONC# MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XXXIV) De tal modo se procura tutelar fines esenciales, puestos de manifiesto por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en un dictamen reciente, en cuyo marco se sostuvo: *"…La prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz social. Su objeto es poner fin a situaciones jurídicas inestables, dando certeza a los derechos de las partes que ya no pueden ser incididos por obligaciones alcanzadas por la prescripción. Opera sólo cuando quien tuvo la posibilidad de actuar no lo hizo."* (v. IF-2018-38244090- APN-PTN, de fecha 8 de agosto de 2018).

XXXV) Desde esa óptica, habiendo transcurrido más de cinco años desde que operó el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato, no parece dudoso afirmar que el MINISTERIO DE SEGURIDAD tuvo la posibilidad de aplicar las penalidades correspondientes dentro de un tiempo prudencial y no lo hizo.

XXXVI) En otro orden de cosas, corresponde reafirmar asimismo que, en la medida en que la rescisión por culpa del proveedor está regulada como una penalidad en el artículo 29 inciso a) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, sin que dicha norma efectúe distinción alguna al respecto, forzoso es concluir que también es susceptible de prescripción. Ello por cuanto, de conformidad con el aforismo "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por

respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111; 235:377; 249:630, entre muchos otros y Dictamen ONC Nº 243/2015).

XXXVII) Toda rescisión por culpa del proveedor trae aparejada una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional. De tal suerte, si la competencia para aplicar la penalidad de rescisión culpable subsistiese sin límite de tiempo, podría darse el supuesto –no tan improbable– de que el organismo de origen rescinda un contrato luego no ya de un lustro, sino de una década o incluso más tiempo desde acaecido el incumplimiento y sería recién a partir de la firmeza de ese acto que correría el plazo de dos años previsto en el artículo 109 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 para sancionar, antes de que opere la prescripción. Lo cual no parece ni razonable ni ajustado a los fines que, al dictarse el Decreto Nº 1030/16, motivaron la inclusión de un plazo de prescripción específico y relativamente breve para las penalidades.

XXXVIII) Amén de ello, un punto de importancia fue abordada en el Dictamen ONC Nº IF-2017-34197906-APNONC#MM, donde se aclaró lo siguiente: *"…la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A.* (…) *Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16…".*

XXXIX) De ahí que, sin perjuicio de haber operado la prescripción de las penalidades que hubieren podido corresponder, esta Oficina consideró viable en la referida oportunidad el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento contractual imputable al proveedor, con fines eminentemente prácticos, tales como poner fin a situaciones jurídicas inciertas, registrar el incumplimiento a efectos de que pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad del proveedor en futuras convocatorias, etc.

PRESENTACIONES DE PROVEEDORES ANTE LA ONC

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-03488030-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 10 de marzo de 2017.

Referencias/voces: Competencias de la ONC. Presentaciones por parte de proveedores ante el Órgano Rector.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que analice las circunstancias fácticas acaecidas en el marco de la Licitación Pública N° 59/2014 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Cabe destacar, al respecto que mediante la Resolución del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Nº 1024, del 13 de mayo de 2014, se autorizó el llamado a Licitación Pública para la adquisición de agua envasada potabilizada o mineral sin gas y alimentos no perecederos, a fin de conformar el stock de asistencia para emergencias climáticas y satisfacer las demandas de la población que se hallare en situación de vulnerabilidad social, en el marco del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria.

Luego de la apertura, la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. puso en conocimiento del organismo contratante el contenido de la Disposición ONC Nº 68 de fecha 28 de agosto de 2014, por la cual se suspendieron los efectos de su similar Nº 36, de fecha 30 de mayo de 2014, en los términos del artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL puso de relieve que si bien los efectos de la sanción de apercibimiento y suspensión aplicada a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. se encontraban a esa fecha suspendidos, la misma se encontraba vigente al momento de apertura de las ofertas (01 de julio de 2014). En consecuencia, la oferta presentada por ALIMENTOS GENERALES S.A. debía ser desestimada.

Con sustento en ello, la Comisión Evaluadora recomendó declarar inadmisible la oferta presentada por el proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. para el Renglón Nº 4 *"Por haber sido suspendida en la Oficina Nacional de Contrataciones mediante Disposición 36/2014…"*, lo cual motivó su impugnación por parte del proveedor agraviado.

En otro orden de cosas, ALIMENTOS GENERALES S.A. efectuó una presentación directamente ante el Órgano Rector, que tuvo por objeto denunciar: *"…graves irregularidades en relación a la LICITACIÓN PÚBLICA N° 59/14 EXPTE. N° E-2723-2014…".*

En respuesta a ello, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Nota ONC N° 1596, de fecha 17 de diciembre de 2014, oportunidad en la que se acompañó una copia del Dictamen ONC N° 427, de fecha 4 de noviembre de 2014, al solo efecto de ilustrar el criterio interpretativo delineado por este Órgano Rector en el marco de un precedente análogo, vinculado con el mismo proveedor y con el mismo organismo de origen.

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN opinó que: *"…la suspensión aplicada a la firma ALIMENTOS GENERALES S.A. mediante la Disposición O.N.C. Nº 36/14 estuvo vigente en la etapa 'apertura de las ofertas' de la Licitación Pública Nº 59/14 del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, circunstancia por la cual la oferta de dicha empresa se encontraba incursa en la causal de desestimación no subsanable receptada en el artículo 84 inciso f) del Reglamento aplicable al caso…".*

Finalmente, al tomar intervención la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN efectuó medulosas consideraciones que merecen ser transcriptas: *"…En las actuaciones bajo análisis, no existen dudas que la empresa Alimentos Generales S.A. fue sancionada por la Oficina Nacional de Contrataciones* (…) *mediante la Disposición N.º 36/14* (…) *Ahora bien, el punto de conflicto se generó a raíz del dictado de la Disposición ONC N.º 68/14, a través de la cual se suspendieron los efectos de la Disposición N.º 36/14, en los términos del artículo 12 de la Ley N.º 19.549* (…) *El principio de irrectroactividad de los actos administrativos constituye uno de los principios de nuestro ordenamiento jurídico, por consiguiente toda vez, que la regla es la irrectroactividad, la excepcionalidad debe resultar de una declaración o de alguna otra forma inequívoca* (…).
En síntesis, la retroactividad del acto administrativo es excepcional y, en el caso en análisis, debe surgir en forma expresa del propio acto y no perjudicar derechos de terceros, aspectos éstos que no se cumplen en la Disposición de la ONC N.º 68/14.".

En esa inteligencia, ese alto organismo asesor concluyó que correspondía rechazar el recurso jerárquico en cuestión, en razón de que: *"Si la sanción aplicada por la ONC a través de la Disposición N.º 36/14 entró en vigor el 25 de junio de 2014 –fecha de su publicación en el SIPRO– y el acto de apertura de las ofertas de la licitación que nos ocupa se realizó el 1º de julio de ese mismo año, no parece dudoso que la recurrente se encontraba imposibilitada de participar del procedimiento de selección en curso, por cuanto la sanción estaba plenamente vigente en aquel momento…".*

En relación a lo expuesto, téngase presente que en el marco de las actuaciones individualizadas como CUDAP: EXP-JGM: 53256/2013 se emitió la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 36 de fecha 30 de mayo de 2014, a través de la cual le fueron aplicadas al proveedor ALIMENTOS GENERALES S.A. DOS (2) sanciones, a saber: 1) UNA (1) sanción de apercibimiento, en los términos del artículo 131, inciso a) apartado 1º del entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de la rescisión parcial, por culpa del proveedor, del contrato perfeccionado en el marco de la Licitación Pública Nº 145/12 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL; 2) UNA (1) sanción de suspensión para contratar con la Administración Pública Nacional por el plazo de SEIS (6) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.2. del citado cuerpo reglamentario, como consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida en el plazo fijado al efecto.

La Disposición ONC Nº 36/14 fue notificada al proveedor en cuestión con fecha 12 de junio de 2014.

El 23 de junio de 2014 fue recibido el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por ALIMENTOS GENERALES S.A. contra la Disposición ONC Nº 36/14.

Luego de su notificación al interesado, la sanción de suspensión inició su vigencia el día 25 de junio de 2014, a partir de su difusión en el sitio de internet de este Órgano Rector (www.argentinacompra.gov.ar), tal como se encontraba regulado en el artículo 131 inciso b), *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

El día 30 de junio de 2014 la agraviada efectuó una nueva presentación solicitando la suspensión de los efectos de los efectos de la suspensión aplicada.

En virtud de ello, dada la verosimilitud del derecho invocado y a efectos de evitar perjuicios graves al interesado, se emitió la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 68 de fecha 28 de agosto de 2014, por la cual se suspendieron cautelarmente los efectos de su similar Nº 36/14 –con sustento en el artículo 12 de la Ley Nº 19.549–, hasta tanto fueran resueltos los recursos de reconsideración y jerárquico, respectivamente.

La Disposición ONC Nº 68/14 fue notificada al interesado el día 29 de agosto de 2014. Como consecuencia de ello, en esa misma fecha el proveedor pasó a estar nuevamente "incorporado" en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Finalmente, como consecuencia del dictado de la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 51, de fecha 9 de noviembre de 2015, se revocó la sanción de suspensión impuesta mediante el artículo 2º de la Disposición ONC Nº 36/14.

Normativa examinada:

- Artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84, inciso f) y 242 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El requerimiento efectuado en su momento por la firma ALIMENTOS GENERALES S.A., dió lugar a la Nota ONC N° 1596, de fecha 17 de diciembre de 2014, por cuyo conducto se acompañó una copia del Dictamen ONC N° 427/14, donde se sostuvo, en resumidas cuentas, que la causal contemplada en el inciso f) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 distinguía TRES (3) hitos o momentos diferenciados –1) acto de apertura de ofertas; 2) etapa de evaluación de las ofertas recibidas y 3) adjudicación– y que, siendo ello así, correspondía determinar si el proveedor en cuestión se encontraba habilitado o suspendido para contratar con el Estado Nacional en cada uno de ellos, con sujeción a la plataforma fáctica analizada en cada caso concreto. Esta Oficina Nacional, ante el requerimiento de ALIMENTOS GENERALES S.A., se limitó a adjuntar, a título de colaboración, una copia de un dictamen expedido en el marco de un caso análogo, al solo efecto de ilustrar el criterio interpretativo delineado por este Órgano Rector en dicho precedente.

II) De lo establecido en los artículos 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 242 del entonces vigente Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no actúa como vehículo de denuncias, en razón de que, conforme la normativa aplicable, no posee competencia para investigar presuntas anomalías administrativas por pedido de un particular, así como tampoco cuenta con atribuciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/10 y Nº 611/10, entre muchos otros. De haber hecho lugar lo peticionado por el proveedor en los términos vertidos en su nota se habría excedido el ámbito competencial delimitado por el referido artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) Esta Oficina no representa una instancia de revisión de los actos dictados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración

Pública Nacional, máxime si se repara en que la facultad de determinar la admisibilidad y/o conveniencia de una oferta es una competencia que se encuentra específicamente asignada a la Comisión Evaluadora que funcione en la órbita del organismo contratante, sin mengua de las facultades decisorias de la autoridad competente para emitir el acto de conclusión del procedimiento (v. Dictamen ONC Nº 389/2008).

PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

DICTAMEN ONC Nº 353/2014.

Fecha de emisión: 17 de septiembre de 2014.

Referencias: Hace lugar al recurso de reconsideración presentado por SUTEL SRL contra la Disposición ONC Nº 83/13 y revoca dicha disposición. Vicios en el pliego de bases y condiciones particulares.

Objeto de la intervención:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, interpuesto por el proveedor SUTEL S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70783556-3) contra la Disposición ONC N° 83/13.

Por la Disposición ONC N° 83/13 se le aplicó al proveedor SUTEL S.R.L. una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de ONCE (11) meses, en los términos del artículo 131 inciso b) apartado 2.1 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 –por aplicación del principio de la ley penal más benigna–, como consecuencia de la rescisión total por culpa del proveedor del contrato perfeccionado en el marco de la Contratación Directa N° 3/12 de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

En su presentación recursiva la empresa impugnante alegó, como hecho principal, que en el marco de la Contratación Directa N° 3/12 de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN presentó oferta para los DOS (2) Renglones solicitados, en el entendimiento, de buena fe, que la contratación se realizaría bajo la modalidad “llave en mano”, como así lo indicaba el pliego de bases y condiciones particulares.

Sin embargo, señaló la recurrente que le produjo sorpresa el hecho de resultar adjudicataria sólo del Renglón Nº 1, en tanto el Renglón Nº 2 fue adjudicado a la empresa SUNDIAL S.R.L. Ello, en tanto resultaría ser de práctica usual adjudicar un equipamiento como el solicitado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN a un solo oferente, debido a las incompatibilidades que pueden presentarse entre sus diversos componentes.

En razón de ello, la firma agraviada sostuvo: “*De esta manera, el organismo contratante quebrantó la modalidad de compra citada* [llave en mano]*, adjudicándose a dos empresas diferentes el suministro comentado”.*

Del Pliego se desprendía lo siguiente: *"OBJETO DE LA CONTRATACIÓN. La SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN convoca a CONTRATACIÓN DIRECTA para la ADQUISICIÓN DE UN (1) SISTEMA INTEGRAL DE REGISTRACIÓN CON TARJETA DE PROXIMIDAD O CONTROL BIOMETRICO DE HUELLA DIGITAL INDISTINTAMENTE, TIPO "LLAVE EN MANO" PARA EL PERSONAL DE LA SIGEN…"* .

En el Pliego fueron definidas las particularidades del mentado "sistema integral", contemplando los siguientes elementos constitutivos, entre otros: 1) Tarjeta con tecnología de proximidad tipo "HID iClass 2K Bit"; 2) Escáner de Huellas dactilares; 3) Software; 4) Instalación; 5) Mantenimiento y repuestos; 6) Servicio de enrolamiento del personal; 7) Capacitación; 8) Servicio de Garantía.

Normativa examinada:

- Artículos 21 y 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00.
- Artículo 207 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo N° 1198 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00 fue reproducido, casi en su totalidad, en el artículo 207 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. La particularidad del caso radica en que, sin perjuicio de tratarse de "UN (1) sistema integral", el organismo contratante adjudicó el Renglón Nº 1 en favor de la firma SUTEL S.R.L. y el Renglón Nº 2 a la empresa SUNDIAL S.R.L., circunstancia que no sólo se presenta como anómala o bien atípica para esta modalidad de contratación, sino que, lisa y llanamente, contraviene la letra y el espíritu del citado artículo 43 del Anexo al Decreto Nº 436/00, en cuanto habla de "*…concentrar en un único proveedor la responsabilidad de la realización integral de un proyecto.".*

II) En las contrataciones bajo la modalidad "llave en mano" el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume un único proveedor frente al organismo contratante, por la realización integral, puesta en marcha y correcto funcionamiento de un proyecto o sistema determinado.

III) La génesis del vicio que derivó en una incompatibilidad entre los componentes integrantes del objeto contractual debe identificarse en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares elaborado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, en tanto sus cláusulas adolecieron de la suficiente imprecisión como para inducir a error a los oferentes, quienes de buena fe pudieron confiar en que la adjudicación de los Renglones Nros 1 y 2 recaería en un único proveedor.

IV) Si bien este Órgano Rector tiene dicho que resulta ajena a su competencia la revisión de lo actuado en el organismo de origen, no es menos cierto que el caso presenta cuestiones particulares que admiten un nuevo estudio y una consideración singular.

V) La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego el éxito o el fracaso de la contratación (conf. Dictámenes ONC Nros. 23/2013 y 157/2014).

VI) De igual modo, cabe mencionar lo dispuesto por el artículo N° 1198 del Código Civil Argentino, que en su parte pertinente prescribe: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión…".*

VII) No parece ecuánime trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso, como el de marras, donde el organismo contratante optó por llevar adelante una modalidad singular de contratación y luego en los hechos desplegó un accionar que no se condice con la regulación propia de la aludida modalidad; ello sin siquiera estipular en forma clara y concreta en las cláusulas particulares que los Renglones Nº 1 y Nº 2 podían ser adjudicados en forma autónoma, en cuyo caso los requisitos y pruebas de compatibilidad hubiesen revestido un mayor grado de relevancia a tener en cuenta por los interesados en cotizar.

VIII) Una razonable exégesis de lo hasta aquí expuesto, bajo el prisma tanto del principio de la buena fe contractual como de la teoría de los actos propios permite colegir que asistía a la firma SUTEL S.R.L. una legítima confianza en suponer que, de resultar adjudicataria, lo sería respecto del objeto contractual en forma global, es decir de los Renglones Nros. 1 y 2, justamente por tratarse de un llamado a contratación "llave en mano" de un único sistema integral.

IX) Corresponde hacer lugar al recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por el proveedor SUTEL S.R.L. (C.U.I.T. N° 30-70783556-3).

DICTAMEN ONC Nº 32/2015.

Fecha de emisión: 2 de febrero de 2015.

Referencias: Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación. Rescisión contractual. Penalidades. Caso fortuito. Fuerza Mayor. Declaraciones juradas anticipadas de importación (DJAI). Principio de buena fe. Diligencia. Principio de continuidad del contrato.

Consulta:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la provisión y entrega de cartuchos de tóner, en atención al incumplimiento verificado respecto del proveedor Sr. César FRANCIA, en el marco de la Licitación Pública Nº 3/2014, respecto de la falta de cumplimiento de la entrega de los bienes adjudicados, habiendo alegado que el incumplimiento obedeció a motivos imprevistos e involuntarios.

Junto con las actuaciones se acompañó la nota presentada por el proveedor con fecha 29 de julio de 2014 a través de la cual solicitó la aplicación del artículo 120 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 ante la imposibilidad de entregar los bienes por supuestos inconvenientes en la importación de los mismos, circunstancia que consideró acreditada con el correo electrónico que le remitiera su distribuidor.

Normativa examinada:

- Artículos 119, 120, 122, 126 inciso b) apartado 1º e inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Resolución General AFIP Nº 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se encuentran dadas las circunstancias para encuadrar la situación planteada dentro del caso de fuerza mayor o caso fortuito, en tanto el proveedor no acreditó con la documentación respaldatoria correspondiente las razones esgrimidas.

II) No acompañó constancia de la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI), sino que, por el contrario, únicamente adjuntó una impresión de un correo electrónico remitido por su distribuidor en el cual menciona supuestas demoras en las importaciones de los tóner.

III) La obligación de presentar las DJAI fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012, es decir que el régimen ya estaba vigente a la fecha del llamado a Licitación Pública en cuestión, por lo que debió ser tenido en cuenta por el oferente al momento de realizar sus propuestas. Lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/2011).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 5 de abril de 2017.

Referencias/voces: Informalismo en favor del administrado. Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI). Debida diligencia. Buena fe.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien CASA RUERE S.A.I.C.F. hizo su presentación –equivocadamente– en sede del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en lugar de hacerlo ante esta Oficina Nacional, cierto es que el artículo 1º, inciso c) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 recepta el principio del informalismo en favor del administrado, en virtud del cual se excusa a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente. Así, se ha sostenido que *"La presentación de un recurso ante un órgano administrativo incompetente nunca puede perjudicar al particular, toda vez que el art. 5º, inc. c, del RLNPA, impone a la Administración ordenar que se subsanen los defectos, de oficio o por el interesado (principio de informalismo)"* (HUTCHINSON, Tomás. Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. 8º edición. Editorial Astrea. Pág. 57).

II) De ello se desprende que en casos como el de marras corresponde a la propia Administración reencauzar la petición, impugnación o descargo presentado ante un órgano distinto al competente, y esto es precisamente lo que con buen criterio ha hecho el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL al girar a esa Oficina Nacional una copia autenticada de la presentación formulada por el interesado. Por aplicación del mentado principio del informalismo en favor del administrado, corresponde dar tratamiento al descargo presentado por el proveedor, en pos de resguardar la garantía del debido proceso adjetivo receptada en el artículo 1º inciso f) de la Ley Nº 19.549.

III) La obligación de presentar las "Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación" (DJAI) fue impuesta por la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS Nº 3252, del 10 de enero de 2012 y, conforme con lo estipulado en su artículo 9º, el citado régimen entró en vigencia el 1º de febrero de ese año.

IV) Ergo, el régimen de la Declaración Jurada Anticipada de Importación se encontraba vigente al momento del perfeccionamiento del contrato, y en consecuencia, el proveedor debió asesorarse respecto de los procedimientos administrativos necesarios para poder cumplir con las obligaciones impuestas por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS a los efectos de poder contar con la mercadería en tiempo oportuno para hacer frente a la obligación asumida con el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

V) Por otra parte, si bien está fuera de discusión la pública notoriedad del régimen de Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI) implementado mediante la Resolución General AFIP N 3252/12, ello en modo alguno eximía a la recurrente de acreditar el alcance puntual y específico de las alegadas restricciones frente a su concreta obligación de cumplimentar con la entrega de los bienes adjudicados, extremo que no surge de autos que haya sido satisfecho por la agraviada, en la medida en que ni siquiera se encuentra acreditada la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación.

VI) No parece aventurado afirmar, desde esta perspectiva, que la firma CASA RUERE S.A.I.C.F. no actuó con la debida diligencia propia de un buen hombre de negocios con la que un proveedor del Estado debe obrar. Los proveedores del Estado tienen un estándar de diligencia mayor, propia del "buen hombre de negocios", que tiene como piso mínimo el conocimiento de los requerimientos legales/burocráticos para poder comercializar los bienes que ofertan. En sentido concordante se ha pronunciado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al sostener que *"…El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación…"* (Dictámenes PTN 213:147).

VII) Lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictámenes ONC Nros. 750/2011, 402/2013, 32/15, entre otros). Ninguna duda puede caber en cuanto a que en el marco de un contrato

administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557).

VIII) Cuando el particular contrata con la Administración Pública debe tener en miras la finalidad que con dicha actuación administrativa se persigue, destinada a la satisfacción del bien común y el interés público comprometido.

PRINCIPIO DE CENTRALIZACIÓN NORMATIVA Y DESCENTRALIZACIÓN OPERATIVA.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Análisis de pliego. Cláusulas que pueden afectar el principio de concurrencia. Principio de eficiencia. ONC carece de facultades para emitir opinión sobre cuestiones técnicas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de material informático para la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, determinadas cláusulas que a criterio de la DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD podrían afectar el principio de concurrencia.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 8º y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 26 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 10 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Sistema Nacional de Contrataciones Públicas se organiza según el criterio de centralización de las políticas y de las normas, y la descentralización de la gestión operativa. Esa centralización de políticas y normas se encuentra en cabeza de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, mientras que la descentralización operativa implica que los organismos contratantes son los responsables de llevar adelante la gestión de las contrataciones para la satisfacción de sus necesidades, lo que comprende la elaboración y aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares que regirán sus procedimientos de selección.

II) En tal sentido, y en virtud del inciso a) del artículo citado en los párrafos anteriores, esta Oficina Nacional no posee facultades para intervenir en la tramitación y aprobación de los

pliegos de bases y condiciones particulares que elaboran las unidades operativas de contrataciones para los procedimientos que allí se tramiten.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06755277-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Impugnación a dictamen de evaluación. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Alcances de las competencias de la ONC.

Solicitud de intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre la impugnación efectuada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L. al Dictamen de Evaluación Nº 24/2016, en el marco de la Licitación Pública Nº 9/2016 del registro del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 242, inciso 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015 y 32/2016, entre otros).

II) Esta Oficina Nacional tampoco posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros.

III) A raíz de lo expuesto no resulta difícil colegir que excede la competencia de este Órgano Rector instruir al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la sociedad comercial FEMYP S.R.L., máxime si se advierte que no se ha formulado en concreto una consulta que amerite una interpretación de la normativa aplicable, por parte de este Órgano Rector, en los términos del inciso 10 del artículo 242 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

PRINCIPIOS DE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.

DICTAMEN ONC Nº 15/2013.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2013.

Referencias: Exigencia de presentar junto con la oferta documentación certificada por escribano y legalizada por el colegio profesional. Certificación de copias por autoridad administrativa. Principios de concurrencia y competencia.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en estas actuaciones, en cuyo marco obraba la impugnación de la firma FERNANDO BELLONI S.A. al dictamen de evaluación emitido en el marco de la Licitación Privada N° 3/2012 del registro del COMANDO DE LA 1º DIVISIÓN DEL EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO.

Cabe mencionar que la oferta de la impugnante había sido desestimada y considerada inadmisible por la Comisión Evaluadora en razón de que: "*…faltó presentar copia legalizada del acta constituida, estatuto o contrato social, documentos certificados por escribano público y legalizada por el colegio de escribanos respectivos conforme lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares…*".

Normativa examinada:

- Artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).
- Artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No corresponde solicitar como requisito adicional a los exigidos por la normativa que la documentación respaldatoria acompañada con la oferta se presente con certificación de escribano público y legalizada por el correspondiente Colegio profesional.

II) Conforme surge del artículo 27 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, las copias de la documentación acompañada junto con la oferta pueden ser certificadas por la autoridad administrativa. De ese modo, el requerimiento de que las copias se acompañen certificadas por escribano y con la correspondiente legalización del Colegio respectivo, constituye un recaudo excesivo, que implica la erogación de un costo adicional al oferente.

III) Por otro lado, cabe considerar al respecto que solicitar en el pliego de bases y condiciones particulares que la documentación a presentar junto con la oferta se encuentre

certificada por escribano público y legalizada por el colegio respectivo agrega un requisito que no se encuentra regulado ni en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 ni en el aprobado por el Decreto N°893/12.

IV) El hecho de exigir más recaudos que los regulados normativamente puede causar el efecto de desalentar la presentación de ofertas, atentando contra los principios de concurrencia y de competencia entre oferentes (conf. artículo 3°, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01).

VII) Corresponde recomendar al organismo contratante que en los pliegos de bases y condiciones particulares se consigne que la documentación presentada en copia puede ser certificada por la autoridad administrativa, dejando que la certificación por escribano público sea una elección del oferente.

DICTAMEN ONC Nº 430/2013.

Fecha de emisión: 3 de diciembre de 2013.

Referencias: Art. 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Empresas con el mismo Director y Presidente que presentan ofertas para diferentes renglones. Principio de competencia.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la Oficina Nacional, a fin de que emita opinión sobre la procedencia de aplicar el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 a las ofertas presentadas por los proveedores BRIEFING 360 S.A. y ARCANGEL MAGGIO S.A., en virtud de que la persona que ocupa el cargo de Director Titular de una era, a su vez, el Presidente de la otra.

Como dato a tener en cuenta, es dable mencionar que los citados proveedores cotizaron diferentes renglones. Así, surgía de las actuaciones que la firma ARCANGEL MAGGIO S.A. había cotizado únicamente el Renglón Nº 4, mientras que la firma BRIEFING 360 S.A. el Renglón Nº 1.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 67 y 84, inciso n) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La prohibición de participar en más de una oferta encuentra fundamento en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Este principio tiene como finalidad que la competencia entre oferentes sea real y efectiva, no simulada, lo que sucede si en un procedimiento la puja de las ofertas se produce entre personas físicas o jurídicas que en apariencia son distintas pero que en la práctica resultan ser la misma.

II) En el marco licitatorio, la competencia entre oferentes aparece como la conducta claramente opuesta a la colusión, de tal modo que la primera representa la rivalidad entre

oferentes que operan en el mercado, en una interacción distinta de la que se produciría si esas empresas operan como partes de un mismo grupo económico. La colusión, en cambio, básicamente, consiste en una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo, a través de acuerdos de precios, acuerdos de cantidades y repartos de mercados.

III) La concurrencia no debe restringirse a una mera cuestión de cantidad –mientras más oferentes, mejor– sino que, para su mayor eficacia, esa concurrencia debe ser genuina, sincera; es decir, que trasunte la existencia real y efectivamente competitivas en el mercado.

IV) En la medida en que los proveedores en cuestión cotizaron diferentes renglones, el fin último perseguido por la norma, esto es, la existencia de una real competencia entre oferentes, no se ve vulnerado en el presente caso.

V) Debe entenderse que el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 pretende resguardar el principio de concurrencia buscando que los oferentes no puedan realizar acuerdos o conductas ilegítimas entre sí, en perjuicio de la efectiva competencia que requieren ciertos procedimientos de selección.

VI) Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las consideraciones especiales del caso, en cuanto a que cada proveedor cotizó un renglón diferente, no se infiere una conducta ilegítima en perjuicio de una efectiva competencia para los renglones en cuestión. Consecuentemente, esta Oficina Nacional entiende que las propuestas presentadas por las empresas ARCANGEL MAGGIO S.A. y BRIEFING 360 S.A., no encuadran en la prohibición establecida en el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02176236-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 13 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Análisis de pliego. Cláusulas que pueden afectar el principio de concurrencia. Principio de eficiencia. ONC carece de facultades para emitir opinión sobre cuestiones técnicas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de material informático para la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, determinadas cláusulas que a criterio de la DIRECCIÓN DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD podrían afectar el principio de concurrencia.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 8º y 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 26 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

- Artículo 10 del Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto del pliego de bases y condiciones particulares, la doctrina especializada ha sostenido que: *"…la elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso del procedimiento llevado a cabo."* (FARRANDO, Ismael, *Contratos Administrativos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002. Página 219.).

II) En este sentido, cabe tener en cuenta que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Asimismo, en cuanto a las limitaciones al principio de concurrencia de oferentes, la doctrina sostiene que: "La libre concurrencia sólo puede restringirse en tanto exista suficiente y adecuado sustento fáctico que provoque la necesidad de imponer limitaciones en función del objeto contractual" (FARAH REJTMAN, Mario, *"Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional"*, Ed. Abeledo-Perrot, año 2010, página 39).

III) Atendiendo al planteo concreto efectuado por el organismo girante y a efectos de propiciar una mayor concurrencia de oferentes atendiendo a la vez a las necesidades técnicas solicitadas por la unidad requirente las cuales tornarían –según sus dichos– eficiente la contratación de marras, este Órgano rector se permite sugerir al organismo que evalúe la posibilidad dividir el pliego de bases y condiciones particulares en tantos renglones como provincias respecto de las cuales se requiera contar con centros de soporte técnico, asistencia post venta, provisión de accesorios y repuestos.

IV) Asimismo, podría tomarse en consideración la alternativa de someter el pliego a la etapa de observaciones en los términos previstos en el artículo 8 del Decreto Delegado N° 1023/01.

V) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo y en consecuencia encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los motivos por los cuales resulta razonable incorporar dichos criterios, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-16335534-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de agosto de 2017.

Referencias/voces: Notificaciones. Notificación por correo electrónico. Difusión a través del sitio de internet del Órgano Rector. Principio de buena fe.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre la validez de los diferentes medios de notificación elegidos con el propósito de notificar la Resolución número: RESOL-2016-552-E-APN-MAD, por medio de la cual se aprobó lo actuado en el marco de la Contratación Directa por Urgencia Nº 51/2016 del registro del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE y se adjudicó el objeto contractual a la firma INSTALNET S.R.L.

A efectos de circunscribir adecuadamente la intervención solicitada, cabe destacar que en el marco de un informe de auditoría se objetó el hecho de haberse utilizado diferentes medios de notificación a la hora de comunicar la adjudicación a las diversas firmas participantes del procedimiento de selección: por un lado el envío de un correo electrónico a la empresa INSTALTEN S.R.L., mientras que, por el otro, la difusión del acto administrativo objeto de notificación en la página de este Órgano Rector para comunicar su contenido a los restantes oferentes que no resultaron adjudicatarios.

Normativa examinada:

- Artículo 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 58/14

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el entonces novedoso Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilitó el uso del correo electrónico así como también la difusión en el sitio de internet de esta Oficina Nacional –entre otros–, como medios válidos de notificación entre la Administración y los particulares, en el entendimiento de que al tratarse de la regulación de un procedimiento administrativo especial, los medios de notificación bien podían apartarse de lo establecido en materia de notificaciones

en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Nº 1759/72 (t.o. 1991).

II) De tal modo, el mentado cuerpo normativo abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumeró los medios de notificación que podían utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida.

III) Sin desconocer que, en principio, el organismo de origen podía optar por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultando válidas las notificaciones que se realizaran por cualquiera de ellos, cierto es que tal afirmación está sujeta a ciertas modulaciones. Por ejemplo, no es posible soslayar que las propias normas previamente transcriptas establecieron un requisito específico –en tutela de los derechos e intereses de los particulares– para el caso en que el organismo optase por utilizar como medio de notificación la difusión por internet a través del sitio web "ARGENTINA COMPRA".

IV) En efecto, se estipuló expresamente –tanto en el reglamento como en el Pliego Único– la exigencia de dejar expresa constancia en el pliego de bases y condiciones particulares correspondiente de que se haría uso de la facultad de notificar mediante la difusión por internet, *"…indicando la dirección de dicho sitio de Internet, para que los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes tomen las previsiones necesarias."*.

V) Desde esta perspectiva, este Órgano Rector advierte ciertas inconsistencias y/o deficiencias operadas durante la sustanciación del procedimiento que nos ocupa, las que se detallan a continuación: I. Lejos de cumplir con el requisito específico de indicar la dirección del portal web "ARGENTINA COMPRA" y –fundamentalmente– alertar a interesados y oferentes para que tomen los recaudos del caso, el organismo contratante se limitó a efectuar en el pliego particular una transcripción textual e irreflexiva del artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 58/14, lo cual no solo no satisfizo las exigencias normativas que aquí se ventilan sino que resultó susceptible de generar mayor confusión en torno a las vías y/o medios por los cuales la jurisdicción habría de comunicar sus decisiones. Valga reiterar, entonces, que el requisito contemplado en el artículo 56 inciso h) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 fue soslayado por el organismo contratante desde el momento en que el artículo 11 del pliego particular se limitó a reproducir el contenido de normas generales más no anotició ni advirtió en forma expresa, concreta y circunstanciada que el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE haría uso de la opción de notificar mediante la página que administra esta Oficina Nacional, así como tampoco facilitó la localización del portal en cuestión. En suma, tanto en la convocatoria como en el pliego de bases y condiciones particulares la Administración debió haber instado a los interesados a revisar periódicamente el sitio web "ARGENTINA COMPRA" para informarse de las novedades vinculadas a las diversas etapas, pero no lo hizo, en contraposición con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas, informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/2011, entre otros). II.

El hecho de haberse utilizado diferentes medios de notificación a la hora de comunicar la adjudicación a las diversas firmas participantes del procedimiento de selección –por un lado el envío de un correo electrónico a la empresa INSTALTEN S.R.L., mientras que, por el otro, la difusión del acto administrativo objeto de notificación en el sitio "ARGENTINA COMPRA" para comunicar su contenido a los restantes oferentes que no resultaron adjudicatarios–, sumado ello a que tales comunicaciones tuvieron lugar en diferentes fechas, resulta a criterio de este Órgano Rector un proceder reñido con el principio de igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes (principio que debería encontrar correlato en la llamada "igualdad de oportunidades" y "de armas" a la hora de poder ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos).

VI) Deviene ilustrativo recordar que a la firma INSTALNET S.R.L. –quien resultó adjudicataria– la Resolución número: RESOL-2016-552-E-APN-MAD le fue notificada con fecha 28 de diciembre de 2016 mediante el envío de un correo electrónico. Por el contrario, se dispuso comunicar la citada resolución a las empresas DCC SOFT S.R.L. y GLD CONSULTORES S.R.L. mediante la difusión del referido acto administrativo en la página que administra esta Oficina Nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del pliego de bases y condiciones particulares que rigió la presente contratación. La difusión de la etapa "adjudicación" en la página de internet que administra este Órgano Rector tuvo lugar el día 30 de diciembre de 2016 a las 18.50 horas.

VII) La difusión en "ARGENTINA COMPRA" tuvo lugar DOS (2) días después de que se cursara la notificación de dicho acto –por correo electrónico– a la firma que resultara seleccionada, circunstancia que evidencia una disparidad de trato por parte del organismo contratante respecto de los participantes de la compulsa, desde que la jurisdicción contratante escogió, para notificar a dos de las tres empresas presentadas en la contratación de marras, un medio de notificación (difusión en la página www.argentinacompra.gov.ar) cuyos recaudos no fueron debidamente cumplimentados, sumado ello a que las respectivas notificaciones operaron en días distintos. Lo expuesto no se condice con una adecuada tutela del principio de igualdad, el cual exige que las condiciones sean las mismas para todos los competidores (CSJN, 31/12/1981, "Elinec SRL y otro". Fallos 303:2108).

PRINCIPIO DE INFORMALISMO EN FAVOR DEL ADMINISTRADO.

DICTAMEN ONC Nº 36/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Principios generales - Informalismo en favor del administrado.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión respecto a si resultaba jurídicamente posible tener por subsanado el error invocado por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A.

De la compulsa de los actuados se desprendía que en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15 del registro del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL fueron recibidas sólo DOS (2) ofertas.

Luego, el día 21 de diciembre de 2015, al tener lugar el Acto de Apertura de ofertas pudo constatarse que, formando parte integrante de la propuesta presentada por NEUMÁTICOS CAMOIA S.A., se acompañó, en carácter de garantía de mantenimiento de oferta, una *"…fotocopia de la póliza de seguro de caución Nº 665.612 de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., no obrando en los actuados el original de la misma.", tal como se dejó asentado al pie del acta labrada al efecto…".*

De oficio, al día siguiente –esto es, el 22 de diciembre de 2015– la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. presentó una nota en sede del organismo licitante, junto con la cual acompañó –en original– la mentada póliza de seguro de caución Nº 665612, extendida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad al acto de apertura.

En tal presentación, NEUMATICOS CAMOIA S.A. adujo que a causa de un error involuntario se acompañó a la oferta una copia simple de la póliza en cuestión, quedando el instrumento original en la carpeta de la empresa. Consecuentemente, solicitó que se admita la subsanación de dicho error, invocando a tal efecto el principio del informalismo en favor del administrado.

Desde una posición contrapuesta, el oferente Luis Oscar CORCOS efectuó una presentación fechada el 23 de diciembre de 2015, observando que, de hacerse lugar a la subsanación peticionada por NEUMATICOS CAMOIA S.A., se vería vulnerado el principio de igualdad, por cuanto la presentación tardía o extemporánea de la garantía de que se trata, luego del acto de apertura, implicaría colocar *"…a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…"*.

De este modo, a criterio del señor CORCOS correspondería que la jurisdicción licitante desestime la oferta de su competidor, sin posibilidad de subsanación, en los términos del artículo 84, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En suma, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un procedimiento de selección, la firma NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya acompañado "por error" la garantía de mantenimiento de su oferta en copia simple, y en forma posterior haya enmendado el equívoco resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable, como aducía el oferente CORCOS, Luis Oscar.

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos 5, 65, 70, inciso h) apartado 1º, 83, 84 inciso d), 85, 100 y 101 inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

- Artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los principios generales constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

II) Los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), Contrataciones de la Administración Nacional. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

III) El informalismo esgrimido por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. es el principio procedimental que tiende a garantizar que las peticiones articuladas por particulares en sede administrativa no serán obstaculizadas por defectos de índole formal (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado* en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

IV) El artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al regular el régimen jurídico de los contratos, admite la aplicación supletoria del Título I de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, donde se encuentra expresamente consagrado el principio del informalismo –o formalismo moderado– en favor del administrado, entendido como la excusación de la inobservancia, por parte de los interesados, de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente (v. artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549). Se ha dicho que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […]. *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

V) Desde esa atalaya, es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

VI) Una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha discriminado entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, y se ha extraído la consecuencia de que estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación.

VII) Lo señalado precedentemente no importa una dispensa en el cumplimiento de las formas. Entiéndase bien: Lo que dispone este principio es el diferimiento de su cumplimiento y no su inobservancia (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo*. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

VIII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN entendió –en un ya clásico precedente– que el principio del informalismo en favor del administrado no resulta de aplicación en la presentación de ofertas en el marco de una licitación pública, en razón de tratarse de una situación en que intervienen diversos particulares, por lo que la conducta de la Administración debe ajustarse a las pautas establecidas en el pliego de condiciones, a fin de no violar el principio de igualdad de todos los oferentes (Dictamen PTN 213:147). En relación con ello, la postura que se propicia en este dictamen no implica un apartamiento, *per se*, del citado criterio del máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL, desde que en el precedente mencionado se trataba de la inobservancia, por parte de un interesado, del plazo previsto en el pliego de bases y condiciones particulares para presentar ofertas, mientras que lo que aquí se discute difiere sustancialmente.

IX) La igualdad que el ordenamiento tutela es aquella que se da en igualdad de circunstancias. Ergo, solo se vería lesionado tal principio para el caso en que: 1) No se le permitiera idéntica subsanación a otro oferente; 2) Se aceptara que el interesado constituya la garantía con posterioridad al acto de apertura de sobres. Ninguno de los referidos supuestos se corresponden con lo acontecido en autos, en tanto ninguna ventaja se dio al interesado ni ningún perjuicio se causó al restante competidor.

X) Así expuesto, puede verse que el criterio aquí sustentado no se presenta incompatible con la postura tradicional de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. Tanto es así que, dicho sea de paso, esta Oficina Nacional también ha opinado en sentido coincidente con el alto organismo asesor, respecto a que el principio del informalismo o formalismo moderado no

exime al particular del deber de diligencia en la presentación de su oferta en tiempo y lugar oportunos (v. Dictamen ONC Nº 803/2011).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-05339666-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 5 de abril de 2017.

Referencias/voces: Informalismo en favor del administrado.

Normativa examinada:

- Artículo 1º, inciso c) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En torno al descargo articulado por el proveedor, debe decirse que si bien CASA RUERE S.A.I.C.F. hizo su presentación –equivocadamente– en sede del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en lugar de hacerlo ante esta Oficina Nacional, cierto es que el artículo 1º, inciso c) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 recepta el principio del informalismo en favor del administrado, en virtud del cual se excusa a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente. Así, se ha sostenido que *"La presentación de un recurso ante un órgano administrativo incompetente nunca puede perjudicar al particular, toda vez que el art. 5º, inc. c, del RLNPA, impone a la Administración ordenar que se subsanen los defectos, de oficio o por el interesado (principio de informalismo)"* (HUTCHINSON, Tomás. Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. 8º edición. Editorial Astrea. Pág. 57).

II) De ello se desprende que en casos como el de marras corresponde a la propia Administración reencauzar la petición, impugnación o descargo presentado ante un órgano distinto al competente, y esto es precisamente lo que con buen criterio ha hecho el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL al girar a esa Oficina Nacional una copia autenticada de la presentación formulada por el interesado. Por aplicación del mentado principio del informalismo en favor del administrado, corresponde dar tratamiento al descargo presentado por el proveedor, en pos de resguardar la garantía del debido proceso adjetivo receptada en el artículo 1º inciso f) de la Ley Nº 19.549.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2018.

Referencias/voces: Impugnación al dictamen de evaluación – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR". Límites al principio de informalismo en favor del administrado.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión: *"…referida al cumplimiento de la Circular sobre la acreditación de las Normas ISO presentadas por el proveedor 'Compañia de Servicios Martín Fierro SRL' (Oferta Económica más conveniente; Impugnada por La Mantovana Servicios Generales S.A., Orden de Mérito: 2)",* en el marco de la plataforma fáctica descripta en el Acápite I del presente.

Normativa examinada:

- Artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Disposición ONC Nº 65/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23, esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM e IF-2018-34606045-APNONC#MM, entre otros).

II) En otro orden de cosas, huelga recordar que esta Oficina Nacional carece de competencias en materia de contralor o auditoria, motivo por el cual no se encuentra dentro de sus facultades verificar y examinar el cumplimiento de la normativa aplicable en los procedimientos de selección que lleven adelante las jurisdicciones y entidades contratantes, sin perjuicio de asesorar y dictaminar con respecto a cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan los organismos a su consideración.

III) A raíz de lo expuesto, excede de la competencia de este órgano Rector instruir al INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO sobre el criterio a adoptar en relación con la impugnación incoada por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el mentado principio de centralización normativa y de descentralización operativa, en detrimento de las competencias específicas de la Comisión Evaluadora y de la autoridad con competencia para concluir el procedimiento.

IV) De otra parte, corresponde puntualizar que la ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico excede el ámbito competencial de este Órgano Rector.

V) Mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

VI) En efecto, "COMPR.AR" es una herramienta transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área

requirente hasta el perfeccionamiento del contrato. Cumple la doble función de ser un portal de difusión y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

VII) Las presentaciones efectuadas por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. se plasmaron únicamente en soporte papel –en tanto no hay constancias que den cuenta de impugnaciones que hayan sido ingresadas a través del sistema COMPR.AR–.

VIII) Desde que los procedimientos de selección llevados a cabo mediante el sistema COMPR.AR., (como es el caso de la Licitación Pública Nº 20-0001-LPU18), los oferentes que deseen impugnar el dictamen de evaluación de ofertas deben hacerlo –necesariamente– a través de la mentada plataforma electrónica y dentro del plazo de TRES (3) días hábiles administrativos, computable con sujeción a lo indicado en la Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018 (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM).

IX) A su vez, debe necesariamente recordarse lo señalado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al sostener que el principio del informalismo en favor del administrado no excusa la inobservancia o incumplimiento de requisitos esenciales. Dicho en otros términos, el informalismo no debe ser confundido con la ausencia total de formas, lo cual traería aparejado el desorden en las actuaciones (Dictámenes PTN 287:029).

PRINCIPIO DE INMODIFICABILIDAD DE LA OFERTA.

DICTAMEN ONC Nº 322/2013.

Fecha de emisión: 25 de septiembre de 2013.

Referencias: Oferta. Documentación en idioma extranjero. Subsanación de defectos formales. Principios del procedimiento.

Consulta:

Se instó la intervención del Órgano Rector a fin de que se expidiera sobre si correspondía desestimar la oferta presentada por el proveedor ID GROUP S.A. en el marco de la Contratación Directa Nº 7/2013 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA –en virtud de que el citado proveedor había adjuntado un certificado de participación en un curso en idioma extranjero–, o si por el contrario podía intimarse a su subsanación.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El inciso a) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, debe ser aplicado para los supuestos en que la totalidad de la oferta se presente en idioma extranjero.

En los casos, como el de marras, en el que sólo una parte de la oferta ha sido presentada en un idioma distinto al nacional se debe intimar a su subsanación bajo apercibimiento de no considerar las partes de la propuesta redactadas en idioma extranjero.

II) La posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes.

III) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en una clara violación a los principios de igualdad y transparencia.

IV) Definir la formalidad o sustancialidad de tal defecto, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación posterior en tanto facultad prevista para la UOC o la Comisión Evaluadora, dependiendo del tipo de procedimiento y/o etapa de que se trate, y una oferta inadmisible por falta de documentación esencial.

V) Una oferta inadmisible es aquella que no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación, sosteniendo que la oferta inadmisible es aquella propuesta que no ofrece exactamente lo solicitado o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos establecidos en el llamado.

VI) El certificado en cuestión no fue requerido entre las especificaciones técnicas de la contratación, en las cuales sí se incluyó la obligación del oferente de acreditar la condición bajo la cual prestaba ofrecía el bien (fabricante o productor, representante oficial, distribuidor autorizado, etc.) lo que fue respaldado por la firma ID GROUP S.A. mediante la presentación del certificado emitido por la empresa HID Global sobre su calidad de distribuidor autorizado para las impresoras marca Fargo de HID.

VII) La posibilidad de subsanación de defectos debe encontrar un límite, entendiendo que el mismo está en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas.

VIII) La subsanación de deficiencias entonces debe posibilitarse en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. En este sentido, es claro que la corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes.

IX) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

X) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse.

XI) El principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto. Un criterio distinto podría llevarnos a soluciones ineficientes y antieconómicas, lo cual demandaría mayores erogaciones en perjuicio del patrimonio público, sumado al riesgo de no contar con el servicio en el momento oportuno por las implicancias de la demora en la tramitación, y por ende, de no satisfacer el objetivo propuesto (v. Dictamen ONC Nº 933/12).

XII) En el caso de marras el organismo contratante podrá intimar al proveedor ID GROUP S.A. a que subsane el defecto presentando la correspondiente traducción del certificado. En ese caso, la intimación deberá efectuarse bajo apercibimiento de no considerar dicha documentación en la etapa de evaluación de las ofertas.

DICTAMEN ONC Nº 453/2013.

Fecha de emisión: 20 de diciembre de 2013.

Referencia: Nota aclaratoria. Nota modificatoria de la oferta. Principio de inmodificabilidad de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expidiese sobre la procedencia de considerar las aclaraciones del proveedor POWERCOM S.A., respecto de la planilla de cotización, atento que había indicado un único precio tanto para el unitario como para el total, en el marco de la Licitación Pública Nº 10/2012 del registro del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL.

En este caso el objeto contractual era la adquisición, instalación y puesta en marcha operativa de TRES (3) Sistemas AWOS Categoría I con modalidad llave en mano.

El proveedor POWERCOM S.A. presentó una nueva nota aclarando que el precio unitario y el total propuesto en la planilla de cotización eran el mismo, por cuanto entendió que se trataba de UN (1) sistema para ser instalado en TRES (3) aeropuertos y por lo tanto de la contratación de un único trabajo llave en mano que implica la previsión, instalación y puesta en marcha del mismo sistema en tres lugares diferentes.

Es decir, el proveedor adujo que colocó el mismo monto en el precio unitario y en el total por entender que se trataba de la contratación de un único servicio llave en mano para ser instalado en tres lugares diferentes.

Correspondía entonces dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la aclaración que el proveedor POWERCOM S.A. realizó sobre su cotización, en la que indicó erróneamente el precio unitario en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares.

Al tomar intervención el DEPARTAMENTO SERVICIO JURÍDICO del SERVICIO METEOROLÓGICO NACIONAL opinó que resultaba razonable considerar que el proveedor incurrió en un error que resultaría subsanable, más allá de lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, ateniéndose al real objeto de la contratación y a la conducta de los demás oferentes que también cotizaron un único precio y lo dividieron por tres al sólo efecto de cumplir con la formalidad de la planilla de cotización.

Normativa examinada.

- Artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que el principio de igualdad no se encuentra vulnerado por admitir una nota aclaratoria con posterioridad al acto de apertura de ofertas, pues no constituye una modificación a la oferta, en la medida en que no pueda cambiar el precio ofertado (conf. Dictamen PTN 251:851).

II) La posibilidad de subsanación de defectos debe encontrar un límite, el mismo debe encontrarse en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas.

III) La subsanación de deficiencias entonces debe posibilitarse en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (Conf. Dictamen ONC N° 813/2012).

IV) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, etc.; en general, quedaría alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente.

V) La nota aclaratoria presentada con posterioridad a la apertura de ofertas se refirió al precio cotizado, circunstancia esencial y que repercute directamente en la oferta y por lo tanto implica una modificación sustancial y esencial de la misma (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 529/09 y 787/11).

DICTAMEN ONC Nº 314/2014.

Fecha de emisión: 21 de agosto de 2014.

Referencias: Desestimación de ofertas. Subsanación de defectos. Precio total de la oferta en letras. Importe general ofertado en números difiere del valor de multiplicar el precio unitario por las cantidades. Principio de inmodificabilidad de la oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que, en su carácter de Órgano Rector, se expidiese sobre la viabilidad jurídica de intimar al oferente Federico Pablo CAMPOLONGO para que procediera a subsanar defectos en su oferta, presentada en el marco de la Contratación Directa N° 15/2014 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Cabe destacar que la Comisión Evaluadora interviniente recomendaba desestimar la oferta de Federico Pablo CAMPOLONGO, en tanto el aludido proveedor había expresado el importe total cotizado en números pero no en letras, apartándose de lo establecido en el Artículo 70, inciso g) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Asimismo, en el Cuadro Comparativo, el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA observó que: *"…El importe general ofertado por el proveedor y que figura en el acta de apertura ($ 86.025,00) difiere del valor que surge de multiplicar el precio unitario por las cantidades…".*

Luego, al tomar intervención el servicio jurídico de la PSA opinó lo siguiente: "…*cabe mencionar que si bien el artículo 70 del Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar 'Precio unitario y cierto en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total general de la oferta expresado en letras y números,…' La falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado* […] *No permitir la subsanación de los defectos indicados en el Dictamen de Evaluación N° 18/2014, a criterio de este servicio jurídico, resultaría un rigorismo exagerado al dejar de considerar la oferta en cuestión por una deficiencia, que en caso de ser subsanada, en nada puede modificar la oferta original.".*

Siendo ello así, correspondía dilucidar si resultaba jurídicamente procedente la intimación a subsanar una oferta en la que por un lado se había omitido indicar el precio total de la misma en letras en la planilla de cotización que integraba el pliego de bases y condiciones particulares y por el otro dicho precio total no coincidía con el precio unitario multiplicado por las cantidades ofrecidas.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70, inciso g) Apartado 1º, 84 y 87 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional comparte el criterio del servicio jurídico preopinante, en cuanto a que, si bien el artículo 70 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece en su inciso g) que la cotización deberá consignar el *"Precio unitario y cierto, en números, con referencia a la unidad de medida establecida en las cláusulas particulares, el precio total del renglón, en números, las cantidades ofrecidas y el total de la oferta, expresado en letras y números…"*, la falta de expresión del precio en letras no se encuentra enunciada como causal de desestimación no subsanable, por lo cual, razonablemente se podría entender que dicho error resulta factible de ser subsanado.

II) Por otra parte, el artículo 87 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece expresamente que si el precio cotizado para cada renglón no respondiera al precio unitario, se tomará este último como precio cotizado.

III) En el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas, a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Empero, huelga decir que la imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictamen ONC Nº 795/11).

IV) En consecuencia, la posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad (v. Dictamen ONC Nº 813/12). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta original del oferente.

V) En tal sentido, la normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse.

VI) Es indispensable destacar la importancia que reviste el principio de concurrencia en el proceso licitatorio, en tanto permite a la Administración un mayor cotejo de las condiciones ofertadas. Ello así, puesto que para la interpretación de los pliegos no debe perderse de vista el criterio rector de que los procedimientos de selección del contratista del Estado han sido establecidos básicamente en beneficio del Estado mismo, en resguardo de sus conveniencias económicas, financieras y técnicas, por lo cual todo aquello que tienda a una fundada competencia entre los oferentes y a una mayor concurrencia de propuestas no debe ser desalentado por ritualismos formales e interpretaciones limitativas (Dictámenes PTN 213:147).

VII) La *ratio iuris* del mencionado principio radica en que la Administración pueda contar con la mayor variedad y mejor calidad de ofertas posibles sobre el bien, obra o servicio

requerido. Corolario del principio de concurrencia es la posibilidad de subsanación de errores formales de las ofertas (v. Dictamen ONC Nº 529/09).

VIII) En razón de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco del caso bajo examen, la omisión de detallar en letras el precio total de la oferta presentada por Federico Pablo CAMPOLONGO no constituye un error esencial que torne inadmisible su oferta. Por consiguiente, frente a tal omisión y teniendo en consideración, además, lo advertido por el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA en cuanto a la falta de coincidencia entre el importe total ofertado y el valor que surge de multiplicar los precios unitarios por las cantidades ofrecidas para cada Renglón, deberá estarse a la solución expresamente prevista en el artículo 87, primer párrafo, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 66/2015.

Fecha de emisión: 12 de marzo de 2015.

Referencias: Principio de inmodificabilidad de la oferta. Subsanación posterior.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el objeto de que emita opinión sobre la decisión del organismo de origen de desestimar la oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L. en el marco de la Licitación Pública 11/2014, relativa a la adquisición de cartuchos para impresoras láser y chorro a tinta existentes en el ámbito del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA.

El proveedor AMERICANTEC S.R.L. había manifestado junto con la cotización oportunamente presentada en el marco de la Licitación Pública 11/2014, que a partir del vencimiento del plazo de mantenimiento de oferta –el que operó día 4 de noviembre de 2014– no mantendría su propuesta en la licitación de marras.

Sobre el particular, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA había interpretado que debía tenerse por desistida la oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L., en virtud de la nota presentada en término por dicho proveedor donde había manifestado que una vez vencido el plazo de mantenimiento de oferta, no lo renovaría automáticamente.

Sin embargo, la empresa oferente había presentado con fecha 3 de noviembre de 2014, es decir, el último día del período en que mantenía su vigencia, una nota mediante la cual manifestó su voluntad de prorrogar la validez de su oferta por un período más de SESENTA (60) días corridos, hasta el día 3 de enero de 2015.

Frente a dicha circunstancia, el servicio jurídico del Ministerio opinó que carecía de validez la nota posterior acompañada por AMERICANTEC S.R.L., mediante la cual dicho proveedor había manifestado su voluntad de prorrogar el plazo de mantenimiento de oferta por un período más de SESENTA (60) días corridos, en tanto a criterio del referido servicio jurídico ello implicaba una modificación de los términos de la propuesta presentada oportunamente.

Normativa examinada:

- Artículo 28 de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 65 y 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El vencimiento del plazo de mantenimiento de oferta de la firma AMERICANTEC S.R.L. debía tener lugar, en un principio, a partir del día 4 de noviembre de 2014, circunstancia que en opinión de esta Oficina Nacional no llegó a configurarse. Si bien la empresa presentó una nota comunicando que una vez vencido el plazo de mantenimiento de oferta con fecha 3 de noviembre de 2014 no lo renovaría "automáticamente", en esa misma fecha y dentro del plazo de mantenimiento de su oferta –aunque se tratare del último día del período en que mantenía su vigencia–, la firma presentó una nueva nota manifestando que vencido el primer plazo de mantenimiento de oferta renovaría la misma hasta el 3 de enero de 2015.

II) En relación al principio de inmodificabilidad de la oferta, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece lo siguiente: *"…La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia.".*

III) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, etc.; en general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato.

IV) Este Órgano Rector entiende que la nueva manifestación por parte de la empresa AMERICANTEC S.R.L. de renovar el mantenimiento de su oferta por un nuevo período encontrándose vigente el primero no vulnera el principio de inalterabilidad de la oferta establecido en el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y por lo tanto debió ser admitida.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013863-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de Junio de 2016.

Referencias/voces: Entrega de bienes distintos a los cotizados. Requisitos. Entrega fuera de plazo. Procedencia de la multa por mora.

Antecedentes:

El MINISTERIO DE SEGURIDAD llevó adelante la Contratación Directa Nº 41/14 con el objeto de adquirir DOS (2) equipos de almacenamiento masivo de datos informáticos para satisfacer las necesidades de la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA CRIMINAL, con sujeción

a las especificaciones técnicas estipuladas en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

En ese marco, se recibió una única oferta correspondiente a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., la que resultó adjudicataria por considerarse su propuesta económicamente conveniente y ajustada a los requisitos exigidos en el pliego. Consecuentemente, se emitió la Orden de Compra Nº 82/15, la cual fue retirada por la adjudicataria el día 25 de agosto de 2015.

Ahora bien, el día 7 de octubre de 2015, es decir, habiendo transcurrido un poco más de un mes desde el perfeccionamiento del contrato, el proveedor propuso cambiar el material adjudicado por otro (en teoría superador), aduciendo que el mencionado en la orden de compra se encontraba discontinuado a nivel mundial y que sería la propia firma la que absorbería toda diferencia económica.

Frente a este escenario, con fecha 19 de octubre de 2015 la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD propició el rechazo de la propuesta en cuestión por considerarla improcedente, invocando a tal efecto cuestiones técnicas vinculadas con la funcionalidad requerida.

Sin embargo, de las constancias obrantes en autos se desprende que los equipos ofrecidos en reemplazo fueron finalmente recibidos por el organismo y, más aún, casi un semestre después del primer informe –cambio de autoridades mediante– la referida Dirección emitió una nueva opinión técnica pero en sentido contrario, en tanto que en este segundo examen se entendió que el producto recibido por el MINISTERIO DE SEGURIDAD es superador del originariamente solicitado, sin perjuicio de haberse mantenido el valor inicialmente cotizado.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión en relación a los siguientes puntos:

a) Si resultaba jurídicamente viable aceptar la entrega, por parte del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., de bienes diferentes a los oportunamente requeridos y adjudicados en el marco Contratación Directa Nº 41/14 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

b) Si, en caso de resultar procedente la aceptación de los equipos en cuestión, correspondía –o no– aplicar la penalidad de multa por mora, atento a que los mismos habrían sido entregados fuera del plazo previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 119 y 126 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

❖ Artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud del principio de igualdad, la regla general es el mantenimiento de las condiciones de los contratos, siendo la modificación su excepción (v. Dictamen ONC Nº 993/2012). Tan es así que, actualmente, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y el artículo 7 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales receptan expresamente el principio general de inmodificabilidad de la oferta, en los siguientes términos: *"La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia".*

II) El principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye así una de las reglas específicas de los procedimientos de selección, como una derivación del principio de igualdad. La doctrina es conteste en señalar que, a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

III) La postura tradicional en la materia ha sido reflejada en el Dictamen ONC Nº 159/2006 en el que se sostuvo: *"…no puede la firma adjudicataria entregar bienes diferentes a los expresados en su oferta, atento a que todo lo cotizado, en cuanto a marca, calidad, especificaciones técnicas y precio, en su conjunto, es tenido en cuenta por el organismo contratante al momento de adjudicar".* Sin embargo, en lo que respecta al principio de inmodificabilidad de las ofertas se fueron abriendo paso las concepciones que postulan que no se trata de un principio absoluto, sino relativo, que debe armonizarse con los principios de razonabilidad, eficiencia, igualdad y transparencia.

IV) En puridad, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí, correspondiendo al operador jurídico acercarse a la solución más justa, teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el procedimiento licitatorio (Cfr. CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director)*, Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.). Desde esta óptica, el principio de inmodificabilidad de las ofertas puede verse morigerado ante situaciones fácticas objetivas que le imposibiliten al proveedor cumplir con la entrega de los bienes oportunamente ofertados, como por ejemplo, cuando los mismos hayan sido discontinuados en su producción.

V) Durante la etapa de ejecución contractual es posible apartarse del principio de inmodificabilidad de las ofertas, sin lesionar el principio de igualdad, si la modificación obedeciera a una situación objetiva y ajena a la voluntad del proveedor que no le permitiese

cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes o servicios ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia. En dicho sentido, se ha admitido la posibilidad de modificar los términos de un contrato administrativo con fundamento en el interés público y dentro de ciertos límites. Tales límites, derivados de las garantías constitucionales consisten, básicamente, en la inalterabilidad de la sustancia misma del contrato y de su ecuación económico-financiera en favor del cocontratante (conf. COMADIRA, Julio. *La licitación pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 89/90).

VI) El cambio contractual no podría implicar ventajas para el contratista; pero no sería violatoria del principio de igualdad una modificación fundada en la necesidad de satisfacer el interés público, configurada a causa de un cambio objetivo de circunstancias, en condiciones tales que ninguno de los restantes oferentes tuviera motivos para considerar que, de haber conocido el cambio, hubiera modificado la oferta.

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha expedido en sentido concordante con lo expuesto, al expresar en el marco del Dictamen Nº 527, del 29 de Diciembre de 2004: *"En la medida en que no puede cambiar el precio ofertado y que el producto sólo puede cambiar para mejorar –adaptación– para evitar la rápida obsolescencia de este tipo de elementos-, en el caso no hubo apartamiento del pliego. Ello así, teniendo en cuenta que la oferente entregará el mismo bien tecnológicamente licitado y ofertado y, eventualmente, podrá entregar productos de mejor calidad que los ofrecidos."* (v. Dictámenes PTN 251:851). Más aún, ya en un antiguo dictamen de fecha 27 de marzo de 1979 el más alto organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL había advertido que: *"…en determinadas circunstancias resulta admisible una mejora en la oferta que no se aparte de las bases y pliegos que rigieron la licitación, si se trata de la única propuesta en condiciones de ser adjudicada"* (v. Dictámenes PTN 148:279).

VIII) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha sostenido que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición, toda vez que el motivo de sustitución del equipamiento ofrecido responde a circunstancias objetivas como resulta ser la discontinuación de bienes tecnológicos que han quedado obsoletos por el transcurso del tiempo."* (Dictamen ONC Nº 9/2013).

IX) A mayor abundamiento, este Órgano Rector entendió que: *"…la entrega por el oferente de un mejor y más actualizado equipamiento informático, respetando tanto el valor cotizado como los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares, no puede ser considerada como una modificación de su oferta* (…) *por cuanto en esta oportunidad tal circunstancia no constituiría ni un beneficio ni una ventaja para el proponente, en desmedro de otros oferentes."*. Asimismo, en dicho pronunciamiento, se agregó: *"Dicho de otro modo, no se trata en el caso bajo examen de un intento de reacomodar la propuesta, sino de un comportamiento oportuno, diligente y activo del único proponente cuya oferta resulta formalmente admisible, frente a una circunstancia objetiva ajena a su voluntad, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o bien dejar sin efecto la licitación."* (Dictamen ONC Nº 47/2013).

X) En el marco del presente caso la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. solicitó al organismo contratante autorización para sustituir el material oportunamente ofertado por tratarse "de un producto discontinuado a nivel mundial", pero tal invocación no se presenta debidamente acreditada en los presentes actuados, salvo por el hecho de haber sido aceptada sin cuestionamientos por la DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

XI) Por otra parte, la referida DIRECCIÓN DE INFORMÁTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD emitió en el expediente dos informes en sentido contrapuesto sin que, a criterio de este Órgano Rector, haya quedado adecuadamente comprobado que los nuevos equipos ofrecidos cumplen con los requisitos técnicos mínimos previstos en el pliego, sin implicar una tecnología diferente. Es decir, de la lectura del expediente no queda claro si las circunstancias invocadas efectivamente acaecieron y si las mismas hubiesen afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma situación; ergo, deberá acreditarse tanto la discontinuidad alegada como el no apartamiento del pliego.

XII) Resulta imperioso comprobar que el reemplazo de los bienes haya respondido a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad de la empresa SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. y que las características técnicas de las unidades entregadas no implican un apartamiento de las bases que rigieron la contratación, sino tan solo una suerte de "sustituto natural" o "superador" de los bienes presuntamente discontinuados.

XIII) Va de suyo que el escrutinio y valoración de tales cuestiones de índole eminentemente técnica excede con creces la competencia de esta Oficina Nacional, debiendo recabarse, en su caso, la opinión especializada de la OFICINA NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (ONTI) y/o incorporarse un nuevo informe técnico debidamente motivado.

XIV) Salvados que fueren los extremos previamente indicados, una exégesis armónica y equilibrada de los principios de igualdad, razonabilidad y eficiencia conduce a pensar que la cuestión se resuelve adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

XV) Este Órgano Rector entiende que la viabilidad jurídica de aceptar la entrega de bienes diferentes a los cotizados queda supeditada a la acreditación en el expediente de los siguientes requisitos: 1) El motivo de sustitución del equipamiento ofertado debe responder a circunstancias objetivas y sobrevinientes, ajenas a la voluntad del proveedor, que no le hayan permitido cumplir en tiempo y forma con la entrega de los bienes ofertados y que hubiese afectado en igual medida a cualquier proveedor en la misma circunstancia, como ser –en caso de acreditarse– la discontinuación de bienes tecnológicos por el mero transcurso del tiempo; 2) aun cuando se ofrezca entregar un mejor y más actualizado equipamiento –en comparación con el requerido y ofertado– debe verificarse el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares; 3) Debe respetarse el valor cotizado. La aceptación por parte de la jurisdicción o entidad contratante no puede importar una ventaja en favor del adjudicatario ni un perjuicio para el Estado; 4) La finalidad perseguida no puede ser otra que procurar una adecuada satisfacción del interés público, razón por la cual la aceptación de la sustitución debe operar de igual manera cualquiera fuere el proveedor que

se hallare en igual condición. Ello así, por cuanto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros).

XVI) En el hipotético caso en que se corroboren los extremos indicados, corresponderá considerar válidamente aceptados los bienes entregados por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., en reemplazo de los oportunamente ofertados que, a la postre, hubieren sido discontinuados. Máxime, teniendo en consideración que se trató del único oferente en el marco Contratación Directa Nº 41/14 y que las unidades se encuentran actualmente en funcionamiento "a total satisfacción de los usuarios".

XVI) Así se ha sostenido que *" …debe estarse a una solución más justa respecto de los conflictos que puedan presentarse entre 'formas' y 'sustancia'; y resolver la situación del conflicto teniendo en mira los principios y bienes jurídicos protegidos en el proceso licitatorio, privilegiando la 'sustancia' por sobre cualquier rigorismo formal…"* (FARRANDO, Ismael (h). *Contratos administrativos*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 294 y ss.).

XVII) De constatarse el cumplimiento de los requisitos enumerados *ut supra*, el principio de eficiencia –de raigambre constitucional y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01–, compele a la Administración a aprovechar los recursos utilizados en la contratación de marras y aceptar los bienes ofrecidos en reemplazo, circunstancia que –bajo los recaudos delineados– no implicaría una vulneración de los principios de inmodificabilidad de la oferta ni de igualdad, ni perjudica al Estado, sino que lo beneficia al permitir que adquiriera, por el mismo precio, un producto más moderno, máxime tratándose de bienes informáticos, que se caracterizan por su rápida obsolescencia.

XVIII) La aplicación de una multa por mora en la entrega de los bienes presupone un contrato válido.

XIX) A partir de la lectura del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Contratación Directa Nº 41/2014 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD se advierte que el adjudicatario debía entregar los bienes objeto del contrato, dentro de los CINCO (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la Orden de Compra. Siendo ello así, en la medida en que la Orden de Compra Nº 82/2015 fue retirada por la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. el día 25 de agosto de 2015 –de acuerdo a la firma y fecha insertas en el instrumento obrante a fs. 160/161– cabe concluir que el plazo de cumplimiento del contrato expiró el día 1º de septiembre de 2015.

XX) Luego, el correo electrónico a través del cual el proveedor de marras ofreció sustituir el material ofertado data del 7 de octubre de 2015, es decir, más de un mes después de fenecido el plazo contractualmente previsto para la entrega. En consecuencia, si bien no se advierten incorporadas en los presentes actuados constancias que den cuenta de la fecha cierta en que fueron recibidos los equipos que se encuentran actualmente en funcionamiento, no parece dudoso presumir que dicha entrega tuvo lugar encontrándose ampliamente vencido el plazo para ello, en cuyo caso corresponderá la aplicación de la penalidad de multa por mora, con

sujeción a lo establecido en el artículo 126 inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 17 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principios de Inmodificabilidad de la oferta, igualdad y formalismo moderado. Subsanación de deficiencias formales no esenciales.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE ARSENALES del EJÉRCITO ARGENTINO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida con respecto a si la subsanación del error cometido por parte de la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. en oportunidad de completar la planilla de cotización constituía o no un supuesto de modificación de la oferta, en los términos del artículo 53 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Cabe destacar que en el marco de la Licitación Privada Nº 10/2017 –para contratar un "Servicio para desarrollo de software"– la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. cotizó el precio unitario para el servicio de desarrollo de software –siendo la unidad de medida equivalente a UN (1) mes– en la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-), reiterando dicho valor en el casillero correspondiente al importe total por el periodo de DOCE (12).

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 2.178.000,00	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

A raíz de ello, la Comisión Evaluadora intimó al oferente a subsanar dicho error, extremo que fue cumplimentado por la interesada mediante la presentación de una nueva planilla, junto con la siguiente aclaración: *"…La misma se encuentra firmada y aclarada. En la misma se confirma el precio ofrecido total de la oferta, aclarando el desglose mensual. Manteniendo en todo la oferta original.".*

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 181.500,00.-	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros).

VI) Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VII) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros).

VIII) Desde que TAURI SOLUTIONS S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-) y reiteró dicha suma en el casillero correspondiente a precio unitario mensual, cabe colegir que en este caso concreto entender que el total cotizado es el correcto no implica en absoluto la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

IX) Esta Oficina Nacional opina que no corresponde desestimar la oferta presentada por el proveedor TAURI SOLUTIONS S.R.L., en la medida en que en este caso concreto no se produce una modificación del precio ofertado oportunamente, por lo que no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principio de inmodificabilidad de la oferta. Formalismo moderado. Igualdad. Posibilidad de subsanación.

Consulta:

El DEPARTAMENTO CONTRATACIONES CÓNDOR de la FUERZA AÉREA ARGENTINA requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de dilucidar si resulta subsanable la falta de indicación del precio unitario en la oferta presentada por la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. en el marco de la Licitación Publica Nº 1/17 convocada para la contratación del servicio de limpieza para el Edificio "Cóndor" y Anexos.

Más precisamente, se consultó si la falta de indicación del precio unitario -costo del servicio de limpieza por mes- en la oferta presentada por el proveedor SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L constituía una omisión subsanable de acuerdo al Régimen de Contrataciones Públicas vigente, o si, por el contrario, dicha omisión acarrea sin más la desestimación de la propuesta presentada en esas condiciones.

Cabe destacar que la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. había cotizado el precio total del servicio de limpieza por el periodo de CUATRO (4) meses, omitiendo indicar el costo mensual del mismo. Tal como fuera advertido por el servicio jurídico preopinante *"…la firma oferente, dejó de lado el formulario de cotización que forma parte del pliego y en su lugar acompañó un formulario propio con la cotización total para el servicio por los CUATRO (4) meses de prestación, omitiendo indicar el precio unitario para cada uno de esos meses….".*

En efecto, en la cotización presentada por el oferente SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. se individualizó el precio total del servicio de limpieza, pero no se indicó el costo por mes que aquel implicaría, omitiendo de este modo especificar el precio unitario.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira.* Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales

intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VI) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros). Es decir, este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificar la oferta en aspectos esenciales, a la luz de cada caso concreto.

VII) Desde que SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS CINCO MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL NOVECIENTOS TREINTA ($ 5.121.930) cabe colegir que en este caso concreto el total cotizado es el correcto y que no implica en absoluta la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

VIII) La presente postura se sostiene en el entendimiento de que la cotización original no será modificada y que el importe total a pagar por la Administración no ha de sufrir variaciones. Caso contrario, se estaría en presencia de una modificación sustancial y esencial de la oferta cotizada.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 25 de julio de 2017.

Referencias/voces: Subsanación de oferta. Principios de inmodificabilidad de la oferta, promoción de la concurrencia, igualdad y transparencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida respecto de la interpretación que correspondía dar a los requisitos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 8º del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública Nº 30/2016 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD; ello a raíz de la impugnación incoada por parte de la firma FLOOR CLEAN S.A. contra el Dictamen de Evaluación Nº 10/17.

Es dable mencionar que el artículo 8º del pliego en cuestión rezaba: *"…CONTENIDO DE LA OFERTA. DOCUMENTACION PARTICULAR. a) Contrato de Seguro de Accidente de Trabajo (Ley N° 24.557 ART), con el último listado de personal incluido en el mismo, extendido por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, constancias de los últimos pagos* […] *b) Póliza de Seguro de Vida Obligatorio del personal, con el comprobante de pago actualizado."*.

La problemática tuvo su origen en el incumplimiento de éstos requisitos por parte de la firma FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A. al momento de presentar su oferta. Frente a ello, la Comisión Evaluadora decidió intimar al proveedor FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A. a la presentación de la documentación faltante a fin de subsanar dicha omisión, en el entendimiento de que se trataba de una irregularidad subsanable, susceptible de ser encuadrada en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (causales de desestimación subsanables).

Sin embargo, tal como fuera puesto de relieve por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE SEGURIDAD, la documentación posteriormente agregada corroboraría que los pagos correspondientes a la ART y al seguro de vida obligatorio por el período noviembre de 2016 fueron efectuados con posterioridad a la apertura de ofertas.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 52, 53, 55, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas una vez vencido el plazo para presentarlas, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014; b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014, 58/2016).

II) Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. La aplicación razonable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para mantener la competencia entre el mayor número de oferentes durante la etapa de evaluación y lograr modos de selección más eficientes, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014, 58/2016).

III) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presenten las ofertas y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando los principios de transparencia y de igualdad de interesados y oferentes. Tales principios deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014, 58/2016).

IV) Este innegable avance en pos de permitir la subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración, para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta (v.g. el precio, el objeto, la cantidad, la calidad, etc.) luego de vencido el plazo para presentarla ni para mejorarla ni para tomar ventaja respecto de los demás oferentes (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015, 58/2016).

V) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una interpretación armónica.

VI) Particularmente, los principios generales se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares. Ninguno de ellos posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

VII) En ese marco conceptual, las hipótesis de conflicto han de resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

VIII) Al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la eventual subsanación podría dar lugar a especulación por parte del oferente de que se trate –lo cual incidiría negativamente en la transparencia del procedimiento de selección–, o generar una ventaja competitiva en su beneficio o afectar la base de comparación con las demás ofertas, en cuyo caso se vería quebrantado o cuanto menos seriamente comprometido el principio de igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

IX) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con mayor posibilidad de acierto la más conveniente. De tal modo, la posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes.

X) El principio de transparencia aparece como un pilar esencial del régimen establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01. No se agota en la satisfacción de los requisitos de publicidad y difusión del procedimiento, ni en el libre acceso a la información que posibilite el control social a través de la participación ciudadana –todo lo cual es altamente valioso, por cierto, y la Argentina se encuentra obligada a nivel internacional a su cumplimiento–, sino que

presupone también la existencia de reglas claras en los pliegos que sean de cumplimiento efectivo.

XI) La garantía de igualdad, consagrada de modo general por el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos públicos y se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. El respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Así las cosas, los interesados y/u oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

XII) Lo esencial del principio de igualdad radica en la garantía que tienen los administrados para impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7º Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 26). Por su parte, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha dicho que durante toda la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes que, en síntesis, se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminaciones que benefician a unos en perjuicio de otros (v. Dictámenes PTN 249:592).

XIII) De las constancias acompañadas por el proveedor FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A., surge que recién intimado por la Comisión Evaluadora a que presentara la documentación exigida, procedió a efectuar los pagos correspondientes a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) y al seguro de vida obligatorio, lo cual demuestra que al momento de presentar la oferta no contaba con dicha documentación porque no había efectuado los pagos correspondientes.

XIV) Aceptar documentación que refleja la regularización de una requisito del pliego con posterioridad a la presentación de la oferta no solo atenta contra el principio de igualdad sino que desalienta a los proveedores que obraron con la debida diligencia, resultando lesivo incluso a los intereses de quienes pudieron –responsablemente– haberse autoexcluido de participar de la puja, por no contar a la fecha de la apertura de ofertas con los requisitos contemplados en los pliegos.

XV) A título ilustrativo, cabe mencionar que en el marco de Dictamen ONC Nº 412/08 se arribó a una congruente con la que aquí se propicia, al sostenerse: *"....que el organismo contratante podrá solicitar que el oferente que no haya presentado con su oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar la presente luego, en oportunidad de la evaluación de las ofertas, siempre que el mismo acredite que poseía habilidad para contratar también al momento de la cotización correspondiente."* (v. en igual sentido: Dictamen ONC Nº 468/09). En esa misma línea puede citarse el Dictamen ONC Nº 813/2012, donde se sostuvo: *"La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, en tanto, si dicha oferta es un acto jurídico válido, con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden*

modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por tanto, no la alteran…".

XVI) Así también, en el Dictamen ONC Nº 187/2015 se aclaró que: *"Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios* […] *Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia, pudiendo dar lugar, eventualmente, a maniobras de dudosa legitimidad.".*

XVII) Por último, resta mencionar un precedente en el que esta Oficina Nacional, si bien arribó a una conclusión distinta en razón de que se trataba de presupuestos de hechos diferentes a los que aquí se ventilan, puso de resalto –siguiendo una línea coherente con lo dicho hasta aquí–, que: *"…el hecho de que NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya contratado la póliza de seguro de caución de que se trata en la forma correcta y por la suma correspondiente, con anterioridad al acto de apertura, excluye la posibilidad de especulación a que hace alusión su oponente* […] *la aplicación de la teoría del saneamiento permite en este supuesto preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente ni tomar ventaja, en tanto la póliza se encontraba constituida con anterioridad al acto de apertura* […] *A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, '…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…"* (v. Dictamen ONC Nº 36/2016).

XVIII) En razón de las consideraciones vertidas ut supra, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES comparte el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD en el marco del Dictamen Nº IF-2017-11994062-APN-DGAJ#MSG, donde se sostuvo que: *"…corresponde admitir parcialmente la impugnación al dictamen de evaluación efectuada por la firma FLOOR CLEAN S.A. por no acreditarse, conforme se desprende de las constancias agregadas a la causa, que la firma FUMIGACIONES Y LIMPIEZA S.A. haya dado cabal cumplimiento, al momento de presentar su oferta, a los requisitos exigidos por los inciso(s) a) y b) del artículo 8º del PBCP...".*

PRINCIPIO DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA.

DICTAMEN ONC Nº 164/2014.

Fecha de emisión: 5 de mayo de 2014.

Referencias: Aplicación del principio de la ley penal más benigna en penalidades.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a si, a raíz de la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, resultaría jurídicamente procedente la aplicación del principio de la "ley penal más benigna" frente a la imposición de multas por parte de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA a las firmas MACRITEX S.A.; MAGULUF S.R.L. y VICLA S.A., respectivamente, por incurrir en mora en la entrega de bienes adjudicados en el marco de la Licitación Pública Nº 25/2012 del registro de dicha Fuerza.

Es decir, se trataba de dilucidar, concretamente, si el principio de la ley penal más benigna resulta de aplicación frente al establecimiento por parte del organismo contratante de una multa por mora, en tanto se trata en sentido técnico de una penalidad.

Normativa examinada:

- Artículos 12, 23 y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por aplicación del principio de centralización normativa y descentralización operativa, son los organismos contratantes los responsables de llevar adelante la gestión de las contrataciones para la satisfacción de sus necesidades, mientras que corresponden a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES las funciones de interpretación normativa y de organización del sistema, entre otras. El principal fundamento de dicha organización es que los órganos contratantes unifiquen su modalidad de gestión, contribuyendo, de este modo a que se respete la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, no solo dentro de un único procedimiento de selección, sino en forma trasversal, en todo el Sistema de Contrataciones (Conf. Dictamen ONC N° 815/2012).

II) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones. Además, posibilita la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones sin que resulten excluyentes unas de otras.

III) La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma.

IV) A nivel nacional el régimen de penalidades viene legalmente impuesto, con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Es decir, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

V) La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01).

VI) En el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC Nº 1023/01, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 resultan aplicables ciertos principios generales del derecho penal (v. g. el principio de la ley penal más benigna). La unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género *ius puniendi* único del Estado– y las garantías ínsitas en el Estado de derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22).

VII) Encontrándose la penalidad de multa por mora regulada en sucesivos reglamentos ("leyes" en sentido material), lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna es la recepción expresa del mismo en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional, ello al amparo de lo establecido en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

VIII) El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto.

IX) Tanto es así que, incluso quienes sostienen que la potestad sancionatoria contractual de la Administración nace por efecto del acuerdo de voluntades (Arts. 1137 y 1197 del Código Civil) admiten sin cortapisas que tal particularidad no impide que penalidades y sanciones se vean rodeadas de determinadas garantías de raigambre constitucional.

X) Habiendo sido manifestada, a esta altura del análisis, la opinión de esta Oficina Nacional en favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna en materia de multas, se advierte que frente a la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de las firmas MACRITEX S.A., MAGULUF S.R.L. y VICLA S.A. resultaría más beneficioso para dichos proveedores la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, por cuanto prevé un multa ostensiblemente inferior –tanto en términos porcentuales como en lo relativo al cómputo de los

días de mora–, a la contemplada en el artículo 25 del Anexo a la Resolución ME N° 834/00. Ergo, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 resulta ser la "ley más benigna" y por consiguiente, la norma aplicable al presente caso.

XI) En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –traído a colación al comienzo del presente Acápite–, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES no posee facultades para determinar la procedencia ni el monto concreto de las multas a aplicar, por cuanto la ponderación de las circunstancias fácticas de la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores, así como el cómputo de los días de atraso y en su caso la determinación del quantum que en consecuencia corresponda aplicar, son todas cuestiones que conciernen en forma exclusiva y excluyente a los organismos contratantes, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones. Ello, va de suyo, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias que en cada caso resulten de aplicación, en sintonía con las interpretaciones que de las mismas ha efectuado esta Oficina Nacional, en su carácter de Órgano Rector del sistema, sin perjuicio del carácter no vinculante de sus dictámenes.

XII) A los efectos del cómputo de los plazos de la mora en la entrega de los productos, sólo corresponderá aplicar la penalidad por aquel atraso que resulte imputable exclusivamente a cada uno de los proveedores en cuestión, no debiendo computarse, por el contrario, los originados en la conducta del propio organismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-34197906-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de diciembre de 2017.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Inaplicabilidad de multa por mora por prescripción. Aplicación del principio de la ley penal más benigna en penalidades. Declaración de incumplimiento contractual sin penalidad.

Consulta.

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a los efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el MINISTERIO DE DEFENSA dictara un acto administrativo por el cual declarase el incumplimiento contractual imputable a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de la multa por mora ante su prescripción, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Dicho en otros términos, se consultó sobre la factibilidad de dictar un acto administrativo que declarase uno o más incumplimientos contractuales imputables a la firma ASCENSORES SERVAS S.A. –v.g. mora en el cumplimiento de las prestaciones correspondientes al Renglón Nº 1 de la Contratación Directa N° 2/2012–, pero sin aplicación de penalidades, en razón de considerar operada la prescripción para el ejercicio de tal prerrogativa, por aplicación del principio de la ley penal más benigna. Ello, a los fines de que en futuras contrataciones, pueda meritarse tal incumplimiento como un antecedente negativo.

Normativa examinada:

- Artículo 16 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 93 y 97 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº436/00.
- Artículo 25 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00.
- Artículos 68 inciso g) y 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa entonces vigente resultaba clara: el cumplimiento en el plazo y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importaba una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos. Por otra parte, tal como oportunamente lo trajera a colación el servicio jurídico preopinante, esta Oficina Nacional supo decir que: *"…en los casos en que la prórroga no se conceda en forma expresa, o bien no exista pedido de prórroga, y se acepte el cumplimiento extemporáneo del proveedor, esto implicará una aceptación tácita de la Administración a la prórroga, por cuanto de otra forma hubiese correspondido la rescisión contractual y corresponderá en consecuencia la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento"* (v. Dictámenes ONC Nros. 233/2007, 259/2007, 712/2011, 865/2012, entre otros).

II) La evaluación de los incumplimientos que pudieren haberse configurado en el marco de la Contratación Directa N° 2/12 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA es del resorte exclusivo del organismo contratante, pero deberá tenerse presente que resulta incompatible aplicar en forma simultánea, respecto de las mismas prestaciones, la penalidad de multa por mora –lo cual presupone un cumplimiento tardío– y la rescisión contractual por culpa del proveedor, que solo procede frente a escenarios de incumplimiento (entendido básicamente como la falta de entrega del bien, de prestación del servicio o rechazo de las prestaciones por no ajustarse al pliego de bases y condiciones particulares.).

III) La prórroga tácita presupone la aceptación de las prestaciones –aún tardías– por parte de la Administración. De lo contrario, la jurisdicción o entidad contratante debería rescindir el contrato por culpa del proveedor, en forma parcial o total, según el caso, conforme lo indicado en el artículo 97 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

IV) Si frente a una determinada plataforma fáctica procede la multa por mora en la entrega de determinados bienes o en la prestación de determinados servicios, deviene improcedente toda rescisión culpable respecto de esos mismos bienes o servicios y viceversa.

V) No corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar, sino que –en principio– ha de estarse a lo expresado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA, instancia que entendió que si bien ASCENSORES SERVAS S.A. cumplió tardíamente el contrato celebrado con

esa jurisdicción –extremo que implicaría, en puridad, un incumplimiento contractual–, no resulta pasible de ser penalizada con la multa por mora prevista en el artículo 25 del Pliego Único aprobado por Resolución ex ME Nº 834/00 por encontrarse prescripta. Para así opinar, la mentada asesoría letrada tuvo particularmente en cuenta lo regulado en el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, a la luz del Dictamen ONC Nº 164/2014, en el que se concluyó: *"…El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto."*.

VI) Las penalidades importan el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma (tal, el caso paradigmático de las multas coercitivas); además, pueden asumir el carácter de una indemnización tasada, o cláusula penal, v. gr., en el caso de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento de contrato" (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…la multa por retardo tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista y por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones*" (Dictámenes PTN 262:548).

VIII) El principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

IX) Desde esa óptica, no parece dudoso afirmar que como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

X) Atento el plazo transcurrido desde las fechas de recepción de los servicios prestados por el proveedor en cuestión, cabe indagar si prescribió o no la facultad para penalizar el cumplimiento extemporáneo. Ahora bien, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades, en caso de verificarse incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores. De esta manera, corresponde

establecer cuál es la norma que, en forma subsidiaria o analógicamente, debe aplicarse en la especie.

XI) Esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-42841186-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 31 de agosto de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Principio de la ley penal más benigna. Prescripción de las penalidades. Alcances de las opiniones de la ONC. Imposición de intereses.

Antecedentes:

Por Resolución del entonces MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS Nº 1630 del 19 de mayo de 2009 se autorizó un llamado a licitación pública de etapa única nacional con el objeto de adquirir CUATRO (4) helicópteros marca BELL, modelos UH 1H-II Huey II, con destino a la GENDARMERIA NACIONAL.

Mediante Decisión Administrativa Nº 893, del 14 de diciembre de 2010, se aprobó el trámite de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº 26/09 y se adjudicó su objeto a la firma "MODENA HELICOPTEROS S.A.", por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (U$S 15.955.928,00), por ser la única propuesta económica recibida y ajustarse a la solicitado.

Con fecha 30 de diciembre de 2010 se emitió la Orden de Compra Nº 228/10, en favor de la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. Conforme se encontraba establecido en el inciso a) de la Cláusula Nº 31 del pliego de bases y condiciones particulares, el plazo para el cumplimiento del contrato se fijó en DOCE (12) meses, a contar desde la liberación a favor del cocontratante, de la carta de crédito correspondiente, por lo que el vencimiento temporal para la concreción de la provisión operó el 10 de julio de 2012 (en el ínterin fue creado el MINISTERIO DE SEGURIDAD y remitido a esa jurisdicción el expediente, con fecha 12 de abril de 2011).

Con fecha 11 de noviembre de 2015 el entonces titular de la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD envió las actuaciones al archivo y en ese estado permanecieron hasta el requerimiento de desarchivo solicitado por la JEFATURA DE ASESORES de esa cartera, mediante proveído de fecha 30 de mayo de 2016.

El 25 de julio de 2017 –es decir, aproximadamente CINCO (5) años después de operado el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato– la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD elaboró el Informe de Reporte N° 129/17, donde concluyó que en orden a las evidencias recolectadas la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. entregó solo DOS (2) helicópteros de los CUATRO (4) adjudicados e incluso lo hizo en forma extemporánea.

Tal como pudo constatar la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, durante el año 2011 se le pagó al proveedor la totalidad del precio de la contratación sin recibir la contraprestación en bienes por parte del proveedor, en contravención a lo establecido en la Cláusula 33 del pliego de bases y condiciones particulares, donde se estipuló un adelanto del CUARENTA POR CIENTO (40%) del total cotizado y el SESENTA POR CIENTO (60%) restante de cada helicóptero recibido, contra la presentación –entre otra documental– del certificado de recepción definitiva emitido por la GENDARMERÍA NACIONAL. Consecuentemente, el proveedor en cuestión aún adeudaba DOS (2) helicópteros, pese a haber cobrado anticipadamente la totalidad del precio adjudicado.

Como resultado de las gestiones efectuadas por el MINISTERIO DE SEGURIDAD a efectos de proceder al recupero y mitigación del perjuicio fiscal evidenciado, con fecha 7 de agosto de 2017 el apoderado de la firma MODENA HELICOPTEROS S.A. efectuó una propuesta transaccional –en el sentido de que modificaría el tipo de aeronave a ser entregada–, en pos de compensar la parte incumplida del contrato, consistente en la entrega al MINISTERIO DE SEGURIDAD de DOS (2) helicópteros A119 Koala usados, en reemplazo de los DOS (2) helicópteros pendientes de entrega. Posteriormente, la empresa arrimó al organismo propuestas ampliadas y/o superadoras en dos nuevas oportunidades, mediante las presentaciones de los días 26 de febrero y el 11 de abril del corriente, ofreciéndose finalmente TRES (3) helicópteros Koala A 119, más las prestaciones de servicios y entrega de bienes allí detalladas.

Desde el punto de vista técnico, la DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES de GENDARMERIA NACIONAL señaló que el modelo de helicóptero ofrecido en sustitución sería apto para las operaciones aéreas que realiza dicha fuerza federal.

Finalmente, se sometió a consideración del Órgano Rector un proyecto de decisión administrativa mediante el cual se propiciaba ratificar un acuerdo suscripto, con fecha 11 de junio de 2018, entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 12, inciso c), 23 y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 2º del Código Penal.
- Artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.
- Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas es la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma,

lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

II) Más allá del recupero de las sumas adelantadas al proveedor y no aplicadas a la ejecución del contrato, a la luz de lo hasta aquí expuesto y en la medida en que no se vislumbra ninguna eximente de responsabilidad, cabría concluir que la firma MÓDENA HELICOPTEROS S.A. incurrió en incumplimientos que en ese entonces tenían por consecuencia las siguientes penalidades: 1) Rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, por culpa del proveedor, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato; 2) multa por mora, con relación a los DOS (2) helicópteros entregados tardíamente, más la multa del DIEZ POR CIENTO (10%) correspondiente a la rehabilitación tácita del contrato.

III) El principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

IV) El Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto Nº 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

V) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014 en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción. Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino también la rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y la multa por rehabilitación tácita del mismo.

VI) Respecto de la viabilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato –cuyo recupero se propicia–, dicha facultad no surge de la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional. Con lo cual el examen de su viabilidad jurídica exorbita las competencias del Órgano Rector, siendo el análisis de su procedencia del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de las autoridades con facultades decisorias.

VII) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades –que resultan aplicables tanto en el período precontractual como

en el contractual, por cuanto la norma las prevé tanto para los oferentes como para los cocontratantes– y sanciones. En esa inteligencia, el régimen "sancionador" en materia de bienes y servicios se configura con: *"…las penalidades como tipos –infracciones– circunscriptos al marco contractual; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntal (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones)…"* (v. BALBIN, Carlos F., *"Manual de Derecho Administrativo"*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 -596) (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

VIII) La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma. La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01); las mismas exhiben una finalidad claramente punitiva (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

IX) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo y viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por determinados incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes (v. Dictámenes ONC Nº 164/2014 e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

X) Por lo tanto, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al régimen de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM). Téngase presente que el Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus sucesivas reglamentaciones han posibilitado la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones, sin que resulten excluyentes unas de otras (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XI) En el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC Nº 1023/12, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01 resulta aplicable el principio de la ley penal más benigna.

XII) La unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género *ius puniendi* único del Estado– y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22). (v. Dictamen ONC Nº 1023/12 y Dictámenes PTN 244:648, entre otros).

XIII) Dicho pensamiento se incardina en la idea de pertenencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador a un único "ius puniendi" estatal, razón por la cual ambos derechos deben abrevar del derecho público, de modo que la aplicación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador puede hacerse a partir de un cuidadoso examen de cada principio y su inserción en el sistema del derecho público y administrativo, que constituyen el "tamiz" necesario y conveniente para su traspolación.

XIV) Esto implica reconocer la existencia de garantías que si bien han sido tradicionalmente reivindicadas como propias del derecho penal, pertenecen más bien al derecho público en general, en cuanto reguladoras de toda potestad punitiva del Estado.

XV) Desde antaño la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha postulado la equiparación de las sanciones administrativas con las penales, a los fines de la aplicación de las garantías constitucionales (Cfr. CSJN, Miras Guillermo SACIF c/ Administración Nacional de Aduanas, 18/10/1973. Fallos 287:76. En dicho precedente, el Tribunal Cimero sostuvo: *"…si bien en los casos de multas existe un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva. Se trata de un grado de sanción que no difiere en esencia de la clausura del establecimiento, del comiso de mercaderías o de la eliminación de la firma infractora del registro de importadores* (…) *aun cuando es exacto que de la solución del presente caso pueden depender ingresos para el Fisco, que ello no justifica apartarse de los principios básicos que, en materia penal, establece la Constitución…).".* En sintonía con ello, en el ya célebre precedente "Baena", la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sostuvo: *"…es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabos, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas…"* (CIDH, caso "Baena, Ricardo y otros v. Panamá", sentencia del 2/2/2001. Párrafo 106).

XVI) No escapa a esta Oficina que la doctrina vernácula no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica y características atribuibles a penalidades y sanciones. Ello sin mencionar la evolución de los conceptos de delito y de falta, junto con la traslación de conductas de una a otra categoría, dando lugar a que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN sentenciara que: *"La distinción entre delitos y contravenciones y faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos"* (v. Fallos 205:173).

XVII) A nivel conceptual existen distintas posiciones sobre la materia, pero no es este el ámbito para intentar abordarlas a todas, dado que el análisis meramente académico excede el acotado marco de cognición de los dictámenes técnicos. Cuanto menos, existe consenso en que el principio de ultra-actividad o retro-actividad de la ley penal más benigna/favorable para el encausado constituye una de las garantías esenciales del derecho penal moderno (v. artículo 2º del Código Penal) y partiendo de esa base, si bien no fue consagrado en la Constitución histórica, a partir de la reforma constitucional de 1994, la jerarquía constitucional conferida a

determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (por mandato del artículo 75, inciso 22 CN), impone reconocer "status constitucional" al mencionado principio.

XVIII) En cuanto aquí interesa, al menos dos tratados internacionales con jerarquía constitucional receptan explícitamente el principio en cuestión, en los siguientes términos: I) Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*; II) Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"…Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.".*

XIX) Desde el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –por imperio del ya citado artículo 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Ley Suprema– no parece que quede margen posible para predicar la irretroactividad de la "ley penal más benigna" en el ámbito de las sanciones administrativas.

XX) Autorizada doctrina tiene dicho al respecto que: *"…La manda constitucional, que nos llega desde el texto primigenio de 1853, recibe confirmación y expansión en las normas del Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dos de los principales tratados internacionales de Derechos Humanos que la reforma de la Constitución de la Nación Argentina en 1994 ha incorporado a su texto, según lo establece su actual artículo 75, inciso 22. Aludo a tal confirmación y ampliación por cuanto estos dos Tratados prevén explícitamente que* (…) *'Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello'. Sé que los textos se refieren específicamente a las 'condenas' y a los 'delitos', sin embargo, más allá de la inexistencia de distinción ontológica entre delito y falta ya denunciada, entiendo que –así como el concepto de 'penado' existente en el artículo 18 de la Constitución Nacional no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas– del mismo modo tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos citados..."* (GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Págs. 583 y ss.).

XXI) Con mayor énfasis, el citado autor asevera: *"…Así, con base en los preceptos constitucionales y de los tratados internacionales que se han incorporado al texto de esa Ley Suprema, se hace necesario reconocer también en nuestro medio y dentro del marco del principio de legalidad, la existencia de por lo menos cuatro sub-principios esenciales, a saber:* (…) *c) La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o ultra-actividad de la ley más benigna* (…). *En cuanto a la* (…) *aplicación retroactiva o ultra-activa de la ley más benigna, que en el orden jurídico positivo argentino y hasta 1994 sólo resultaba de rango legal (art. 2º del Código Penal), a través del Pacto de San José de Costa Rica y los demás Tratados de Derechos Humanos, se ha incorporado al texto Constitucional, con el carácter de garantía, que también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador* (…) *Ese criterio se reforzó más tarde en la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana 11/90, con motivo de las 'Excepciones al agotamiento de los recursos internos', del 10 de agosto de 1990, en que aclaró que las garantías del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica son exigibles en materias*

vinculadas con la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. Esta expresión de la Comisión Interamericana, interpretación auténtica del Pacto de San José que, como tal, se integra al orden constitucional argentino, con jerarquía supralegal, supone algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que todas las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades. Los argumentos expuestos reclaman un fortísimo replanteo de los principios que han de aplicarse al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, tanto en el orden sustancial como en el procedimental…" (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Op. Cit*. Págs. 589 y ss.).

XXII) En esta línea de pensamiento fue emitido el Dictamen ONC Nº 164/14, oportunidad en la cual este Órgano Rector aclaró que, en puridad, el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte constitucional y como tal no constituye patrimonio exclusivo del derecho penal, concluyendo en que la mentada garantía no sólo resulta de aplicación en el ámbito de las sanciones –en sentido estricto– que aplica el Órgano Rector, sino también en la esfera de las penalidades cuya aplicación compete a las diversas jurisdicciones y entidades contratantes. Se desprende de lo antedicho que lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna tanto en el ámbito de las penalidades como de las sanciones en sentido técnico es la recepción expresa de la mentada garantía tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional y desde dicho vértice, irradia su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico.

XXIII) Siguiendo esa línea de ideas, la interpretación que guíe las decisiones de la Administración no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni de los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22.

XXIV) Habiéndose enrolado de tal modo esta Oficina Nacional en la postura a favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, tanto en materia de penalidades como de sanciones, vale recordar que dicho principio procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXV) Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria (Dictámenes ONC Nros. 1023/2012, 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

XXVI) La nueva norma se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad) y la norma derogada será aplicable para los actos ejecutados durante su vigencia si deviene más favorable (ultraactividad).

XXVII) La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha considerado que, para que la alteración producida en las disposiciones represivas configure un régimen más benigno, es necesario que evidencie un criterio legislativo de "mayor lenidad" (v. CSJN, Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L., 1981, Fallos 303:1548).

XXVIII) Precisar cuál es la ley más benigna requiere un análisis completo y profundo en relación con el caso concreto. No implica simplemente estudiar las variaciones que puedan existir con respecto al monto de la pena sino que debe tenerse en cuenta todo el contenido de las leyes. La regla general en todas las situaciones de sucesión de normas es la aplicación de aquella que, apreciada en su totalidad, resulta más favorable en el caso concreto para el sujeto pasible de sanción. Dicho examen debe concluirse con la elección de una norma que se aplicará íntegramente, no siendo posible tomar las disposiciones más favorables de una y de otra, ya que de ese modo se estaría creando una nueva norma y ello se encuentra vedado

PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, DIFUSIÓN Y TRANSPARENCIA.

DICTAMEN ONC Nº 995/2012.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2012.

Referencias/voces: Requisitos de publicidad y difusión.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 9º y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5º, 13 y 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00.
- Circular 27/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien el punto 7 de la Circular ONC Nº 27/07 prescribe la obligación de difundir por INTERNET distintas etapas del procedimiento –entre las que se encuentran el Cuadro Comparativo de Ofertas y el Dictamen de Evaluación–, no establece al respecto un plazo determinado dentro del cual las jurisdicciones y entidades deban cumplimentar esa difusión.

II) Empero, va de suyo que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por las normas y principios directrices en la materia.

III) El incumplimiento de la obligación de difundir el cuadro comparativo de ofertas y el dictamen de evaluación no encuentra razonable justificación en una presunta imposibilidad de cargar en la aplicación SLU (Sidif Local Unificado) las cotizaciones recibidas en moneda extranjera, ni las sucesivas etapas por el mismo motivo. Ello así, por cuanto a los fines de cumplir con los principios de transparencia, publicidad y difusión de las actuaciones resulta obligatorio

difundir –en tiempo oportuno– por INTERNET en el sitio web de esta Oficina Nacional (www.argentinacompra.gov.ar) las distintas etapas del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el punto 7 de la Circular ONC Nº 27/07.

IV) Para ello, y en forma independiente de las respectivas cargas de datos que se realicen en los sistemas que administra la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, las jurisdicciones y entidades cuentan con el sistema MCC, herramienta informática que administra esta Oficina Nacional. En consecuencia, la carga de las distintas etapas puede ser ejecutada por los agentes de las unidades operativas de contrataciones, en forma autónoma e independiente de la carga del procedimiento de selección de que se trate en el sistema SLU.

V) El incumplimiento de la obligación de difundir el cuadro comparativo de ofertas y del dictamen de evaluación no encuentra razonable justificación en una presunta imposibilidad de cargar las etapas correspondientes en la aplicación SLU (Sidif Local Unificado). Por lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que el organismo licitante deberá proceder a la difusión inmediata del cuadro comparativo de ofertas y del dictamen de evaluación.

VI) La difusión de la convocatoria por INTERNET debió efectuarse en forma simultánea y desde el primer día de publicación en el BOLETIN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, hasta el día de la apertura. En igual sentido, el envío de comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes comerciantes del rubro debieron cursarse durante el lapso de las publicaciones en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Ninguna de ambas circunstancias se han corroborado en autos.

VII) La ley 25.188 de Ética en la Función Pública exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h). En lo que hace al respeto de los mencionados principios, corresponde apuntar que, como bien ha afirmado la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *"…la observancia de los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, no sólo tiende a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés y el orden público, comprometidos en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios".* (CSJN, "Chubut, Provincia del c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario", consid. 7; Fallos 324:4199).

VIII) MARIENHOFF, al referirse a la publicidad, con cita de JÈZE, afirma: *"La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente. Para que la oposición o concurrencia tengan lugar, es menester que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación; si así no fuere, no podrían comparecer haciendo sus ofertas* […] *Con el objeto de que los eventuales interesados adquieran conocimiento del llamado a licitación y puedan acudir formulando sus ofertas, el referido llamado debe hacerse público, ostensible, mediante una adecuada publicación. Esto es lo que se denomina publicidad, que es uno de los principios fundamentales que gobiernan la licitación pública* […] el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la corrección en el

trámite […] Bien se ha dicho, al respecto, que la aplicación del principio de publicidad a la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad" (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Pág. 109-110 y 202).

IX) El principio de publicidad ha sido contemplado, además, por la Ley Nº 24.759, a través de la cual se ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), cuyo artículo III, apartado 5º, exige a los Estados parte adoptar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y para la contratación de servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. Asimismo, es particularmente destacable que el artículo 9º de la ley 26.097, ratificatorio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, impone también la necesidad de dar amplia publicidad oportuna a los procedimientos de contratación, los pliegos, la adjudicación del contrato y su posterior ejecución.

X) En el caso bajo examen no se trató de incumplimientos lisos y llanos, sino de una falta de sincronización en las comunicaciones cursadas a las cámaras empresariales durante el lapso de las publicaciones en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, por un lado, y de una postergación o dilación en el tiempo de la difusión de las restantes etapas del procedimiento, por otro. Empero, habiendo quedado acreditado a lo largo del presente la suficiente publicidad y difusión del llamado a licitación, esta Oficina entiende que las irregularidades advertidas carecen de entidad suficiente para conmover los principios generales de publicidad, difusión, transparencia y promoción de la concurrencia de interesados, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XI) Concluir lo contrario redundaría en perjuicio de uno de los principios rectores de la actividad administrativa previstos en el citado artículo 3º: el principio de eficiencia, de raigambre constitucional (v. Artículo 42, párrafo 2º, CN) y expresamente receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XII) El principio de eficiencia, de raigambre constitucional, el cual exige que la Administración, además de satisfacer el interés público, debe hacerlo de modo eficiente y en tiempo oportuno.

XIII) En cuanto hace a la difusión de las distintas etapas procedimentales en el sitio web de este Órgano Rector, corresponde advertir que la obligación que se encuentra en cabeza de las jurisdicciones y entidades que tienen a su cargo la gestión de las contrataciones, no se agota con la mera remisión de la información correspondiente con la debida antelación. Por el contrario, corresponde además a las unidades operativas de contrataciones la tarea de verificar la efectiva y correcta publicación de las distintas etapas procedimentales en el sitio web de esta Oficina Nacional, así como también acompañar al expediente las constancias documentales que acrediten tal circunstancia. Sólo entonces podrá considerarse debidamente cumplimentado el requisito de publicidad y difusión en cuestión.

DICTAMEN ONC Nº 61/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Publicidad y difusión. Reparticiones en el exterior. Sistema MCC2.

Consulta:

Los actuados ingresaron a la ONC, a efectos de que se indique el curso de acción a seguir ante la manifestada imposibilidad material de dar cumplimiento a la obligación de difundir las distintas etapas de los procedimientos de selección que se realizan en las reparticiones en el extranjero.

A su vez, se consultó sobre la existencia de una herramienta técnica que supere la imposibilidad reseñada y, en ese caso, los requerimientos técnicos que resulten necesarios, a fin de evaluar si las representaciones cuentan con el equipamiento requerido para tal fin.

En la nota de remisión la SUBSECRETARÍA LEGAL, TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO puso de resalto que las CIENTO CINCUENTA Y SIETE (157) representaciones argentinas en el exterior desempeñan funciones de una Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) sin estar constituidas como tales, y llevan a cabo las distintas etapas del procedimiento dentro del marco de la delegación dispuesta por la Resolución del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO Nº 693/12.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Delegado N° 1023/01, en su artículo 3º, prevé los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, encontrándose entre ellos el principio de transparencia en los procedimientos y la publicidad y difusión de las actuaciones.

II) La publicidad de los actos de gobierno es uno de los principios básicos de nuestro sistema republicano y tiene raigambre constitucional. Su esencia democrática permite que el pueblo pueda conocer la actividad que llevan adelante sus representantes en pos del bien común.

III) La publicidad funciona como una vía de control de los actos de gobierno, para garantizar a los administrados el correcto ejercicio de la función pública de quienes han asumido la responsabilidad de desempeñar tal tarea. Recae sobre la Administración pública la obligación de difundir toda aquella información que no tenga carácter secreto o reservado, otorgando transparencia a sus decisiones y a su gestión.

IV) En cumplimiento de las normas que regulan la publicidad y difusión de los procedimientos de contratación, y en especial de los principios de transparencia, publicidad y difusión, las representaciones argentinas en el exterior se encuentran obligadas a publicar y difundir las contrataciones que gestionen en el sitio Web de esta Oficina Nacional.

V) La publicidad y difusión de las contrataciones que gestionen las reparticiones en el exterior podrá efectuarse utilizando el sistema MCC 2, el cual permite la difusión de las etapas

del procedimiento de selección en la página Web de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, sin necesidad de cargar las etapas previamente en el Sistema Local Unificado (SLU). Para ello, cada repartición deberá darse de alta con un número de UOC interna y luego proceder a la instalación del citado sistema.

DICTAMEN ONC Nº 389/2014.

Fecha de emisión: 9 de octubre de 2014.

Referencias: Acuerdo entre Republica de Bulgaria y Republica Argentina para la protección mutua e intercambio de información clasificada. Intercambio de información en procesos licitatorios. Principio de publicidad de los actos de gobierno. Principios generales de los procedimientos; transparencia. Contrataciones secretas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emitiese opinión, en lo que a su competencia específica refiere, con relación al acuerdo que suscribirían la República de Bulgaria y la República Argentina para la protección mutua e intercambio de información clasificada.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 9º, 19 y 25, inciso d) apartado 6º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que a la consulta en particular se refiere, es dable destacar que en el marco de las contrataciones públicas manda en nuestro régimen jurídico el principio fundamental de la publicidad de los actos de gobierno.

II) Existe una única excepción al principio de difusión y publicidad de los actos de gobierno en materia de contrataciones, de uso restrictivo, contemplada en el artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01, el cual dispone: "*CONTRATACION DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:* […] *6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable*.".

III) En virtud de lo expuesto, no existiría en el marco de los procedimientos de selección la posibilidad de intercambiar información confidencial con la República de Bulgaria ya que dicha información deberá ser siempre pública y brindada a los posibles oferentes en un pie de igualdad y transparencia.

DICTAMEN ONC Nº 288/2015.

Fecha de emisión: 19 de noviembre de 2015.

Referencias: Publicidad de la convocatoria. Licitación Pública. Requisitos. Incumplimientos. Diferencia entre la información publicada en los distintos medios de difusión y publicidad. Principio de transparencia. Concurrencia. Igualdad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de si el procedimiento de selección bajo examen –Licitación Pública N° 05/2015 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA– puede o no continuar con su tramitación, no obstante que en las publicaciones del llamado en el Boletín Oficial se consignó un horario para el acto de apertura de ofertas, distinto del previsto tanto en la documentación del procedimiento, como en los restantes medios de difusión de la convocatoria.

Es dable señalar que el acto de apertura de ofertas se encontraba previsto para el día 17 de julio de 2015 a las 09:00 horas. Por su parte, para la presentación de ofertas se estipuló el horario de 08:30 a 13:00 horas en días hábiles, desde la fecha de la convocatoria hasta UNA (1) hora antes de la fijada para la apertura.

El servicio jurídico de la aludida Fuerza señaló lo siguiente: *"Analizadas las actuaciones, de las constancias de autos surge una discrepancia en la publicidad con respecto al horario fijado para la apertura de ofertas.*

Es así que, en el Boletín Oficial, se consigna como horario de apertura las 9:30 y en el PByCP como en la publicación en la página web de la ONC y de las invitaciones a cotizar a las diferentes empresas del rubro se desprende como horario de apertura las 9.00 hs.".

En tal sentido, la consulta efectuada por la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD versa sobre la viabilidad de continuar –o no– con la tramitación de la Licitación Pública N° 05/15 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA, frente a la constatación de las irregularidades acaecidas en ocasión de difundir la convocatoria.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 3, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49 y 62 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De las constancias de autos surge que el llamado fue publicado en el Boletín Oficial por el término de DOS (2) días, iniciando el 22 de junio de 2015, cumpliendo con el mínimo de VEINTE (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura. Sin embargo, de la lectura de los aludidos avisos surge que se difundió como hora del acto de apertura las 09:30hs

(cuando debió decir 9:00 hs.). Dicho error resultó susceptible de repercutir negativamente o bien trasladarse al plazo límite para presentar ofertas, en tanto estaba establecido en UNA (1) hora antes a la apertura de sobres.

II) La convocatoria fue, asimismo, comunicada por correo electrónico de fecha 23 de junio de 2015 a MERCADOS TRANSPARENTES y a la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE). En dicho correo electrónico se consignó como fecha y hora del Acto de Apertura el día 17 de julio de 2015 a las 09:00 hs, omitiéndose la información correspondiente a la fecha y hora límite para la presentación de las ofertas –tampoco se advierte que se hayan remitido archivos adjuntos–.

III) Sin perjuicio de la comunicación a la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE), previamente citada, no es posible soslayar que no surge del presente expediente constancia alguna que sirva para tener por acreditado el envío de comunicaciones a las Cámaras empresariales y/o asociaciones del lugar donde deban prestarse los servicios, para su difusión entre los interesados. Quedan así expuestas diversas irregularidades en la publicidad y difusión del llamado, revistiendo especial trascendencia el error deslizado en las publicaciones en el Boletín Oficial, dada las consecuencias fácticas que del mismo se derivan.

IV) La discordancia entre la fecha y hora del acto de apertura estipulada en el pliego de bases y condiciones particulares (17/07/2015 09:00 horas) y la difundida en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (17/07/2015 09:30 horas) incidió necesariamente en el plazo de vencimiento para la presentación de las ofertas. si bien el acto de apertura fue finalmente celebrado el 17 de julio de 2015 a las 9:00 horas, la constancia anexada al expediente, procurando dar cuenta de la inexistencia de ofertas presentadas con posterioridad al horario límite originario (8:00 horas), de ningún modo asegura que ello haya sido efectivamente así.

V) Primero, porque dicha constancia fue extendida a las 8:05 del 17 de julio de 2015, mientras que el error deslizado en las publicaciones efectuadas en el Boletín Oficial pudieron razonablemente inducir a potenciales interesados, a creer que el horario límite para ofertar se extendía hasta las 8:30 horas de ese día. Segundo, porque de haberse aplicado en la Mesa de Entradas de la jurisdicción contratante lo dispuesto en el artículo 62, segundo párrafo del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, bien podría no haber quedado registros de ofertas que por considerarse “extemporáneas” hayan sido rechazadas o devueltas sin más trámite.

VI) El principio de publicidad de las actuaciones viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del llamado a licitación por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo la correcta tramitación del procedimiento, por lo que se entrelaza la correcta publicidad del procedimiento con los principios de concurrencia y transparencia.

VII) Con el objeto de que los eventuales interesados adquieran conocimiento del llamado a licitación y puedan acudir formulando sus ofertas, el referido llamado debe hacerse público, ostensible, mediante una adecuada publicación. El carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la corrección en el trámite.

VIII) La garantía de igualdad, consagrada de modo general por el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos administrativos y rige desde la preparación de los pliegos, durante la publicación del llamado, en la etapa de recepción y evaluación de las ofertas, al momento de adjudicar y durante la ejecución del contrato hasta su total finalización. Se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Así, los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

IX) En cuanto al principio de concurrencia de los interesados, cabe señalar que tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes. Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar. Asegurar la concurrencia significa promover la mayor afluencia de ofertas, pues sin concurrencia no hay puja ni posibilidad de competir.

X) Dados los antecedentes del presente caso, no es dudoso ni arbitrario colegir que la discordancia entre la hora efectivamente fijada en el pliego de bases y condiciones particulares para el acto de apertura y la hora consignada en la publicación realizada en el Boletín Oficial (09:00 y 09:30 horas respectivamente) resultó en los hechos modificatoria del plazo de vencimiento para la presentación de las ofertas, con una diferencia “insalvable” de media hora.

XI) La certificación emitida por la JEFATURA de la UNIDAD TÉCNICA ADMINISTRATIVA CONTABLE (UTAC) Zona Oeste, de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA da cuenta de que a las 08:05 horas del 17 de julio de 2015 no obraban en el libro de mesa de entradas y salidas de la Oficina de Personal de la Jefatura de Zona, antecedentes de recepciones de piezas relacionadas con la Licitación Pública N° 05/15. Sin embargo, dicha constancia no hace referencia alguna a la franja horaria que abarca el lapso comprendido entre las 08:06 y las 08:30 hs.; podría eventualmente acreditar que hasta las 08:05 horas del 17 de julio de 2015 no ingresó vía Mesa de Entradas y Salidas ninguna oferta, más de ninguna manera da cuenta de lo sucedido con posterioridad a ese horario hasta las 8:30 hs.

XII) Desde esta perspectiva, cualquier interesado que hubiere accedido a la convocatoria a través del Boletín Oficial pudo haber concurrido legítimamente a presentar su oferta entre las 8:06 hasta las 8:30 horas del 17 de julio del corriente –extremo que no puede descartarse con la aludida constancia, ni con ninguna otra pieza obrante en autos–.

XIII) Desde otro vértice, este Órgano Rector ha podido observar también que en las invitaciones cursadas el organismo contratante omitió indicar la fecha y hora para la presentación de las ofertas, mientras que no obran constancias tendientes a acreditar que se hayan cursado comunicaciones a las Cámaras empresariales y/o asociaciones del lugar donde deban prestarse los servicios, en procura de difundir la convocatoria entre los interesados.

XIV) En el caso sometido a consulta no se ha cumplido, en debida forma, con los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria, vulnerándose, en consecuencia, los principios generales de publicidad, difusión, igualdad y transparencia, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Consecuentemente, a criterio de este Órgano

Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 4/2016.

Fecha de emisión: 13 de enero de 2016.

Referencias/voces: Publicidad de la convocatoria. No simultaneidad entre los distintos medios de publicidad y difusión. Revocación del procedimiento. Principios generales.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en torno a si el procedimiento de selección bajo examen –Licitación Pública N° 1/2015 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA– podía o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta las irregularidades en la etapa de publicidad y difusión de la convocatoria, advertidas por los servicios jurídicos preopinantes.

En ese sentido, cabe destacar que partir de la compulsa de los actuados pudieron verificarse los siguientes extremos vinculados a la publicidad y difusión de la Licitación Pública Nº 1/2015 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA: 1) El llamado a licitación fue publicado por DOS (2) días en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial de la República Argentina), iniciando el día lunes 27 de abril de 2015 y culminando el día martes 28 de abril de 2015. De lo expuesto se desprende que entre el día hábil inmediato siguiente al de la última publicación y el día corrido inmediato anterior al acto de apertura de ofertas transcurrieron VEINTINUEVE (29) días corridos, cumpliendo holgadamente con el plazo de antelación exigido por la normativa aplicable; 2) La aludida convocatoria fue difundida en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (www.argentinacompra.gov.ar) desde el 28 de abril de 2015, es decir, un día después al día en que comenzó la publicidad por el medio específico (Boletín Oficial de la República Argentina); 3) El día 8 de mayo de 2015 se cursaron invitaciones a CINCO (5) proveedores del ramo, conforme el siguiente detalle: 1) ANDREO, JORGE; 2) FRATE, ROBERTO ANIBAL; 3) BLANCO, JOSE ENRIQUE; 4) BENITEZ, STELLA MARIS; 5) ALESSO VILARINO, LILIANA ALEJANDRA. Por consiguiente, cabe concluir que las invitaciones a participar de la Licitación Pública N° 1/2015 fueron cursadas fuera del plazo previsto en la normativa vigente; 4) El día 12 de mayo de 2015 se cursaron comunicaciones por correo electrónico al CENTRO DE INFORMACIÓN DE LICITACIONES PARA PROVEEDORES DEL ESTADO (C.I.L.P.P.E.) (licitaciones.clippel@gmail.com), UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE) (uape@uape.org.ar) y a MERCADOS TRANSPARENTES (info@mercadostransparentes.com). Así las cosas, también deben reputarse extemporáneas. Es decir, el envío de las invitaciones a CINCO (5) proveedores del rubro y de las comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes efectuado con posterioridad al término de publicación de la convocatoria en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno, contravino lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12; 5) Con fecha 19 de mayo de 2015 fueron presentadas solicitudes de difusión de la convocatoria en la radio LRA 24 RADIO NACIONAL RÍO GRANDE y en el canal de televisión Lu88 Tv Canal 13. No es posible soslayar que del expediente no surgen constancias que certifiquen la efectiva publicidad del llamado por los aludidos medios; 6)

Finalmente, el día 20 de mayo de 2015 la convocatoria correspondiente a la licitación de marras fue publicada en el diario "EL SUREÑO".

Normativa examinada:

- Artículos 9º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49 y 55 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, es procedente señalar que este viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del procedimiento de selección por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo su correcta tramitación, por lo que la publicidad del procedimiento se entrelaza con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad. No resulta ocioso reiterar que el Decreto Delegado Nº 1023/01 contiene diversas disposiciones relativas al principio de publicidad. Por ejemplo, el artículo 3º, inciso d) enuncia a la publicidad y difusión de las actuaciones como un principio general en la gestión de las contrataciones públicas; el artículo 9º prevé el desarrollo de las contrataciones en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará, entre otros factores, en la publicidad y difusión de las actuaciones, etc. En sentido concordante, la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188 exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

II) La doctrina clásica tiene dicho desde siempre que las reglas de publicidad y difusión deben ser escrupulosamente cumplidas, respetando fielmente lo que dispongan las normas respectivas (Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 215 y 217). A lo que cabe agregar que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por la normativa.

III) En efecto, una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y ha concretado en el pliego de bases y condiciones particulares las características de la contratación a realizar, debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir, de los potenciales oferentes. Esto es lo que determina la publicidad de la licitación, que se concreta en el "llamado a licitación". En esta línea de pensamiento, se ha sostenido lo siguiente*: "El primer aspecto a analizar en relación con este principio se vincula con la debida difusión que debe tener la convocatoria a un procedimiento de selección, a fin de permitir que los posibles interesados tengan conocimiento de su apertura y las reglas que regirán el llamado. Como bien se ha señalado, de la publicidad del llamado dependerá que la licitación sea realmente pública* […] *Publicar el llamado en tiempo y forma y con la antelación suficiente tiene por fin no sólo la adecuada y razonable difusión, sino dar certeza jurídica sobre el cumplimiento del principio de publicidad, esencial para la validez del contrato…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 93).

IV) Por su parte, Comadira supo decir que: *"…el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la corrección en el trámite* […] *Bien se ha dicho, al respecto, que la aplicación del principio de publicidad a la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad"* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 109 y 110).

V) Desde otro vértice, sobre el principio de igualdad se ha expresado: *"La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad* […] *Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de igualdad, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público."* (MARIENHOFF, Miguel. *Op. Cit.* Pág. 204).

VI) El principio de igualdad se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección.

VII) Por último, las exigencias de publicidad y difusión se entrelazan con el principio de concurrencia de los interesados, el cual que tiene por objeto lograr que: *"…al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida. Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó. Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia; porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del cocontratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa."* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *Op. Cit*. Págs. 97-100).

VIII) En razón de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional entiende que las irregularidades advertidas revisten entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– el principio de publicidad y difusión, el que debe asegurarse difundiendo en tiempo y forma los datos de la convocatoria a través de cada uno de los medios previstos por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IX) La difusión de la convocatoria por internet en el portal "ARGENTINA COMPRA" debió efectuarse en forma simultánea y desde el primer día de publicación en el Boletín Oficial, hasta el día del acto de apertura. En igual sentido, el envío de las invitaciones a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro y de las comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes y/o comerciantes debieron cursarse "…*durante el término de publicación de la convocatoria en el órgano oficial de publicación de los órganos de gobierno*". Ninguna de ambas exigencias normativas fueron correctamente cumplimentadas en autos.

X) En efecto, no se difundió el llamado en el portal de internet "ARGENTINA COMPRA" desde el día en que comenzó a darse publicidad en el Boletín Oficial (27 de abril de 2015), sino desde la segunda publicación en el medio específico (28 de abril de 2015); luego, las publicaciones en el Boletín Oficial de la República Argentina tuvieron lugar los días 27 y 28 de abril de 2015, mientras que las invitaciones a los proveedores y las comunicaciones a las asociaciones fueron cursadas los días 8 y 12 de mayo de 2015 respectivamente. Por tal motivo, resultan evidentes los defectos en la sustanciación de la etapa de difusión previa de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 1/2015 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA.

XI) Va de suyo que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por las normas y principios directrices en la materia. Dicho de otro modo, para que los medios de difusión dispuestos en la reglamentación cumplan con la finalidad para la cual han sido previstos, deben ser efectivizados en tiempo y forma, garantizando de ese modo –entre otras cuestiones– que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación en idénticas condiciones.

XII) Resta señalar que, si bien la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA optó por difundir la convocatoria a través de medios no obligatorios, como lo son la radio LRA 24 RADIO NACIONAL RÍO GRANDE y el canal de televisión Lu88 Tv Canal 13, no es posible soslayar que del expediente no surgen constancias que certifiquen la efectiva publicidad del llamado por los aludidos medios. Y aun cuando la convocatoria del procedimiento licitatorio que nos ocupa se hubiese difundido por radio y televisión, a juzgar por la fecha en que fueron presentadas las respectivas solicitudes (19 de mayo de 2015), forzoso es concluir en que los interesados en cotizar que se hayan anoticiado a través de tales medios, contaban con una exigua cantidad de tiempo –en comparación con el plazo mínimo de antelación que exige el Reglamento– para preparar y presentar sus respectivas ofertas, circunstancia que afecta el principio de igualdad entre potenciales interesados.

XIII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de los principios y normas reseñadas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco de la Licitación Pública N° 1/2015 del registro de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA no se ha cumplido, en tiempo y forma, con los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria, vulnerándose, en consecuencia, los principios generales de publicidad, concurrencia e igualdad, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Consecuentemente, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074579-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Medios de Notificación. Notificación fehaciente. Notificación válida. Uso de carta certificada con aviso de retorno.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre la validez de las invitaciones cursadas a distintas firmas del rubro con el propósito de convocar a las mismas a participar en la contratación de marras.

En tal sentido, se consultó si el medio de notificación empleado –carta certificada con aviso de retorno podía considerarse fehaciente y, en consecuencia, si respondía o no a lo estipulado en el Capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 50, 55, 56 y 57 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La notificación es el acto a través del cual se comunican a los interesados las distintas resoluciones y medidas que se adoptan, ya sea en un procedimiento administrativo general o bien en el marco de un procedimiento de selección del cocontratante estatal y que puedan afectar derechos o intereses de las partes o de terceros (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo-Perrot. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 725 y ss.).

II) El Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 así como también Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14 establecen que las notificaciones que se realicen –entre la jurisdicción y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes– por cualquiera de los medios previstos en el artículo 56 del citado reglamento, serán válidas.

III) Al respecto, este Órgano Rector tuvo oportunidad de señalar en diversas intervenciones que: *"…el nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991). La nueva legislación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que el organismo podrá optar por alguno de los medios allí previstos, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos…"* (Conf. Dictámenes ONC N° 83/2013 y ONC N° 20/2016). De esta forma se procura revalorizar el principio de eficiencia receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y los principios de celeridad, economía, y sencillez previstos en el artículo 1º punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

IV) En el caso traído a análisis, el organismo contratante optó por cursar las invitaciones a las distintas firmas del rubro para participar del procedimiento de selección a través de cartas certificadas con aviso de retorno, obrando en el expediente los "tickets de envío" y los acuses de recibo correspondiente a las misivas oportunamente diligenciadas.

V) La jurisdicción de origen escogió uno de los medios válidos de notificación previstos por el artículo 56 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

VI) En virtud de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que son válidas las notificaciones realizadas mediante carta certificada con aviso de retorno en virtud de que la modalidad empleada resulta una de las previsiones estipuladas en el inciso e) del artículo 56 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo facultad del organismo contratante la elección del medio de notificación que considere más conveniente para cada caso en particular.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02153248-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Principios de publicidad y difusión. Licitación Pública. Publicación de convocatoria en órgano oficial de publicidad por UN (1) día. Omisión de requisitos mínimos. Causa de revocación del procedimiento por razones de ilegitimidad.

Antecedentes.

El llamado a Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL fue publicado por UN (1) día en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial de la República Argentina), el día lunes 6 de octubre de 2015. No se cumplió con el requisito establecido en la normativa, ya que tanto el artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 como el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 exigían que la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas y en los concursos públicos debía efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de DOS (2) días, con un mínimo de VEINTE (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en torno a si la Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podía o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta la omisión del requisito de publicidad de la convocatoria por el término de dos (2) días en el Boletín Oficial exigido por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 9º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

- Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, es procedente señalar que este viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del procedimiento de selección por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo su correcta tramitación, por lo que la publicidad del procedimiento se entrelaza con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad.

II) El Decreto Delegado Nº 1023/01 contiene diversas disposiciones relativas al principio de publicidad. Ello así, el artículo 3º, inciso d) enuncia a la publicidad y difusión de las actuaciones como un principio general en la gestión de las contrataciones públicas; por su parte el artículo 9º prevé el desarrollo de las contrataciones en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará, entre otros factores, en la publicidad y difusión de las actuaciones, etc. En sentido concordante, la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188 exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

III) La doctrina clásica tiene dicho desde siempre que las reglas de publicidad y difusión deben ser escrupulosamente cumplidas, respetando fielmente lo que dispongan las normas respectivas (Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 215 y 217).

IV) Una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y ha concretado en el pliego de bases y condiciones particulares las características de la contratación a realizar, debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir, de los potenciales oferentes. Esto es lo que determina la publicidad de la licitación, que se concreta en el "llamado a licitación".

V) En esta línea de pensamiento, se ha sostenido lo siguiente: *"El primer aspecto a analizar en relación con este principio se vincula con la debida difusión que debe tener la convocatoria a un procedimiento de selección, a fin de permitir que los posibles interesados tengan conocimiento de su apertura y las reglas que regirán el llamado. Como bien se ha señalado, de la publicidad del llamado dependerá que la licitación sea realmente pública […] Publicar el llamado en tiempo y forma y con la antelación suficiente tiene por fin no sólo la adecuada y razonable difusión, sino dar certeza jurídica sobre el cumplimiento del principio de publicidad, esencial para la validez del contrato…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 93). Por su parte, Comadira supo decir que: *"…el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la corrección en el trámite* […] *Bien se ha dicho, al respecto, que la aplicación del principio de publicidad a la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad"* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 109 y 110).

VI) Desde otro vértice, sobre el principio de igualdad se ha expresado: *"La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad* […] *Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de igualdad, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público."* (MARIENHOFF, Miguel. *Op. Cit*. Pág. 204).

VII) Por último, las exigencias de publicidad y difusión se entrelazan con el principio de concurrencia de los interesados, el cual que tiene por objeto lograr que: *"…al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida. Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó. Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia; porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del cocontratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa."* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *Op. Cit*. Págs. 97-100).

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida reviste entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– el principio de publicidad y difusión, el que debe asegurarse difundiendo en tiempo y forma los datos de la convocatoria a través de cada uno de los medios previstos por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Es decir, la publicidad de la convocatoria a presentar ofertas en las Licitación Pública N° 67/14 debió efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de DOS (2) días, en cambio, fue publicado durante UN (1) solo día.

IX) Va de suyo que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en la debida forma y cumpliendo acabadamente con los plazos establecidos, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por las normas y principios directrices en la materia. Dicho de otro modo, para que los medios de difusión dispuestos en la reglamentación cumplan con la finalidad para la cual han sido previstos, deben ser efectivizados en tiempo y forma, garantizando de ese modo –entre otras cuestiones– que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación en idénticas condiciones.

X) Resta señalar que, si bien el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL manifiesta que ha dado difusión y publicidad a la convocatoria a través de medios no previstos en la normativa vigente, como lo son la cartelera del organismo, el sitio web del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y el diario "Ámbito Financiero", cabe señalar que los mismos no pueden, en modo alguno, ser considerados como supletorios ni de la publicación del aviso de convocatoria en el Boletín Oficial de la República Argentina por DOS (2) días, ni de ninguno de los otros medios obligatorios que establece el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, a los cuales debe darse estricto cumplimiento bajo apercibimiento de lo establecido en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

XI) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de los principios y normas reseñadas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco de la Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no se ha cumplido, en tiempo y forma, con la totalidad de los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria, vulnerándose, en consecuencia, los principios generales de publicidad, concurrencia e igualdad, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Consecuentemente, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04540789-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Circulares. Procedimiento excepcional de difusión.

Antecedentes

En el marco de la Licitación Privada Nº 23/15 del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se emitió la Circular Modificatoria Nº 1/16, con el objeto de modificar la descripción del Renglón Nº 1 del pliego de Bases y condiciones particulares.

Respecto de la aludida circular modificatoria, se encontraban corroborados los siguientes extremos: I. Constancia de difusión en la cartelera del organismo contratante; II. Constancias que daban cuenta de la difusión de la Circular Modificatoria Nº 1 en el sitio de internet del organismo contratante desde el 17 de marzo de 2016; III. Constancias de publicación en Boletín Oficial, por el término de UN (1) días, comenzando y finalizando el día 17 de marzo de 2016; IV. Constancias que daban cuenta de la difusión de la Circular Modificatoria Nº 1 en el sitio de internet de la ONC, desde el 17 de marzo de 2016; V. Comunicaciones cursadas el día 17 de marzo de 2016 a los proveedores invitados y a presuntos interesados por haber retirado y/o descargado el pliego; VI. Comunicaciones cursadas a la UAPE el día 17 de marzo de 2016; VII. Comunicación cursada a la CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO, con fecha 17 de marzo de 2016.

La fecha de apertura de la Licitación Privada Nº 23/15 se llevó a cabo el día 18 de marzo de 2016.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida en torno al cumplimiento de las normas y principios generales sobre publicidad, difusión y transparencia, respecto de la circular emitida en el marco de la Licitación Privada Nº 23/15 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 50 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

- Disposición ONC Nº 64/14.
- Disposición ONC Nº 79/14.
- Comunicación General ONC Nº 14/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo concerniente a los requisitos de la Circular Modificatoria resulta pertinente, en primer lugar, manifestar que si bien se encontraba habilitado el "Procedimiento excepcional de difusión", para las circulares, en tanto se trata de una de las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 64/14, modificada por su similar Nº 79/14, en la medida en que en el presente caso se encuentra acreditado que las circulares mencionadas fueron difundidas en el sitio de internet de este Órgano Rector, la sujeción a las exigencias de los aludidos medios excepcionales carece de razón de ser o, en todo caso, pierde relevancia.

II) De la compulsa de las presentes actuaciones se desprende que la fecha de apertura de la Licitación Privada Nº 23/15 se llevó a cabo el día 18 de marzo de 2016. A su vez, la Circular Modificatoria Nº 1/16 fue objeto de publicidad y difusión –por los medios previamente citados– el día 17 de marzo de 2016. De ello, se desprende el incumplimiento del plazo mínimo de SIETE (7) días corridos de antelación previsto en el artículo 50 del Reglamento y aplicable por la remisión efectuada en el artículo 61 del mismo.

III) Asimismo, resulta pertinente señalar que han podido advertirse otras inconsistencias y/o deficiencias de menor entidad, las que se detallan a continuación: 1) Las constancias de difusión en cartelera no indican fecha; 2) La Circular Modificatoria Nº 1/16 se encuentra sin fecha de emisión.

IV) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, es procedente señalar que este viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del procedimiento de selección por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo su correcta tramitación, por lo que la publicidad del procedimiento se entrelaza con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad. El Decreto Delegado Nº 1023/01 contiene diversas disposiciones relativas al principio de publicidad. Por ejemplo, el artículo 3º, inciso d) enuncia a la publicidad y difusión de las actuaciones como un principio general en la gestión de las contrataciones públicas; el artículo 9º prevé el desarrollo de las contrataciones en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará, entre otros factores, en la publicidad y difusión de las actuaciones, etc.

V) En sentido concordante, la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188 exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

VI) La doctrina clásica tiene dicho desde siempre que las reglas de publicidad y difusión deben ser escrupulosamente cumplidas, respetando fielmente lo que dispongan las normas respectivas (Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 215 y 217). A lo que cabe

agregar que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por la normativa.

VII) Una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y ha concretado en el pliego de bases y condiciones particulares las características de la contratación a realizar, debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir, de los potenciales oferentes. Esto es lo que determina la publicidad de la licitación, que se concreta en el "llamado a licitación".

VIII) En esta línea de pensamiento, se ha sostenido lo siguiente: *"El primer aspecto a analizar en relación con este principio se vincula con la debida difusión que debe tener la convocatoria a un procedimiento de selección, a fin de permitir que los posibles interesados tengan conocimiento de su apertura y las reglas que regirán el llamado. Como bien se ha señalado, de la publicidad del llamado dependerá que la licitación sea realmente pública* […] *Publicar el llamado en tiempo y forma y con la antelación suficiente tiene por fin no sólo la adecuada y razonable difusión, sino dar certeza jurídica sobre el cumplimiento del principio de publicidad, esencial para la validez del contrato…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 93).

IX) Las exigencias de publicidad y difusión se entrelazan con el principio de concurrencia de los interesados.

X) Esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida reviste entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– el principio de publicidad y difusión, el que debe asegurarse difundiendo en tiempo y forma los datos de la Circular Modificatoria Nº 1/16 de conformidad con los artículos 50 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Es decir, que la difusión de la Circular Modificatoria Nº 1/16 debió realizarse con el plazo de antelación mínimo de SIETE (7) días, a la fecha de apertura prevista para el día 18 de marzo de 2016 o en su defecto, debió emitirse una nueva Circular mediante la cual se prorrogara la fecha de apertura, ello a fin de garantizar el plazo mínimo de días corridos de antelación que dispone la norma requeridos por el artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

XI) A criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00035668-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 2 de enero de 2017.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Circulares modificatorias.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL informó la necesidad de modificar el Formulario de Cotización (Anexo 4) del pliego de bases y condiciones particulares de dos procedimientos (Licitación Pública N° 28/2016 cuyo objeto era la

"Adquisición de elementos de electricidad" y Licitación Pública N° 23/2016 cuyo objeto era la "Contratación de un Servicio de extracción de tanques subterráneos de almacenamiento de hidrocarburos".

En virtud de ello, teniendo en cuenta la dificultad que implicaba publicar el contenido del Anexo 4 en los distintos medios de difusión, se solicitó al Órgano Rector se expida respecto a si la publicación de una Circular que informara la modificación del referido Anexo, resultaba suficiente a los fines de tener por cumplido el requisito de comunicación a los interesados.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 47 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Ambos regímenes –Decretos Nros. 893/12 y 1030/16– establecen que la difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria deberá efectuarse por los mismos medios que el llamado original, con la única diferencia que el nuevo Reglamento agrega expresamente el requisito temporal de hacerlo por UN (1) día.

II) Es importante tener presente los mecanismos puestos en práctica para efectuar la difusión, publicación y comunicación del llamado original, a los fines de determinar la forma en que debe realizarse la difusión, publicación y comunicación de las circulares modificatorias.

III) Esta Oficina Nacional entiende que frente a la imposibilidad de difundir la modificación del Formulario de Cotización en cualquiera de los medios utilizados por el organismo, por tratarse de un extenso contenido, el requisito de difusión, publicación y comunicación previsto tanto en el anterior como en el actual Régimen, resulta satisfecho con la difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria en los mismos medios que el llamado original.

IV) Arribar a una solución distinta, sería imponer un requisito para la difusión, publicación y comunicación de las Circulares Modificatorias que para el llamado original no se exige, así por ejemplo, la publicación en el Boletín Oficial de una licitación pública no prevé la publicación del pliego, justamente por su extensión, motivo por el cual al momento de efectuarse una Circular Modificatoria bastará con la publicación de la misma, sin necesidad de publicar todo el contenido objeto de modificación.

V) No obstante ello, a fin de resguardar los principios generales de publicidad, difusión y transparencia, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01, se recomienda al momento de publicar la Circular Modificatoria en los distintos medios de difusión, indicar la página de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES como sitio de consulta de las respectivas modificaciones efectuadas al pliego.

VI) En virtud de las consideraciones vertidas, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que a los fines de cumplir con la publicidad y difusión de la modificación del Formulario de Cotización, resulta suficiente la publicación de las respectivas Circulares Modificatorias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-16335884-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de agosto de 2017.

Referencias/voces: Publicidad y difusión. Revocación del procedimiento.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida en torno al cumplimiento de las normas y principios generales sobre publicidad y difusión, respecto de la etapa de "convocatoria", correspondiente a la Licitación Privada N° 17/2016 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL (SPF).

Cabe destacar que la convocatoria a presentar ofertas en la Licitación Privada N° 17/16 no fue difundida en el sitio de Internet de esta Oficina Nacional (www.argentinacompra.gov.ar).

Normativa examinada:

- Artículos 3, 9, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 50, 55 y 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 2º inciso h) de la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Tratándose de una licitación privada, deben cumplimentarse las exigencias de publicidad y difusión que a continuación se enumeran, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales establecidos en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01. A saber: 1. Medios de difusión: 1.1. Envío de invitaciones a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro que se hallaren inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Cuando ello no fuere posible, el organismo contratante podrá extender la convocatoria a otros interesados que no se hallen inscriptos en el aludido sistema. 1.2. Difusión en el sitio de Internet de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES desde el día en que se cursen las invitaciones. A tal fin la información referente a la convocatoria debe remitirse al Órgano Rector con DOS (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los pliegos de bases y condiciones particulares. 1.3. Exhibición de la convocatoria en la cartelera del organismo. 2. Plazo mínimo de antelación exigido: SIETE (7) días corridos, computable conforme las previsiones de los incisos a) y b) del artículo 55 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

II) De la compulsa de las presentes actuaciones se desprende, indudablemente, que la convocatoria a presentar ofertas en la Licitación Privada N° 17/16, no fue difundida en el sitio de Internet de esta Oficina Nacional (www.argentinacompra.gov.ar). En efecto, la convocatoria

nunca fue difundida en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES configurándose, en consecuencia, un incumplimiento a lo dispuesto tanto en el artículo el artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 como en el artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) El hecho de haber realizado dicha publicación y difusión de la convocatoria a través de medios alternativos, que no resultan obligatorios para tal fin, en modo alguno, libera a la jurisdicción contratante de efectuar la publicidad y difusión del llamado a presentar ofertas en la licitación privada que se trata, a través de los medios obligatorios. Dicho en otros términos, el hecho de que el organismo contratante haya realizado la difusión del llamado a presentar ofertas en la Licitación Privada N° 17/16 por otros medios optativos; no subsana –en modo alguno– el haber incumplido con dicha difusión por uno de los medios obligatorios habilitados por la normativa vigente.

IV) Asimismo, resulta pertinente señalar que han podido advertirse otras inconsistencias y/o deficiencias de menor entidad, las que se detallan a continuación: 1) No consta la fecha de difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Privada Nº 17/2016 en la cartelera del organismo contratante; 2) Las constancias de difusión de la convocatoria en la página institucional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no indican fecha de publicación.

V) El principio de publicidad de las actuaciones viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del procedimiento de selección por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo su correcta tramitación, por lo que la publicidad del procedimiento se entrelaza con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad.

VI) El artículo 3º, inciso d) del Decreto Delegado Nº 1023/01 enuncia a la publicidad y difusión de las actuaciones como un principio general en la gestión de las contrataciones públicas; el artículo 9º prevé el desarrollo de las contrataciones en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará, entre otros factores, en la publicidad y difusión de las actuaciones, etc. En sentido concordante, la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188 exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, “Deberes y pautas de comportamiento ético”, artículo 2º, inciso h).

VII) La doctrina clásica tiene dicho desde siempre que las reglas de publicidad y difusión deben ser escrupulosamente cumplidas, respetando fielmente lo que dispongan las normas respectivas (Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 215 y 217). A lo que cabe agregar que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por la normativa.

VIII) Una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y ha concretado en el pliego de bases y condiciones particulares las características de la contratación a realizar, debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir, de los potenciales oferentes. Esto es lo que determina la publicidad de la licitación, que se concreta en el “llamado a licitación”. En esta línea de pensamiento, se ha sostenido lo siguiente: *“El primer aspecto a analizar en relación con este principio se vincula con la debida difusión que debe tener*

la convocatoria a un procedimiento de selección, a fin de permitir que los posibles interesados tengan conocimiento de su apertura y las reglas que regirán el llamado […] *Publicar el llamado en tiempo y forma y con la antelación suficiente tiene por fin no sólo la adecuada y razonable difusión, sino dar certeza jurídica sobre el cumplimiento del principio de publicidad, esencial para la validez del contrato…"* (REJTMAN FARAH, Mario. *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 93).

IX) Esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida reviste entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– el principio de publicidad y difusión, el que debió asegurarse difundiendo en tiempo, forma y por los medios obligatorios previstos para tal fin, los datos de la convocatoria a presentar ofertas en la Licitación Pública N° 17/16 de conformidad con el artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

X) No se han cumplido, en tiempo y forma, la totalidad de requisitos mínimos de publicidad y difusión exigibles respecto de la convocatoria a presentar ofertas. Consecuentemente, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01. Consecuentemente, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-16944776-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2018.

Referencias/voces: Requisitos de publicidad y difusión. Circulares. Publicidad de Circulares. Revocación del procedimiento.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en torno a si el procedimiento de selección bajo examen –Licitación Pública Nº 6/2017 del registro de la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACIÓN de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA– podía o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta la irregularidad en la etapa de publicidad y difusión de la Circular de Suspensión Nº 1 de fecha 18 de enero de 2018.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 40 y 50 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.
- Artículo 21 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En relación a la publicidad y difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública Nº 6/17 se encuentra acreditado que, si bien se respetó el plazo mínimo de antelación

de VEINTE (20) días corridos –en tanto se trata de un procedimiento sustanciado en soporte papel, no electrónico–, no se ha cumplido con la exigencia de simultaneidad, exigida por la normativa. Se verifica así la inconsistencia que se detalla a continuación: La difusión de la convocatoria en el sitio de internet de esta Oficina Nacional fue realizada el día 26 de diciembre de 2017, esto es, con anterioridad al día en que se comenzó a dar publicidad en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno.

II) En segundo lugar, respecto de la publicidad y difusión de la Circular de Suspensión Nº 1/2018, emitida en el marco de la Licitación Pública Nº 06/2017 con fecha 18 de enero de 2018, se encuentra corroborado que se ha omitido la publicación de la Circular de Suspensión Nº 1/18 en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA).

III) La fecha originaria para la presentación de ofertas fue fijada para el día 8 de febrero de 2018 a las 10:30. Forzoso es concluir, en consecuencia, que el plazo de antelación previsto en la norma para la publicación, difusión y comunicación de la aludida circular, se encuentra actualmente vencido.

IV) La firma, difusión, publicación y comunicación de la Circular Modificatoria Nº 1 debió haberse realizado, como muy tarde UN (1) día antes de dicha fecha, siendo jurídicamente inviable pretender emitirla y difundirla cuando el mínimo plazo de antelación normativamente previsto para ello se encuentra ampliamente vencido.

V) Esta Oficina Nacional entiende que las irregularidades advertidas –analizadas conjuntamente– revisten entidad suficiente como para afectar los principios de publicidad, difusión y transparencia, que informan las contrataciones públicas. En razón de esto último, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 27 de septiembre de 2018.

Referencias/voces: Principios de publicidad y difusión de la convocatoria – Requisitos mínimos - Comunicaciones a las asociaciones que nuclean a proveedores – COMPR.AR.

Antecedentes:

A partir de la compulsa de los actuados girados en consulta se pudo corroborar el incumplimiento de comunicar el llamado a Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17 a las a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, tal como lo exige el artículo 40 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16.

En tal sentido, amén de los medios acreditados, no se encontró documentado que el organismo haya comunicado ni la convocatoria ni las circulares modificatorias (del pliego y de las fechas) a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro en cuestión.

Consulta:

Se solicitó la opinión del Órgano Rector en torno a la interpretación propiciada por las áreas técnicas del RENAPER, en tanto argumentaron que en el marco de una convocatoria a licitación pública sustanciada en forma electrónica a través del sistema "COMPR.AR" es posible obviar la exigencia de enviar comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, contemplada en el artículo 40 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16 y, con sustento en ello, se interpretó en el caso concreto que el hecho de no haber cursado tales comunicaciones en la Licitación Pública Nº 78-0018- LPU17 no afecta su validez ni obstaría a la prosecución del trámite.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 32, 40, 46 y 50 del Reglamento aprobado Decreto N° 1030/16.
- Artículo 8º del Manual del Sistema COMPR.AR aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoria (v. Dictámenes ONC Nros. 558/2010, 611/2010, 9/2016, IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APN-ONC#MM e IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, entre muchos otros).

II) Oportunamente se emitió la Disposición ONC Nº 65/16 (DI-2016-65-E-APNONC#MM), mediante la cual se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

III) "COMPR.AR" es una herramienta de gestión transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta la adjudicación de la contratación, incluyendo las respectivas órdenes de compra y contratos. De tal modo, la plataforma COMPR.AR cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de selección.

IV) Conforme lo establece el artículo 1º de la referida Disposición ONC Nº 65/16 el sistema "COMPR.AR" se implementará según el cronograma gradual que establezca esta Oficina Nacional, siendo de uso obligatorio para el REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS desde el 8 de mayo de 2017, respecto de los procedimientos que hayan sido autorizados a partir de esa fecha (v. Comunicación General ONC Nº 72/17), como es el caso de la Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17.

V) Las pautas contempladas en el Manual del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65/16, entre las que se

encuentran las siguientes: I. El artículo 1º del citado Manual prescribe que: *"Los procedimientos de selección, cualquiera sea la clase o modalidad elegida, que se realicen por COMPR.AR, deberán cumplir con las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios y complementarios, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, siempre que no se disponga de otra manera en las normas específicas contenidas en el presente Manual."*. II. El artículo 2º aclara que: *"…A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo. Las disposiciones referentes a actos que sólo sea posible efectuar en forma material, como la entrega de muestras, se cumplirán conforme con lo establecido en reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, salvo que en las presentes disposiciones específicas se disponga algo distinto"*. III. El artículo 4º prevé lo siguiente: *"NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. Todas las notificaciones entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes, se realizarán válidamente a través de la difusión en el sitio de internet de COMPR.AR, cuya dirección es https://comprar.gob.ar o la que en un futuro la reemplace y se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión. El envío de mensajería mediante COMPR.AR en forma automática, sólo constituye un medio de aviso."*. IV. El artículo 7º indica, en cuanto aquí concierne, que: *"…La Unidad Operativa de Contrataciones, además de la publicidad que corresponda según la normativa general, difundirá en el COMPR.AR las circulares aclaratorias y las modificatorias que se emitan de oficio o como respuesta a consultas, en este último caso sin indicar el autor de la consulta."*. V. Por último, cabe citar que de conformidad con lo regulado en el artículo 8º: *"…Con la difusión de la convocatoria en COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores según su rubro, clase u objeto de la contratación, si los hubiera. Con esto se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones."*.

VI) A partir de lo expuesto puede colegirse, sin margen de duda, que tratándose de una licitación pública –independientemente de que la misma tramite en soporte papel o en la plataforma electrónica del sistema "COMPR.AR"–, el envío de comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro (v.g. Unión Argentina de Proveedores del Estado, Cámara Argentina de Comercio, etc.) es un requisito obligatorio que debe cumplimentarse durante el término de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial. Ello, a los fines de posibilitar que las mentadas asociaciones puedan canalizar la información de las convocatorias, para difundirla entre sus asociados, quienes pueden no encontrarse inscriptos en SIPRO, con lo cual se amplía sustancialmente la base de difusión del llamado. Ello, sin desconocer otros roles útiles que pueden desempeñar las referidas agrupaciones, tales como brindar asesoramiento oportuno, capacitación, etc., a potenciales interesados en contratar con el Estado Nacional.

VII) El artículo 40 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 distingue claramente en su último párrafo entre las "comunicaciones" que deben dirigirse a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, por una parte, y las "invitaciones" que deben cursarse a por lo menos CINCO (5) proveedores del rubro, por otra. Esto último ha sido así incluso durante la vigencia de reglamentaciones anteriores (v.g. Decreto Nº 893/12) y en la actualidad este Órgano Rector no advierte elemento

alguno que permita razonablemente inferir que dicha distinción deviene inaplicable por la sola circunstancia de tratarse de una contratación electrónica, tal como ha sido interpretado por las áreas técnicas del REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS.

VIII) Si bien es cierto que con la difusión de la convocatoria en COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) según su rubro, clase u objeto de la contratación, y que con ello se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones (léase: exclusivamente en lo que refiere al envío de invitaciones), no resulta razonable extraer de ello que también debe darse por satisfecha y/o cumplimentada en forma "ficta" la comunicación a las asociaciones.

IX) A criterio de esta Oficina, de adoptarse la interpretación propiciada se estaría incurriendo en un exceso o incluso en una tergiversación, en tanto no surge literalmente de la norma en cuestión –artículo 8º del Manual del Sistema COMPR.AR aprobado como Anexo I a la Disposición ONC Nº 65– ni parece razonable inferirlo de lo allí establecido, desde que no se condice con los principios generales receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. A ello cabe añadir –valga la reiteración– las razones previamente apuntadas: esto es, que la normativa distingue con precisión entre "comunicaciones a las asociaciones" e "invitaciones a proveedores" y, fundamentalmente, el hecho de que la información brindada en forma adecuada y oportuna a las diversas asociaciones permite ampliar la base de publicidad y difusión del llamado entre sus asociados, más allá del registro de proveedores incorporados al SIPRO. Dicho criterio no se conmueve por el sólo hecho de que: *"…la plataforma COMPR.AR resulta superadora en cuanto a las notificaciones que a los proveedores se dirigen…"* y en el caso hayan sido DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (255) los proveedores invitados a participar.

X) Al final de cuentas, no se trata de la difusión por la difusión misma, sino de armonizar la publicidad y difusión del llamado con el riguroso cumplimiento de reglas transparentes e igualitarias, preestablecidas por la normativa de cara a los potenciales interesados y oferentes con capacidad para obligarse. Concluir lo contrario implicaría abrir una brecha de discrecionalidad frente a lo que en cada caso puedan interpretar las diversas jurisdicciones y entidades como "adecuada publicidad", colocando innecesariamente en un cono de incertidumbre a un número indeterminado de llamados y/o convocatorias, en detrimento de los principios generales que informan las contrataciones públicas.

XI) Lo aquí opinado guarda coherencia con el criterio sostenido en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-16335884-APN-ONC#MM, donde se hizo hincapié en que: *"…el hecho de haber realizado dicha publicación y difusión de la convocatoria a través de medios alternativos, que no resultan obligatorios para tal fin, en modo alguno, libera a la jurisdicción contratante de efectuar la publicidad y difusión del llamado a presentar ofertas en la licitación privada que se trata, a través de los medios obligatorios detallados ut-supra. Dicho en otros términos, el hecho de que el organismo contratante haya realizado la difusión del llamado a presentar ofertas en la Licitación Privada N° 17/2016 por otros medios optativos; no subsana –en modo alguno– el haber incumplido con dicha difusión por uno de los medios obligatorios habilitados por la normativa vigente."*. Sobre la base de lo que se viene de exponer, esta Oficina no comparte el criterio propiciado en forma conjunta por la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD y la

DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN, ambas del RENAPER, en el informe Nº IF-2018-37368294-APN-DGA#RENAPER, de fecha 3 de agosto de 2018.

XII) De otra parte, ha de tenerse presente que, conforme lo estableció en el artículo 23, inc. b) del Decreto Delegado N° 1023/01, las "Unidades Operativas de Contrataciones" son quienes tienen a su cargo la gestión de las Contrataciones, siendo responsabilidad de la UOC instrumentar la publicidad y difusión de las convocatorias y de las restantes etapas de los procedimientos de selección, por los medios y con sujeción a los plazos establecidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, junto con sus normas modificatorias y complementarias, según el tipo de procedimiento de que se trate.

XIII) El envío automático de invitaciones a través del sistema COMPR.AR ha sido instrumentado en pos de facilitar y dotar de mayor agilidad al trámite de difusión, pero en modo alguno exime a los funcionarios competentes de cumplir con los restantes recaudos reglamentariamente exigibles; muy por el contrario, es parte de su responsabilidad la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna publicación de las distintas etapas procedimentales, dejando constancia de ello en los expedientes. Sólo entonces podrá considerarse debidamente cumplimentado el requisito de publicidad y difusión en cuestión (v. Dictamen ONC Nº 995/2012).

XIV) Los principios generales que informan las contrataciones se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el que aquí nos ocupa (v. Dictamen ONC Nº 288/2015).

XV) Los principios de publicidad y de transparencia -entre otros- vinculan a la Argentina a nivel internacional, en tanto nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

XVI) La Convención Interamericana contra la Corrupción exige a los Estados parte adoptar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y para la contratación de servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (v. artículo III, apartado 5º). Asimismo, el artículo 9º de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción impone la necesidad de dar amplia publicidad oportuna a los procedimientos de contratación, los pliegos, la adjudicación del contrato y su posterior ejecución.

XVII) A esa consagración supralegal de los principios mencionados cabe, asimismo, sumar igual acogida en el ámbito de aplicación de la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188, en tanto exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

XVIII) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, viene a garantizar el adecuado conocimiento por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo la correcta tramitación del procedimiento (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-201604540789-APN-ONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM).

MARIENHOFF, al referirse a la publicidad, con cita de JÈZE, afirmaba: *"La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente. Para que la oposición o concurrencia tengan lugar, es menester que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación; si así no fuere, no podrían comparecer haciendo sus ofertas* […] *Con el objeto de que los eventuales interesados adquieran conocimiento del llamado a licitación y puedan acudir formulando sus ofertas, el referido llamado debe hacerse público, ostensible, mediante una adecuada publicación. Esto es lo que se denomina publicidad, que es uno de los principios fundamentales que gobiernan la licitación pública"* (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Pág. 202).

XIX) La difusión, publicidad y la transparencia tienden justamente a permitir la participación de interesados, la competencia entre oferentes y el control ciudadano, es decir, la crítica pública y, eventualmente, el control judicial. Desde ese prisma, es posible inferir una relación intrínseca entre los principios de publicidad y transparencia, los que a su vez se "entrelazan" con el de promoción de la concurrencia (Cfr. Dictámenes ONC Nº 4/2016, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM).

XX) Toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines públicos perseguidos, en consonancia con los principios directrices en la materia (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 995/2012, 4/2016, IF-2016-04540789-APNONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM). De ahí que no sea el que nos ocupa un defecto susceptible de subsanación en la instancia procedimental en la que se encuentra la Licitación Pública Nº 78-0018-LPU17. Dicho en otros términos: Pretender cumplir con la difusión de la convocatoria en la etapa actual del trámite licitatorio resultaría a todas luces inoficioso por cuanto es clave que la difusión de la convocatoria a través de los diversos medios exigidos por la normativa vigente tenga lugar en tiempo oportuno.

XXI) Ahora bien, habiendo llegado a este punto del análisis, no es posible soslayar que la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD y la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN, ambas del RENAPER, sostuvieron: *"…En cuanto a la notificación que debe dirigirse a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, debe tenerse presente que por las características particulares del bien a adquirir, no se encuentra una determinada…".*

XXII) Frente a tal afirmación, no corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar, en tanto que por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –ya mencionado–, la verificación de tales circunstancias fácticas concierne al organismo contratante, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones. De corroborarse dicho extremo estaríamos frente a una imposibilidad fáctica que obsta al cumplimiento estricto de las exigencias previstas en la normativa, por causas ajenas al organismo contratante, tal como se ha presentado en pretéritos pronunciamientos de este Órgano Rector.

XXIII) Al respecto, en el Dictamen ONC Nº 80/2013, sobre contrataciones en el exterior, esta Oficina Nacional sostuvo: "*...se impone analizar, como primera cuestión, la acción a seguir por las reparticiones en el exterior cuando en el mercado local no exista la posibilidad de invitar a la cantidad mínima de proveedores, indicados en los citados artículos 50 y 53 del Reglamento. Con relación a ello, resultaría aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil, que indica: 'La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor".* Por lo expuesto, en dicho precedente se concluyó: *"…En los casos en que la normativa requiera que se invite a cotizar a una cantidad mínima de proveedores, según el procedimiento de selección de que se trate, y ello no fuera posible por no existir en el respectivo mercado local esa cantidad mínima de proveedores a invitar, resultaría razonable apartarse de la regulación legal, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil, justificando en el respectivo expediente la imposibilidad material de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 50 y 53 del Reglamento aprobado por Decreto 893/2012.".*

XXIV) Con posterioridad, esta Oficina se pronunció en un caso en el que se había configurado la imposibilidad material de difundir una convocatoria a licitación pública Internacional en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado "UN Development Business", tal como lo exigía el 2º párrafo del artículo 51 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. En dicha ocasión fueron vertidas –entre otras– las consideraciones que a continuación se transcriben: "*...el principio de razonabilidad implica –ante todo– la obligación de aplicar e interpretar las normas en forma coherente en cada caso concreto. De allí que cualquier interpretación formalista de la ley esté, casi inexorablemente, condenada al fracaso (Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 43 y 44). La noción y sentido de este principio radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y de interpretarla y aplicarla considerando las singularidades de cada caso concreto de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular, es decir, evitando la aplicación ciega y en abstracto del presupuesto contemplado por la norma* (...) *en opinión de esta Oficina Nacional el tema debe igualmente resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado, lo cual resulta viable empleando una interpretación dinámica y finalista de la normativa vigente* (...) *En virtud de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional considera que, frente a la imposibilidad material de difundir la Licitación Pública Internacional Nº 13/2015 en el sitio de internet de las Naciones Unidas denominado 'UN Development Business', tal como lo exige el 2º párrafo del artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, como consecuencia de las políticas restrictivas del organismo internacional en cuestión, debe apelarse a los principios de razonabilidad y eficiencia* (...) *tampoco se advierte que el vicio o defecto de publicidad en cuestión represente un escollo insalvable que obligue, sin más, a nulificar y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en curso. Ello así, máxime cuando nada garantiza que el impedimento acaecido en el presente caso no se reitere en sucesivas convocatorias que puedan instrumentarse...*" (v. Dictamen ONC Nº 114/2015).

XXV) En suma, de corroborarse la inexistencia de asociaciones específicas que nucleen a los proveedores, productores, fabricantes y/o comerciantes del rubro que nos ocupa, esta

Oficina entiende que la omisión advertida implicaría un vicio o defecto consecuencia de una imposibilidad fáctica y, como tal, no justificaría nulificar y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio en curso, lo cual va en sintonía con la postura tradicional de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en tanto tiene dicho 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).

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

DICTAMEN ONC Nº 226/2013.

Fecha de emisión: 25 de julio de 2013.

Referencias/voces: Principios de razonabilidad y eficiencia. Mejora de oferta.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la mejora de oferta solicitada a la firma MILLER BUILDING INTERNATIONAL S.A., esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en un caso análogo indicando mediante Dictamen N° 248 de fecha 7 de mayo de 2007 que *"…no existe óbice legal para solicitar una mejora de precios al oferente con la cotización más conveniente, siempre que en tal proceso se hagan primar los principios establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01".*

II) El Decreto Delegado N° 1023/2001 en su artículo 3° establece que *"Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado* (…) *Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de le ejecución del contrato…".*

III) Estos principios poseen un papel trascendental en todo sistema normativo, ya que constituyen directrices de interpretación, teniendo en cuenta que la decisión siempre deberá estar orientada a la búsqueda del bien común, propio de la actividad estatal. Sobre el particular, la doctrina tiene dicho que *"La importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer…"* (NIELSEN, Federico, "La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa", Cuestiones de Contrataciones Administrativas en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, Buenos Aires, Año 2007).

IV) El principio de razonabilidad se despliega en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto. El primero, se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado. Este subprincipio puede identificarse con lo que comúnmente se denomina eficacia de una medida o decisión, que permite alcanzar el fin buscado empleando la menor cantidad de recursos. El segundo, implica que este estándar exige que el organismo contratante elija entre los medios idóneos para el logro del fin que procura - es decir los que cumplen con el subprincipio de adecuación- aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el menor sacrificio a los derechos de los particulares. Así en el presente caso, sólo superará este test si se verifica que el organismo contratante utilizó el medio menos gravoso o restrictivo. El tercero, implica que, una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida, se debe determinar si ésta es razonable en sí misma, esto no es otra cosa que dilucidar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Una decisión será razonable si es la más adecuada para alcanzar el fin buscado y además supone un coste proporcionado con los beneficios, en otras palabras que sea eficiente.

V) Esta Oficina Nacional entiende que el principio de eficiencia obliga a la Administración a gestionar sus procedimientos de modo tal de satisfacer la necesidad que le da origen a ese procedimiento, es decir, la necesidad de adquirir bienes y servicios, utilizando los recursos disponibles racionalmente. El principio de eficiencia obliga a que los recursos que fueron empleados por la Administración para la gestión del procedimiento de selección –tiempo, recursos económicos y humanos-, se orienten a lograr el cumplimiento del objetivo planteado: la satisfacción de la necesidad, es decir, la adquisición del bien requerido, de lo contrario la contratación –por toda la erogación que demandó su tramitación- resultaría ineficiente.

VI) Si bien la normativa en forma expresa no determina un procedimiento de mejora de precios para casos como el de marras, el accionar del organismo se enmarcó dentro de los principios generales que deben regir todo procedimiento de selección del contratista estatal.

VII) En el caso de marras, de no haber procedido de la manera en que lo hizo el organismo contratante el Estado hubiese pagado un precio mayor o de lo contrario se hubiera quedado sin satisfacer la necesidad que llevó a tramitar el procedimiento de selección.

PRINCIPIOS (OTROS/VARIOS).

DICTAMEN ONC Nº 226/2013.

Fecha de emisión: 25 de julio de 2013.

Referencias/voces: Principios de razonabilidad y eficiencia. Mejora de oferta.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la mejora de oferta solicitada a la firma MILLER BUILDING INTERNATIONAL S.A., esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en un caso análogo indicando mediante Dictamen N° 248 de fecha 7 de mayo de 2007 que *"…no existe óbice legal para solicitar una mejora de precios al oferente con la cotización más conveniente, siempre que en tal proceso se hagan primar los principios establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01".*

II) El Decreto Delegado N° 1023/2001 en su artículo 3° establece que *"Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado* (…) *Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de le ejecución del contrato…".*

III) Estos principios poseen un papel trascendental en todo sistema normativo, ya que constituyen directrices de interpretación, teniendo en cuenta que la decisión siempre deberá estar orientada a la búsqueda del bien común, propio de la actividad estatal. Sobre el particular, la doctrina tiene dicho que *"La importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer…"* (NIELSEN, Federico, "La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa", Cuestiones de Contrataciones Administrativas en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, Buenos Aires, Año 2007).

IV) El principio de razonabilidad se despliega en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto. El primero, se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado. Este subprincipio puede identificarse con lo que comúnmente se denomina eficacia de una medida o decisión, que permite alcanzar el fin buscado empleando la menor cantidad de recursos. El segundo, implica que este estándar exige que el organismo contratante elija entre los medios idóneos para el logro del fin que procura - es decir los que cumplen con el subprincipio de adecuación- aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el menor sacrificio a los derechos de los particulares. Así en el presente caso, sólo superará este test si se verifica que el organismo contratante utilizó el medio menos gravoso o restrictivo. El tercero, implica que, una vez establecida la adecuación y

necesidad de la medida, se debe determinar si ésta es razonable en sí misma, esto no es otra cosa que dilucidar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Una decisión será razonable si es la más adecuada para alcanzar el fin buscado y además supone un coste proporcionado con los beneficios, en otras palabras que sea eficiente.

V) Esta Oficina Nacional entiende que el principio de eficiencia obliga a la Administración a gestionar sus procedimientos de modo tal de satisfacer la necesidad que le da origen a ese procedimiento, es decir, la necesidad de adquirir bienes y servicios, utilizando los recursos disponibles racionalmente. El principio de eficiencia obliga a que los recursos que fueron empleados por la Administración para la gestión del procedimiento de selección –tiempo, recursos económicos y humanos-, se orienten a lograr el cumplimiento del objetivo planteado: la satisfacción de la necesidad, es decir, la adquisición del bien requerido, de lo contrario la contratación –por toda la erogación que demandó su tramitación- resultaría ineficiente.

VI) Si bien la normativa en forma expresa no determina un procedimiento de mejora de precios para casos como el de marras, el accionar del organismo se enmarcó dentro de los principios generales que deben regir todo procedimiento de selección del contratista estatal.

VII) En el caso de marras, de no haber procedido de la manera en que lo hizo el organismo contratante el Estado hubiese pagado un precio mayor o de lo contrario se hubiera quedado sin satisfacer la necesidad que llevó a tramitar el procedimiento de selección.

DICTAMEN ONC Nº 268/2013.

Fecha de emisión: 26 de agosto de 2013.

Referencias/voces: Principios de razonabilidad y eficiencia. Mejora de oferta.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Respecto de la mejora de oferta solicitada a la firma FIAT AUTO ARGENTINA S.A., esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de expedirse en casos análogos indicando que *"…no existe óbice legal para solicitar una mejora de precios al oferente con la cotización más conveniente, siempre que en tal proceso se hagan primar los principios establecidos en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01"* (v. Dictámenes ONC N° 248/2007 y Nº 226/2013).

II) No debe olvidarse que el propio artículo 1º del referido Decreto establece que: "*El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá 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, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad…".*

III) El principio de eficiencia rige y goza de absoluta aplicación, lo cual implica que la Administración, además de satisfacer el interés público, debe hacerlo de modo eficiente (Cfr. Dictamen ONC Nº 995/2012).

IV) En el caso de marras, de no haber procedido de la manera en que lo hizo el organismo contratante el Estado pagaría un precio mayor o de lo contrario se quedaría sin la satisfacción de la necesidad que llevó a tramitar el procedimiento de selección. Así, un equilibrio entre el principio de eficiencia, el principio de igualdad, y el principio de razonabilidad, nos permite sostener que la medida propiciada se presenta como la más apropiada para la satisfacción del fin público comprometido, por irrogar el menor costo para el erario público sin enervar derechos, por cuanto el pedido de mejora de oferta hubiese operado de igual manera cualquiera fuese el oferente, en la medida en que su oferta fuese formalmente admisible y la más económica en cuanto al precio.

DICTAMEN ONC Nº 313/2013.

Fecha de emisión: 18 de septiembre de 2013.

Referencias: Oferta. Documentación en idioma extranjero. Subsanación de defectos formales. Principios del procedimiento.

Consulta:

Se solicitó la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES sobre la oferta presentada por el proveedor GEOSISTEMAS S.R.L. en la Contratación Directa Nº 14/2013 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Es del caso mencionar que el eje de la cuestión radicaba en dilucidar si correspondía desestimar la oferta presentada por el aludido proveedor, en virtud de que había acompañado junto con su propuesta un certificado de distribución del producto ofertado y un certificado ISO 9001:2008 redactados en idioma extranjero, o si por el contrario podía intimarse a su subsanación.

De tal modo, la cuestión de fondo pasaba por determinar si resultaba procedente intimar al proveedor a subsanar el defecto o si, por el contrario, correspondía proceder a la desestimación sin más de la oferta.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El inciso a) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, debe ser aplicado para los supuestos en que la totalidad de la oferta se presente en idioma extranjero. En los supuestos, como el de marras, en el que sólo una parte de la oferta ha sido presentada en un idioma distinto al nacional se debe intimar a su subsanación bajo apercibimiento de no considerar las partes de la propuesta redactadas en idioma extranjero.

II) La posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes. Esta posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en una clara violación a los principios de igualdad y transparencia, cuestión que no estaría en juego en el supuesto en análisis.

III) Adoptar en el caso un criterio distinto, nos llevaría a una solución ineficiente y antieconómica, como el tener que declarar fracasado el procedimiento e iniciar un nuevo trámite, todo lo cual demandaría mayores erogaciones en perjuicio del patrimonio público, sumado al riesgo de no contar con el servicio en el momento oportuno por las implicancias de la demora en la tramitación, y por ende, de no satisfacer el objetivo propuesto.

IV) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

V) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios “concurrencia” e “igualdad” deben complementarse en lugar de oponerse.

VI) La eficiencia en la gestión de las contrataciones administrativas encuentra también correlato en las disposiciones de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156, en virtud de la inexorable aplicación de recursos públicos que las contrataciones administrativas conllevan.

VII) El principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto.

VIII) En el caso de marras corresponde intimar al proveedor GEOSISTEMAS S.R.L. a que subsane el defecto presentando la correspondiente traducción del certificado, bajo apercibimiento de no considerar dicha documentación en la etapa de evaluación de las ofertas.

DICTAMEN ONC Nº 357/2014.

Fecha de emisión: 23 de septiembre de 2014.

Referencias: Principio de sustentabilidad. Incorporación de criterios de sustentabilidad en los pliegos. Incorporación de cláusulas vinculadas a exigencias de calidad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se expida respecto de la factibilidad de incluir en un pliego de bases y condiciones particulares para la contratación de un servicio complementario de mantenimiento edilicio por parte de la COLONIA NACIONAL "DR. MANUEL A. MONTES DE OCA", una cláusula por la cual se exige a los oferentes presentar constancia de certificación en sistemas de gestión de calidad homologado según normas ISO 9001, así como también conforme normas ISO 14000 y/o 18000 referentes a sistemas de gestión ambiental y de salud y seguridad ocupacional.

Normativa examinada:

- Artículo 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 39, inciso d), 70 último párrafo, 84, último párrafo, 196 y 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La elaboración de los pliegos de condiciones adquiere una importancia superlativa en cualquier tipo de procedimiento de selección de contratantes de la Administración. En efecto, de su correcta confección depende en gran medida el éxito o fracaso del procedimiento llevado a cabo.

II) En ese orden, cobran relevancia, en la etapa previa a la elaboración del respectivo Pliego, las previsiones del artículo 39, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Así, a partir de la norma previamente citada, referida a los requisitos de los pedidos que deberán formular las unidades requirentes, puede distinguirse la génesis y el contenido de cláusulas del futuro pliego que receptarán criterios de sustentabilidad, diferenciables de aquellas otras vinculadas con meras exigencias de calidad.

III) Calidad y sustentabilidad representan distintos tipos de cláusulas, sin desconocer que en determinadas circunstancias una cláusula inserta en un pliego puede presentar una composición "híbrida", en el sentido de contener previsiones y/o exigencias tanto de sustentabilidad como relativas a normas de calidad.

IV) El Título VI del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito a uno de los principios directrices del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional: el principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente.

V) Resulta jurídicamente viable incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares determinadas exigencias en materia de calidad, sustentabilidad, seguridad laboral, ecológica y/o medioambiental, etcétera, siempre y cuando ello se instrumente en forma razonable, transparente y fundamentalmente bajo ciertos recaudos que garanticen la no vulneración de los principios consagrados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VI) El artículo 196 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla expresamente la posibilidad de que esta Oficina Nacional: 1) Elabore modelos de pliegos de bases y condiciones particulares para determinados bienes o servicios específicos indicando los criterios de sustentabilidad que deberán cumplir, los que serán de utilización obligatoria para las jurisdicciones y entidades contratantes; 2) Exija que en los pliegos de bases y condiciones particulares que los organismos contratantes aprueben se incluyan cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos.

VII) En el marco del Dictamen ONC Nº 21/2013 esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que a través del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración se propició, entre otros extremos, dotar a las jurisdicciones y entidades contratantes de mayores herramientas para avanzar en la implementación de las contrataciones públicas sustentables, con miras a promover el bienestar social, un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

VIII) Ahora bien, sin desconocer los loables fines citados, no es posible soslayar que toda cláusula contractual que en alguna medida pueda entenderse como un límite o restricción a la libre concurrencia deberá resultar razonable y debidamente fundada. Va de suyo que en cada caso deberá elegirse el medio coherente con el fin perseguido, es decir, aquel adecuado para satisfacerlo eficaz y proporcionalmente. Tal es así que en casos como el que nos ocupa deberán encontrarse adecuadamente fundamentados, en forma clara y concreta, los criterios de sustentabilidad ambiental, social y económica perseguidos, así como también la adecuación de medios a fines, que den cuenta de una medida razonable y proporcionada en relación a los objetivos de interés público que se pretende alcanzar.

IX) La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado Nacional. Por tal motivo, el criterio para admitir cualquier cláusula limitativa debe ser necesariamente restrictivo.

X) A su vez, no resulta ocioso recordar que el principio de concurrencia se entrelaza con los demás principios generales, entre ellos con el principio de igualdad, el cual se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. Su fundamento descansa en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

XI) Ahora bien, tampoco el principio que establece la 'igualdad' entre interesados y oferentes es absoluto, sino que admite excepciones razonables. Desde luego, la igualdad, correctamente interpretada, no obsta para que se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas.

XII) La evolución hacia una gestión más sustentable debe ser en forma gradual e inclusiva, contemplando las características propias del mercado interno argentino, y procurando que con la incorporación de estos nuevos criterios de sustentabilidad no se excluya a aquellos

oferentes que por sus capacidades técnicas-financieras aun no puedan cumplir con dichos estándares, sino que se pretende que los mismos puedan con el tiempo modificar comportamientos y readaptar sus modos de producción (Dictamen ONC Nº 21/2013).

XIII) Un caso particularmente diferenciable se presenta cuando se incorporan en los pliegos determinadas exigencias relacionadas con estándares de calidad. En tales casos, el requerimiento de las mentadas certificaciones de calidad deberá fundarse en el expediente de la contratación, toda vez que implica solicitar documentación distinta a la establecida en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. último párrafo del artículo 70 del mencionado Reglamento).

XIV) En suma, para lograr una solución que concilie el principio de concurrencia de oferentes y la necesidad de avanzar hacia contrataciones públicas orientadas a una mayor ponderación de la calidad, se recomienda incorporar en los pliegos particulares fórmulas polinómicas con determinado puntaje para aquellos oferentes que cumplan con las certificaciones solicitadas, sin que ello implique un valladar insuperable de acceso a la convocatoria para quienes se encuentren interesados en ofertar pero cumplimenten tales extremos (Cfr. Dictamen ONC Nº 21/2013). En tal sentido, deberá tenerse presente que el último párrafo del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establece que en los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de oferta que las que allí se establecen.

XV) A similar conclusión corresponde arribar si se tratase de requisitos de sustentabilidad, máxime si se tiene presente que el artículo 199 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de pauta interpretativa general, que las ofertas que no cumplan los criterios de sustentabilidad fijados en el respectivo pliego no serán desestimadas por esa sola causal.

XVI) Para el caso en que el organismo contratante considere pertinente incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares la exigencia de acreditar certificaciones en sistemas de calidad conforme a normas ISO, por citar un ejemplo habitual, se recomienda aclarar en forma expresa, en la respectiva cláusula, que se aceptarán certificaciones equivalentes y/o superiores extendidas por otras instituciones y/u organizaciones análogas con incumbencia específica en la materia. Es en ese entendimiento que la exigencia de contar con una determinada certificación (v. g. ISO 9001), deberá interpretarse simplemente como un estándar representativo de las características generales de la certificación requerida.

XVII) Luego, en relación a las cláusulas relacionadas con exigencias/estándares de calidad, cabe igualmente tener por reproducido lo sostenido *ut supra* en lo atinente a la no vulneración de la igualdad, la transparencia y la concurrencia.

XVIII) El mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares no podrá plasmarse en una decisión irrazonable ni conculcar los principios rectores de las contrataciones públicas (Cfr. Dictamen ONC Nº 31/2013).

DICTAMEN ONC Nº 402/2014.

Fecha de emisión: 14 de octubre de 2014.

Referencias: Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación. Rescisión contractual. Penalidades. Caso fortuito. Fuerza Mayor. Declaraciones juradas anticipadas de importación (DJAI). Principio de buena fe. Diligencia. Principio de continuidad del contrato.

Consulta:

La ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES solicitó la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la decisión a tomar en el marco de un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la adquisición de servidores de red genéricos y equipamiento complementario, en atención a los incumplimientos verificados por parte de los proveedores G&B S.R.L. y SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A.

De acuerdo a lo que surgía de las constancias de autos, las empresas G&B S.R.L. y SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. habían solicitado sendas prórrogas en los plazos de entregas de los bienes, alegando motivos de fuerza mayor, vinculados a demoras en la aprobación de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI).

Dichas solicitudes, ante la necesidad del organismo de contar con los bienes adjudicados, fueron acogidas favorablemente, otorgando las prórrogas pretendidas. Sin perjuicio de ello, las firmas referidas, vencidos todos los plazos de prórroga, incumplieron parcial o totalmente con las Órdenes de Compra, sosteniendo que persistía la existencia de una imposibilidad fáctica, fundada en los mismos motivos que los expuestos al solicitar las prórrogas.

Normativa examinada:

- Artículos 119, 120, 122, 126 incisos b) apartado 1º y c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Resolución General de AFIP N° 3252/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Habida cuenta de lo expuesto, y dada la plataforma fáctica sobre la cual se asienta el tema bajo estudio, esta Oficina Nacional comparte el criterio sustentado por la de la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, en cuanto opinó, en relación a las argumentaciones esgrimidas por las firmas G&B S.R.L. y SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., respectivamente, lo siguiente: *"…no se encuentran acreditadas en el expediente las razones esgrimidas por ambos adjudicatarios, esto es la presentación en tiempo y forma de las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación (DJAI) correspondientes a las mercaderías faltantes."*.

II) Lo anterior encuentra relación directa con el principio de buena fe que debe regir en todo acuerdo de voluntades, el cual exige que tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual las partes asuman todas las diligencias necesarias para que el contrato se desenvuelva en un contexto de entendimiento fraterno entre ellas, debiendo, entre otras cosas,

informar oportunamente toda cuestión que pueda afectar los intereses de las partes con motivo de la celebración de un contrato (Conf. Dictamen ONC Nº 750/11). Es de recordar que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557).

III) En consecuencia, de conformidad con la normativa citada precedentemente correspondería, en principio, la rescisión de los contratos celebrados con ejecución de las garantías de cumplimiento de los mismos, excepto que: a) Las empresas G&B S.R.L y SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. acrediten haber realizado el trámite de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI) prevista en la Resolución General de AFIP N° 3252 del 10 de enero de 2012 en tiempo oportuno, en cuyo caso de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Reglamento aprobado en el Decreto N° 893/12 no procedería la aplicación de las penalidades establecidas en el mencionado Reglamento; b) Aun cuando no se acreditaran los extremos mencionados en el inciso a) del presente acápite, la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES, conforme razones de oportunidad, mérito y conveniencia ajenas al análisis de esta Oficina Nacional, optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea, por aplicación del principio de continuidad del contrato, en cuyo caso también corresponderá la aplicación de la respectiva multa por mora en los términos previstos en el artículo 119 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

DICTAMEN ONC Nº 36/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Competencias de la Comisión evaluadora. Presentación de copia simple de garantía junto con la oferta. Presentación posterior del original. Defectos formales y sustanciales posibilidad de subsanación. Causales de desestimación. Subsanables y no subsanables. Póliza de segura de caución. Principios generales. Promoción de la concurrencia. Principios de igualdad, transparencia e informalismo en favor del administrado.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión respecto a si resultaba jurídicamente posible tener por subsanado el error invocado por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A.

De la compulsa de los actuados se desprendía que en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15 del registro del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL fueron recibidas sólo DOS (2) ofertas.

Luego, el día 21 de diciembre de 2015, al tener lugar el Acto de Apertura de ofertas pudo constatarse que, formando parte integrante de la propuesta presentada por NEUMÁTICOS CAMOIA S.A., se acompañó, en carácter de garantía de mantenimiento de oferta, una *"…fotocopia de la póliza de seguro de caución Nº 665.612 de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., no obrando en los actuados el original de la misma.", tal como se dejó asentado al pie del acta labrada al efecto…".*

De oficio, al día siguiente –esto es, el 22 de diciembre de 2015– la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. presentó una nota en sede del organismo licitante, junto con la cual acompañó –en original– la mentada póliza de seguro de caución Nº 665612, extendida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad al acto de apertura.

En tal presentación, NEUMATICOS CAMOIA S.A. adujo que a causa de un error involuntario se acompañó a la oferta una copia simple de la póliza en cuestión, quedando el instrumento original en la carpeta de la empresa. Consecuentemente, solicitó que se admita la subsanación de dicho error, invocando a tal efecto el principio del informalismo en favor del administrado.

Desde una posición contrapuesta, el oferente Luis Oscar CORCOS efectuó una presentación fechada el 23 de diciembre de 2015, observando que, de hacerse lugar a la subsanación peticionada por NEUMATICOS CAMOIA S.A., se vería vulnerado el principio de igualdad, por cuanto la presentación tardía o extemporánea de la garantía de que se trata, luego del acto de apertura, implicaría colocar *"…a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…"*.

De este modo, a criterio del señor CORCOS correspondería que la jurisdicción licitante desestime la oferta de su competidor, sin posibilidad de subsanación, en los términos del artículo 84, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En suma, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un procedimiento de selección, la firma NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya acompañado "por error" la garantía de mantenimiento de su oferta en copia simple, y en forma posterior haya enmendado el equívoco resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable, como aducía el oferente CORCOS, Luis Oscar.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5, 65, 70, inciso h) apartado 1º, 83, 84 inciso d), 85, 100 y 101 inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento (v. URTUBEY, Santiago y SÁ ZEICHEN, Gustavo. La comisión evaluadora de ofertas. Algunos apuntes acerca de su concepto, características y funcionamiento a la luz de los principios de la organización administrativa. El Dial online: www.eldial.com.ar).

II) Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad.

III) La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.

IV) En sentido concordante con lo expuesto, en el Dictamen ONC Nº 389/2008 se sostuvo que: *"…la facultad de determinar la admisibilidad de un oferente es una función que está específicamente asignada a la Comisión Evaluadora* […] *y a la autoridad competente para adjudicar…".* Asimismo, en un precedente traído a colación por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, esta Oficina Nacional opinó lo siguiente: *"…La Comisión Evaluadora debe emitir un dictamen de evaluación en el cual debe apreciar los aspectos formales, legales y cualitativos de las propuestas. Este dictamen, por expresa disposición legal, reviste el carácter de no vinculante para la autoridad con competencia para suscribir el acto administrativo por el cual se finalice el procedimiento de selección."* (Dictamen ONC Nº 20/13).

V) En el caso traído a estudio la Comisión Evaluadora, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, es competente para emitir opinión en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A., valorando a tal efecto los argumentos vertidos en la presentación formulada por la aludida firma, así como también –va de suyo– las observaciones puestas de manifiesto por el restante oferente, Luis Oscar CORCOS.

VI) Excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para que, frente a los planteos efectuados por los aludidos oferentes, funde su dictamen en un determinado sentido. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VII) En ese orden de ideas, no resulta ocioso recordar lo expresado por esta Oficina Nacional en supuestos análogos: "…se advierte que en virtud principio de la descentralización operativa y la centralización normativa del artículo 23 del Decreto Nº 1023/01 esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el

marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nº 602/2010 y Nº 614/2010).

VIII) Los artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecen las pautas para la desestimación de las ofertas, clasificando las causales que en ellos se enumeran en "subsanables" y "no subsanables".

IX) El artículo 84 regula las causales de desestimación no subsanables, contemplando en su inciso d) el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto. Como contrapartida, el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –que, valga recordar, también se encuentra inserto en el Título II, Capítulo IX "Evaluación de Ofertas"– reglamenta el principio general establecido en el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01

X) El artículo 100 del Reglamento aplicable estipula que los oferentes deberán constituir garantías de mantenimiento de la oferta por el CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la oferta, mientras que el artículo 101, al regular las formas de las garantías, prevé en su inciso e) que podrán constituirse con seguro de caución, mediante pólizas aprobadas por la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, extendidas a favor de la jurisdicción o entidad contratante y cuyas cláusulas se conformen con el modelo y reglamentación que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación.

XI) Se encuentra establecida en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta como parte integrante de la misma. A su vez, esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

XII) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa NEUMATICOS CAMOIA S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia. Ahora bien, no existiendo duda alguna en relación a ello, corresponde determinar si el "error involuntario" de adjuntar con la oferta una mera copia simple de la póliza de seguro de caución resulta susceptible de subsanación.

XIII) Los principios generales constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

XIV) Los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un

valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), Contrataciones de la Administración Nacional. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XV) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XVI) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros).

XVII) A los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias. Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XVIII) La posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XIX) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. No obstante, no puede perderse de vista que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, interpretando el referido artículo 16 de la Carta Magna, ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros). Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XX) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones, debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XXI) El informalismo esgrimido por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. es el principio procedimental que tiende a garantizar que las peticiones articuladas por particulares en sede administrativa no serán obstaculizadas por defectos de índole formal (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado* en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

XXII) El artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al regular el régimen jurídico de los contratos, admite la aplicación supletoria del Título I de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, donde se encuentra expresamente consagrado el principio del informalismo –o formalismo moderado– en favor del administrado, entendido como la excusación de la inobservancia, por parte de los interesados, de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente (v. artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549). Se ha dicho que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […]. *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XXIII) Desde esa atalaya, es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XXIV) Una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha discriminado entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, y se ha extraído la consecuencia de que estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación.

XXV) Lo señalado precedentemente no importa una dispensa en el cumplimiento de las formas. Entiéndase bien: Lo que dispone este principio es el diferimiento de su cumplimiento y

no su inobservancia (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo*. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

XXVI) Si bien el criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss). De ahí que las cuestiones vinculadas con el precio cotizado no pueden ser subsanadas, pues esto implicaría modificar lisa y llanamente la oferta. Lo mismo ocurre con las cantidades de productos ofrecidos o las características técnicas y calidad de los mismos.

XXVII) En ningún caso la corrección de errores u omisiones podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes, situación que se presentaría si se le permitiera a un participante especular con las cotizaciones de sus competidores y constituir su garantía recién con posterioridad a la apertura de ofertas, situación que difiere de lo sucedido en los presentes actuados.

XXVIII) En este marco conceptual, previo a considerar en concreto el caso que nos ocupa, resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. La posibilidad de subsanar defectos formales es un mecanismo para mantener la competencia entre el mayor número de oferentes durante la etapa de evaluación, permitiendo que la autoridad llamada a adjudicar pueda contar con varias alternativas para elegir la oferta más conveniente. Sólo se difiere en el tiempo el cumplimiento de determinado requisito, que de no concretarse en las condiciones que el organismo lo requiera, éste podrá desestimar la oferta con pérdida de la garantía correspondiente (v. Dictámenes ONC Nros. 548/2010, 813/2012, 815/2012, 23/2013, 322/2013, 157/2014). III. En el procedimiento administrativo rige el principio del informalismo en favor del administrado que, llevado al campo de las contrataciones públicas con algunas modulaciones –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"–, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); IV. La observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor

concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación. Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad (v. Dictámenes ONC Nros. 23/2013, 157/2014, 314/2014); V. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); VI. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. La mentada regla encuentra ciertas limitaciones (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); VII. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015); VIII. La subsanación de las deficiencias en que haya incurrido un oferente tampoco puede alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); IX. El punto de equilibrio entre los principios de igualdad y concurrencia se encuentra en la imposibilidad de subsanar el vicio, cuando ello implique una modificación en aspectos sustanciales de las propuestas; y en la posibilidad de sanear cuando los defectos sean formales o de naturaleza no sustancial (Cfr. Dictamen ONC Nº 795/2011); X. Definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010); XI. El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos sustanciales o esenciales. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 813/2012, 2/2013, 388/2014, 66/2015); XII. La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, si dicha oferta es un acto jurídico válido; con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas (v. Dictamen ONC Nº 813/2012).

XXIX) El punto de equilibrio para no poner en pugna al principio de concurrencia con los de igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014).

XXX) En consecuencia, debe discriminarse entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales. Estas últimas pueden y deben procurar sanearse, subsanando el defecto. Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas.

XXXI) Al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá merituar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXXII) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXXIII) En conclusión, un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

XXXIV) Ninguna duda cabe en cuanto a que las fotocopias de la Póliza de Seguro de Caución Nº 665612 carecían de eficacia a fin de tener por presentada la garantía de mantenimiento de la oferta correspondiente al proveedor NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. Sin embargo, no es posible soslayar el hecho de que al acompañarse la póliza original, al día siguiente del acto de apertura de sobres, pudo constatarse sin margen de dudas que la referida garantía había sido constituida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad a la apertura de ofertas, lo cual hecha por tierra el argumento conjetural introducido por el señor Luis O. CORCOS, en cuanto a que de aceptarse la subsanación se: *"…coloca a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…".*

XXXV) Más aun, no parece aventurado afirmar que las observaciones planteadas por el señor CORCOS son inexactas, desde dos puntos de vistas diversos: 1) En primer lugar, el hecho de que NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya contratado la póliza de seguro de caución de que se trata en la forma correcta y por la suma correspondiente, con anterioridad al acto de apertura, excluye la posibilidad de especulación a que hace alusión su oponente; 2) En segundo lugar, de admitirse la subsanación del error –que se configuró en oportunidad de acompañar junto con la oferta una fotocopia de la garantía, en vez de su original– no se afecta la garantía de la igualdad, por cuanto no se trata de la tutela de la igualdad en abstracto, sino en igualdad de circunstancias.

De ahí que en un anterior pronunciamiento, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES consideró que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición…"* (Dictamen ONC Nº 9/2013).

XXXVI) Si bien no es posible desconocer que una lectura apresurada o superficial de los hechos podría hacer pensar que se trata, sin más, de un supuesto de desestimación sin posibilidad de subsanación, subsumible en la causal del inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cierto es que un detenido examen de la cuestión, a la luz de una interpretación teleológica de dicho precepto, lleva a este Órgano Rector a la convicción de que debe ser considerada una deficiencia formal, no sustancial y, por consiguiente, pasible de subsanación, so pena de desnaturalizar –por exceso de rigorismo formal– la finalidad del artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XXXVII) Interpretar las normas en juego de un modo excesivamente formalista implicaría violentar su finalidad y espíritu, en la medida en que en el sub-examine no se advierte que mediante el saneamiento de la omisión de que se trata se vaya a modificar un aspecto sustancial/esencial de la oferta o se obtenga una ventaja competitiva, en detrimento de la igualdad y la transparencia, así como tampoco se vería afectada la comparación de ofertas. Máxime cuando del informe técnico parecería ser que la propuesta de NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. sería la única ajustada a pliego.

XXXVIII) A modo de conclusión, este Órgano Rector entiende que la aplicación de la teoría del saneamiento permite en este supuesto preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente ni tomar ventaja, en tanto la póliza se encontraba constituida con anterioridad al acto de apertura.

XXXIX) Esta Oficina Nacional ha sostenido en forma coherente posturas análogas a la que aquí se sustenta, al tomar intervención en numerosos asesoramientos sobre la materia –más allá de determinadas modulaciones y/o matices necesarios frente a hechos diversos–, fomentando así un régimen general de contrataciones desprovisto de excesos formales *"por la forma misma"*, susceptibles de obstaculizar el cumplimiento de los fines exigidos por la sociedad (v. Dictámenes ONC Nros. 548/2010 y 23/2013, entre muchos otros).

XL) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN entendió –en un ya clásico precedente– que el principio del informalismo en favor del administrado no resulta de aplicación en la presentación de ofertas en el marco de una licitación pública, en razón de tratarse de una situación en que intervienen diversos particulares, por lo que la conducta de la Administración debe ajustarse a las pautas establecidas en el pliego de condiciones, a fin de no violar el principio de igualdad de todos los oferentes (Dictamen PTN 213:147). En relación con ello, la postura que se propicia en este dictamen no implica un apartamiento, per se, del citado criterio del máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL, desde que en el precedente mencionado se trataba de la inobservancia, por parte de un interesado, del plazo previsto en el pliego de

bases y condiciones particulares para presentar ofertas, mientras que lo que aquí se discute difiere sustancialmente.

XLI) La igualdad que el ordenamiento tutela es aquella que se da en igualdad de circunstancias. Ergo, solo se vería lesionado tal principio para el caso en que: 1) No se le permitiera idéntica subsanación a otro oferente; 2) Se aceptara que el interesado constituya la garantía con posterioridad al acto de apertura de sobres. Ninguno de los referidos supuestos se corresponden con lo acontecido en autos, en tanto ninguna ventaja se dio al interesado ni ningún perjuicio se causó al restante competidor.

XLII) Así expuesto, puede verse que el criterio aquí sustentado no se presenta incompatible con la postura tradicional de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. Tanto es así que, dicho sea de paso, esta Oficina Nacional también ha opinado en sentido coincidente con el alto organismo asesor, respecto a que el principio del informalismo o formalismo moderado no exime al particular del deber de diligencia en la presentación de su oferta en tiempo y lugar oportunos (v. Dictamen ONC Nº 803/2011).

XLIII) La Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, se encuentra facultada para dictaminar, en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15, sugiriendo a la autoridad competente el criterio a seguir para concluir el procedimiento. En ese marco, le corresponde emitir opinión respecto de la postura a adoptar en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A.

XLIV) En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa, sobre el que se encuentra organizado el régimen nacional de contrataciones, excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la Comisión Evaluadora, a fin de que sustente en su dictamen una determinada postura. Sin embargo, ello no resulta óbice para que, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 242, inciso a) apartado 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, este Órgano Rector brinde su opinión y asesoramiento, a título de colaboración.

XLV) No se advierte que con la incorporación en original de la garantía correspondiente a la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. se haya configurado una modificación sustancial de su oferta que permita establecer que la misma fue mejorada o que el proveedor en cuestión ha tomado ventaja frente al otro oferente, ello toda vez que no se encuentra alterada en su calidad, cantidad, precio y condiciones, sumado ello a que la póliza de seguro de caución fue debidamente constituida con anterioridad a la fecha de apertura de las ofertas y mediante una de las modalidades admitidas por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

XLVI) En virtud de todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que debe tenerse por saneado el vicio, no correspondiendo encuadrar este caso en la causal del inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 58/2016.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas. Principios generales. Póliza de caución. Requisitos forma debida. Error en la CUIT del organismo contratante es subsanable.

Antecedentes:

Cabe destacar que el proveedor TIUM PUNCO S.A. presentó una oferta en la Licitación Pública Nº 128/14 habiendo cotizado para el Renglón N° 1 la suma total de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL ($ 1.395.000,00.-). Asimismo, constituyó como garantía de mantenimiento de oferta una póliza de caución por la suma de PESOS SETENTA MIL ($ 70.000,00.-).

De la lectura de la Póliza de Caución Nº 1276917 se desprendía que en calidad de "asegurado/beneficiario" se consignó: "MINISTERIO DE DESARROLLO CUIT N° 30-71411493-6", constatándose luego que la CUIT del entonces MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL era otra.

La problemática que aquí se ventiló giró en torno a dilucidar si el defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea, correspondiente a una sociedad comercial–, resultaba subsumible dentro de las previsiones del artículo 84 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 (causal de desestimación no subsanable) o si, por el contrario, debió encuadrarse en el artículo 85 del citado cuerpo reglamentario (causales de desestimación subsanables).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación con el defecto advertido en la Póliza de Seguro de Caución Nº 1276917, extendida por la compañía ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. y acompañada por la firma TIUM PUNCO S.A. junto con la oferta presentada en la Licitación Pública Nº 128/14 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 84 inciso d), 85 y 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418.
- Artículo 25 de la Ley N° 20.091.
- Resolución SSN Nº 17.047/82.
- Artículo 25 de la Resolución SSN N° 38.708/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de*

un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo…" (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

II) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

III) Habiendo delineado la finalidad y las partes intervinientes en un seguro de caución, resta definir cuáles son los requisitos que deben reunir las respectivas pólizas, extremo que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuere insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto concreto.

IV) Esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

V) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa TIUM PUNCO S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia.

VI) El artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418 establece en cuanto a las pólizas: *"El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza."*. Reafirmando lo anteriormente expuesto, la Ley de Entidades de Seguros y su Control N° 20.091, en su artículo 25 prevé que el texto de las pólizas debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 17.418.

VII) Por Resolución SSN Nº 17.047/82 fueron oportunamente reguladas las condiciones básicas que deberán reunir las pólizas de seguro de caución, mientras que el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Reglamento de la Ley Nº 20.091), aprobado por Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 38.708/2014 regula en su artículo 25 el contenido de las pólizas, resultando pertinente traer a colación lo siguiente: *"…25.1.1 Sin perjuicio de la previa autorización por esta SSN de los planes, cláusulas y demás elementos técnicos-contractuales aplicables a las coberturas de los distintos ramos, el asegurador debe entregar al tomador y/o asegurado una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible: La póliza debe contener, como mínimo, los siguientes elementos: 25.1.1.1 Un frente de póliza con membrete de la aseguradora conteniendo, como mínimo, los siguientes datos: a) Lugar y Fecha de emisión; b) Nombres, CUIT, CUIL o DNI y domicilios de las partes contratantes...".*

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el número de CUIT del beneficiario/asegurado resulta ser un dato exigible en las pólizas de caución. Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, pasibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Deberán examinarse, entonces, los principios generales en los que abrevan las normas en juego, en pos de clarificar los alcances de la posibilidad de subsanar defectos formales. Tales principios, que constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

X) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XI) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XII) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros). Bajo este prisma, a los fines

de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias.

XIII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XIV) Ahora bien, la posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XV) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XVI) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones, debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XVII) A todo lo expuesto cabe agregar que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […] *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XVIII) Es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.)

que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XIX) En rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

XX) El criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, pero este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss).

XXI) Resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); III. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); IV. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la

Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015).

XXII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014). En efecto, definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010).

XXIII) Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas. Dicho en otros términos, al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá meritar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXIV) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial y no subsanable lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXV) Esta Oficina Nacional entiende que, de haberse posibilitado la subsanación del defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea–, no se hubiera visto alterada la sustancia de la oferta. Asimismo, de haberse permitido dicha subsanación, no se advierte en qué medida el proveedor pudo haber tomado una ventaja respecto de los demás oferentes.

XXVI) Por otra parte, si bien la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL opinó en su Dictamen Nº 394142/15 que la indicación precisa del asegurado en una póliza de seguro de caución es un requisito esencial del contrato, cierto es que, más allá del error en el número de CUIT, todos los demás datos de la póliza eran correctos y a juzgar por los informes obrantes en autos, ni siquiera puede aseverarse en forma categórica que la deficiencia en cuestión afectó la exigibilidad de la obligación asumida por la compañía aseguradora ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Máxime, teniendo en consideración el endoso o "Suplemento Adicional 01" de la póliza Nº 1276917, en cuyo marco la ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. dejó constancia que, pese al error en la CUIT

del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, las restantes condiciones de la póliza permanecen sin alteración.

XXVII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas y principios reseñados, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que el error en la CUIT consignado en la póliza de caución presentada por el proveedor TIUMPUNCO S.A. debe interpretarse como "subsanable", en los términos de los artículos 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No debe perderse de vista que un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-23708414-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Penalidades – Multa por mora – Principio de continuidad del contrato – Principio de la ley penal más benigna – Prescripción.

Antecedentes:

En el marco de la Licitación Pública Nº 3/15 se emitió en favor de la firma ECOSAN S.A. la Orden de Compra N° 7/15 –notificada a dicho proveedor el día 6 de agosto de 2015– para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado (contenedores reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos).

De acuerdo con lo establecido en las cláusulas 14 y 15 del pliego de bases y condiciones particulares –replicadas asimismo en el anexo de la orden de compra–, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) una vez realizada la adjudicación de los mismos. Los plazos debían computarse en días hábiles a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, el mismo no podía exceder de NOVENTA (90) días.

Sin embargo, a juzgar por las manifestaciones vertidas por las autoridades intervinientes, la empresa ECOSAN S.A. habría entregado tan solo VEINTICUATRO (24) unidades, no obstante haber cobrado el CIEN POR CIENTO (100%) del monto correspondiente a las SESENTA (60) estaciones de reciclado adjudicadas.

Resta indicar que, habiendo transcurrido más de dos años desde que expiró el plazo de cumplimiento del contrato –que, como ya fuera remarcado, según el pliego no podía exceder de NOVENTA (90) días hábiles desde el día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la que tuvo lugar el 6 de agosto de 2015–, y luego de sucesivos intercambios de cartas documento con intimaciones recíprocas, el ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE propició la celebración de un acta acuerdo con la sociedad comercial ECOSAN S.A., en la que se plasmaba la intención de acordar la continuidad de la contratación, pactando la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo máximo de SEIS (6) meses, a contar del 25 de marzo de 2018, que de cumplirse, implicaría

eximir al proveedor de las penalidades y sanciones que pudieren corresponder, en pos de arribar: *"…a una posición conciliatoria que exima a ambas partes de afrontar mayores costos y demoras"* (v. IF-2018-11768894-APN-MAD e IF-2018-11776363-APN-MAD).

Por último, resta indicar que al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, opinó lo siguiente: *"…por el principio de continuidad del contrato que otorga el derecho de exigir la no interrupción de la ejecución del contrato y las causas de la medida que se propicia motivadas en el informe técnico del área de origen ya referenciado, con fundamento en el art. 93 del Decreto 1030/16 la jurisdicción puede permitir la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación en el acta traída a estudio. Sumado a ello, se debe considerar la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.".*

Consulta:

El ex MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE solicitó la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la viabilidad de celebrar un Acta Acuerdo con el proveedor ECOSAN S.A., a fin de establecer un nuevo plazo para la entrega de los bienes faltantes del total oportunamente adjudicado en el marco de la Licitación Pública Nº 3/15.

Asimismo, se consultó sobre la procedencia de la aplicación a la firma ECOSAN S.A. de la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Normativa examinada:

- Artículos 23 inciso a) y 29 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 119, 120, 122, 126 y 127 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nº 558/2010 y Nº 611/2010, entre muchos otros). En otro orden de cosas, sabido es que las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas en el particular resultan ajenas al ámbito competencial de esta Oficina Nacional.

II) A juzgar por las actuaciones, la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento parcial en la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 7/15, emitida en su favor el día 6 de agosto de 2015 para la adquisición de SESENTA (60) Estaciones de Reciclado. Más precisamente, la empresa cocontratante sólo habría entregado VEINTICUATRO (24) de los contenedores adjudicados (cantidad que, como se indicó antes, no consta en el expediente), a raíz de lo cual se consulta si resulta viable la celebración de un Acta Acuerdo para establecer un nuevo plazo de entrega de los restantes bienes, en virtud del principio de continuidad del

contrato, y si en tal caso, corresponde aplicar la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones.

III) El Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones, siendo estas últimas de competencia exclusiva de este Órgano Rector. En efecto, la aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma, mientras que la imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado Nº 1023/01).

IV) El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y claramente sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, que en este supuesto habría sido incumplida. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

V) Es de recordar, a su vez, que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557). El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación (Dictámenes PTN 213:147).

VI) A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo, viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes.

VII) Desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que deberán aplicarse ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo. En concreto, ante la configuración del incumplimiento correspondería la rescisión del contrato, total o parcial, con ejecución de la garantía de cumplimiento del mismo, en forma total o parcial, según el caso, excepto que el organismo contratante acepte un cumplimiento extemporáneo, por aplicación del principio de continuidad del contrato.

VIII) El carácter de indisponible del régimen de penalidades y sanciones no se contrapone con la aplicación del principio de continuidad del contrato, sino que ambos extremos

deben interpretarse armoniosamente, máxime si se repara en que la propia normativa aplicable habilita expresamente al organismo a recibir los bienes en forma extemporánea –cuando la jurisdicción o entidad contratante interprete razonablemente que ello satisface de un modo más eficaz y eficiente el interés público comprometido que la mera rescisión del contrato–, pero a su vez obliga a la Administración a aplicar al proveedor la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

IX) Sobre esta cuestión, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…Una rescisión de contrato implica para la Administración, un dispendio de recursos económicos y humanos en la gestión del procedimiento – 'medios utilizados' - sin resultados fructíferos, es decir, sin que pueda concretarse el 'fin buscado' por el ente contratante (satisfacción de una necesidad). De allí que en esta materia rige el principio de continuidad, que es uno de los principios generales que imperan en la ejecución de los contratos administrativos, por medio del cual la Administración debe extremar sus recursos para permitir lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato y evitar su rescisión, porque lo que importa, en vista al interés público comprometido, es que el contrato se cumpla…"* (Cfr. Dictamen ONC Nº 717/2011).

X) El mentado principio se funda en la finalidad propia del contrato administrativo, esto es, la satisfacción del interés público, en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la Administración Pública. (DROMI, Roberto, "*Derecho Administrativo*", Ciudad Argentina, 11º Edición, 2006, Buenos Aires, p. 534-535). En efecto, cuando el contratista interrumpe la ejecución contractual, la Administración Pública debe hacer uso, en principio, de los medios que permitan lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato, y no su rescisión, porque lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla (v. Dictamen ONC Nº 675/2011).

XI) Los organismos contratantes deben, ante una eventual rescisión de contrato, ponderar las circunstancias particulares del caso y, en aquellos casos en que la jurisdicción acepte el cumplimiento extemporáneo, corresponderá igualmente la aplicación de la multa por mora, de conformidad con lo establecido en los artículos 119, *in fine* y 126, inciso c) apartado 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Tan es así que en casos análogos al de marras, por aplicación del principio de continuidad del contrato se aceptó el cumplimiento de la prestación fuera de término como alternativa a la rescisión contractual, pero a renglón seguido se reafirmó la procedencia de la multa por el período de mora, salvo en aquellos casos en que se haya configurado un supuesto de caso fortuito, de fuerza mayor, hecho del príncipe, etc. (conf. Dictámenes ONC Nros. 203/2006, 673/2011, entre otros).

XII) En esa línea de pensamiento, en el Dictamen ONC Nº 865/2012 se puso de resalto que la multa por mora resulta de aplicación "en todos los casos" en que se concediera –expresa o tácitamente– una prórroga en el cumplimiento del plazo contractual, salvo que mediara algún eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.

XIII) A la luz de los fundamentos vertidos, no sería jurídicamente admisible, frente a un determinado incumplimiento imputable al proveedor, convenir la no aplicación de las penalidades y/o sanciones que pudieren corresponder –por tratarse, esencialmente, de un régimen indisponible por las partes–, extremo que *a priori* tornaría inviable el proyecto de

acuerdo sometido a consideración de esta Oficina, en la medida en que la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo, sin que se vislumbren ni se hayan invocado eximentes de responsabilidad.

XIV) Sin embargo, no es posible soslayar que en los últimos años las penalidades y sanciones otrora reguladas en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 han sido objeto de modificaciones que denotan –en algunos aspectos puntuales– una política reglamentaria más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración. En ese sentido, en un caso sometido a consideración del Órgano Rector durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, se concluyó que el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC Nº 164/2014).

XV) El aludido principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción. Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el "imputado", puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

XVI) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

XVII) Como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social. En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

XVIII) El artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 establece que*: "No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas."*. Corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

XIX) Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/2014, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

XX) Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solo la multa por mora, sino que, incluso también la alternativa de rescisión parcial de la Orden de Compra N° N° 7/15, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato–.

XXI) Desde esa atalaya, esta Oficina Nacional, en lo que concierne al estricto ámbito de sus competencias, no tiene reparos que oponer a la suscripción del acta acuerdo proyectada, sin perjuicio de las observaciones oportunamente efectuadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, en el Dictamen Nº IF-2018-14011677-APNDGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018.

XXII) Frente al hipotético supuesto en que el proyecto de acta acuerdo objeto de análisis finalmente no se suscriba o, eventualmente, que el proveedor incumpla con lo allí establecido, nada obsta para que el organismo contratante inicie las acciones administrativas y/o las acciones judiciales que pudieran corresponder conducentes al recupero de las sumas abonadas sin contraprestación, junto con el resarcimiento integral de los daños y perjuicios que los incumplimientos de la firma ECOSAN S.A. hubieren ocasionado (Cfr. artículo 130 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

PROCEDIMIENTO EXCEPCIONAL DE DIFUSIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 403/2014.

Fecha de emisión: 16 de octubre de 2014.

Referencias: Publicidad de los procedimientos.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba aprobar lo actuado en la Licitación Pública Nº 17/2014 del MINISTERIO DE SEGURIDAD para la adquisición de DOSCIENTAS (200) camionetas patrulleras destinadas a la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículo 58 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Disposición ONC Nº 64/2014.
- Disposición ONC Nº 79/2014.
- Comunicación General ONC Nº 14/2014.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando existan inconvenientes técnicos en los sistemas y no se realicen las correspondientes difusiones, no deberán suspenderse los trámites de los procedimientos de selección en virtud de que con ellos se persigue el cumplimiento de un interés público, que no podrá verse afectado por la imposibilidad material de que se trata. Más aún en un caso como el que nos ocupa, vinculado a la adquisición de camionetas patrulleras para satisfacer las necesidades operativas de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA.

II) En pretéritas intervenciones se ha constatado que los organismos hayan remitido la información a que hace referencia el artículo 58 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, verificado su recepción por parte de ésta Oficina Nacional y solicitado que la misma se expida sobre la imposibilidad de difundir, todo lo cual se encuentra corroborado en las presentes actuaciones.

III) Con fecha 21 de agosto de 2014 –es decir, con posterioridad a la celebración del acto de apertura del procedimiento de selección bajo examen– la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 64/2014, en cuyo marco se aprobó un procedimiento excepcional de difusión de las etapas de los procedimientos de selección que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, frente a inconvenientes técnicos que tornen materialmente imposible la difusión de las diversas etapas procedimentales en el sitio de internet de esta Oficina Nacional. De los considerandos de la mencionada Disposición se desprende que se trata de un mecanismo de carácter excepcional tendiente a garantizar los principios de transparencia, publicidad y difusión establecidos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

IV) El 4 de septiembre de 2014 se difundió en el sitio de internet www.argentinacompra.gov.ar la Comunicación General de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° 14, de fecha 1 de septiembre de 2014, cuya parte pertinente se transcribe: *"De conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Disposición ONC Nº 64/2014 se habilita el 'Procedimiento excepcional de difusión', únicamente para las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la citada Disposición, a partir del día siguiente de la difusión de la presente en la página de internet www.argentinacompra.gob.ar. y hasta tanto esta Oficina emita otra Comunicación informando el cese de su aplicación.".* Es dable mencionar que las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 64/2014 son las siguientes: 1) Circulares modificatorias y aclaratorias; 2) Dictamen de evaluación; 3) Preselección en los procedimientos de etapa múltiple; 4) Adjudicación.

V) No se encuentra documentado que el organismo haya comunicado el Dictamen de Evaluación Nº 50/2014 a la UNION ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE), difundido su contenido en la cartelera de la jurisdicción, así como también en la página de

Internet institucional del organismo –esto último, solo en caso de ser técnicamente posible– y, finalmente, publicado por un día en uno de los diarios de mayor circulación en el país o del lugar donde se haya realizado la convocatoria.

VI) Empero, no parecería razonable desconocer que el MINISTERIO DE SEGURIDAD no solo dio cumplimiento a la comunicación exigida por el artículo 92 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, sino que a su vez optó por difundir el Dictamen de Evaluación en cuestión por un medio de amplia llegada a potenciales interesados en impugnarlo, aunque no exigido por la normativa aplicable, como lo es el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial). Siendo ello así, no puede perderse de vista que, tal como se desprende de los considerandos de la Disposición ONC Nº 64/2014, el fin último perseguido con su dictado ha sido el de salvaguardar la transparencia de los procedimientos de selección y la concurrencia de los interesados en participar de los mismos.

VII) En consecuencia, habiendo quedado acreditada la suficiente publicidad y difusión del Dictamen de Evaluación Nº 50/2014, esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida, sin bien es reprochable, carece de entidad suficiente para conmover los principios generales de publicidad, difusión y transparencia, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VIII) Máxime, si se tiene presente que con fecha 29 de septiembre de 2014 se emitió la Disposición ONC Nº 79/2014, publicada en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno el 2 de octubre de 2014, por la cual se sustituyó el Anexo I de su similar Nº 64/2014, en razón de las dificultades operativas evidenciadas por parte de las diversas jurisdicciones y entidades en el cumplimiento de la difusión de las convocatorias y/o demás etapas en los diarios de mayor circulación en el país o del lugar donde se realicen las convocatorias. En virtud de ello y en atención al principio de razonabilidad y eficiencia contemplado en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01 se suprimió la publicación en diarios, como requisito obligatorio de difusión, para las etapas correspondientes a circulares, dictámenes de evaluación, preselección en los procedimientos de etapa múltiple y actos administrativos de adjudicación y de finalización del procedimiento.

IX) En esa inteligencia, la alternativa de nulificar un procedimiento licitatorio de notoria trascendencia institucional, como la que subyace en el presente, por la inobservancia de ciertas pautas de difusión que, incluso, la más importante de ellas al día de la fecha ha perdido vigencia, 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), especialmente cuando no se advierte agravio particular o afectación directa del interés público comprometido ni conculcación de los principios cardinales de las contrataciones públicas.

X) A todo lo expuesto, cabe agregar que concluir lo contrario redundaría en perjuicio de uno de los principios rectores de la actividad administrativa previstos en el citado artículo 3º: el principio de eficiencia, de raigambre constitucional (v. Artículo 42, párrafo 2º, CN) y expresamente receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 74/2015.

Fecha de emisión: 26 de marzo de 2015.

Referencias: Proyecto Decisión Administrativa. Provisorio Nº 407/2015. Adquisición de equipamiento para escuelas. Publicidad y difusión de las distintas etapas de procedimiento. Procedimiento de excepción.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 407/2015), mediante el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nº 49/2014 del registro del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN, llevada a cabo con el objeto de adquirir equipamiento para escuelas.

Normativa examinada:

- Artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Disposición ONC Nº 64/2014.
- Disposición ONC Nº 79/2014.
- Comunicación General ONC Nº 14/2014.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando existan inconvenientes técnicos en los sistemas y no se realicen las correspondientes difusiones, no deberán suspenderse los trámites de los procedimientos de selección en virtud de que con ellos se persigue el cumplimiento de un interés público, que no podrá verse afectado por la imposibilidad material de que se trata (Cfr. Dictámenes ONC Nº 403/2014 y Nº 461/2014, entre otros).

II) Con fecha 21 de agosto de 2014 la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 64/2014, en cuyo marco se aprobó un procedimiento excepcional de difusión de las etapas de los procedimientos de selección que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, frente a inconvenientes técnicos que tornen materialmente imposible la difusión de las diversas etapas procedimentales en el sitio de internet de esta Oficina Nacional. De los considerandos de la mencionada Disposición se desprende que se trata de un mecanismo de carácter excepcional tendiente a garantizar los principios de transparencia, publicidad y difusión establecidos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El 4 de septiembre de 2014 se difundió en el sitio de internet www.argentinacompra.gov.ar la Comunicación General de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° 14, de fecha 1º de septiembre de 2014, por cuyo conducto se habilitó el 'Procedimiento excepcional de difusión', únicamente para las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 64/2014, hasta tanto la Oficina emita otra Comunicación informando el cese de su aplicación. Las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la

Disposición ONC Nº 64/2014 son las siguientes: 1) Circulares modificatorias y aclaratorias; 2) Dictamen de evaluación; 3) Preselección en los procedimientos de etapa múltiple; 4) Adjudicación.

IV) En tanto el Dictamen de Evaluación Nº 5 fue emitido el 29 de enero de 2015, resulta de aplicación lo establecido en la Disposición ONC Nº 79/2014, publicada en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno el 2 de octubre de 2014, por la cual se sustituyó el Anexo I de su similar Nº 64/2014, en razón de las dificultades operativas evidenciadas por parte de las diversas jurisdicciones y entidades en el cumplimiento de la difusión de las convocatorias y/o demás etapas en los diarios de mayor circulación en el país o del lugar donde se realicen las convocatorias.

DICTAMEN ONC Nº 93/2015.

Fecha de emisión: 9 de abril de 2015.

Referencias: Proyecto Decisión Administrativa. Adquisición a la firma ELSEVIER BV de material bibliográfico digital de las publicaciones SCIENCE DIRECT Y SCOPUS con destino a la BIBLIOTECA ELECTRONICA del ex MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGIA E INNOVACION PRODUCTIVA. Contratación directa por exclusividad. Requisitos para su procedencia. Publicidad y difusión de etapas. No cumplimiento de exigencias de medios excepcionales. Nulidad del procedimiento. Excesivo rigorismo formal. Principio de razonabilidad y eficiencia. Moneda de pago. Moneda extranjera. Beneficiario del exterior.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 4282/2014), mediante el cual se propicia, entre otros extremos, aprobar lo actuado en el marco de la Contratación Directa Nº 37/2014, llevada a cabo en el ámbito del ex MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA para la adquisición de las publicaciones electrónicas SCIENCE DIRECT y SCOPUS editadas hasta junio de 2015, con destino al Portal de Publicaciones Periódicas Científicas y Tecnológicas denominado “BIBLIOTECA ELECTRÓNICA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA” de dicha cartera Ministerial.

Respecto de la publicidad y difusión, es dable mencionar que no obraban en autos constancias que den cuenta de la efectiva difusión por internet de todas las etapas procedimentales.

Normativa examinada:

- Artículos del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 58 y 139, inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Comunicación General ONC N° 14/14
- Puntos 5.2 y 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 79/2014.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando existan inconvenientes técnicos en los sistemas y no se realicen las correspondientes difusiones, no deberán suspenderse los trámites de los procedimientos de selección en virtud de que con ellos se persigue el cumplimiento de un interés público, que no podrá verse afectado por la imposibilidad material de que se trata.

II) Más aún en un caso como el que nos ocupa, dado que en virtud del artículo 139, inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en este tipo de procedimiento puede prescindirse tanto de la confección del cuadro comparativo como del dictamen de evaluación, por lo cual sólo resultaría objetable –a la luz del artículo 58 del mencionado cuerpo reglamentario–, la falta de difusión de la Circular Aclaratoria Nº 1/14 y del acto de apertura correspondiente.

III) En relación a la Circular Aclaratoria Nº 1, en tanto fue emitida con fecha 21 de octubre de 2014, resultó de aplicación a la misma el procedimiento excepcional de difusión aprobado mediante la Disposición ONC Nº 79/2014, publicada en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno el 2 de octubre de 2014 y por la cual se sustituyó el Anexo I de su similar Nº 64/2014.

IV) El punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 79/2014 prescribe, en cuanto aquí interesa, que las circulares aclaratorias deben ser difundidas por los medios excepcionales indicados en sus puntos 1 a 5, según el procedimiento de selección de que se trate. Luego, el punto 5.2. del Anexo I de la mentada Disposición ONC Nº 79/2014 prevé que en el caso de las contrataciones directas por adjudicación simple deberá, como requisito indispensable, comunicarse el pedido de cotización o el convenio a la UNION ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO (UAPE), desde el día en que se envíe el pedido o se suscriba el convenio y difundirlo en la página de internet institucional del organismo, de ser técnicamente posible.

V) No se encuentra documentado que el organismo haya dado cumplimiento a las exigencias de difusión estipuladas en el Anexo I de la Disposición ONC Nº 79/2014 en relación a la Circular Aclaratoria Nº 1/2014. Empero, la alternativa de nulificar un procedimiento de selección como consecuencia directa y exclusiva de la inobservancia de pautas excepcionales de difusión respecto de una circular aclaratoria emitida en el marco –justamente– de una contratación directa por adjudicación simple, 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), especialmente cuando no se advierte agravio particular o afectación directa del interés público comprometido ni conculcación de los principios cardinales de las contrataciones públicas (Cfr. Dictamen ONC Nº 403/14 y 91/15, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02153221-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Principios generales sobre publicidad, difusión y transparencia. Circulares emitidas. Procedimiento excepcional de difusión.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida en torno al cumplimiento de las normas y principios generales sobre publicidad, difusión y transparencia, respecto de las circulares emitidas en el marco de la Licitación Pública Nº 72/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, teniendo particularmente en cuenta el procedimiento excepcional de difusión implementado mediante la Disposición ONC Nº 64/14 y modificado por su similar Nº 79/14.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 49 y 61 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12
- Comunicaciones Generales ONC Nros. 8/14 y 14/14.
- Procedimiento excepcional de difusión implementado mediante la Disposición ONC Nº 64/14 y modificado por su similar Nº 79/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Con fecha 21 de agosto de 2014 la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 64/14, en cuyo marco se aprobó –como Anexo I– un procedimiento excepcional de difusión de las etapas de los procedimientos de selección que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, frente a inconvenientes técnicos que tornen materialmente imposible la difusión de las diversas etapas procedimentales en el sitio de internet de esta Oficina Nacional. Se desprende que se trata de un mecanismo de carácter excepcional tendiente a garantizar los principios de transparencia, publicidad y difusión establecidos en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) Luego, con fecha 29 de septiembre de 2014 se emitió la Disposición ONC Nº 79/14, publicada en el órgano oficial de los actos de gobierno el 2 de octubre de 2014, por la cual se sustituyó el Anexo I de su similar Nº 64/14, en razón de las dificultades operativas evidenciadas por parte de las diversas jurisdicciones y entidades en el cumplimiento de la difusión de las convocatorias y/o demás etapas en los diarios de mayor circulación en el país o del lugar donde se realicen las convocatorias.

III) En virtud de ello y en atención al principio de razonabilidad y eficiencia contemplado en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01, a través del punto 7 del Anexo I de la mentada Disposición se suprimió la publicación en diarios, como requisito obligatorio de difusión, para las etapas correspondientes a circulares, dictámenes de evaluación, preselección en los procedimientos de etapa múltiple y actos administrativos de adjudicación. Sin embargo, se dejó aclarado que en el caso de que exista la obligatoriedad de difundir por otro medio –además de la página de internet de la ONC– alguna de las etapas indicadas, en virtud de que así lo establezca el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, deberá cumplirse también con dicha publicación (v. Considerando de la Disposición ONC Nº 79/14).

IV) Tratándose en este caso de una licitación pública, frente a la imposibilidad de difundir las circulares en la página de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, dicho medio debía ser sustituido por los siguientes: 1) Comunicación a la UNIÓN ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO; 2) Publicación en carteleras ubicadas en lugares visibles; 3) Difusión en la página de internet institucional del organismo.

V) Esta Oficina Nacional carece de reparos que oponer respecto de la publicidad y difusión de la Circular Modificatoria Nº 9/15, en el entendimiento de que la exigencia de que la difusión se efectúe: *"…por los mismos medios en que hubiera sido difundido, publicado y comunicado el llamado original…"* prevista en el artículo 61, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 no debe ser interpretada literalmente como la carga de reproducir todos los medios que efectivamente se hayan empleado para el llamado original, sino únicamente aquellos medios previstos en el Reglamento que sean de cumplimiento obligatorio respecto de la publicidad de la convocatoria, según el tipo de procedimiento de que se trate. Si se partiera de la interpretación contraria, se estaría "castigando" de un modo irrazonable a aquellos organismos que hayan optado por ir más allá de los requisitos de publicidad mínimos, mediante la difusión del llamado a licitación por medios adicionales no obligatorios, como lo es en este caso la publicación en un diario.

VI) A la fecha de emisión de las Circulares Nros. 9, 6 y 15 se encontraba habilitado el "Procedimiento excepcional de difusión", para las circulares, en tanto se trata de una de las etapas detalladas en el punto 7 del Anexo I de la Disposición ONC Nº 64/14, modificada por su similar Nº 79/14. Empero, en la medida en que en el presente caso se encuentra acreditado que las circulares mencionadas fueron correctamente difundidas en el sitio de internet de este Órgano Rector y con la antelación mínima requerida, la sujeción a las exigencias de los aludidos medios excepcionales carece de razón de ser o, en todo caso, pierde relevancia.

VII) Aun cuando no hubiese sido estrictamente obligatorio, los requisitos de difusión establecidos en el Anexo I de la Disposición ONC Nº 64, modificada por su similar Nº 79/14 se encuentran satisfechos. Ello así, en tanto las circulares en cuestión fueron en todos los casos difundidas tanto en la cartelera como en el sitio de internet del organismo contratante, al tiempo que fueron comunicadas a la Unión Argentina de Proveedores del Estado (UAPE) con razonable antelación.

VIII) Debe tenerse presente, asimismo, que en oportunidad de emitirse las Circulares Nros. 9, 6 y 15 la exigencia de difusión de las mismas por UN (1) día en un diario de mayor circulación en el país o del lugar donde se realice la convocatoria, había sido suprimida con la entrada en vigencia de la Disposición ONC Nº 79/14.

IX) Si bien la convocatoria fue difundida –por una decisión de oportunidad, mérito y conveniencia del propio organismo– por UN (1) día en "DIARIO POPULAR", esta Oficina Nacional interpreta que la exigencia de que la difusión se efectúe: *"…por los mismos medios en que hubiera sido difundido, publicado y comunicado el llamado original…"* prevista en el artículo 61, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 se circunscribe únicamente a aquellos medios previstos en el Reglamento como de cumplimiento obligatorio respecto de la publicidad de la convocatoria, según el tipo de procedimiento de que se trate.

X) En otro orden de cosas, este Órgano Rector entiende que al emitirse la Circular Modificatoria Nº 6 (03/09/15) el "circunstancial" incumplimiento del plazo mínimo requerido de VEINTE (20) días corridos de antelación respecto de la fecha del acto de apertura que se encontraba estipulada en ese momento (21/09/15), debe reputarse salvado con la emisión de la Circular Nº 15 (04/09/15) por la cual se prorrogó nuevamente la apertura, la que finalmente tuvo lugar el día 5 de octubre de 2015.

XI) La falta de constancias en el expediente que den cuenta de los datos precisos de los interesados que retiraron y/o descargaron el pliego de bases y condiciones particulares se considera una omisión carente de entidad suficiente como para afectar la validez del procedimiento, siempre y cuando no se acredite a posteriori la existencia de otro u otros interesado/s a quien/es no se les haya/n comunicado las circulares de que se trata.

XII) La alternativa de nulificar un procedimiento licitatorio, 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), especialmente cuando no se advierte agravio particular o afectación directa del interés público comprometido ni conculcación de los principios cardinales de las contrataciones públicas. Concluir lo contrario redundaría en perjuicio de uno de los principios rectores de la actividad administrativa previstos en el citado artículo 3º: el principio de eficiencia, de raigambre constitucional (v. Artículo 42, párrafo 2º, CN) y expresamente receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

PROGRAMA DE ORDENAMIENTO – DTO. 1187/12.

DICTAMEN ONC Nº 17/2013.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2013.

Referencias: Vigencia de normas del BCRA que regulan el derecho a la libre elección de la entidad bancaria en la que deberán ser acreditados los haberes.

Consulta:

En razón de la entrada en vigencia del Decreto Nº 1187/12 la GERENCIA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS del INSTITUTO NACIONAL DE ASOCIATIVISMO Y ECONOMÍA SOCIAL (INAES) solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención, a fin de dilucidar si mantienen su vigencia las Comunicaciones "A" 2956 y "B" 6657 del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA).

Ello así, en la medida en que las mencionadas reglamentaciones –emitidas por el BCRA en el ámbito de su competencia específica– reconocen al personal dependiente de las jurisdicciones y entidades el derecho a la libre elección de la entidad bancaria y sucursal en donde les serán acreditados los haberes correspondientes.

Normativa examinada.

- Decreto N° 1187/12.
- Disposición SSTG Nº 7/12.
- Disposición SSTG Nº 9/12.
- Comunicaciones BCRA "A" 2956, "B" 6657 y "A" 4047.

Análisis y opinión del Órgano Rector.

I) El contrato que se perfeccione al amparo de la normativa citada [Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias] se enmarcará en la esfera de las denominadas contrataciones interadministrativas por la naturaleza pública de ambas partes contratantes, en tanto el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA forma parte del Sector Público Financiero por su propia naturaleza jurídica.

II) Las contrataciones entre entidades que revisten naturaleza pública importan un uso más eficiente de los recursos públicos y en consecuencia coadyuvan a lograr que los organismos estatales puedan cumplir con más eficacia y economía sus objetivos en aras del bienestar general (v. Dictámenes ONC Nº 998/12, 999/12 y 1000/12, entre otros).

III) La medida establecida en el artículo 1º del Decreto Nº 1187/12 apunta, entre otros fines públicos, a salvaguardar el interés del personal que presta servicios en los organismos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

IV) El BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA) emitió la Comunicación "A" 2956, la Comunicación "B" 6657 y la Comunicación "A" 4047, en ejercicio de facultades que le son propias, en tanto órgano rector del sistema financiero de la República Argentina.

V) Dentro de las funciones y facultades del BCRA se encuentra expresamente prevista la de proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones.

VI) El INAES cumplirá con la normativa vigente en la medida en que instrumente el pago de haberes a su personal mediante la apertura de Cajas de Ahorro Común en el BANCO DE LA NACION ARGENTINA para cada uno de sus dependientes, las que revestirán el carácter de "Cuenta Sueldo". Luego, los trabajadores podrán optar por transferir sus haberes a otras cuentas (corrientes o de ahorro) que expresamente indiquen y que hayan abierto por decisión propia, cualquiera sea la entidad.

DICTAMEN ONC Nº 153/2013.

Fecha de emisión: 6 de junio de 2013.

Referencias: Pago de haberes. Personal retirado y pensionado. Banco de la Nación Argentina. Decreto N° 1187/12.

Consulta:

El organismo de origen informó el inicio de un procedimiento de licitación pública para la contratación del servicio de pago de haberes para el personal retirado y pensionado del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, en virtud de un nota remitida por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, a través de la cual dicha entidad bancaria informó que en base al vasto universo que comprende la implementación del Decreto Nº 1187/12 en una primera etapa se implementaría la inclusión del personal activo, proyectándose para una segunda etapa la inclusión del personal retirado y pensionado.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1187/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud de lo informado por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, esta Oficina Nacional no tiene reparos legales que formular a la postura adoptada por el organismo consultante de iniciar un proceso de licitación pública para la contratación del servicio, en el cual podrán resultar adjudicadas entidades distintas al BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA.

II) No obstante, el organismo consultante, deberá establecer en el pliego de bases y condiciones particulares que rija la contratación que la vigencia del contrato se extenderá por el período en que la entidad lo entienda pertinente (v.g.r. un año) o hasta el momento en que el BANCO DE LA NACION ARGENTINA informe sobre la posibilidad de prestar el servicio de pago de haberes para el personal retirado y pensionado en base a la obligación impuesta por el citado artículo 1º del Decreto N° 1187/12, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera

de las citadas circunstancias ocurra en primer término, sin penalidad alguna, en base a la facultad prevista en el inciso a) del artículo 12 del Decreto Nº 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº 273/2014.

Fecha de emisión: 7 de julio de 2014.

Referencias: Decreto Nº 1187/12. Ámbito de aplicación objetivo. Fondo propio de internos del Servicio Penitenciario Federal. Proyecto de ley. Modificación articulo 128 Ley Nº 24.660.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de ley, a través del cual se propicia sustituir el artículo 128 de la Ley Nº 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

La DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL puso de resalto las dificultades operativas que acarrea la aplicación práctica del artículo 128 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad Nº 24.660, precepto que en su parte pertinente establece que el fondo propio del interno, deducida en su caso la parte disponible, constituirá un fondo de reserva que deberá ser depositado a interés en una institución bancaria oficial, en las mejores condiciones de plaza.

Del Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS se desprendía que: *"…el precepto legal actualmente en vigencia sólo permite que el depósito del fondo de reserva en cuestión sea efectivizado en una institución bancaria oficial, impidiendo que en aquellos casos que ameriten, por no existir entidades de dicho carácter, la utilización de cuentas en bancos de carácter privado o mixto, siempre en las mejores condiciones de plaza.*

Dicha restricción quedaría superada por conducto de la medida legal propuesta, en tanto de ser modificada con los alcances con que ha sido prevista la iniciativa el fondo de reserva podrá ser depositado a interés, tanto en una institución bancaria pública como: '…en una institución bancaria mixta o privada cuando no se pueda formalizar en un banco oficial…".

Consecuentemente, el objetivo de la reforma proyectada consistía en poder brindarle celeridad al reparto de los fondos depositados y contemplar las situaciones en donde no se pueda conciliar con bancos oficiales para poder recurrir a entidades privadas que tengan más sucursales en el territorio nacional.

Al tomar intervención la DIRECCIÓN NACIONAL DE RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO de la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS de la SECRETARÍA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS advirtió sobre la vigencia del Decreto Nº 1187/12, razón por la cual se propició la intervención de la ONC.

Normativa examinada:

- Artículo 128 de la Ley Nº 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

❖ Artículo 1º del Decreto Nº 1187/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En su texto actual, el artículo 128 de la Ley Nº 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad dispone que: *"El fondo propio, deducida en su caso la parte disponible que autoriza el artículo anterior, constituirá un fondo de reserva, que deberá ser depositado a interés en una institución bancaria oficial, en las mejores condiciones de plaza."*.

II) En cuanto hace a la delimitación del ámbito de aplicación objetivo del régimen instaurado por el Decreto Nº 1187/12, el mismo regula el "pago de haberes al personal" –del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, en este caso– a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común en el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, para cada uno de los "agentes".

III) Así las cosas, la OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PÚBLICO (ONEP) sostuvo que la normativa que regula la relación de empleo público del personal incluido no es aplicable a los internos alojados en establecimientos penitenciarios (v. Dictamen ONEP Nº 2359/14).

IV) Más allá del mayor rango normativo de la medida en ciernes, corresponde advertir que a criterio de este Órgano Rector la retribución a percibir por los internos como contraprestación de los trabajos prestados en el marco de la ejecución de penas privativas de la libertad se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12.

V) No se trata de una excepción al Decreto Nº 1187/12, sino de un régimen diferente, con un ámbito de aplicación distinto, motivo por el cual esta Oficina Nacional no advierte óbice legal en relación a la reforma proyectada.

DICTAMEN ONC Nº 288/2014.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2014.

Referencias: Decreto Nº 1187/12. Universidades Nacionales. Ámbito de aplicación Subjetivo. Posibilidad de prorrogar contrato con una entidad bancaria distinta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4º del Decreto Nº 1187/12, se expida sobre el requerimiento de prórroga en el plazo de vencimiento de operatividad de cuentas bancarias, formulado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CUYO a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, vinculado al pago de haberes al personal de la mencionada institución universitaria mediante el BANCO PATAGONIA S.A.

El Rector de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO había comunicado al BANCO PATAGONIA S.A., firma adjudicataria de la Licitación Pública Nº 03/2010, su intención de hacer uso de la opción indicada en la Cláusula 3.2. del pliego de bases y condiciones particulares que rigió el aludido procedimiento licitatorio, a fin de prorrogar la vigencia del contrato de prestación de servicios financieros por el período de UN (1) AÑO a partir del plazo de vencimiento y/o hasta que se encuentren dadas las condiciones para cumplir con el Decreto N° 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1187/12.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina tiene dicho que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, resulta de aplicación al ámbito de las Universidades Nacionales (conf. Dictamen ONC N° 22/2013).

II) Como consecuencia de dicho Régimen General y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos en general y los procedimientos de contrataciones en particular, se dictaron los Decretos Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12, 1190/12 y 1191/12.

III) Las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

IV) Sentado lo anterior, deberá estarse a lo establecido en el artículo 3º del Decreto Nº 1187/12, en cuanto establece: *"Los contratos por el servicio de pago de haberes por caja de ahorro con otras entidades bancarias distintas al BANCO DE LA NACION ARGENTINA que estuvieran vigentes a la fecha de aprobación de la presente medida y que se hubieran perfeccionado al amparo del Decreto Nº 1023/01 sus modificatorios y complementarios deberán respetarse hasta la finalización del período originario del contrato, no pudiendo la Administración hacer uso de la opción a prórroga que se hubiese previsto en los mismos".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074493-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias: Decreto N° 1187/12. Su aplicación a Universidades Nacionales.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4º del Decreto Nº 1187/12 emita opinión respecto a si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA se encuentra comprendida –o no– en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto Nº 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1187/12.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional tiene dicho que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/2013 y 211/2014, entre otros).

II) En tal sentido, el servicio de pago de haberes al personal de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

III) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

IV) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el Régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación. De igual modo, el artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su parte pertinente establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".*

V) En efecto, como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos y en el cumplimiento de los objetivos de las jurisdicciones y entidades del sector público, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación en el ámbito de las universidades nacionales.

VI) En atención a lo manifestado en los párrafos que anteceden, la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00526200-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de enero de 2017.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Decreto N°1187/12. Ámbito de aplicación subjetivo. Universidad de Buenos Aires.

Consulta:

En el marco de las actuaciones giradas en consulta, la DIRECCIÓN DE TESORERÍA DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES solicitó a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN autorización para la apertura de una cuenta bancaria en el BANCO SANTANDER RÍO S.A. a fin de que el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES procediera al pago de honorarios, establecimiento de plazos fijos y cobro de tarjetas.

A raíz de ello, se consultó al Órgano Rector, en razón de lo establecido por el Decreto N° 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición de la ex SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN entonces dependiente de la ex SECRETARÍA DE GABINETE Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Nº 9/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1187/12 las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156 deberán implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes.

II) Los organismos comprendidos en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de la seguridad social.

III) Ello así, esta Oficina Nacional tiene dicho que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/13 y 211/14, entre otros).

IV) En tal sentido, el servicio de pago de haberes al personal del INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS “ALFREDO LANARI” de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

V) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

VI) En tal sentido, el artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el Régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VII) De igual modo, el artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su parte pertinente establece: "*Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación*…".

VIII) En efecto, como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos y en el cumplimiento de los objetivos de las jurisdicciones y entidades del sector público, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación en el ámbito de las universidades nacionales.

IX) El INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS "ALFREDO LANARI" de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-20193673-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 14 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Decreto N°1187/12. Ámbito de aplicación subjetivo. Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Consulta:

En el marco de las actuaciones giradas en consulta tramitaba la información remitida por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con relación a las cuentas bancarias con las cuales se encontraba operando.

En ese contexto ingresaron las actuaciones a esta Oficina Nacional, a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones, y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4° del Decreto N° 1187/12, indique si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de dicho decreto.

Normativa examinada:

- Artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.
- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición de la ex SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN entonces dependiente de la ex SECRETARÍA DE GABINETE Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Nº 9/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1187/12 las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156 deberán implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes.

II) Los organismos comprendidos en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de la seguridad social. A los fines de determinar si las Universidades Nacionales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 resulta necesario determinar si dichas instituciones son jurisdicciones y/o entidades de la Administración Pública Nacional.

III) La Ley N° 24.156 fue reglamentada por el Decreto N° 1344/07 que en el artículo 8° del Anexo, en su parte pertinente, establece: *"…Para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional.".* De lo dispuesto en el artículo citado se desprende que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular. En tal sentido, cabe indicar que todo contrato comprendido en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional gestionado por una Universidad Nacional, deberá ajustarse a los decretos referidos, sus normas complementarias y modificatorias.

IV) Si bien la autonomía y autarquía constitucionalmente consagradas confieren a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de

contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

V) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone –entre otros– que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VI) La autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el Honorable Congreso de la Nación –en relación con la materia atinente al caso de marras– delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01.

VII) La Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".* Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

VIII) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que los procedimientos de selección que lleven adelante las Universidades Nacionales, deben hacerse aplicando las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 y ajustarse, asimismo; a las previsiones del Decreto N° 1187/12.

IX) Es opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1187/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02333246-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 15 de enero de 2018.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Pago de haberes por Banco Nación. Ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12. Autonomía universitaria. Universidad Nacional.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el fin de que se pronuncie respecto a si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY se encuentra comprendida –o no– en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición ex SSTG Nº 9/12.
- Artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto N° 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.
- Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.521.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Deben implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.

II) Las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/2013, 211/2014, IF-2016-00074493-APN-ONC#MM, entre otros).

III) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, y todo aquello tendiente a garantizar su fin último, entendido como la divulgación del conocimiento, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

IV) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone –entre otros– que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

V) La autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN –en relación con la materia atinente al caso de marras– delegó en el PODER EJECUTIVO NACIONAL el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01. Luego, no es posible soslayar que la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán*

encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".

VI) Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos satisfacer los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

VII) Si bien el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional consagra la autonomía universitaria al señalar que corresponde al Congreso de la Nación *"...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren* (…) *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales…"* y que la Ley de Educación Superior N° 24.521 establece en su artículo 59 *"…Las instituciones universitarias tiene autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional"*, tales normas no implican desvincular a las Universidades de la potestad regulatoria del Congreso Nacional y, desde esa perspectiva, ha sido este último quien a través de las Leyes Nros. 11.672 y 24.521 vincula a las universidades a la aplicación del régimen general de contrataciones, respecto del cual el Decreto Nº 1187/12 no es más que un apéndice.

VIII) En consonancia con ello, es procedente hacer referencia al Fallo "Franchini Rafael s/ Recurso de Apelación art. 32" en el cual la Procuradora Fiscal de la Nación dictaminó que: *"La ley de Educación Superior 24.521 establece que las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones: dictar y reformar sus estatutos, administrar sus bienes y recursos conforme a sus estatutos y las leyes que regulen la materia, establecer el régimen de acceso y permanencia y promoción del personal docente y no docente (Art.24, inc a, b y h, respectivamente) A su turno con respecto a la organización y el funcionamiento de las universidades nacionales, la ley dispone que tenga autarquía económico financiera dentro del régimen de la ley 24.156 y que en ese marco posean la facultad de fijar su régimen salarial y de administración del personal (Art 59. Inc b)".* Asimismo señaló que: *"…el objetivo de la autonomía es desvincular la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional (Fallos 326:1355)".*

IX) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que el servicio de pago de haberes al personal de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

X) En atención a lo manifestado en los párrafos que anteceden, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12. Como corolario de ello, deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de

Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02674405-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2018.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Pago de haberes por Banco Nación. Ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12. AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Consulta:

Los actuados ingresaron a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto a si la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN se encuentra comprendida –o no– en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición ex SSTG Nº 9/12.
- Artículo 116 de la Ley 24.156.
- Artículo 85 de la Constitución Nacional.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que hace al ámbito de aplicación subjetivo del mentado Decreto Nº 1187/12, deben implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.

II) En lo que respecta a la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no parece dudoso afirmar que se trata de un organismo constitucional con autonomía funcional que asiste técnicamente al CONGRESO DE LA NACIÓN en el ejercicio del control externo del Sector Público Nacional mediante la realización de auditorías y estudios especiales para promover el uso eficiente, económico y eficaz de los recursos públicos y contribuir a la rendición de cuentas y sus resultados para el perfeccionamiento del Estado en beneficio de la sociedad.

III) A tales fines es que la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional establece su independencia financiera, motivo por el cual cabe colegir que la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN no se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

PROGRAMA DE ORDENAMIENTO – DTO. 1188/12.

DICTAMEN ONC Nº 22/2013.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2013.

Referencias: Adquisición de automóviles. Trámite de la excepción. Universidad nacional. Criterio económico. Decreto 1188/12.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL ECONOMÍA Y FINANZAS de la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR dio intervención a la ONC en el marco de la tramitación de la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo.

Resulta oportuno señalar que el organismo requirente planteó que el costo del vehículo que pretendía adquirir se incrementaría en aproximadamente un VEINTISIETE POR CIENTO (27%) mediante la adquisición por leasing.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1188/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto N° 1188/12 ha sido dictado con la finalidad de implementar una política específica en materia de logística para que los organismos cuenten con los vehículos automotores que requieran para el cumplimiento de sus funciones en tiempo oportuno, con el menor costo posible, en condiciones propicias y por medios que aseguren la mejor utilidad y economía para la Administración Nacional. Todo ello, con el objeto de evitar la compra de automotores con prestaciones inadecuadas o modelos escogidos discrecionalmente, con criterios heterogéneos, sin responder a una decisión adoptada con la debida previsión y racionalidad, y en el contexto de un mercado particularmente dinámico, que requiere conocimientos permanentemente puestos al día.

II) En tal sentido, los alquileres con opción a compra, comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01, sus modificatorios y complementarios, por expresa disposición de su artículo 4°, inciso a), constituyen una moderna herramienta de financiación genuina a largo plazo, que permite la continua actualización tecnológica del tomador. Para ello, NACIÓN LEASING S.A., entidad perteneciente al Sector Público Financiero, es un importante referente en el mercado de alquileres con opción a compra y cuenta con una estructura operativa y personal especializado para brindar diferentes alternativas acordes con las necesidades de los organismos.

III) A su vez, la posibilidad de contratar directamente con dicha entidad representa una notable ventaja para la Administración Nacional, habida cuenta que las autoridades

jurisdiccionales y los responsables de las contrataciones podrán contar con su asesoramiento personalizado, profesional y objetivo en cada oportunidad, sin trámites prolongados ni potenciales conflictivos y con las condiciones económicas y los plazos más adecuados para cada caso.

IV) El incremento del costo del vehículo que refiere el organismo no se encuentra acreditado en autos sino que sólo obra una manifestación efectuada por parte del rector de la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR en el considerando séptimo del acto administrativo adjunto.

V) Sin perjuicio de ello, la razón económica invocada por el organismo no es un fundamento en sí mismo para el otorgamiento de la excepción al régimen establecido en el Decreto N° 1188/12, ya que la normativa en cuestión ha sido dictada en pos de implementar una política pública que resguarde los intereses del Estado Nacional y como consecuencia de ello, los intereses de la sociedad toda, por su parte, se omite el análisis del aspecto financiero ínsito en el contrato de alquiler con opción a compra.

VI) En virtud de las consideraciones vertidas, no corresponde hacer lugar a la excepción solicitada por la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR.

DICTAMEN ONC Nº 400/2013.

Fecha de emisión: 30 de octubre de 2013.

Referencias: Contrataciones en el exterior. Adquisición de automóviles. Permuta. Gestión de bienes del Estado. Contrato de leasing. Decreto Nº 1188/12. Procedimiento de selección. Regla general. Contratación Directa por exclusividad. Subasta pública.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre las dificultades informadas por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, en cuanto a la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, con el objeto de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de dicha Embajada.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 22, 139, 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La operación propiciada por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil tendiente a “renovar” el automóvil oficial de dicha repartición no revestiría el carácter de permuta, sino que se trataría, en realidad, de dos actos jurídicos sucesivos, claramente diferenciados: En primer lugar se procura la venta del automóvil BMW 530 i modelo 2008 actualmente en uso por la Embajada y con el producido de dicha enajenación, cubrir en todo o en parte la adquisición de una unidad similar cero kilómetro, en reemplazo. Estaríamos frente a compraventas sucesivas.

II) La Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil se encuentra incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1188/12. También se encuentra incluida respecto del ámbito de aplicación material u objetivo de la norma, en tanto se pretende la adquisición de un vehículo en reemplazo del actualmente en uso.

III) A los fines de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, el organismo de origen debería, en caso de corresponder, tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo, por cuanto la contratación propiciada se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del referido Decreto (v. Dictamen ONC Nº 1045/12).

DICTAMEN ONC Nº 291/2014.

Fecha de emisión:

Referencias: Decreto Nº 1188/12. Convenio interadministrativo. Compensaciones. Cláusula 3 del Convenio de Leasing automotor. Relaciones interadministrativas. Principio de unidad de acción del Estado. Facultades exorbitantes. Fracaso de renglones. Rescisión orden de compra. Rescisión sin culpa de las partes. Dejar sin efecto los convenios celebrados con Nación Leasing y las terminales automotores.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida en torno a un proyecto de resolución ministerial mediante el cual se propiciaba: 1) Declarar la rescisión parcial del contrato para los Renglones Nros. 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11 y 12, correspondientes a la Orden de Compra Nº 19/2014, oportunamente emitida en favor de la empresa NACIÓN LEASING S.A., en el marco de la Contratación Directa Interadministrativa Nº 6/2014; 2) Declarar fracasados los Renglones Nros. 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11 y 12; 3) Arbitrar los medios para dejar sin efecto los Convenios celebrados con la empresa NACIÓN LEASING S.A., relacionados con las empresas terminales FIAT AUTO ARGENTINA S.A. y PEUGEOT CITROËN ARGENTINA S.A.

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA expuso lo siguiente: *"…la Policía de Seguridad Aeroportuaria sólo tiene un convenio suscripto con Nación Leasing S.A. cuyo cumplimiento se ve impedido por el incumplimiento de las terminales, con quien el Organismo no posee vinculación, pero quien sí resultaría ´prima facie´ culpable de su incumplimiento. La problemática que se plantea es como se resarce la PSA por el incumplimiento de su cocontratante (Nación Leasing S.A.) y del tercero (terminales automotrices) en el presente contrato, no teniendo tampoco la posibilidad de solicitar la aplicación de sanciones a la terminal, es decir, no existiría en principio, modo de compensar a la PSA por los perjuicios sufridos".*

Al tomar intervención la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD arribó, en líneas generales, las siguientes conclusiones: 1) El convenio en cuestión se halla regulado por el artículo 25, inciso d), apartado 8º del Decreto Delegado Nº 1023/01, encuadrando su objeto en la prestación de servicios de logística. A su vez, en razón de tratarse

del alquiler con opción a compra de automotores, resulta de aplicación el régimen dispuesto por el Decreto Nº 1188/12; 2) De la lectura de los antecedentes se advierte que SESENTA Y DOS (62) de los SESENTA Y SIETE (67) automotores objeto del contrato de leasing no serán entregados, en virtud de que las órdenes de compra correspondientes fueron rechazadas por las automotrices PEUGEOT CITROËN ARGENTINA S.A. y FIAT AUTO ARGENTINA S.A.; 3) El incumplimiento de NACIÓN LEASING S.A. no produciría compensación alguna en favor de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (PSA), ya que en la cláusula 3 del Convenio de Leasing Automotor suscripto se acordó que el tomador (PSA) asume todos los riesgos que se ocasionen en la compra de los automotores solicitados y que el dador (NACIÓN LEASING S.A.) no asume responsabilidad alguna relacionada con la entrega de los automotores por el vendedor (automotrices), ya que éstos últimos no son parte del convenio en cuestión; 4) En las relaciones inter-administrativas rige el principio de unidad de acción del Estado, de manera que las relaciones que se entablan entre organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración. Consecuentemente, en la esfera de las relaciones interadministrativas no resulta procedente la aplicación de multas, ya que no es admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público entre personas que integran la Administración Pública (con cita de Dictámenes PTN 252:209, 251:411 y 279:286); 5) En el marco de dicho esquema institucional el artículo 144 inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, exime al proveedor interadministrativo de constituir garantías, lo que demuestra que no procede la aplicación de penalidades pecuniarias por las eventuales posibilidades de dar cumplimiento al convenio.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1188/12.
- Artículo 83 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector comparte el criterio expuesto por la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD en el Dictamen N° 1615 de fecha 17 de junio de 2014, en el cual se opinó que el incumplimiento de NACIÓN LEASING S.A. no produciría compensación alguna a favor de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA (PSA), ya que en la cláusula 3 del Convenio de Leasing Automotor suscripto se acordó que el tomador (PSA) asume todos los riesgos que se ocasionen en la compra de los automotores solicitados y que el dador (NACIÓN LEASING S.A.) no asume responsabilidad alguna relacionada con la entrega de los automotores por el vendedor (automotrices), ya que éstos últimos no son parte del convenio en cuestión.

II) Asimismo, se comparte lo manifestado en cuanto a que en las relaciones inter-administrativas rige el principio de unidad de acción del Estado, de manera que las relaciones que se entablan entre organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración (conf. Dictamen PTN 252:209). En esas relaciones interadministrativas no existe el régimen jurídico exorbitante, que caracteriza al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, por lo cual no cabe admitir en ese plano el ejercicio de prerrogativas de poder público, propias de los contratos que la Administración

celebra con los particulares (v. Dictamen ONC Nº 416/08), prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71).

III) En relación al proyecto de acto administrativo que se propicia suscribir en los actuados traídos a estudio, corresponde advertir, respecto del artículo 2° que el momento oportuno para declarar fracasado uno o varios renglones es en el acto administrativo de adjudicación, tomando como fundamento la recomendación efectuada por la Comisión Evaluadora sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento, según lo estipulado en el artículo 83 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IV) Correspondería lisa y llanamente rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 19/2014, sin culpa de las partes, en relación a los Renglones Nros. 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11 y 12 y, asimismo, dejar sin efecto los convenios celebrados entre la empresa NACIÓN LEASING S.A. y la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA relacionados con las empresas terminales FIAT AUTO ARGENTINA S.A. y PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A. en el marco de la Contratación Directa Interadministrativa N° 6/14, aprobada por la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° 72/14, para que en el caso de persistir la necesidad de adquirir los vehículos solicitados en su oportunidad, se pueda gestionar nuevamente una contratación al efecto.

DICTAMEN ONC Nº 320/2014.

Fecha de emisión: 22 de agosto de 2014.

Referencias: Ampliación de convenios de leasing. Prerrogativas de la Administración. Contratación interadministrativa. Principio de cooperación y unidad.

Consulta:

Los actuados fueron remitidos a consideración de la Oficina Nacional, a efectos de que emita opinión sobre la posibilidad de autorizar la ampliación de hasta un TREINTA Y CINCO (35%) de los Convenios Nros. 4004 y 4005 celebrados con NACIÓN LEASING S.A. aprobados por la Disposición de la AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL N° 316/2014.

Normativa examinada:

- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares" (v. Dictámenes PTN 252:209).

II) En el marco de una relación interadministrativa, como la que en el marco del Decreto Nº 1188/12 vincula a la AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL del MINISTERIO DEL INTERIOR

Y TRANSPORTE con NACIÓN LEASING S.A., la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado.

III) La prerrogativa de la Administración de aumentar o disminuir un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas. Las partes involucradas en el contrato interadministrativo de que se trata deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido.

DICTAMEN ONC Nº 403/2014.

Fecha de emisión: 16 de octubre de 2014.

Referencias: Modificación de especificaciones técnicas después de la excepción al Decreto 1188/2012_Autoridad competente. Licitación publica 17/14 adquisición de 200 camionetas patrulleras tipo pick 4x2.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba aprobar lo actuado en la Licitación Pública Nº 17/2014 del MINISTERIO DE SEGURIDAD para la adquisición de DOSCIENTAS (200) camionetas patrulleras destinadas a la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA.

Es dable señalar que se había anexado un "INFORME DE JUSTIFICACIÓN", suscripto por el Coordinador del CENTRO DE OPERACIONES LOGÍSTICAS de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, donde se exponía lo siguiente: *"Si bien, mediante Dictamen O.N.C. Nº 049/2014 fue otorgada la excepción dispuesta en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/2012, para la adquisición de DOSCIENTAS (200) camionetas patrulleras tipo pick up 4x2 doble cabina con blindaje y equipamiento, y a los efectos de dar cumplimiento a los servicios relacionados con la seguridad de los ciudadanos con la mayor premura posible, se adjuntan las respectivas Especificaciones Técnicas con equipamiento especial, sin blindaje, dando así mayor celeridad a los trámites licitatorios, a raíz de los plazos inherentes a la tramitación de las pruebas de protección balísticas de los blindajes, lo que conlleva mayores costos y tiempos."* (el subrayado no corresponde al original).

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1188/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12 las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 deben adquirir los automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales, al desarrollo de sus funciones y a dotar a la comunidad de los bienes y servicios cuya prestación corresponda al

Estado, mediante la celebración de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A. Esa y no otra es la regla, a la luz del régimen jurídico vigente, en tanto se trata de una política específica en materia de logística, para que los organismos cuenten con los vehículos automotores que requieran para el cumplimiento de sus funciones en tiempo oportuno, con el menor costo posible, en condiciones propicias y por medios que aseguren la mejor utilidad y economía para la Administración Nacional.

II) No obstante, el propio artículo 3° del Decreto Nº 1188/12 contempla la posibilidad de exceptuarse de dicho régimen y con ese fin fueron oportunamente impulsadas por parte del MINISTERIO DE SEGURIDAD las actuaciones identificadas como "CUDAP: EXP-JGM: 3633/2014", en cuyo marco se expidió esta Oficina Nacional mediante el Dictamen ONC Nº 49 del 31 de enero de 2014. En dicha ocasión se verificó el cumplimiento del punto 9 del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 10/12, en tanto establece el trámite a seguir a fin de obtener la excepción a la que se refiere el artículo 3° del Decreto Nº 1188/12.

III) No puede desconocerse que uno de los principales argumentos técnicos en que la COORDINACIÓN del CENTRO DE OPERACIONES LOGÍSTICAS de la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD apoyó la solicitud de excepción fue, precisamente, la necesidad de contar con vehículos patrulleros blindados –cuya adquisición se presentaba como inconveniente mediante la modalidad de leasing– característica esta que, a la postre, fue dejada de lado a la hora de confeccionar el Pliego de Bases y Condiciones Particulares llamado a regir la Licitación Pública Nº 17/2014.

IV) Así las cosas, va de suyo que el "espíritu" de la excepción oportunamente otorgada por el Señor Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen favorable por parte de esta Oficina Nacional, encuentra ineludible apoyatura en fundamentos de índole técnica directamente vinculados a las especificaciones y equipamiento especial de los automotores a adquirir, ajeno, en principio, al vehículo estándar o "en serie" comercializado por terminales y concesionarias.

V) Es en esa inteligencia que, a expensas de informes que este Órgano Rector consideró razonablemente motivados, tuvo lugar el otorgamiento de la excepción dispuesta en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12, para la adquisición de DOSCIENTAS (200) camionetas patrulleras tipo pick up 4X2, doble cabina con blindaje y equipamiento, conforme las especificaciones técnicas en aquel entonces acompañadas.

VI) En razón de las consideraciones vertidas, frente a un cambio en las aludidas especificaciones técnicas de los vehículos en cuestión, deberá darse nueva intervención a NACIÓN LEASING S.A.

DICTAMEN ONC Nº 176/2015.

Fecha de emisión: 15 de junio de 2015.

Referencias: Decreto Nº 1188/12. Excepción. Ampliación. No es exigible la tramitación de una nueva excepción como requisito para proceder a la ampliación.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto del alcance que debe darse a la excepción oportunamente concedida por el Señor Jefe de Gabinete de Ministros para la adquisición de DOCE (12) vehículos tipo camioneta 4x4 doble cabina, con sustento en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12.

Resulta pertinente resaltar que mediante la Disposición PSA N° 1033/14 se aprobó la ampliación de la Orden de Compra N° 80/14, habiéndose emitido en consecuencia la Orden de Compra de Ampliación N° 82/14 para la adquisición de CUATRO (4) camionetas 4x4 doble cabina, la que fue notificada a la firma IGARRETA S.A.C.I. con fecha 18 de noviembre de 2014.

Ahora bien, una vez perfeccionada la ampliación en cuestión, se plantea el dilema si la misma requería la tramitación, en forma previa, de una nueva excepción, en los términos del artículo 3º del Decreto Nº 1188/12 o si, por el contrario, la excepción oportunamente otorgada por el Señor Jefe de Gabinete el día 18 de diciembre de 2013, con sustento en el Dictamen ONC Nº 428/13, puede entenderse abarcativa de esta nueva adquisición.

Normativa examinada:

- Artículo 124, inciso a) apartado 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3º del Decreto Nº 1188/12.
- Punto 9 del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 10/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A la luz de la normativa vigente, las únicas razones que pueden válidamente justificar el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12 no son otras que las previstas en el punto 9 del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 10/12. Es decir, corresponderá el otorgamiento de la excepción requerida cuando, frente a una determinada necesidad pública vinculada con la contratación de automotores, la jurisdicción o entidad contratante justifique en debida forma –a través de los informes pertinentes– los motivos por los cuales no resulta conveniente para los intereses del Estado suscribir convenios de leasing con NACION LEASING S.A.

II) En esa inteligencia, cabe destacar que las razones que justifican el otorgamiento de una excepción al régimen del Decreto Nº 1188/12 no se circunscriben –en sentido estricto– a las características técnicas de los vehículos que se busca adquirir ni a la cantidad puntual de automotores requeridos, sino que se trata de acreditar debidamente la inconveniencia –frente a cada caso concreto–, de proceder a la adquisición de determinados vehículos a través de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A.

III) Este Órgano Rector tiene dicho que la ampliación de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/06, 205/13, 14/15 y 81/15, entre otros). Ergo, una razonable exégesis de la normativa vigente lleva a concluir que la excepción oportunamente otorgada por el Señor Jefe de Gabinete el día 18 de diciembre de 2013 para la adquisición, entre otros vehículos, de DOCE (12) camionetas 4x4 doble cabina –fundada en el Dictamen ONC Nº 428/13–, debe considerarse comprensiva de aquellas facultades

y prerrogativas con las que cuenta la Administración durante la ejecución contractual, tales como la ampliación del respectivo contrato.

IV) Esta Oficina Nacional entiende que en el caso girado en consulta no es exigible la tramitación de una nueva excepción, como requisito para proceder a la ampliación de la Orden de Compra N° 80/14, emitida en el marco de la Licitación Nº 2/14 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA. Ello así, en el entendimiento de que se trata de la interpretación que mejor se concilia con los principios de eficacia y eficiencia en las contrataciones, máxime si se toma en consideración el breve tiempo con que cuenta la jurisdicción o entidad contratante para instrumentar una ampliación, en los términos del artículo 124, inciso a) apartado 4º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) La ampliación de la Orden de Compra N° 80/14 pudo válidamente llevarse a cabo sin previa intervención de esta Oficina Nacional, en tanto no importa la celebración de una nueva contratación.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00014822-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de junio de 2016.

Referencias: Opción de Compra. Adquisición de automóviles. Decreto 1188/12. Nación Leasing S.A. Conformidad punto 8 del Anexo I de la Disposición SSTG N°10/12. Sujeta al pago de todos los cánones. Competencia del Ministro de Modernización.

Objeto de la intervención:

Tramitar la conformidad a la que se refiere el punto 8 del Anexo I de la Disposición ex-SSTG Nº 10/12, con el objeto de que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL pueda ejercer la opción de compra de SEIS (6) vehículos, contratados en leasing con NACIÓN LEASING S.A. en el marco del Convenio Nº 3993.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1188/12.
- Disposición de la ex SSTG Nº 10/12.
- Comunicación General ONC Nº 27/15.
- Decreto Nº 13/15.
- Decreto Nº 13/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Una interpretación tanto dinámica como sistémica de las normas en juego, a la luz de la estructura organizativa del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN y de los cambios introducidos por el Decreto Nº 13/16, lleva a este Órgano Rector a la convicción de que, en la actualidad, la competencia para brindar conformidad al ejercicio de la opción a compra de vehículos contratados en leasing con NACIÓN LEASING S.A. corresponde al señor Ministro de Modernización, teniendo en consideración que se trata de la autoridad que tiene a su cargo la

dirección de las políticas de contrataciones de la Administración Nacional y, en particular, la supervisión de las acciones desempeñadas por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

II) En el marco de las presentes actuaciones se encuentran acreditados los siguientes extremos: 1) La contratación en leasing de SEIS (6) VEHÍCULOS TIPO CAMIONETA PICK UP 4X4, MARCA VOLKSWAGEN, MODELO AMAROK DC 180 CV, TRENDLINE, en el marco del Convenio Nº 3993, celebrado entre el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y NACIÓN LEASING S.A.; 2) La comunicación, cursada con la debida antelación, informando a NACIÓN LEASING S.A. la voluntad del organismo de ejercer la opción a compra de los vehículos de que se trata; 3) El libre deuda emitido por NACIÓN LEASING S.A. con fecha 15 de abril de 2016, del cual surge que a esa fecha el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL no posee deuda vencida por ningún concepto, relativa a los vehículos contratados en el marco del Convenio Nº 3993.

III) En virtud del análisis efectuado, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende, en lo que resulta materia de su competencia, que en el presente caso se encuentran dadas las condiciones para que el señor Ministro de Modernización brinde conformidad, en los términos del punto 8 del Anexo I de la Disposición ex-SSTG Nº 10/12, a la opción a compra propiciada, de estimarlo oportuno y conveniente.

IV) No obstante ello, es del caso recordar que la opción a compra quedará sujeta al pago íntegro de los cánones devengados con anterioridad a vencimiento del plazo del convenio y al pago del precio en el día del vencimiento del convenio en la forma establecida para la realización de todos los pagos emergentes del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074857-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Decreto N° 1188/12. Comunicación ONC N° 17/14. No resulta de aplicación a "seguros".

Consulta:

Se requirió la intervención del Órgano Rector a fin de que precise el alcance de la Comunicación General de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° 17 del 20 de noviembre de 2014.

Más precisamente, la consulta se circunscribe a determinar si resulta de aplicación dicha Comunicación a los fines de abonar las sumas adeudadas a NACIÓN LEASING S.A. con motivo de la extensión de la cobertura de seguro “Todo riesgo sin franquicia” a la totalidad de los vehículos que integran los Convenios de leasing oportunamente suscriptos.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1188/12.
- Disposición ex SSTG Nº 10/12.
- Comunicación ONC N° 17/14.

❖ Artículo 25 inciso d) apartado 8 del referido Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Corresponde a este Órgano Rector expedirse respecto de la aplicación de la Comunicación General ONC N° 17, a los fines de abonar a NACIÓN LEASING S.A. los montos resultantes de la diferencia entre lo pautado entre la ANSES y NACIÓN LEASING S.A. al momento de la suscripción de los Convenios Nros. 35 y 36, y lo efectivamente facturado por la empresa en concepto de ´Gastos Iniciales´, ´Patentes´ y ´Seguros´.

II) En relación con los rubros ´Gastos Iniciales´ y ´Patentes´, ninguna duda cabe que los mismos se encuentran abarcados por la Comunicación de esta Oficina Nacional N° 17, en tanto se trata de conceptos encuadrados en el punto 12.3 del Anexo II de la Disposición de la entonces SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN N° 10/12, el cual se refiere a los Gastos e Impuestos señalando en su parte pertinente que: *"12.3. Serán a cargo del Tomador todos los impuestos, tasas, aranceles, y gastos de cualquier naturaleza que actualmente o que en el futuro correspondiere tributar o abonar con motivo del presente convenio, salvo el impuesto a las ganancias, impuesto sobre los ingresos brutos y sobre los débitos y créditos bancarios del Dador, que serán soportados por este último".*

III) En tal sentido, tal y como establece la mencionada Comunicación, cuando exista la imposibilidad de determinar al momento de la suscripción del convenio de leasing, el monto exacto de dichos conceptos –en el caso ´Gastos Iniciales´ y ´Patentes–, los mismos serán facturados por NACIÓN LEASING S.A. en forma separada del canon de leasing resultando dicha factura suficiente respaldo documental para que la jurisdicción o entidad contratante emita los documentos necesarios para realizar el pago correspondiente.

IV) Ahora bien, respecto del pago de las facturas generadas por NACIÓN LEASING S.A. con motivo de la modificación de las condiciones particulares del convenio llevadas a cabo de hecho por las partes –en el caso, el cambio del tipo de cobertura del seguro que brinda a los vehículos NACIÓN LEASING S.A. a través de NACIÓN SEGUROS S.A.–, cabe destacar que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES comparte el criterio vertido por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la ANSES en cuanto a que: *"…la Comunicación General N° 17 de la ONC no resulta de aplicación para la totalidad de los supuestos que pretenden resolverse con la orden de convenio propiciada. Ello así en razón de que, conforme sus propios términos, la misma queda circunscripta a los casos en que exista imposibilidad de determinar (al momento de suscripción del convenio de leasing) el monto exacto de los conceptos establecidos en el punto 12 del ANEXO II de la Disposición N° 10/12 de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión (inscripción, gastos e impuestos). Tal extremo no se verifica en el presente en la medida que se pretende una ampliación del riesgo cubierto (…) podría concluirse que si bien es posible fijar un monto diferenciado para conceptos cuya cuantía se estableció como indeterminable, no es permitido introducir nuevos conceptos entre los cargos que está habilitada a facturar NACIÓN LEASING S.A. pues otro criterio supondría dejar el contrato librado en su determinación final a la introducción de rubros que pudieran haber sido incluidos en el concepto de canon o valor residual de compra…".*

V) Es decir, no se trata el caso de un concepto –seguros– cuyo monto fue imposible determinar al momento de la suscripción del convenio de leasing, sino de una modificación de los términos contractuales acordado por las partes. Ello así, y nuevamente con concordancia con lo dictaminado por el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la ANSES en cuanto se refiere a la facultad del Tomador de modificar las cláusulas particulares del acuerdo al señalar: *"…la cláusula segunda de sendos Convenios oportunamente suscriptos prevé en su párrafo tercero que el Tomador podrá luego de cumplida la notificación al Dador allí mencionada, modificar las condiciones de ellos".* En el caso debió haberse propiciado en tiempo oportuno la modificación de los términos contractuales a través de la suscripción por parte de las autoridades competentes de una *adenda* al convenio original.

VI) A los fines de tramitar la modificación de las condiciones particulares de los convenios enmarcados en el Decreto N° 1188/12, deberá estarse a lo establecido en la Disposición SSTG N° 10/12, la cual en el artículo 2) del Anexo II referido a las Condiciones Generales dispone que *"El Tomador podrá rescindir o modificar el presente convenio notificando la decisión al Dador con SESENTA (60) días corridos de antelación".* Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse que en el caso nos encontramos frente a una contratación interadministrativa en los términos establecidos en el artículo 25 inciso d) apartado 8 del referido Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto se trata de un contrato que celebrado entre una jurisdicción del ESTADO NACIONAL (ANSES) con una empresa en la que tiene participación mayoritaria el Estado (NACIÓN LEASING S.A.).

VII) Las mencionadas vinculaciones de carácter contractual entre reparticiones públicas se rigen por normas de Derecho Público Administrativo. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a una contratación interadministrativa difiere del aplicable a los contratos que vinculan al Estado con una persona de derecho privado. En otras palabras, en el marco de una relación interadministrativa, la Administración carece de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (v. Dictámenes PTN 201:229 y 225:71).

VIII) Por lo tanto, la prerrogativa de la Administración de modificar un contrato interadministrativo debe ejercerse considerando los criterios de coordinación y colaboración que rigen las relaciones interadministrativas (Cfr. Dictámenes ONC Nº 84/2013 y 320/2014).

IX) Ello así, serán las partes involucradas quienes deberán concertar una acción a seguir al respecto, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido. De esta manera, cuando ambas partes se pongan de acuerdo en cuanto a la modificación de las condiciones y precios de los conceptos oportunamente pautados, deberán suscribir una adenda modificatoria para cada uno de los convenios interadministrativos oportunamente suscriptos a efectos de formalizar las nuevas pautas contractuales que en un futuro se acuerden.

X) Sin perjuicio de lo expuesto, respecto de las facturas ya emitidas por NACIÓN LEASING S.A. en concepto de ampliación del riesgo cubierto, resultaría extemporánea la solución brindada por esta Oficina Nacional en los párrafos que anteceden, por lo que a tales efectos se recomienda al organismo de origen atenerse a lo establecido a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS en el N° 58743/15 en el cual señala: *"tratándose la misma de una situación*

de hecho ya materializada y cuyos efectos han ingresado en la esfera patrimonial de esta Administración, esta Dirección no está llamada a opinar a su respecto, debiendo las justificaciones y fundamentaciones expresadas en torno a ello por las áreas intervinientes ser evaluadas y sopesadas por la autoridad llamada a decidir".

XI) En virtud de las consideraciones desarrolladas en el acápite anterior, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES señala que la Comunicación General ONC N° 17/14 no resulta aplicable al concepto ´Seguros´.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00128095-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de julio de 2016.

Referencias/voces: Decreto N° 1188/12. Opción a compra.

Consulta:

Los actuados fueron remitidos a efectos de tramitar la conformidad a la que se refiere el punto 8 del Anexo I de la Disposición ex-SSTG Nº 10/12, con el objeto de que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS pudiera ejercer la opción de compra de UN (1) vehículo VOLKSWAGEN VENTO 2.5 Luxury Manual, Año 2013, Dominio NDF 341, oportunamente contratado en leasing con NACIÓN LEASING S.A., mediante el Convenio N° 3342.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1188/12.
- Disposición ex-SSTG Nº 10/12.
- Decreto Nº 13/15.
- Decreto Nº 13/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Una interpretación tanto dinámica como sistémica de las normas en juego, a la luz de la estructura organizativa del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN y de los cambios introducidos por el Decreto Nº 13/16, lleva a este Órgano Rector a la convicción de que, en la actualidad, la competencia para brindar conformidad al ejercicio de la opción a compra de vehículos contratados en leasing con NACIÓN LEASING S.A. corresponde al señor Ministro de Modernización, teniendo en consideración que se trata de la autoridad que tiene a su cargo la dirección de las políticas de contrataciones de la Administración Nacional y, en particular, la supervisión de las acciones desempeñadas por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

II) En el marco de las presentes actuaciones se encuentran acreditados los siguientes extremos: 1) La contratación en leasing de UN (1) vehículo VOLKSWAGEN VENTO 2.5 Luxury Manual en el marco del Convenio Nº 3342; 2) La comunicación a NACIÓN LEASING S.A., cursada por la Casa de Estudios el 19 de mayo de 2016, comunicándole a la firma su voluntad de ejercer la opción a compra del vehículo en cuestión; 3) El libre deuda emitido por NACIÓN LEASING S.A. con fecha 6 de junio de 2016.

III) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende, en lo que resulta materia de su competencia, que en el presente caso se encuentran dadas las condiciones para que el señor Ministro de Modernización brinde conformidad, en los términos del punto 8 del Anexo I de la Disposición ex-SSTG Nº 10/12, a la opción a compra propiciada, de estimarlo oportuno y conveniente. No obstante ello, es del caso recordar que la opción a compra quedará sujeta al pago íntegro de los cánones devengados con anterioridad al vencimiento del plazo del convenio y al pago del precio en el día del vencimiento del convenio de que se trata, en la forma establecida para la realización de todos los pagos emergentes del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-27016602-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2017.

Referencias: Decreto Nº 1188/12. Gastos precontractuales. Gestor de negocios. Empleo útil. Enriquecimiento sin causa.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que dictamine si correspondía o no que la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA (PFA) abonase la Factura B Nº 0002-00020045, emitida por la firma NACIÓN LEASING S.A. el día 1º de diciembre, por la suma de PESOS DOS MIL CIENTO VEINTITRES CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 2.123,55), en concepto de gestiones y gastos precontractuales efectuados con miras a la celebración de un contrato de leasing que nunca llegó a perfeccionarse, por haber resultado desierta la convocatoria.

Resulta ilustrativo puntualizar que con fecha 11 de octubre de 2013 la DIVISIÓN MANTENIMIENTO AERONÁUTICO de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA requirió la contratación en leasing de DOS (2) vehículos eléctricos tipo POLARIS, destinados al traslado y remoción de helicópteros de esa Institución.

El 25 de febrero de 2014 tomó intervención la ONC, dando por satisfechos los extremos requeridos para la prosecución del trámite, en los términos del Decreto Nº 1188/12 y de la Disposición ex SSTG Nº 10/12.

El 22 de abril de 2014 tuvo lugar el acto de apertura, en el marco del procedimiento sustanciado por NACIÓN LEASING S.A. –Solicitud de Contratación Nº 23/14–, resultando desierto por no haberse recibido ofertas.

Finalmente, el 1º de diciembre de 2015 NACIÓN LEASING S.A. emitió la Factura B N° 0002-00020045 por la suma de PESOS DOS MIL CIENTO VEITITRÉS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 2.123,55) en concepto de gastos de gestión del trámite correspondiente a la Solicitud de Contratación Nº 23/14.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d), apartado 8, del Decreto Nº 1023/01.
- Artículo 6° del Decreto N° 1030/16.
- Artículo 3° de la Disposición ONC N° 62/16.

- Decreto N° 1188/12.
- Ley 25.248.
- Artículos 1781 y 1791 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Disposiciones Ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13.
- Comunicación General ONC Nº 17, del 20 de noviembre de 2014.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por conducto del artículo 6° del Decreto N° 1030/16 se dispuso la derogación del Decreto N° 1188/12, mientras que a través del artículo 3° de la Disposición ONC N° 62/16 han sido derogadas las Disposiciones ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13, la Disposición ONC N° 91/14, la Disposición ONC N° 45/15 y las Comunicaciones Generales ONC Nros. 13/14, 15/14, 17/14, 27/15 y 33/15. A su vez, la Ley 25.248 sobre contrato de leasing fue parcialmente derogada por el art. 3° inc. f) de la Ley N° 26.994.

II) No obstante ello, el Decreto Nº 1188/12 y las Disposiciones Ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13 resultan aplicables al caso en cuestión, en tanto fueron las normas vigentes durante la sustanciación del procedimiento que dio lugar a las erogaciones objeto de controversia.

III) El Decreto N° 1188, dictado en año 2012 en el marco del denominado "Programa de Ordenamiento de las Compras y Contrataciones Públicas", dispuso que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 debían adquirir los automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales, al desarrollo de sus funciones y a dotar a la comunidad de los bienes y servicios cuya prestación corresponda al Estado, mediante la celebración de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A., encuadrados en el artículo 25, inciso d), apartado 8, del Decreto Nº 1023/01, sus modificatorios y complementarios.

IV) En tanto la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA es un organismo desconcentrado del MINISTERIO DE SEGURIDAD, resultaba comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1188/12, así como también respecto del ámbito de aplicación material u objetivo de la norma, en tanto se propiciaba la adquisición de vehículos oficiales. Correspondía, por consiguiente, sujetarse –entre otras– a las previsiones de la Disposición ex SSTG Nº 10/12, por la cual se aprobó el procedimiento para la celebración de convenios de leasing con NACIÓN LEASING S.A. (Anexo I), así como también se aprobó el modelo de convenio a utilizarse (Anexo II).

V) Esta Oficina Nacional emitió la Comunicación General ONC Nº 17, del 20 de noviembre de 2014, donde se aclaró que, de existir la imposibilidad de determinar al momento de la suscripción del convenio de leasing el monto exacto de los conceptos establecidos en el punto 12 del Anexo II de la Disposición Ex SSTG N° 10/12, *"…los mismos serán facturados por NACIÓN LEASINGS.A. en forma separada del canon del leasing, resultando dicha factura suficiente respaldo documental para que la jurisdicción o entidad contratante emita los documentos que fueran necesarios para realizar el pago correspondiente.".*

VI) Cada convenio de leasing se consideraba perfeccionado en oportunidad de su firma, razón por la cual ninguna duda cabe respecto a que el acuerdo de leasing tenido en miras por

las partes para la contratación de DOS (2) vehículos eléctricos tipo POLARIS, destinados al traslado y remoción de helicópteros de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA no llegó a perfeccionarse, por causas ajenas a la voluntad de las partes. En efecto, a juzgar por las constancias obrantes en las presentes actuaciones, parecería que nada puede reprochárseles a las partes, desde que la convocatoria llevada a cabo con sujeción al procedimiento aplicable resultó desierta por causas que –en principio– resultaron ser ajenas a sus respectivas responsabilidades.

VII) Siendo ello así, queda claro que no está en juego la aplicación de penalidades, las que, va de suyo, no proceden en el marco de relaciones inter-administrativas, donde rige el principio de unidad de acción del Estado, que se traduce en relaciones de coordinación y colaboración (conf. Dictamen PTN 252:209).

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que asiste razón a las instancias letradas preopinantes en cuanto advirtieron la ausencia de regulación expresa de los gastos vinculados con la gestión del trámite previo a la celebración del convenio, frente a un supuesto como el que nos ocupa, en donde el convenio interadministrativo entre NACIÓN LEASING S.A. –en calidad de dador– y la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA o bien el MINISTERIO DE SEGURIDAD –en carácter de tomador–, nunca llegó a perfeccionarse.

IX) La ausencia de un convenio de leasing perfeccionado torna inviable tanto la aplicación de lo previsto en la Cláusula 12.3, así como también la instancia conciliatoria prevista en la Cláusula 11, ambas del Anexo II de la Disposición ex SSTG Nº 10/12, precisamente porque tales estipulaciones presuponían un acuerdo firmado; especialmente el mecanismo de acercamiento de las partes con intervención de este Órgano Rector, en tanto se encontraba previsto para resolver a través del consenso toda controversia que pudiere surgir durante la ejecución contractual.

X) A falta de un convenio firmado y en tanto la solución no viene dada por las normas específicas de derecho público, corresponde ocurrir al derecho privado, por vía de la analogía. En ese orden de ideas, lo primero que cabe subrayar es que, compulsada la Ley Nº 25.248 sobre contrato de leasing no se advierte estipulación específica sobre la cuestión que aquí interesa, así como tampoco en la actual regulación de esa especie de contrato que contempla actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación. Resta, en consecuencia, buscar soluciones –susceptibles de extrapolarse por analogía– en otras figuras de derecho privado, tales como el empleo útil y la gestión de negocios.

XI) En cuanto al gestor de negocios, el artículo 1781 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: *"…hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente."*. De la definición transcripta se desprende una necesaria nota de "ajenidad" que no es dable predicar en el caso, en tanto las gestiones realizadas por NACIÓN LEASING S.A. fueron llevadas a cabo en interés propio, con miras a la celebración de un contrato interadministrativo del cual sería parte. Por tal razón, no parece razonable la aplicación analógica de esta figura.

XII) En cuanto concierne al "empleo útil", el artículo 1791 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe: *"Quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto, en interés total o parcialmente ajeno, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después ésta llegue a cesar. El reembolso incluye los intereses, desde la fecha en que el gasto se efectúa."*. En este segundo caso, la clave de bóveda pareciera estar en la utilidad resultante de los gastos efectuados en interés total o parcialmente ajeno, entendida según el diccionario de la Real Academia Española como: *"1. f. Cualidad de útil. 2. f. Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo*" (Cfr. http://dle.rae.es).

XIII) Aun cuando ningún reproche pueda efectuarse a la gestión que NACIÓN LEASING S.A. realizara conforme sus propias normas a fin de satisfacer la solicitud de contratación Nº 23/14, no parece razonable, en el otro extremo, calificarla de provechosa y conveniente para la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, en tanto no se materializó en un convenio de leasing susceptible de satisfacer las necesidades operativas de dicha Fuerza. En ese entendimiento, tampoco procedería el pago por aplicación la teoría del enriquecimiento sin causa, en la medida en que uno de los principales requisitos o presupuestos de procedencia de dicha teoría es justamente el enriquecimiento de una parte a raíz de prestaciones realizadas por la otra, extremo que no se configura en el presente caso.

XIV) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que se considera enriquecimiento sin causa al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, al configurar los siguientes elementos: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio (v. Dictamen PTN N° 89, del 18 de abril de 2002).

XV) El fundamento del principio de enriquecimiento sin causa es, precisamente, impedir que ante la ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, una persona pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otra. Sin embargo, en la medida en que no es posible sostener que la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA se haya enriquecido a expensas de NACIÓN LEASING S.A. –en tanto no se advierte configurado el necesario desplazamiento patrimonial–, el pago de los gastos reclamados tampoco puede hallar sustento en la teoría bajo análisis.

XVI) Esta Oficina Nacional comparte lo opinado por el organismo de origen en cuanto a que la erogación objeto de controversia no debe ser soportada por la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, toda vez que el servicio prestado por NACIÓN LEASING S.A. fue una decisión unilateral en lo que respecta a los intereses de dicha sociedad.

XVII) Es decir, si bien la realidad de derecho público que presenta NACIÓN LEASING S.A. quedó debidamente explicitada en los considerandos del Decreto Nº 1188/12 y está fuera de dudas, cierto es que su constitución bajo una figura de derecho privado denota su rol empresario. Sabido es que, en determinados supuestos, la existencia de fines públicos que no encuentran adecuada o eficiente satisfacción a través de las estructura organizativas tradicionales de la Administración Pública han motivado la adopción de formas de organización lo más cercanas posibles a las utilizadas por la actividad privada, especialmente las formas

societarias comunes, con el objeto de asegurar la celeridad de decisión y la simplificación en el actuar que los nuevos cometidos exigen.

XVIII) Desde esa atalaya, no es dable soslayar el tinte comercial de la actividad desplegada por NACIÓN LEASING S.A., lo cual permite colegir que correspondía a esa compañía asumir el riesgo y ventura propio de todo empresario –que es principio rector en materia de contrataciones públicas–, cuyas consecuencias debe ahora soportar.

XIX) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que no corresponde a la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA afrontar el pago reclamado por la firma NACIÓN LEASING S.A. mediante la Factura B N° 0002-00020045, de fecha 1° de diciembre de 2015, sobre gastos precontractuales del procedimiento de contratación que tramitó individualizado como SDC23/14.

PROGRAMA DE ORDENAMIENTO – DTO. 1189/12.

DICTAMEN ONC Nº 71/2013.

Fecha de emisión: 4 de abril de 2013.

Referencias: Contratación de combustibles y lubricantes. Decreto Nº 1189/12. Trámite de excepción. Improcedencia de la excepción. Disposición SSTG 14/13. Convenio interadministrativo: Programa "YPF en ruta", pago mediante Tarjeta magnética y compra a granel. Compra de combustible y lubricante al Automóvil Club Argentino (ACA).

Consulta:

Dada la implementación del Decreto Nº 1189/12, la CONTADURÍA GENERAL del EJÉRCITO ARGENTINO solicitó a esta Oficina Nacional que contemple la posibilidad de gestionar la excepción de la aplicación de la mencionada norma conforme lo establece el artículo 2º de la misma, a los efectos de realizar la provisión de combustibles y lubricantes que comercializa YPF S.A. a través de sus proveedores locales, mediante el sistema de vales del Automóvil Club Argentino (ACA) para aquellos elementos que no poseen capacidad de almacenamiento. Ello, hasta tanto la Institución castrense contare con la infraestructura requerida para poder efectuar las compras de combustibles a granel y lubricantes a YPF S.A.

El EJÉRCITO ARGENTINO solicitó la excepción al régimen luego de haber identificado DOSCIENTOS CUATRO (204) Unidades de dicha Institución que no cuentan con capacidad de almacenamiento de combustibles.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1189/12.
- Disposición SSTG N° 14/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por Disposición SSTG N° 14/13 se aprobaron los siguientes modelos de convenio destinados a instrumentar la relación entre las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 e YPF S.A., con el objeto de contratar la provisión de combustibles y lubricantes en los términos del Decreto N° 1189/12: 1) Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes; 2) Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes mediante el PROGRAMA YPF EN RUTA; 3) Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes a granel.

II) El programa "YPF en Ruta" consiste en la utilización de una tarjeta magnética destinada a flotas de transporte de carga, como a flotas de utilitarios y vehículos livianos, que carguen combustibles y lubricantes en establecimientos adheridos, todo lo cual puede ser consultado por el organismo en el sitio web de la compañía (www.ypf.com).

III) Para contratar la provisión de combustibles y lubricantes en los establecimientos adheridos al programa "YPF en Ruta", se deberá utilizar el "Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes mediante el PROGRAMA YPF EN RUTA" aprobado por la Disposición SSTG N° 14/13.

IV) La normativa aplicable contempla la posibilidad de establecer como modo de pago opcional por el servicio de provisión de combustible y lubricantes provisto por la firma YPF S.A. un sistema de Tarjeta Magnética Precargable emitida por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (art. 5, Decreto N° 1189/12). Dicho sistema de pago u otro que se convenga podrá ser utilizado por la jurisdicción para contratar la provisión de combustibles y lubricantes en estaciones de servicio que trabajen por cuenta y orden de YPF S.A., de red propia o de terceros. En ese caso, para instrumentar la relación entre las partes, se deberá utilizar el "Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes" aprobado por la Disposición SSTG N° 14/13 (Anexo I).

V) Para la contratación de la provisión de combustibles y lubricantes con YPF S.A. los organismos alcanzados por el Decreto N° 1189/12 deberán llevar adelante el procedimiento al que alude su artículo 3°, esto es, una contratación directa en los términos del artículo 25, inc. d), apartado 8°, del Decreto N° 1023/01, que se formalizará mediante la suscripción de un convenio interadministrativo, en el que se paute el medio de pago que resulte más conveniente para cubrir las necesidades del organismo, propiciando la adquisición de combustibles y lubricantes en estaciones de servicio de YPF S.A. o que trabajen por cuenta y orden de esta última.

VI) Respecto del pago, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha considerado en dictámenes previos, vg. Dictamen ONC Nº 919/12, que de la interpretación armónica del artículo 1º y del artículo 5º del Decreto Nº 1189/12 debe entenderse que la obligación que impone el artículo 1º se refiere a la provisión de combustible y lubricantes YPF S.A. y no al sistema de pago, ya que el artículo 5° del Decreto Nº 1189/12 solo otorga una facultad para utilizar un sistema de Tarjeta Magnética Precargable emitida por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, pero no limita la posibilidad de utilizar otro medio de pago.

VII) Para el supuesto de no existir establecimientos propios de YPF S.A. o que trabajen por su cuenta y orden en zonas cercanas a aquellas en las cuales el organismo desarrolla su actividad, y considerando que las estaciones de servicio del Automóvil Club Argentino

comercializan productos de la firma YPF S.A. al mismo precio que lo comercializa ésta última, esta Oficina Nacional entiende que no habría objeciones legales para que la adquisiciones de combustibles y lubricantes se realice en las estaciones de servicio del Automóvil Club Argentino, pudiendo utilizar en ese caso el medio de pago acordado por las partes involucradas.

VIII) Cuando las Unidades del EJÉRCITO ARGENTINO cuenten con un sistema de almacenamiento de combustibles y lubricantes podrán contratar la compra de dichos productos a granel, utilizando el "Modelo de convenio para la provisión de combustibles y lubricantes a granel" aprobado por la mencionada Disposición (Anexo III).

DICTAMEN ONC Nº 109/2013.

Fecha de emisión: 10 de mayo de 2013.

Referencias: Contratación interadministrativa. Decreto N° 1189/12. Convenio con YPF S.A. Instrumentación. Carta de adhesión.

Consulta:

El MINISTERIO DE SEGURIDAD consultó a esta Oficina Nacional respecto de la viabilidad de suscribir una carta de adhesión propuesta por YPF S.A. en el marco de las negociaciones llevadas a cabo entre el organismo y dicha empresa, para suscribirse al "PROGRAMA YPF en ruta", en virtud de que la misma difiere en alguno de sus términos con el convenio interadministrativo aprobado en el Anexo II de la Disposición SSTG Nº 14/13.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1189/12.
- Disposición SSTG Nº 14/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se encuentran reparos legales que formular para instrumentar el acuerdo a través de la suscripción de una carta o solicitud de adhesión, siempre que los términos de la misma se correspondan con las cláusulas del respectivo modelo aprobado por la Disposición SSTG Nº 14/13.

II) Las actas complementarias que se suscriban como consecuencia del convenio para la compra de combustibles y lubricantes en establecimientos adheridos al "PROGRAMA YPF EN RUTA" deberán ajustarse a lo dispuesto en el punto 11 del modelo agregado como Anexo II de la Disposición SSTG N° 14/13, no pudiendo apartarse de las cláusulas generales obrantes en el modelo aprobado por dicha Disposición.

III) En el caso particular traído a estudio, la carta de adhesión incorporada en los actuados no respeta en todos sus términos el contenido del modelo aprobado por la Disposición SSTG N° 14/13 para instrumentar la contratación de combustibles y lubricantes a través del Programa YPF EN RUTA. Entre otros, se establece la vigencia de la solicitud de adhesión en UN (1) año cuando el convenio modelo indica que el acuerdo mantendrá su vigencia mientras no se

modifique el marco normativo del cual se deriva y se regula un mecanismo de solución de controversias distinto.

IV) Sin perjuicio de la modalidad por la que se formalice la relación entre las jurisdicciones y entidades contratantes e YPF S.A., deberá darse estricto cumplimiento al deber de difundir el acuerdo en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01, en general, y el artículo 4º de la Disposición SSTG Nº 14/13, en particular.

DICTAMEN ONC Nº 118/2013.

Fecha de emisión: 16 de mayo de 2013.

Referencias: Liquidación de viáticos de combustible por uso de autos particulares en actividades oficiales. Decreto N° 1189/12. Ámbito de aplicación. Alcance.

Consulta:

Las actuaciones ingresaron a esta Oficina Nacional a efectos de que se expida en referencia a la implementación del Decreto N° 1189/12 en el ámbito del INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO.

Al respecto se informó que cada representante provincial que integra el CONSEJO DE DIRECCIÓN del INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO dispone de una Caja Chica mensual para atender gastos relacionados a la gestión. Entre dichos gastos se encuentran los relacionados con la carga de combustible que realizan los funcionarios del Instituto, quienes utilizan autos particulares para el cumplimiento de funciones oficiales.

Cabe recordar que la consulta versaba, básicamente, sobre el procedimiento a seguir en el reintegro de los gastos efectuados por los funcionarios del INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO para la carga de combustible en autos particulares, utilizados en actividades oficiales.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1189/12.
- Ley N° 24.800.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Considerando que el INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO es un organismo descentralizado que funciona en la órbita de la SECRETARÍA DEL CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (conf. Ley N° 24.800), se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1189/12.

II) Es opinión de éste Órgano Rector que corresponde efectuar una interpretación amplia del concepto de flota oficial, en tanto que en los considerandos del Decreto Nº 1189/12 se expresa que las políticas que se implementen en materia de contrataciones públicas deben ser comprensivas de las modalidades con las que los organismos estatales puedan cumplir con más eficacia y economía sus objetivos en aras del bienestar general.

III) Corresponde considerar que se encuentran comprendidos en el concepto de flota oficial, en los términos del artículo 1° del Decreto N° 1189/12, los vehículos particulares cuyo uso se destina a actividades oficiales tendientes al logro del interés público y el bienestar general.

IV) La contratación del combustible a utilizar en vehículos particulares afectados a actividades oficiales debe realizarse con YPF S.A. conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12, salvo excepción autorizada por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS, conforme lo regulado en el artículo 2° del mismo cuerpo normativo.

V) El INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO podrá celebrar un convenio para la provisión de combustibles mediante el "Programa YPF en Ruta" en los términos establecidos en el Anexo II de la Disposición SSTG N° 14/13 y/o implementar un convenio genérico en los términos del Anexo I de la Disposición antes referida, estableciendo como medio de pago, por ejemplo, el uso del sistema de Tarjeta Magnética Precargable emitida por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA.

VI) El combustible de YPF S.A. se comercializa en estaciones de servicio propias de YPF S.A., en estaciones de servicio de terceros que gestionan por cuenta y orden de YPF S.A. y en estaciones de servicio de terceros que revenden combustible de YPF S.A.

VII) Excede las facultades de este órgano rector expedirse en materia de cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia relacionadas con la rendición de gastos.

DICTAMEN ONC Nº 227/2014.

Fecha de emisión: 9 de junio de 2014.

Referencias: Decreto Nº 1189/12. Convenio interadministrativo. Combustible. Consulta. Necesidad de convenio para carga en estaciones YPF o abanderadas. Carga a granel.

Consulta:

Se solicitó la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que se expida sobre si la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA cumple con el Decreto N° 1189/12, dada la particular operatoria descripta.

Al respecto, la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA manifestó dicha fuerza utiliza productos YPF -combustibles y lubricantes- destinados a las embarcaciones, automotores y aeronaves, los que en su gran mayoría son adquiridos a YPF S.A y el resto en estaciones de bandera.

Asimismo se señaló que: *"…la aludida operatoria se inicia con un pago mediante una Orden de Pago a través de la Cuenta Única del Tesoro a YPF S.A., posteriormente del monto abonado se deducen los requerimientos que se efectúan, entregando YPF en forma directa con sus medios de transporte el combustible solicitado al Guardacostas destinatario, en el puerto donde este se encuentra amarrado (Buenos Aires, Puerto Madryn, Mar del Plata, Comodoro Rivadavia y Caleta Olivia), dejándose constancia que en ningún caso se utilizan depósitos de la Institución, siendo siempre la relación YPF-Guardacostas, realizándose en forma similar el procedimiento para las aeronaves.*

En virtud de haberse recibido observaciones de los Órganos de Control, se solicita conocer si la operatoria descripta podría considerarse como una compra a granel, y si está comprendida dentro de los alcances del Artículo 4º de la Disposición Nº 23/13 o en su defecto debe celebrarse como condición sine qua non el convenio interadministrativo previsto en el Artículo 3º del Decreto Nº 1189/12.".

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Nº 1189/12.
- Artículo 4° de la Disposición ONC N° 23/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 3º del Decreto Nº 1189/12 regula que a los fines de materializar la contratación referenciada en el artículo 1° para la provisión de combustible y lubricantes, las jurisdicciones y entidades deberán utilizar el procedimiento de selección previsto en el artículo 25, inciso d), apartado 8, del Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus modificatorios e instrumentar la relación entre las partes mediante un convenio interadministrativo.

II) Sin perjuicio de ello, el artículo 4° de la Disposición ONC N° 23/13 establece: *"En aquellos casos en que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8° del inciso a) de la Ley N° 24.156 opten por adquirir combustibles y lubricantes en puntos de venta abanderados o autorizados por YPF S.A., pagando con el sistema de Tarjeta Magnética Precargable del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA o con algún sistema de pago similar o en efectivo, no será necesario que se suscriba ningún acuerdo con YPF S.A.".*

III) En virtud de la norma antes transcripta y de lo expuesto por el organismo de origen, no se advierte incompatibilidad alguna entre lo actuado por la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA y el régimen establecido en el Decreto Nº 1189/12, reglamentado por la Disposición ONC Nº 23/13. Ello así en la medida en que, al adquirir la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, en la actualidad, los combustibles y lubricantes destinados a las embarcaciones, automotores y aeronaves oficiales a la empresa YPF S.A. o a través de estaciones abanderadas por ésta, la finalidad del régimen se está cumpliendo, es decir, adquirir los productos YPF, ya sea en forma directa o indirecta, motivo por el cual, en opinión de esta Oficina, la suscripción del convenio interadministrativo contemplado en el Decreto N° 1189/12 se presenta como aconsejable más no como un requisito imprescindible, en tanto se salvaguarde la finalidad tenida en miras por las normas en cuestión, circunstancia que se encontraría corroborada a juzgar por las manifestaciones vertidas en sendas notas de remisión.

IV) Finalmente, esta Oficina Nacional opina que la operatoria descripta resulta equiparable, a los fines del Decreto Nº 1189/12, a la provisión de combustibles y/o lubricantes a granel, modalidad prevista en el régimen actual. Ergo, se hace extensiva a este supuesto la conclusión a la que se arribara en el párrafo precedente.

DICTAMEN ONC Nº 219/2015.

Fecha de emisión: 4 de agosto de 2015.

Referencias: Contratación de combustibles y lubricantes. Decreto Nº 1189/12. Trámite de excepción.

Consulta:

Se solicitó la intervención del Órgano Rector, a efectos de tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12, conforme lo regulado en el artículo 2° del citado cuerpo normativo.

La SUBSECRETARÍA DEL SERVICIO LOGÍSTICO DE LA DEFENSA del MINISTERIO DE DEFENSA acompañó una nota en la cual expuso la situación que se presentaba con motivo de la aplicación del Decreto 1189/12, para la adquisición de lubricantes a emplearse durante la Campaña Antártica de Verano 2015/2016. En tal sentido, indicó que dicha Subsecretaría ejecutaba el Programa de Abastecimiento Consolidados de Insumos para la Defensa, para lo cual era necesario iniciar el trámite de obtención de lubricantes que no podían ser provistos por la Empresa YPF S.A.

Al tomar intervención la DIRECCIÓN INDUSTRIAS de YPF S.A., dejó plasmado en su informe que dicha firma no contaba con equivalentes para suplir los lubricantes solicitados por el organismo.

Normativa examinada:

- Artículos 1° y 2º del Decreto N° 1189/12.
- Artículo 6º de la Disposición ONC N° 23/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12 las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8°, inciso a), de la Ley Nº 24.156 deberán contratar con YPF S.A. provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales. Considerando que el MINISTERIO DE DEFENSA es una jurisdicción integrante de la Administración Central, se encuentra incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1189/12.

II) En cuanto hace a la delimitación del ámbito de aplicación objetivo del régimen instaurado por el Decreto en cuestión, es dable mencionar que el mismo regula la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales (v. artículo 1º Decreto Nº 1189/12). Ello así, en principio, en tanto se pretende la adquisición de lubricantes a emplearse durante la Campaña Antártica de Verano 2015/2016, la presente contratación se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Nº 1189/12.

III) Excede la esfera de las atribuciones de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES abrir juicio sobre las cuestiones de carácter técnico que otorgan fundamento a la solicitud de excepción que se somete a su consideración, máxime si han sido objeto de análisis por las instancias técnicas competentes. La ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico debe realizarse de conformidad a los informes de especialistas en la materia, los que merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (conf. Dictámenes PTN 204:47; 212:87).

IV) Así las cosas, a la luz de los motivos expuestos por el organismo y especialmente lo indicado en el informe técnico emitido por la empresa YPF S.A., no se advierten objeciones que formular a la solicitud de excepción respecto de los lubricantes detallados.

DICTAMEN ONC Nº 220/2015.

Fecha de emisión: 4 de agosto de 2015.

Referencias: Contratación de combustibles y lubricantes. Decreto Nº 1189/12. Trámite de excepción.

Consulta:

Se solicitó la intervención del Órgano Rector, a efectos de tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12, conforme lo regulado en el artículo 2° del citado cuerpo normativo.

Normativa examinada:

- Artículos 1° y 2º del Decreto N° 1189/12.
- Artículo 6º de la Disposición ONC N° 23/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12 las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8°, inciso a), de la Ley Nº 24.156 deberán contratar con YPF S.A. provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales. En ese orden de ideas, y considerando que el MINISTERIO DE DEFENSA es una jurisdicción integrante de la Administración Central, se encuentra incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1189/12.

II) En cuanto hace a la delimitación del ámbito de aplicación objetivo del régimen instaurado por el Decreto en cuestión, es dable mencionar que el mismo regula la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales (v. artículo 1º Decreto Nº 1189/12). Ello así, en principio, en tanto se pretende la adquisición de lubricantes para aeronaves de las Fuerzas Armadas, la presente contratación se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Nº 1189/12.

III) Excede la esfera de las atribuciones de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES abrir juicio sobre las cuestiones de carácter técnico que otorgan fundamento a la solicitud de

excepción que se somete a su consideración, máxime si han sido objeto de análisis por las instancias técnicas competentes. La ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico debe realizarse de conformidad a los informes de especialistas en la materia, los que merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (conf. Dictámenes PTN 204:47; 212:87).

IV) El control de legalidad que compete a este Órgano Rector debe respetar el poder de valoración otorgado a la Administración, limitándose a verificar si el recorrido lógico y la ponderación efectuada por las áreas sustantivas se ajustan a pautas aceptables, aun cuando fueran opinables.

V) En suma, tomando en consideración las constancias obrantes en autos, en especial lo expresado por la empresa YPF S.A., interpretado ahora a la luz del informe aclaratorio donde expresamente se explica que los productos requeridos no son comercializados por la empresa YPF S.A. y tampoco pueden ser reemplazados por sustitutos, no se advierten objeciones que formular a la solicitud de excepción respecto de los lubricantes detallados.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00017558-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de junio de 2016.

Referencias/voces: Decreto N°1189/12. Improcedencia CD interadministrativa por falta de acreditación de la conformación del capital de la contraparte. Solicitud de excepción. Ausencia de informes técnicos.

Antecedentes.

El señor Intendente del PARQUE NACIONAL EL PALMAR de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES puso en conocimiento del Órgano Rector la problemática que se le presentaba en virtud de la aplicación del Decreto N° 1189/12.

En ese sentido, el organismo de origen manifestó lo siguiente: *"Nosotros en el Parque Nacional El Palmar – Administración de Parques Nacionales, ubicado en la provincia de Entre Ríos, tenemos depósitos de combustibles por 5.000 litros, que reúnen las condiciones para su carga a granel* […] *La Administración de Parques Nacionales posee tarjetas YPF RUTA para su flota de vehículos, pero con las mismas no se puede cargar a granel. La estación de servicio más cercana al parque se encuentra a 60km.*

Nos comunicamos con la empresa (sic) *YPF S.A. para la adquisición de combustible y ellos nos dijeron que a granel solo distribuyen camiones de 35.000 litros. Para comprar menores cantidades hay que solicitar a un YPF Directo que son los que distribuyen al por menor en distintas zonas.*

A 60km del Parque Nacional El Palmar, se encuentra la empresa Organización Delasoie Hnos (YPF Directo), es un distribuidor minorista de YPF S.A.

Este parque para su mantenimiento diario, usa maquinarias pesadas, así como demás vehículos, que por sus condiciones y logística de trabajo, no pueden estar realizando 120 km (entre ida y vuelta) para poder cargar combustible con Tarjetas YPF Ruta.".

Consulta:

La INTENDENCIA del PARQUE NACIONAL EL PALMAR de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que dictamine si resultaba posible la celebración de un convenio interadministrativo con la ORGANIZACIÓN DELASOIC HNOS. a fin de dar cumplimiento al Decreto Nº 1189/12; subsidiariamente, ante una respuesta negativa, se solicitó la excepción prevista en el artículo 2° del referido decreto.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1189/12.
- Disposición ONC N° 23/13.
- Artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional opinó, en el marco del Dictamen ONC Nº 227/2014 lo siguiente: *"…en la medida en que, al adquirir la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, en la actualidad, los combustibles y lubricantes destinados a las embarcaciones, automotores y aeronaves oficiales a la empresa YPF S.A. o a través de estaciones abanderadas por ésta, la finalidad del régimen se estaría cumpliendo, es decir, adquirir los productos YPF, ya sea en forma directa o indirecta, motivo por el cual, en opinión de esta Oficina, la suscripción del convenio interadministrativo contemplado en el Decreto N° 1189/12 se presenta como aconsejable más no como un requisito imprescindible, en tanto se salvaguarde la finalidad tenida en miras por las normas en cuestión, circunstancia que se encontraría corroborada a juzgar por las manifestaciones vertidas en sendas notas de remisión.".*

II) Ahora bien, en el caso que nos ocupa el INTENDENTE del PARQUE NACIONAL EL PALMAR de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES consulta sobre la posibilidad de celebrar un convenio interadministrativo con la firma ORGANIZACIÓN DELASOIC HNOS. a fin de dar cumplimiento al Decreto Nº 1189/12.

III) Al respecto, debe tenerse presente que la relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido propio (Nación y provincias) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal (entre ellas las empresas del Estado o entidades autárquicas) (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T II, 4º Edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot. Pág. 61).

IV) YPF S.A. integra el SECTOR PUBLICO NACIONAL en los términos del inciso b) del artículo 8° de la Ley Nº 24.156, en la medida en que mediante el artículo 7° de la Ley Nº 26.741 se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el CINCUENTA Y UN POR CIENTO (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta. A su vez, YPF Directo es el canal de venta integral de YPF, que a través de distintos centros emplazados en todo el país y de su red de distribuidores entrega su amplia oferta de insumos y servicios directamente al público.

V) En el marco del presente expediente el organismo consultante no acompañó documentación que acredite la conformación del capital correspondiente a la firma ORGANIZACIÓN DELASOIE S.A., requisito *sine qua non* para evaluar la procedencia del procedimiento de selección contemplado en el art. 25, inciso d), apartado 8º, del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VI) Frente a dicha omisión, esta Oficina Nacional infiere que se trata de una empresa de capitales privados que se dedica a la distribución de combustibles y/o lubricantes provistos por YPF S.A., no constituyendo en sí misma una empresa estatal, razón por la cual la contratación interadministrativa se presenta –*a priori*– como inviable.

VII) En tanto no se encuentra acreditado en autos que la firma ORGANIZACIÓN DELASOIE S.A. sea una empresa en la que tenga participación mayoritaria el Estado, no resulta viable la contratación directa administrativa, en los términos propiciados.

VIII) Para solicitar la excepción prevista en el artículo 2° del Decreto N° 1189/12, el organismo deberá remitir a esta Oficina Nacional, los informes técnicos previstos en el artículo 6° de la Disposición ONC N° 23/13.

IX) El motivo por el cual no resulta conveniente para los intereses del PARQUE NACIONAL EL PALMAR de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES la contratación de los combustibles y/o lubricantes con YPF S.A. se vincula con la ubicación geográfica de dicho parque, en tanto *"La estación de servicio más cercana al parque se encuentra a 60km…", no resultando razonable ni conveniente, por otra parte, "…estar realizando 120 km (entre ida y vuelta) para poder cargar combustible con Tarjetas YPF Ruta".* Sin embargo, no es posible soslayar que no se acompañó el informe técnico elaborado por YPF S.A., donde quede acreditado o de algún modo la empresa en cuestión ratifique lo expuesto por el organismo de origen.

X) Para el caso de persistir la necesidad, el organismo deberá remitir a esta Oficina Nacional los correspondientes informes técnicos a efectos de evaluar si resulta pertinente otorgar la excepción dispuesta en el artículo 2° del Decreto N° 1189/12 para la adquisición de combustible y/o lubricantes.

XI) En relación a ello, a fin de evitar interpretaciones erróneas que puedan llevar a equívocos a la hora de evaluar la procedencia de la excepción solicitada, deviene imperioso que el organismo de origen circunscriba el pedido de excepción identificando con el mayor grado de precisión posible los combustibles y/o lubricantes respecto de los cuales se solicita la excepción.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00017561-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de junio de 2016.

Referencias/voces: Decreto N° 1189/12. Autoriza excepción.

Antecedentes.

La DIRECCIÓN DEL MATERIAL de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA propició cambiar la cadena de abastecimiento del combustible utilizado por CUARENTA Y SIETE (47) "Lanchas de Frontera" en la zona ALTO PARANÁ y PARANÁ SUPERIOR Y PARAGUAY.

Se explicó mediante un "Estudio Abreviado" la problemática de la alta recurrencia de fallas en los sistemas de inyección electrónica de los motores Volvo Penta D4-260 montados en las "Lanchas de Frontera".

A raíz de ello, se realizó la pertinente consulta técnica a la empresa proveedora y representante oficial del país de los motores propulsores, obteniéndose como respuesta que *"…la vida útil promedio de las toberas de inyección en los motores marinos VOLTO PENTA D4-260, debería ser del orden de las 5000 horas de funcionamiento, al utilizarse Gas Oíl de alta calidad que cumplan estándares internacionales...".*

La DIRECCIÓN DE MATERIAL de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA arribó a las siguientes conclusiones: 1) La calidad del combustible suministrado no cumple con la especificaciones técnicas requeridas por el fabricante de los motores, la normativa vigente y tampoco acuerda con normas internacionales; 2) La cadena de abastecimiento de combustible no asegura la calidad del mismo, desde el provisto por la petrolera, su almacenamiento en las estaciones de servicio y distribución interna a los medios navales; 3) Existen sobradas razones que justifican el cambio de proveedor de combustible, ya que a los mayores costos de mantenimiento está el riesgo potencial de mal funcionamiento de los motores durante el curso de operaciones policiales.

Con sustento en ello, la PNA solicitó tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1189/12, conforme lo regulado en el artículo 2° del citado cuerpo normativo.

<u>Normativa examinada:</u>

- Decreto Nº 1189/12.
- Disposición ONC N° 23/13.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) En cuanto hace a la delimitación del ámbito de aplicación objetivo del régimen instaurado por el Decreto en cuestión, es dable mencionar que el mismo regula la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales (v. artículo 1º Decreto Nº 1189/12). Ello así, en tanto se pretende la adquisición de combustible para "Lanchas de Frontera", la presente contratación se encuentra, en principio, incluida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Nº 1189/12.

II) Excede la esfera de las atribuciones de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES abrir juicio sobre las cuestiones de carácter técnico que otorgan fundamento a la solicitud de excepción que se somete a su consideración, máxime si han sido objeto de análisis por las instancias técnicas competentes.

III) La ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico debe realizarse de conformidad a los informes de especialistas en la materia, los que

merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (conf. Dictámenes PTN 204:47; 212:87).

IV) Así las cosas, a la luz de los motivos expuestos por el organismo, no se advierten objeciones que formular a la solicitud de excepción efectuada para la adquisición de combustible Gasoil Grado 3 para "Lanchas de Fronteras" equipadas con motores Volvo Penta D4 260.

V) Si bien no obra en los presentes actuados un informe técnico expedido por YPF S.A., esta Oficina Nacional entiende que a la luz de los razonables motivos técnicos expuestos por la DIRECCIÓN DE MATERIAL de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, solicitarlo en esta instancia implicaría dilatar innecesariamente la prosecución del trámite, en detrimento del fin público comprometido en la contratación de marras.

PROGRAMA DE ORDENAMIENTO – DTO. 1191/12.

DICTAMEN ONC Nº 79/2013.

Fecha de emisión: 12 de abril de 2013.

Referencias: Pasajes aéreos. Decreto Nº 1191/12. Contratación de agencia de viaje. OPTAR S.A. Procedimiento a seguir. Operatoria para la adquisición de pasajes aéreos con OPTAR S.A. Inexistencia de regulación. Autoridad de aplicación. Obligación de adquirir pasajes con AEROLÍNEAS ARGENTINAS y AUSTRAL LÍNEAS AÉREAS.

Consulta:

El ex MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS había iniciado un procedimiento licitatorio para la contratación del servicio de reserva y emisión de pasajes aéreos, frente a lo cual la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la citada cartera ministerial advirtió que el proceso de contratación debería rencausarse en virtud del dictado del Decreto Nº 1191/12.

En virtud de ello, se consultó a esta Oficina Nacional respecto del procedimiento a seguir ante la necesidad de iniciar los trámites correspondientes para la compra de pasajes aéreos mediante los servicios de OPTAR S.A.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1191/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Del artículo 6º del Decreto Nº 1191/12 se desprende que esta Oficina Nacional no es autoridad de aplicación del mencionado decreto, sin perjuicio de lo cual corresponde informar

que la operatoria para la adquisición de pasajes aéreos a través de OPTAR S.A se encuentra en proceso de reglamentación.

II) Hasta tanto se apruebe dicha reglamentación, los organismos podrán seguir contratando el servicio de viajes a través de una agencia utilizando los procedimientos tradicionales regulados en el artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y reglamentados en el Decreto Nº 893/12, sin perjuicio de lo cual la agencia que resulte adjudicataria deberá adquirir los pasajes con AEROLINEAS ARGENTINA S.A. y AUSTRAL LINEAS AEREAS CIELOS DEL SUR S.A. en los términos del Decreto Nº 1191/2012.

III) En el caso en que el organismo consultante inicie un procedimiento de selección a efectos de posibilitar la contratación del servicio de viajes, el pliego de bases y condiciones particulares deberá establecer que la vigencia del contrato se extenderá por el período en que la entidad lo entienda pertinente (v.g.r. un año) o hasta el momento en que corresponda implementar el procedimiento que se reglamente para adquirir los pasajes aéreos a través de OPTAR S.A. conforme lo previsto en el Decreto N° 1191/12, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

DICTAMEN ONC Nº 150/2013.

Fecha de emisión: 3 de junio de 2013.

Referencias: Pasajes aéreos. Decreto Nº 1191/12. Contratación de agencia de viaje. OPTAR S.A. Procedimiento a seguir. Operatoria para la adquisición de pasajes aéreos con OPTAR S.A. Inexistencia de regulación. Autoridad de aplicación. Obligación de adquirir pasajes con AEROLÍNEAS ARGENTINAS Y AUSTRAL.

Consulta:

El SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL solicitó a la ONC que indique el procedimiento a seguir para la contratación de pasajes por vía aérea en virtud del dictado del Decreto Nº 1191/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1191/12.
- Decisión Administrativa Nº 244/13.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el artículo 1º del Decreto Nº 1191/2012 se establece que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley Nº 24.156 deberán contratar con AEROLINEAS ARGENTINAS SOCIEDAD ANONIMA y AUSTRAL LINEAS AEREAS CIELOS DEL SUR SOCIEDAD ANONIMA los pasajes que requieran para el traslado por vía aérea, tanto dentro como fuera del país, de sus funcionarios, empleados o asesores contratados bajo cualquier modalidad, o de terceros cuyos traslados financiaran. Luego, a través de la Decisión Administrativa Nº 244/13 se aprobó el modelo de convenio interadministrativo para la compra de los pasajes aéreos a través de OPTAR S.A. al mismo tiempo que se dispuso en el Anexo I de un cronograma de ingreso del Sector Público Nacional al sistema de compra de

pasajes por intermedio de la citada empresa, encontrándose el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL comprendido dentro de la primera etapa de implementación con un plazo de TREINTA (30) días hábiles, desde la entrada en vigencia de la Decisión Administrativa.

II) En virtud de ello, deberá el organismo suscribir en el plazo antes indicado el convenio interadministrativo aprobado en dicha Decisión Administrativa con la empresa OPTAR S.A.

III) Sin perjuicio de lo expuesto, es dable destacar que la propia norma bajo análisis aclara en su artículo 3º que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley 24.156 deberán cumplir con lo establecido en el Decreto Nº 1191/12 aún en el plazo anterior a que se encuentren obligadas a usar los servicios de OPTAR S.A. según el cronograma dispuesto.

IV) Solo podrán apartarse de dicha obligación en los casos expresamente previstos en el artículo 5º de la Decisión Administrativo Nº 244/13.

PROHIBICIÓN DE DESDOBLAMIENTO.

DICTAMEN ONC Nº 59/2013.

Fecha de emisión: 18 de marzo de 2013.

Referencias: Prohibición de desdoblamiento. Presunción. Afinidad de renglones.

Consulta:

A raíz de las particulares actividades y necesidades logísticas de la DIRECCIÓN DE AVIACIÓN DE EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO, se solicitó a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que clarifique el alcance de la prohibición de desdoblamiento establecida en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12, a partir de la correcta interpretación que corresponda efectuar de los conceptos “renglones afines” y “grupo de bienes o servicios” receptados en los artículos 37 y 46 de la referida normativa.

Sobre el particular la SUBDIRECCIÓN DE AVIACIÓN DE EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO sostuvo: *“…resultaría necesario esclarecer el real alcance de dichas normas, las cuales, según la interpretación del suscripto, acarrearían que no puedan llevarse a cabo contrataciones que involucren subsistemas de aeronaves y deba tramitarse, por ejemplo, una sola contratación cada trimestre por el rubro ‘repuestos’, que involucre a la totalidad de las aeronaves de dotación de la Fuerza”,* circunstancia que a su parecer –por cuestiones técnicas– tornaría impracticable la realización de las tareas de mantenimiento de manera eficiente, racional y programada.

A título ilustrativo se indicó que: “*Tal es la especificidad y diferenciación, que dentro del sistema aeronaves (avión o helicóptero), existen subsistemas que tienen aún mayor especificidad y diferenciación tecnológica de diseño y fabricación. Por lo tanto, existen fabricantes distintos de*

partes de hidráulica, electrónica, instrumental, plantas de poder, combustible, transmisiones, rotores, hélices, etc., resultando muy difícil encontrar una empresa que fabrique un motor y a la vez haga lo propio con, por ejemplo, servos hidráulicos o instrumentos de aviónica y de comunicaciones".

Normativa examinada:

- Artículos 37 y 46 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La prohibición de desdoblamiento no significa una restricción lisa y llana de fraccionar procedimientos, sino en la medida en que su finalidad sea eludir los montos máximos permitidos para encuadrar determinados procedimientos de selección, o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa, en cuanto hace a las competencias para autorizar o aprobar los procedimientos, y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma.

II) Para que se configure la presunción de desdoblamiento deben darse en forma conjunta los requisitos indicados en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, a saber: 1) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; 2) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines al de la primera convocatoria; 3) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

III) No se configuraría la presunción de desdoblamiento si en cada caso el organismo contratante documenta en forma previa y adecuada la existencia de razones que justifiquen el fraccionamiento.

IV) El criterio establecido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para determinar la presunción se funda en la afinidad de los renglones, la que está dada en función de las actividades comerciales de los proveedores que fabrican, venden o distribuyen los distintos grupos de bienes o servicios y la pertenencia de los bienes que integran los renglones a un mismo grupo de bienes o servicios.

V) Un grupo representa una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado. A su vez, debe entenderse por conjunto a la totalidad de los elementos o cosas poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros (Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. 2001).

VI) Si bien los bienes y servicios detallados en la nota producida por la DIRECCIÓN DE AVIACIÓN DE EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO podrían identificarse *a priori* con una misma actividad comercial, resultarían eventualmente susceptibles de diferenciarse –fundadamente– en distintos grupos conforme su particular naturaleza y grado de especificidad técnico-comercial, en cuyo caso no se configuraría el desdoblamiento vedado por el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 102/2013.

Fecha de emisión: 7 de mayo de 2013.

Referencias: Desdoblamiento. Presunción.

Consulta:

Los actuados ingresaron a esta Oficina Nacional a efectos de que se expida sobre la posibilidad de que el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL realice DOS (2) procedimientos para la adquisición de bienes afines, en atención a lo dispuesto por los artículos 37 y 47 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 37 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) No se configura un desdoblamiento prohibido cuando el procedimiento elegido en ambos casos es la licitación pública y son autorizadas por la autoridad que resulte competente, considerando el monto total de ambas contrataciones, de acuerdo a lo que disponen las normas vigentes en la materia.

DICTAMEN ONC Nº 217/2013.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2013.

Referencias: Prohibición de desdoblamiento, requisitos. Créditos extrapresupuestarios.

Consulta/objeto de la intervención:

Se solicitó a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida sobre:

a) La posible configuración de la presunción de desdoblamiento establecida en el artículo 37 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación con las Licitaciones Públicas Nros. 1/2013 y 8/2013.

b) La posibilidad de configurarse un desdoblamiento prohibido –en los términos del artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– en supuestos en que se ejecuten "créditos extrapresupuestarios".

El EJÉRCITO ARGENTINO detalló la siguiente información: *"1. Licitación objeto de estudio: Licitación Privada Nº 08/13: mantenimiento, reparación y limpieza de edificios y locales (partida de funcionamiento del Cdo DE 3 y UUDD).*

Dicho acto contractual se inició con la finalidad de satisfacer las necesidades de funcionamiento de la Guarnición Bahía Blanca por un monto de solicitud de gasto de ($ 195.244,00) y llegando a la etapa de adjudicación por un monto de $ (184.744,00).

Al momento del 2do dictamen jurídico el auditor advierte en su dictamen Nro 041/13 de fecha 13 de marzo de 2013, que en el presente acto contractual podría configurarse dentro de las figuras establecidas en el artículo 37 del Dec 893/12 ya que la Licitación Pública Nro 01/2013 posee el mismo rubro comercial".

A mayor abundamiento, se argumentó lo siguiente: *"Cabe aclarar que la motivación del gasto de la Licitación Pública Nro 01/2013 es para el mantenimiento, reparación y limpieza de edificios y locales la justificación del gasto es cumplimentar las disposiciones vigentes de aeronavegabilidad militar, correspondiente a una cesión de crédito proveniente del Comando de Aviación para la Sección de Aviación de Ejército 181 por un monto adjudicado de ($ 175.100,00).".*

Normativa examinada:

- Artículo 34, 35, 37 y 46 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 persigue una doble finalidad: Por un lado se procura evitar que los organismos contratantes fraccionen contrataciones con el objetivo de eludir las exigencias formales de determinados procedimientos de selección (v. g. pautas de publicidad y difusión), pero a su vez, no menos importante es recordar que el aludido precepto normativo procura impedir que mediante el desdoblamiento del objeto contractual se vulneren las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos. Siendo ello así, la presunción de desdoblamiento es susceptible de configurarse aún en supuestos en que el objeto contractual haya sido desdoblado en dos o más licitaciones públicas, por cuanto si bien se estaría optando, en tales casos, por el tipo de procedimiento formalmente más riguroso, el fraccionamiento podría tender a eludir la intervención de alguna autoridad administrativa.

II) La cuestión relativa a las autoridades competentes es una incorporación del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, que tiene como fin impedir que en el marco de una contratación se eluda la intervención de determinada autoridad, y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma.

III) Se configurará la presunción de desdoblamiento cuando: a) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; b) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines; c) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

IV) El criterio establecido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para determinar la presunción es la afinidad de los renglones. La afinidad está dada en función de las actividades comerciales de los proveedores y se considerarán renglones afines a los que pertenezcan a un mismo grupo de bienes o servicios, entendiendo por grupo a una pluralidad de bienes o elementos poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros.

V) La consideración del origen del crédito (es decir, que el mismo sea extra-presupuestario) no está contemplada en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 como un criterio válido para justificar el fraccionamiento del objeto contractual en dos o más procedimientos con renglones afines.

VI) Para que se configure el desdoblamiento, se mantiene el requisito de la ausencia de justificación documentada (v.g. informes) que, en forma previa, motive el fraccionamiento. De allí que no se configuraría la presunción regulada en el artículo 37 si en el expediente de la contratación se verifica la existencia de la debida motivación documentada que justifique el fraccionamiento.

VII) Del análisis comparativo de los renglones que conforman el objeto de una y otra licitación puede razonablemente advertirse que los Renglones Nº 1, Nº 2 y Nº 4 de la Licitación Privada Nº 8/2013 resultan ser, en principio, afines a los CINCO (5) Renglones contemplados en la Licitación Pública Nº 1/2013, en tanto integran un mismo grupo o conjunto con características homogéneas.

VIII) En lo que refiere a los montos máximos permitidos para encuadrar los procedimientos, y a juzgar por los elementos de convicción obrantes en estas actuaciones puede concluirse que no se ha configurado el desdoblamiento prohibido por el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en razón de que en uno de los casos (Licitación Pública Nº 1/2013) se optó por el tipo de procedimiento más riguroso –desde el punto de vista formal– y que tutela de un modo más acabado los principios generales que rigen las contrataciones públicas. Y en relación a la Licitación Privada Nº 8/2013, a la luz de las sumas involucradas, puede razonablemente inferirse que si se hubieran agrupado los renglones afines de una y otra licitación en ese único procedimiento, el monto total estimado no excedería del máximo permitido por el artículo 34 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para las licitaciones privadas.

IX) Atento a la especificidad de las normas que regulan la competencia para autorizar o aprobar procedimientos en el ámbito del EJÉRCITO ARGENTINO, a los fines de dilucidar si se ha eludido la intervención de una determinada autoridad corresponderá que se acompañen las normas donde se regulen dichas competencias y que en forma previa se expida sobre la cuestión el Servicio Permanente de Asesoramiento Jurídico de la institución castrense.

DICTAMEN ONC Nº 412/2013.

Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2013.

Referencias: Adquisición de automotores. Leasing. Decreto Nº 1188/12. Prohibición de desdoblamiento.

Consulta:

NACIÓN LEASING S.A. solicitó la intervención de la ONC, a efectos de que emita opinión sobre la posible configuración de desdoblamientos prohibidos –en los términos del artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12–, en la medida en que se propicia la

suscripción, por parte del Jefe de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, de diversos convenios de leasing para la adquisición de vehículos, en el marco del Decreto Nº 1188/12.

Normativa examinada:

- Artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Considerando que se han informado a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES diversas contrataciones de adquisición de vehículos solicitadas por la POLICIA FEDERAL ARGENTINA, corresponderá evaluar que al momento de suscribir los respectivos convenios que no se incurra en la prohibición de desdoblamiento" (v. Dictamen ONC Nº 219/13).

II) La presunción de desdoblamiento establecida en el citado artículo 37 admite prueba en contrario. Ello es así por cuanto la prohibición no significa una restricción lisa y llana de fraccionar procedimientos, sino en la medida en que su finalidad sea eludir los montos máximos permitidos para encuadrar determinados procedimientos de selección, o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma (Cfr. Dictamen ONC Nº 59/13, entre otros).

III) Así las cosas, a juzgar por la información suministrada por la SUBSECRETARÍA DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, en donde se acreditaron las razones que justifican el fraccionamiento de los procedimientos, esta Oficina no tiene objeciones que formular a la continuidad de los trámites.

DICTAMEN ONC Nº 298/2014.

Fecha de emisión: 8 de agosto de 2014.

Referencias: Prohibición de desdoblamiento.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2088/2014), mediante el cual, entre otros extremos, se propicia aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nº 39/2014 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, llevada a cabo con el objeto de adquirir leche entera en polvo instantánea fortificada.

El Área Compras de la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL requirió a la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS ALIMENTARIAS de esa jurisdicción que se sirviese: *"…acreditar y fundamentar las razones para la contratación del servicio solicitado, en virtud que ya se han realizado procedimientos para la adquisición de servicios similares en el último trimestre…".*

En respuesta a ello, la instancia requerida informó, entre otros extremos, lo siguiente: *"…Uno de los planes nacionales articuladores de la política social en el país es el de Seguridad Alimentaria, que da cumplimiento a la Ley Nº 25.724. Conforme a esta Ley y su Decreto Reglamentario, es objetivo del programa propender a asegurar el acceso a una alimentación*

adecuada y suficiente, coordinando desde el Estado las acciones integrales e intersectoriales que faciliten el mejoramiento de la situación alimentaria y nutricional de la población […].

La modalidad de distribución de los alimentos para resolver problemáticas concretas de grupos altamente vulnerables se hace entregando estos alimentos en forma proporcional. Pero también existen compromisos para abastecer a instituciones educativas que entregan desayunos y/o meriendas […] *y en caso de emergencias donde se debe dar respuesta inmediatamente* […].

Se debe aclarar que los alimentos y cantidades son planificados para que siempre se tenga en stock lo necesario. Ante imprevistos, como sucede cuando un oferente no entrega los alimentos adjudicados o cuando un renglón queda desierto por falta de ofertas u ofertas inadmisibles, sucede que el stock de alimento se ve modificado perdiendo su equilibrio y complementariedad. Por esta razón se debe iniciar trámites para adquirir estos faltantes y contrarrestar el inconveniente […].

Estas razones han llevado a realizar más de una solicitud para la adquisición de alimentos".

Normativa examinada:

- Artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme fuera señalado en Dictámenes ONC Nº 935/12 y Nº 937/12, la reglamentación vigente establece que se configurará la presunción de desdoblamiento cuando: a) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; b) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines al de la primera convocatoria; c) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

II) Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, como sería, por ejemplo, cuando existan razones atendibles que justifiquen el desdoblamiento. Ello así, en tanto que lo que se procura evitar es el fraccionamiento de contrataciones con el mero objetivo de eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa (Cfr. Dictamen ONC Nº 59/2013).

III) Otro de los objetivos perseguidos mediante la prohibición establecida en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es evitar que mediante la sustanciación pequeñas contrataciones sucesivas se eluda el Régimen del Sistema de Precios Testigo instaurado mediante Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122/10 y de aplicación obligatoria cuando el monto estimado de la compra o contratación sea igual o superior a la suma de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL ($ 1.300.000,00.-).

IV) De las presentes actuaciones se desprende, no sólo la existencia de una justificación brindada por la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS ALIMENTARIAS del organismo de origen, sino además, que: 1) Se ha optado por el procedimiento de selección más riguroso en cuanto hace a pautas de publicidad y difusión, esto es, la licitación pública; 2) La medida en ciernes se proyectó para ser suscripta por el Jefe de Gabinete de Ministros, quien ejerce la administración general del país (Artículo 100, inciso 1º CN); 3) Se ha dado cumplimiento al Sistema de Precios Testigo.

En virtud de todo lo expuesto, esta Oficina Nacional no tiene observaciones que efectuar en relación a este punto.

DICTAMEN ONC Nº 427/2014.

Fecha de emisión: 4 de noviembre de 2014.

Referencias: Prohibición de desdoblamiento.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 2340/2014), mediante el cual, entre otros extremos, se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública Nº 10/2014 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, llevada a cabo con el objeto de adquirir alimentos no perecederos.

Es dable mencionar que de los actuados surgía que la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL había requerido a la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS ALIMENTARIAS de esa jurisdicción que se sirva: *"…acreditar y fundamentar las razones de haber realizado más de un procedimiento para la adquisición de bienes afines…".*

En respuesta a ello, la instancia requerida informó, entre otros extremos, lo siguiente: *"…los alimentos y cantidades son planificados para que siempre se tenga en stock lo necesario. Ante imprevistos, como sucede cuando un oferente no entrega los alimentos adjudicados o cuando un renglón queda desierto por falta de ofertas u ofertas inadmisibles, sucede que el stock de alimento se ve modificado perdiendo su equilibrio y complementariedad. Por esta razón se debe iniciar trámites para adquirir estos faltantes y contrarrestar el inconveniente* […] *Estas razones han llevado a realizar más de una solicitud para la adquisición de alimentos".*

Normativa examinada:

- Artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme fuera señalado en Dictámenes ONC Nº 935/12 y Nº 937/12, respectivamente, la reglamentación vigente establece que se configurará la presunción de desdoblamiento cuando: a) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; b) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines al de la primera convocatoria; c) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

II) De lo expuesto surge que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, como sería, por ejemplo, cuando existan razones atendibles que justifiquen el desdoblamiento.

III) Ello así, en tanto que lo que se procura evitar es el fraccionamiento de contrataciones con el mero objetivo de eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa (Cfr. Dictamen ONC Nº 59/13). Incluso, puede sostenerse que otro de los objetivos perseguidos mediante la prohibición establecida en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 es evitar que mediante la sustanciación pequeñas contrataciones sucesivas se eluda el Régimen del Sistema de Precios Testigo instaurado mediante Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122/10 y de aplicación obligatoria cuando el monto estimado de la compra o contratación sea igual o superior a la suma de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL ($ 1.300.000,00.-).

IV) De las presentes actuaciones se desprende, no sólo la existencia de una justificación brindada por la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS ALIMENTARIAS de la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, sino además, que: 1) Se ha optado por el procedimiento de selección más riguroso en cuanto hace a pautas de publicidad y difusión, esto es, la licitación pública; 2) La medida en ciernes se proyectó para ser suscripta por el Jefe de Gabinete de Ministros, quien ejerce la administración general del país (Artículo 100, inciso 1º CN); 3) Se ha dado cumplimiento al Sistema de Precios Testigo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04000711-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 1º de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Prohibición de desdoblamiento. Avocación.

Antecedentes:

El entonces MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL llevó adelante 4 licitaciones públicas para la adquisición de alimentos no perecederos, brindando la justificación del desdoblamiento e informando que, más allá de que el monto a adjudicar pudiera resultar inferior al monto que implicara individualmente la aprobación por parte de la Jefatura de Gabinete de Ministros, todos los procesos licitatorios serían enviados a la firma del señor Jefe de Gabinete de Ministros (máxima autoridad para adjudicar).

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención con el fin de que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 (prohibición de desdoblamiento).

Normativa examinada:

- Artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 3° de la Ley N° 19.549.

- Artículo 2º del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Nº 1759/72 (T.O. 1991)

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme fuera señalado en Dictámenes ONC Nros. 935/2012, 59/2013, 217/2013, 412/2013, 298/2014, 401/2014 y 427/2014, el artículo 37 del reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, establece que se configurará desdoblamiento cuando: a) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; b) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines al de la primera convocatoria; c) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

II) En el caso en análisis, no cabe duda que se dan los supuestos descriptos en los ítems a) y b) del párrafo anterior. Lo expuesto en el ítem c) nos lleva a concluir que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, como sería, por ejemplo, cuando existan razones atendibles que justifiquen el desdoblamiento.

III) De la nota por la cual se realiza la consulta se desprende la existencia de una justificación al respecto brindada por la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. No obstante lo expuesto, no es posible dejar de señalar como fuera oportunamente puesto de manifiesto en Dictámenes ONC Nº 935/2012, Nº 937/2012, Nº 59/2013 y Nº 412/2013, que la prohibición de desdoblamiento no significa una restricción lisa y llana de fraccionar procedimientos, sino en la medida en que su finalidad sea eludir los montos máximos permitidos para encuadrar determinados procedimientos de selección, o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa, en cuanto hace a las competencias para autorizar o aprobar los procedimientos, y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma.

IV) Ello así, más allá de poder entender que la presunción cae por la justificación brindada por el organismo consultante, corresponde analizar si por incurrir en los supuestos descriptos en los anteriores literales a) y b) la presunción queda configurada, situación que no ocurriría si su finalidad no fuera la de eludir montos máximos para encuadrar determinados procedimientos o para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa, tal como se expusiera precedentemente.

V) En lo que se refiere estrictamente a los montos máximos permitidos para encuadrar a los procedimientos, y a juzgar por lo que se desprende de la nota remitida por el organismo consultante –único elemento de juicio que tiene a la vista esta Oficina para emitir el presente pronunciamiento– puede concluirse que no se ha configurado el desdoblamiento prohibido por el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en razón de que en todos los casos se optó por el tipo de procedimiento más riguroso –desde el punto de vista formal– y que tutela de un modo más acabado los principios generales que rigen las contrataciones públicas.

VI) Cabe destacar que la licitación pública es la regla general y en consecuencia no tiene límite de monto para que pueda ser válidamente seleccionada. Ello así, en tanto la normativa vigente no prevé, para los casos objeto de consulta, un monto máximo susceptible de operar

como tope para encuadrar el procedimiento, la realización de más de una convocatoria en un lapso de TRES (3) meses cuando la misma se encuadre como licitación pública no configura desdoblamiento, en los términos del artículo 37 anteriormente transcripto, como forma de eludir los montos máximos permitidos para encuadrar determinados procedimientos de selección.

VII) Como se ha expuesto en anteriores dictámenes de esta Oficina (ver a título de ejemplo el Dictamen ONC Nº 217/2013) la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 persigue una doble finalidad: Por un lado se procura evitar que los organismos contratantes fraccionen contrataciones con el objetivo de eludir las exigencias formales de determinados procedimientos de selección (v. g. pautas de publicidad y difusión), pero a su vez, no menos importante es recordar que el aludido precepto normativo procura impedir que mediante el desdoblamiento del objeto contractual se vulneren las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos. Siendo ello así, la presunción de desdoblamiento es susceptible de configurarse aún en supuestos en que el objeto contractual haya sido desdoblado en dos o más licitaciones públicas, por cuanto si bien se estaría optando, en tales casos, por el tipo de procedimiento formalmente más riguroso, el fraccionamiento podría tender a eludir la intervención de alguna autoridad administrativa.

VIII) Para los casos objeto de consulta, la realización de más de una convocatoria en un lapso de TRES (3) meses cuando las mismas sean autorizadas y aprobadas por la autoridad que fuera competente por el monto global, no configura desdoblamiento, en los términos del artículo 37 anteriormente transcripto, como forma de eludir las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos y en consecuencia a determinadas autoridades administrativas.

IX) Podría darse el supuesto en el que, por ejemplo, el procedimiento resulte autorizado o aprobado por una autoridad de mayor jerarquía a la que hubiese sido competente. Esta cuestión, versa sobre la competencia del órgano en razón del grado, razón por la cual debe tenerse presente, lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 19.549 en cuanto dispone, en lo que aquí concierne, que: *"…la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario".*

X) La avocación funciona como técnica que hace también a la dinámica de toda organización administrativa, con carácter transitorio y para actuaciones determinadas y se produce cuando el órgano superior asume el ejercicio de competencia que pertenece al inferior, resultando ello procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario o bien cuando una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior. La utilización de esta técnica de distribución, transitoria o circunstancial, del ejercicio de determinadas competencias dependerá de la estimación que en cada caso efectúe la autoridad competente, atendiendo a los principios de eficacia y eficiencia que deben regir en todos los procedimientos administrativos.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00165948-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de enero de 2017.

Referencias/voces: Prohibición de desdoblamiento. Autoridad competente.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el fin de que se pronuncie en torno a si se había configurado una situación de desdoblamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

De la compulsa de los actuados surgía que con fecha 1º de agosto de 2016 se emitió la Resolución de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL Nº 1048, por medio de la cual se autorizó a efectuar el llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional para la adquisición de frazadas ignífugas, destinadas a cubrir las necesidades de Unidades Penitenciarias con asiento en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, GRAN BUENOS AIRES e interior del país.

Dicho llamado, correspondiente a la Licitación Pública Nº 24/2016, había comenzado a difundirse el día 24 de agosto de 2016.

A su vez, a raíz de la oportuna intervención de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL quedó evidenciado que con anterioridad –más precisamente el día 6 de julio de 2016– había sido autorizado por el Director Nacional de ese organismo un llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional con el objeto de adquirir sábanas ignífugas destinadas a cubrir las necesidades de los distintos establecimientos dependientes de esa Institución.

Normativa examinada:

- Artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 14, 37 y 46 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las diversas jurisdicciones y entidades están obligadas a planificar sus adquisiciones mediante la elaboración del Plan Anual de Contrataciones (PAC), a los fines de dotar de mayor previsibilidad y eficiencia a las unidades operativas de contrataciones (UOC's) y evitar situaciones de fraccionamiento prohibidas.

II) Está vedado el fraccionamiento de las contrataciones cuando a través de dicha maniobra se pretenda eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista o bien evitar la intervención de alguna autoridad administrativa. En efecto, la mentada prohibición de desdoblamiento no es absoluta ni se limita a satisfacer un principio teórico, sino que persigue una doble finalidad práctica: Por un lado se procura evitar que los organismos contratantes fraccionen contrataciones con el objetivo de eludir las exigencias formales de determinados procedimientos de selección (tales como montos máximos establecidos para cada tipo de contratación, requisitos de publicidad y difusión, régimen de precio testigo, etc.), pero a su vez, no menos importante es recordar que el aludido

precepto normativo procura impedir que mediante el desdoblamiento del objeto contractual se vulneren las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos.

III) La presunción de desdoblamiento es susceptible de configurarse aún en supuestos en que el objeto contractual haya sido desdoblado en dos o más licitaciones públicas, por cuanto si bien se estaría optando, en tales casos, por el tipo de procedimiento formalmente más riguroso, el fraccionamiento podría tender a eludir la intervención de alguna autoridad administrativa (Cfr. Dictamen ONC Nº 217/13).

IV) Conforme fuera señalado en Dictámenes ONC Nros. 935/12, 937/12, 59/13, 217/13, 412/13, 298/14, 401/14 y 427/14, el artículo 37 del reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, establece que se configurará un desdoblamiento prohibido cuando: a) Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria, se realice otra o varias convocatorias; b) Esas convocatorias se realicen para adquirir bienes o contratar servicios pertenecientes a renglones afines al de la primera convocatoria; c) No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

V) Tal como se advierte en el literal b), el criterio establecido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para determinar si se configura o no la presunción de desdoblamiento prohibido es la afinidad de los renglones, lo cual implica una diferencia remarcable en comparación con el nuevo régimen, dado que el actual artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 es más estricto al exigir que se trate de: *"…los mismos bienes o servicios".*

VI) El artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula expresamente que la referida afinidad entre renglones ha de determinarse en función de las actividades comerciales de los proveedores que fabrican, venden o distribuyen los distintos grupos de bienes o servicios y que, en tal sentido, se considerarán afines los renglones que pertenezcan a un mismo grupo de bienes o servicios. Deben considerarse afines aquellos renglones conformados por un mismo grupo de bienes o servicios –lo cual presupone potenciales proveedores con una misma actividad comercial–, partiendo de la base de que, según la definición contemplada en el Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, un grupo, en su primera acepción, representa una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado. A su vez, debe entenderse por conjunto a la totalidad de los elementos o cosas poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros (Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. 2001).

VII) Lo expuesto en el literal c) permite colegir que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, como sería, por ejemplo, cuando existan razones atendibles que justifiquen el desdoblamiento, tal como se expuso también en numerosos pronunciamientos de este Órgano Rector (v. Dictamen IF-2016-04000711-APN-ONC#MM). En tales casos, corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante acreditar –en forma previa– las razones, debidamente documentadas, que justifiquen el fraccionamiento; por ejemplo, mediante la incorporación al expediente de informes de especialistas en la materia que sean serios, precisos, razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no contengan elementos de juicio que destruyan su valor.

VIII) No se trata de una restricción lisa y llana de fraccionar procedimientos, sino en la medida en que su finalidad sea eludir los montos máximos permitidos para encuadrar determinados procedimientos de selección, o bien para eludir la intervención de alguna autoridad administrativa. En relación a esto último, este Órgano Rector tiene dicho que la cuestión relativa a las autoridades competentes busca impedir que en el marco de una contratación se eluda la intervención de un funcionario de mayor jerarquía administrativa y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma (v. Dictamen ONC Nº 59/13, entre otros).

IX) En la medida en que los DOS (2) procedimientos licitatorios en cuestión fueron autorizados por el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL con menos de UN (1) mes de diferencia y se trataría –sin mayor margen de dudas– de la adquisición por separado de bienes pertenecientes a renglones afines (tanto frazadas como sábanas ignífugas destinadas, en ambos casos, a satisfacer las necesidades de diversas unidades carcelarias federales), esta Oficina Nacional considera que estamos frente a un supuesto de desdoblamiento prohibido. Ello así, por cuanto no se advierten razones documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento de bienes que, en razón de integrar un mismo grupo o conjunto con características homogéneas, presumiblemente nucleen a los mismos proveedores –cualidad típica de renglones afines–, todo lo cual lleva a la conclusión de que debieron haber sido objeto de un único procedimiento de selección.

X) No es posible soslayar que el costo de la adquisición de frazadas ignífugas se estimó en la suma de PESOS OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($ 8.268.750,00.-), mientras que el gasto presunto por la provisión de sábanas ignífugas asciende a la suma de PESOS DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL ($ 10.485.000,00), siendo el total resultante de la adición de ambas convocatorias de PESOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA ($ 18.753.750,00.-).

XI) Al dictarse las Resoluciones SPF Nros. 942/16 y 1048/16 se encontraba vigente el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, modificado por su similar Nº 690/16, norma que establecía –en sentido análogo a la regulación actualmente vigente– un tope de hasta QUINCE MIL MÓDULOS (15.000 M) para que un Director Nacional pueda válidamente autorizar una convocatoria a licitación pública y aprobar el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

XII) Tal como fue establecido en el Anexo al artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, modificado por el Decreto N° 690/16, las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones fueron establecidas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

XIII) Así, tomando en consideración que el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 fijó el valor del módulo (M) en PESOS UN MIL ($ 1.000,00.-), no parece dudoso colegir que una licitación pública cuyo monto estimado superaba los $ 15.000.000,00 no podía ser autorizada por el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en razón de carecer de competencia para ello. De ahí que asista razón a la DIVISIÓN ASUNTOS PATRIMONIALES del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL al opinar, en su parte pertinente, que: *"…tomando como referencia las estimaciones de gastos efectuadas en ambas convocatorias, la suma de ambas arroja el monto de $ 18.753.750, con lo cual, para el caso que se considere que los bienes solicitados en ambos trámites pertenecen a un mismo grupo, la autoridad competente para autorizar la convocatoria habría sido el señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios.".*

XIV) A juzgar por los elementos de convicción obrantes en estas actuaciones puede concluirse que se ha configurado el desdoblamiento prohibido por el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, a partir de la verificación de las premisas individualizadas más arriba bajo los literales a), b) y c). A su vez, es posible corroborar, con meridiana claridad, que el fraccionamiento instrumentado ha tenido por consecuencia práctica la elusión de los controles y formalidades que presupone la intervención de una autoridad administrativa de rango superior, lo que constituye una de las principales razones que justifican la prohibición de esta clase de segmentaciones, aun en supuestos como el de marras en que se trata de DOS (2) licitaciones públicas.

XV) En la medida en que a criterio de esta Oficina Nacional las Resoluciones SPF Nros. 942/16 y 1048/16 adolecen del vicio de incompetencia en razón del grado, resultaría viable –en virtud de los principios generales de saneamiento y eficiencia– que la autoridad competente proceda a su ratificación, de estimarlo oportuno. Esto último, sin perjuicio del deslinde de responsabilidad que pudiere corresponder, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-06756698-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de abril de 2017.

Referencias/voces: Prohibición de desdoblamiento.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención con el fin de que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (prohibición de desdoblamiento).

Más precisamente, la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL requirió la opinión del Órgano Rector: *"…en cuanto a la interpretación del Ministerio en relación a que la realización de procedimientos de selección por producto, independientes entre sí, NO CONFIGURA el desdoblamiento prohibido por la normativa mencionada en el presente informe, siempre y cuando no se sucedan procesos de selección*

dentro de un lapso de TRES (3) meses contados a partir del primer día de una convocatoria o varias convocatorias para adquirir los mismos productos.".

Normativa examinada:

- Artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 8 y 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Surge, con meridiana claridad, la importancia que reviste el Plan Anual de Contrataciones (PAC), como punto de partida de la transparencia en las contrataciones públicas. En efecto, las diversas jurisdicciones y entidades están obligadas a planificar sus adquisiciones mediante la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, a los fines de dotar de mayor previsibilidad y eficiencia a las unidades operativas de contrataciones (UOC's) y evitar situaciones de fraccionamiento prohibidas.

II) Está vedado el fraccionamiento de las contrataciones cuando a través de dicha maniobra se pretenda eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista o bien evitar la intervención de alguna autoridad administrativa. La mentada prohibición de desdoblamiento no es absoluta ni se limita a satisfacer un principio teórico, sino que persigue una doble finalidad práctica: Por un lado se procura evitar que los organismos contratantes fraccionen contrataciones con el objetivo de eludir las exigencias formales de determinados procedimientos de selección (tales como montos máximos establecidos para cada tipo de contratación, requisitos de publicidad y difusión, régimen de precio testigo, etc.), pero a su vez, no menos importante es recordar que el aludido precepto normativo procura impedir que mediante el desdoblamiento del objeto contractual se vulneren las normas que fijan las competencias para autorizar y aprobar los respectivos procedimientos." (v. IF-2017-00165948-APN-ONC#MM, de fecha 4 de enero de 2017).

III) El criterio seguido en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 para determinar si se configuraba o no la presunción de desdoblamiento prohibido era la afinidad de los renglones, lo cual implica una diferencia remarcable en comparación con el nuevo régimen, dado que el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 es más estricto al exigir que se trate de: *"…los mismos bienes o servicios".*

IV) A la luz de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, se presumirá que se ha incurrido en un desdoblamiento prohibido cuando se corroboren conjuntamente los siguientes extremos: 1. Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria se realice otra o varias convocatorias; 2. Tales llamados tengan por fin la adquisición de los mismos bienes y/o la contratación de los mismos servicios. 3. No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

V) Asiste razón al organismo de origen al interpretar que, para que se configure una transgresión a la prohibición en cuestión, es menester –como condición sine que non– que se trate de: *"…los mismos bienes o servicios"*, fijando de este modo un criterio más estricto que el

anteriormente previsto en el reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cuyo artículo 37 tomaba como parámetro, a tal fin, la afinidad de los renglones.

VI) Los principales fines que se persiguen con la prohibición de desdoblamiento siguen siendo, en lo esencial, evitar que se eluda la aplicación de los montos máximos fijados por la normativa aplicable para encuadrar los procedimientos de selección (es decir, impedir el encuadre en procedimientos menos gravosos en cuanto a pautas de publicidad y difusión, etc. que el que correspondería de no existir fraccionamiento alguno); evitar que se vulneren las normas sobre competencias para autorizar o aprobar tales procedimientos (se busca impedir que se sortee la intervención de un funcionario de mayor jerarquía administrativa y con ello los controles a los que estaría sujeta la instrumentación de su firma), así como también evitar que se eluda el sistema de control de precios testigo instaurado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN.

VII) A partir de la entrada en vigencia de la nueva reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional se modificaron los requisitos para que se configure la presunción de desdoblamiento prohibido. La norma actual prohíbe –en principio– la tramitación de dos o más procedimientos, convocados dentro de un lapso de TRES (3) meses, a partir del primer día de la convocatoria del primero de ellos, tendientes a contratar los mismos bienes o servicios, a diferencia del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 que se refería a bienes o servicios pertenecientes a renglones afines. Si no se trata de los mismos bienes y/o los mismos servicios no habría desdoblamiento, según la normativa vigente.

VIII) Tanto la norma anterior como la actual coinciden en haber previsto una presunción *"iuris tantum"* que, como tal, admite prueba en contrario. Es decir, no habría desdoblamiento prohibido en caso de existir razones atendibles que justifiquen la sustanciación de dos o más procedimientos de selección, en un lapso de tres meses, con el objeto de adquirir los mismos bien o contratar los mismos servicios. En tales casos, el organismo contratante deberá documentar, en forma previa y adecuada, la existencia de razones que justifiquen tal fraccionamiento.

IX) En relación a esto último, merece consignarse que de la nota de consulta se desprende la existencia de una justificación al respecto brindada por la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, atendiendo a los principios de eficacia y eficiencia que deben regir en las contrataciones públicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-19243954-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 5 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Plan Anual de Contrataciones (PAC). Prohibición de desdoblamiento. SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el fin de que se pronuncie sobre la interpretación del artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (prohibición de desdoblamiento).

Cabe destacar que en el caso se tuvo en cuenta que con fecha 12 de junio de 2017 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS N° RESOL-2017-458-APN-MJ, por la cual se autorizó el llamado a contratación directa por urgencia para la adquisición comidas en cocido (almuerzos, cenas, desayunos y meriendas) destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL II (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga, por un importe estimado en la suma de PESOS SESENTA Y UN MILLONES SETECIENDOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA ($ 61.712.440,00). Dicho llamado, correspondiente a la Contratación Directa Número 31-0006-CDI17, comenzó a difundirse en el Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" el día 16 de junio de 2017, mismo día en que se cursaron invitaciones a proveedores del rubro.

Posteriormente, habiendo transcurrido poco más de un mes se emitió la Resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS N° RESOL-2017-582-APN-MJ, de fecha 27 de julio de 2017, por la cual se autorizó a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL a efectuar un llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional tendiente a resolver la adquisición de comidas en cocido, almuerzos, cenas, desayunos y meriendas, destinadas a cubrir las necesidades de COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL II (MARCOS PAZ) y del COMPLEJO FEDERAL PARA JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un importe estimado en la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS DIECINUEVE CON VEINTE CENTAVOS ($ 199.903.519,20). Dicho llamado, correspondiente a la Licitación Pública Número 31-0002-LPU17, comenzó a difundirse en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/ el día 7 de agosto de 2017.

Finalmente, se acompañó un proyecto de Resolución a suscribir por el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos, en trámite por el EX-2017-04033560- -APN-DC#SPF, por el cual se propiciaba efectuar un llamado para una Contratación Directa por Urgencia, tendiente a resolver la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS, por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga, por un importe estimado en la suma de PESOS VEINTE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON CUARENTA CENTAVOS ($ 20.339.834,40). A la fecha en que tomó intervención la ONC esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encontraba publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/.

Normativa examinada:

- Artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 14, 37 y 46 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 8º y 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De las normas citadas [artículos 6º y 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y artículo 8º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16] surge, con meridiana claridad, la importancia que reviste el Plan Anual de Contrataciones (PAC), como punto de partida de la transparencia en las contrataciones públicas y, del mismo modo, ninguna duda cabe en cuanto

a que la licitación pública y el concurso público constituyen, en cada caso, la regla general en materia de selección del cocontratante.

II) Las diversas jurisdicciones y entidades están obligadas a planificar sus adquisiciones mediante la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, a los fines de dotar de mayor previsibilidad y eficiencia a las unidades operativas de contrataciones (UOC's) y evitar situaciones de fraccionamiento prohibidas.

III) Está vedado el fraccionamiento de las contrataciones, a fin de evitar que a través de dicha maniobra se pretenda: a) eludir los montos máximos permitidos para determinados procedimientos de selección del contratista; b) eludir la intervención de alguna autoridad administrativa de mayor rango jerárquico; c) eludir el Régimen del Sistema de Precios Testigo aprobado por Anexo a la Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 36/17.

IV) A la luz de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, se presumirá que se ha incurrido en un desdoblamiento prohibido cuando se corroboren conjuntamente los siguientes extremos: 1. Dentro de un lapso de TRES (3) meses, contados a partir del primer día de una convocatoria se realice otra o varias convocatorias; 2. Tales llamados tengan por fin la adquisición de los mismos bienes y/o la contratación de los mismos servicios. 3. No existan razones, debidamente documentadas en forma previa, que justifiquen el fraccionamiento.

V) La normativa vigente prohíbe –en principio– la tramitación de dos o más procedimientos de selección, convocados dentro de un lapso de TRES (3) meses, a partir del primer día de la convocatoria del primero de ellos, tendientes a contratar los mismos bienes o servicios, diferenciándose así del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, el cual se refería a la contratación de bienes o servicios pertenecientes a renglones afines. Actualmente, si no se trata de los mismos bienes y/o los mismos servicios no habría desdoblamiento.

VI) La prohibición de desdoblamiento no es una restricción lisa y llana de fraccionar procedimientos; no es absoluta ni se limita a satisfacer un principio teórico, sino que persigue fines prácticos: evitar la elusión de controles y/o exigencias formales, en los términos descriptos en el Punto I (v. IF-2017-00165948-APNONC#MM, de fecha 4 de enero de 2017, entre otros). Desde esa perspectiva debe recordarse que se trata de una presunción "*iuris tantum"* que, como tal, admite prueba en contrario.

VII) A efectos de evitar que se configure la presunción de desdoblamiento prohibido, el organismo contratante deberá documentar, en forma previa y adecuada, la existencia de razones que justifiquen tal fraccionamiento.

VIII) En tanto la Contratación Directa Número 31-0006-CDI17 se convocó el día 16 de junio de 2017 y la Licitación Pública Número 31-0002-LPU17 el día 7 de agosto de 2017 quedaría configurado el primer presupuesto para presumir que se trata de un desdoblamiento de contrataciones.

IX) Luego surge que el objeto de contratación de los dos procedimientos en cuestión, es la adquisición de comida en cocido, razón por la cual cabría considerar que se encuentra configurado el segundo presupuesto del desdoblamiento de contratación. Sin embargo, más

arriba se recordó que no se configura la presunción de desdoblamiento prohibido cuando el organismo contratante haya documentado, en forma previa y adecuada, la existencia de razones que justifiquen tal fraccionamiento.

X) Fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del "reconocimiento de gasto" y/o "legítimo abono".

XI) En virtud de las consideraciones efectuadas, este Órgano Rector carece de reparos que oponer.

PROHIBICIÓN DE PARTICIPAR EN MÁS DE UNA OFERTA.

DICTAMEN ONC Nº 430/2013.

Fecha de emisión: 3 de diciembre de 2013.

Referencias: Presentación de una única oferta. Art. 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Empresas con el mismo Director y Presidente que presentan ofertas para diferentes renglones. Análisis de la configuración de la prohibición de participar en más de una oferta.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la Oficina Nacional, a fin de que emita opinión sobre la procedencia de aplicar el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 a las ofertas presentadas por los proveedores BRIEFING 360 S.A. y ARCANGEL MAGGIO S.A., en virtud de que la persona que ocupa el cargo de Director Titular de una era, a su vez, el Presidente de la otra.

Como dato a tener en cuenta, es dable mencionar que los citados proveedores cotizaron diferentes renglones. Así, surgía de las actuaciones que la firma ARCANGEL MAGGIO S.A. había cotizado únicamente el Renglón Nº 4, mientras que la firma BRIEFING 360 S.A. el Renglón Nº 1.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 67 y 84, inciso n) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La prohibición de participar en más de una oferta encuentra fundamento en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Este principio tiene como finalidad que la competencia entre oferentes sea real y efectiva, no simulada, lo que sucede si en un procedimiento la puja de las ofertas se produce entre personas físicas o jurídicas que en apariencia son distintas pero que en la práctica resultan ser la misma.

II) En el marco licitatorio, la competencia entre oferentes aparece como la conducta claramente opuesta a la colusión, de tal modo que la primera representa la rivalidad entre oferentes que operan en el mercado, en una interacción distinta de la que se produciría si esas empresas operan como partes de un mismo grupo económico. La colusión, en cambio, básicamente, consiste en una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo, a través de acuerdos de precios, acuerdos de cantidades y repartos de mercados.

III) La concurrencia no debe restringirse a una mera cuestión de cantidad –mientras más oferentes, mejor– sino que, para su mayor eficacia, esa concurrencia debe ser genuina, sincera; es decir, que trasunte la existencia real y efectivamente competitivas en el mercado.

IV) En la medida en que los proveedores en cuestión cotizaron diferentes renglones, el fin último perseguido por la norma, esto es, la existencia de una real competencia entre oferentes, no se ve vulnerado en el presente caso.

V) Debe entenderse que el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 pretende resguardar el principio de concurrencia buscando que los oferentes no puedan realizar acuerdos o conductas ilegítimas entre sí, en perjuicio de la efectiva competencia que requieren ciertos procedimientos de selección.

VI) El artículo 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 enuncia explícitamente que 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. Es decir que el principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto.

VII) Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las consideraciones especiales del caso, en cuanto a que cada proveedor cotizó un renglón diferente, no se infiere una conducta ilegítima en perjuicio de una efectiva competencia para los renglones en cuestión. Consecuentemente, esta Oficina Nacional entiende que las propuestas presentadas por las empresas ARCANGEL MAGGIO S.A. y BRIEFING 360 S.A., no encuadran en la prohibición establecida en el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 1/2016.

Fecha de emisión: 8 de enero de 2016.

Referencias/voces: Prohibición de participar en más de una oferta. Oferta alternativa. Oferta variante.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar el alcance de las previsiones estipuladas en los artículos 67 y 71 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación con la oferta presentada por MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L. en el marco de la Contratación Directa Nº 45/15 del registro del ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Cabe destacar que del Dictamen de Evaluación Nº 64/15 surgía que para el Renglón Nº 1 había quedado primera en el orden de mérito la "oferta base" presentada por MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L., habiéndose, a su vez, recomendado la desestimación de la "oferta alternativa" correspondiente al aludido proveedor para ese mismo Renglón, por resultar técnicamente inadmisible.

El objeto de la consulta consistía en dilucidar si las cotizaciones efectuadas por la sociedad comercial MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L. encuadraban dentro de la prohibición contemplada en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 67, 70, 71,72 y 84 inciso n) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Del marco normativo previamente expuesto pueden extraerse las siguientes directrices generales: a) La regla es que cada oferente solo puede presentar una oferta. La transgresión acarreará, en principio, la desestimación de todas las cotizaciones en las que participe quien infrinja el aludido impedimento; b) La prohibición del artículo 67 no se configurará cuando se trate de la presentación de ofertas con descuentos, alternativas o variantes. Adviértase que la norma expresa que: "…No se configurará esta prohibición…", lo cual permite inferir que no se trata en sentido estricto de excepciones a la regla, sino de supuestos ajenos a la misma; c) En relación con el punto anterior, resta señalar que sólo se admitirán ofertas alternativas y/u ofertas variantes cuando los pliegos de bases y condiciones particulares lo permitan expresamente. A *contrario sensu*, se infiere que cuando el respectivo pliego no lo permita, las ofertas alternativas y/o variantes que se hayan presentado no podrán ser tenidas en consideración.

II) En el caso particular que nos ocupa, habiéndose compulsado el pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Contratación Directa Nº 45/15, no se advierte que en el mismo se haya autorizado la cotización de ofertas alternativas y/o variantes.

III) En el marco del Dictamen ONC Nº 430/13, esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que la mentada prohibición de participar en más de una oferta encuentra fundamento en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del

Decreto Delegado Nº 1023/01. Consecuentemente, el fin último perseguido por la reglamentación es la tutela de una real competencia entre oferentes, no simulada, lo que sucedería si en un procedimiento de selección la puja de ofertas se produce entre personas físicas o jurídicas que en apariencia son distintas pero que en la práctica resultan ser la misma.

IV) Existiendo más de una cotización por Renglón por parte de la firma MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L., a criterio de esta Oficina Nacional la cuestión definitoria reside en determinar si existe certeza o incertidumbre respecto al contenido de sus propuestas. Es decir, en el supuesto en que pueda diferenciarse una oferta base y una propuesta alternativa y/o variante, la solución a aplicar es lisa y llanamente la prevista en el artículo 71 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12: Es decir, no podrá ser tenida en consideración la oferta alternativa y/o variante no permitida en el respectivo pliego.

V) Por el contrario, frente a la existencia de dos o más ofertas de un mismo proveedor que generen incertidumbre respecto a la naturaleza y alcance de las mismas, será de aplicación la consecuencia establecida en el artículo 67 del Reglamento para los casos en que se vulnere la prohibición allí prevista. Ergo, deberán desestimarse todas las ofertas en las que hubiere participado el infractor del aludido impedimento.

VI) En esta línea de pensamiento, encontrándose vigente la anterior reglamentación este Órgano Rector sostuvo: *"…la oferta del proveedor debe brindar certidumbre y certeza a la Administración, condición antitética de la existencia de dos ofertas de un mismo proveedor que genera incertidumbre respecto al contenido de su propuesta, y es contrario al principio de igualdad entre los oferentes, que exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Asimismo, la presentación de dos ofertas por un mismo proveedor, y el consecuente contenido incierto de su oferta, no constituye una deficiencia formal en la presentación de la misma, y por ende no puede considerarse como una situación factible de subsanación posterior, atento que el artículo 17 de la normativa delegada dispone que es posible esta medida sólo para el caso de '…deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3º de este régimen…"* (Dictamen ONC Nº 515/2009).

VII) En virtud de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional es de la opinión que, en el caso traído a estudio, resultan razonablemente diferenciables la oferta "base" de la "opción" cotizada, en cada caso, por MDP SERVICIOS DIGITALES S.R.L. para los Renglones Nros. 1 y 2. Dicho de otro modo, la firma en cuestión presentó para los Renglones Nros. 1 y 2 una oferta base y otra opcional, respectivamente. Si bien no se aclara si cada "opción" se corresponde puntualmente con una cotización alternativa y/o variante, cierto es que ni una ni otra se encontraban permitidas por el pliego de bases y condiciones particulares, circunstancia que conlleva a que no puedan ser consideradas, sin que ello acarree la desestimación de la oferta base para cada Renglón.

VIII) En suma, la propuesta presentada por el proveedor MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L. para cada uno de los renglones cotizados no transgrede la prohibición establecida en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, razón por la cual no corresponde la desestimación, en los términos del artículo 84 inciso n) del citado Reglamento.

IX) La oferta presentada por la firma MDP SERVICIOS DIGITALES S.R.L. en el marco de la Contratación Directa Nº 45/2015 no transgrede la prohibición estipulada en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Sin perjuicio de lo expuesto en el punto que antecede, toda vez que el pliego de bases y condiciones particulares que rigió la respectiva contratación no previó la posibilidad de presentar ofertas alternativas y/o variantes, las cotizaciones "opcionales" no deberán ser tomadas en consideración.

X) Este Órgano Rector es de la opinión que la interpretación brindada es la que mejor se concilia con los principios generales de razonabilidad, concurrencia y competencia que informan las contrataciones públicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-17682235-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de abril de 2018.

Referencias/voces: Elegibilidad. Pautas para la inelegibilidad. Prohibición de participar en más de una oferta. Fusión de sociedades.

Antecedentes:

En cuanto a la plataforma fáctica del caso girando en consulta, cabe mencionar los siguientes extremos:

I. El día 30 de junio de 2017 se celebró el compromiso previo de fusión por absorción o incorporación entre las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. (absorbente y continuadora) y CABLEVISIÓN S.A. (sociedad absorbida, que se disolvería sin liquidarse). En dicho acuerdo se estipuló que la fusión surtiría efectos a partir de la 0:00 horas del día en que los Presidentes de los Directorios de las partes suscribiesen un acta de traspaso de las operaciones.

II. El día 11 de octubre de 2017 la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE RELACINES EXTERIORES Y CULTO autorizó el llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26-0009-LPU17.

III. El día 31 de octubre de 2017 se otorgó el Acuerdo Definitivo de Fusión, "Ad referéndum" de las autorizaciones del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM);

IV. El día 6 de diciembre de 2017 tuvo lugar el acto de apertura de las ofertas recibidas para el procedimiento N° 26-0009-LPU17, a través del sistema electrónico de contrataciones "COMPR.AR". Presentaron ofertas SIETE (7) empresas del rubro, entre ellas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A.;

V. El día 21 de diciembre de 2017 el ENACOM otorgó las autorizaciones que le competen; mientras que el día 1° de enero de 2018 se instrumentó el Acta de Traspaso de las Operaciones de CABLEVISIÓN S.A. a TELECOM ARGENTINA S.A., haciéndose efectiva la fusión;

VII. El 7 de enero de 2018 el apoderado de TELECOM ARGENTINA S.A. informó de la fusión a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV). Finalmente, el día 28 de febrero de 2018

el señor Gustavo BOTTA, en carácter de apoderado de la firma TELECOM ARGENTINA S.A., puso en conocimiento del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO que, en el marco de la reorganización societaria del "Grupo Telecom", el día 1º de enero de 2018 operó la mentada fusión entre Telecom Argentina S.A. y Cablevisión S.A. Por tal motivo, a partir de esta última fecha, todos los derechos y obligaciones de Cablevisión S.A. pasaron a ser asumidos por Telecom Argentina S.A.

A la luz de tales antecedentes, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO efectuó las siguientes consideraciones: *"...si bien la fusión requería de la autorización del ENACOM para concretarse de manera definitiva, haciéndose efectiva finalmente a partir del traspaso de operaciones ocurrida el día 1° de enero de 2018, lo cierto es que al momento en que las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A., realizaron sus ofertas, respectivamente, los días 24 de noviembre y 6 de diciembre de 2017, las mismas ya habían avanzado en el proceso de fusión por absorción que contaba en esas instancias con el otorgamiento del Acuerdo Definitivo de Fusión de fecha 31 de octubre de 2017, por el cual la firma CABLEVISIÓN S.A. se disolvería para ser absorbida por la firma TELECOM ARGENTINA S.A. quedando en cabeza de esta última todos los derechos y obligaciones de la primera* (…) *2.1.1. Es decir que previo a la apertura de las ofertas ambas empresas habían ya concretado su voluntad de fusionarse a través del mencionado Acuerdo Definitivo de Fusión, presuponiendo ello, en virtud de la debida diligencia que conlleva este tipo de negocios, que la firma absorbente debería haber tenido conocimiento de todos los documentos firmados y obligaciones contraídas por la empresa absorbida a partir de la firma de dicho Acuerdo, situación que no fue siquiera mencionada por las firmas involucradas en sus respectivas presentaciones.".*

Consecuentemente, la citada DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO concluyó: "*…tal situación configura un supuesto que se encuadra en la causal de inelegibilidad prevista en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016, la cual se configura, como claramente lo expresa dicha norma, con la sola presunción de la existencia de una simulación de competencia o concurrencia. Lo contrario importaría afectar, fundamentalmente, los principios de Transparencia, Igualdad y Competencia que deben regir todo proceso licitatorio y que deben ser interpretados de manera rigurosa* (…) *Por todo lo expuesto este Servicio Jurídico entiende que deberían desestimarse las ofertas de TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A. en virtud de que la situación planteada configuraría un supuesto encuadrado en la causal de inelegibilidad prevista en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016…".*

<u>Consulta:</u> Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de dilucidar si la situación descripta encuadraría o no en la causal de inelegibilidad establecida en el inciso d) del Artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 68, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 82 de la Ley Nº 19.550.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) El artículo 67 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecía una prohibición de participar en más de una oferta, en los siguientes términos: *"…Cada oferente podrá participar solamente en una oferta, ya sea por sí solo o como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica. Se desestimarán todas aquellas ofertas en las que participe quien* transgreda esta prohibición…". A la luz de dicha norma, este Órgano Rector interpretó que: *"…esta prohibición encuentra fundamento en el principio de competencia entre oferentes, previsto en el inciso b) del artículo 3º del Decreto Nº 1023/01. Este principio tiene como finalidad que la competencia entre oferentes sea real y efectiva, no simulada, lo que sucede si en un procedimiento la puja de las ofertas se produce entre personas físicas o jurídicas que en apariencia son distintas pero que en la práctica resultan ser la misma* (…) *debe entenderse que el artículo 67 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 pretende resguardar el principio de concurrencia buscando que los oferentes no puedan realizar acuerdos o conductas ilegítimas entre sí, en perjuicio de la efectiva competencia que requieren ciertos procedimientos de selección…"* (v. Dictámenes ONC Nros. 430/2013 y 202/2015).

II) Actualmente, en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 la otrora prohibición de participar en más de una oferta se traduce en una causal de inelegibilidad frente a supuestos de simulación de competencia o concurrencia.

III) La interpretación del régimen legal atinente a los procesos societarios de fusión –regulados esencialmente en los artículos 82 a 87 de la Ley General de Sociedades Nº 19.550 y en los artículos 174 a 178 del Anexo a la Resolución General de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Nº 7/15– excede el ámbito competencial de esta Oficina Nacional. Basta simplemente con recordar que, conforme el artículo 82 de la Ley Nº 19.550, hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.

IV) Autorizada doctrina tiene dicho que: *"…La fusión de sociedades constituye el instrumento jurídico más idóneo para la concentración empresaria y tiene lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva sociedad (fusión propiamente dicha), o cuando una sociedad ya existente incorpora a otra y otras que, sin liquidarse, son disueltas (fusión por absorción o incorporación). En cuanto a su naturaleza jurídica, la fusión es un contrato celebrado entre sociedades que tiene por objeto la transferencia universal del patrimonio de las sociedades fusionadas a la nueva sociedad o del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente…"* (NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. 3ra. edición actualizada. Hammurabi. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 299-300).

V) En sentido concordante, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"Por absorción puede entenderse al procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionaron, creando una sociedad nueva que asume todas las preexistentes, o previa disolución de todas menos una, que absorbe a las restantes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de las sociedades que se extinguen."* (Dictamen N° 399, 25 de noviembre de 2005. Expte. N° 1753/96. Comité Federal de Radiodifusión. Dictámenes PTN 255:505).

VI) En consecuencia, la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento del capital social que hubiera tenido que efectuar la incorporante (v. art. 82 de la Ley Nº 19.550).

VII) En cuanto a los requisitos de trámite, el primer paso consiste evidentemente en el compromiso previo de fusión otorgado por los representantes de ambas sociedades (artículo 83, Ley Nº 19.550), el cual debe contener, sucintamente: a) La exposición de los motivos y la finalidad de la fusión; b) Los balances especiales de fusión; c) La relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones; d) El proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente, según el caso; e) Las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de un actividad normal de gestión, durante el lapso que trascurra hasta la efectiva inscripción del acto de fusión en el Registro Público.

VIII) Aprobado por el órgano de gobierno de todas las sociedades intervinientes el compromiso previo de fusión y los balances especiales, deben satisfacerse los requisitos de publicidad que exige la normativa vigente, con el fin de dar a conocer al mercado la proyectada fusión de empresas y, muy especialmente, anoticiar de dicho acto a los acreedores de todas las sociedades intervinientes, para que puedan ejercer el derecho de oposición a la ejecución de la fusión.

IX) El acuerdo definitivo de fusión deberá contener a grandes rasgos: a) Las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión; b) la nómina de socios que hayan ejercido el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad; c) La nómina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieren sido garantizados, los que hubieren obtenido embargo y una lista de los acreedores desinteresados; d) La agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan.

X) En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el acuerdo definitivo debe inscribirse en la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (IGJ), momento a partir del cual la fusión resulta oponible para la sociedad, sus integrantes y frente a terceros (Cfr. NISSEN, Ricardo A. *Op. Cit*. Pág. 304).

XI) Esta Oficina Nacional opina, respecto de las ofertas presentadas por las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISION S.A. en el marco de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº26-0009-LPU17 del registro del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, que se ha configurado el supuesto de inelegibilidad establecido en el inciso d) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

PRÓRROGA DEL CONTRATO.

DICTAMEN ONC Nº 74/2014.

Fecha de emisión: 26 de febrero de 2014.

Referencias: Prórroga contractual. Mecanismo de adecuación frente a variaciones en los precios del mercado. Posibilidad de aumentar los precios del contrato original.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a la viabilidad jurídica de aplicar las previsiones del artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, frente al reclamo de adecuación de los precios de la Orden de Compra Nº 394/2013, efectuado por la firma FOOD RUSH S.R.L., en razón de variaciones de precios del mercado, para el caso en que el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL decida hacer uso de la opción a prórroga prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la Licitación Pública Nº 73/12.

En el caso, se trataba de un contrato de suministro de alimentos –adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas– de cumplimiento sucesivo, para satisfacer las necesidades de diversas dependencias del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

La firma adjudicataria, FOOD RUSH S.R.L., solicitó que al momento de tramitarse la prórroga del contrato oportunamente adjudicado, se proceda a la adecuación de los precios estipulados en la Orden de Compra Nº 394/13, con sustento en lo establecido en el artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En ese orden de ideas, la reclamante peticionó un incremento del orden del VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los precios correspondientes al contrato original, con motivo de la variación de precios sufridos en el mercado desde la fecha del Acto de Apertura de Ofertas, señalando que tal circunstancia alteró las condiciones pactadas originariamente.

Finalmente, es dable señalar que junto a su presentación el referido proveedor acompañó un cuadro con las variaciones de precios acaecidas en relación a frutas y verduras, carne vacuna, productos de almacén y mano de obra, junto con diversa documentación complementaria tendiente a acreditar los extremos invocados.

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso g) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Solo resultan susceptibles de ser prorrogados los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios –no así los contratos de bienes en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega–, y siempre que la opción de

prórroga en favor de la Administración haya sido expresamente prevista en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

II) La prórroga es una opción estipulada exclusivamente en favor de la Administración, en tanto integra las prerrogativas de poder público que detenta el Estado en pos de satisfacer el fin público comprometido en todo contrato administrativo (v. artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01). La prórroga no se encuentra regulada en la normativa vigente como una opción en favor del contratista, ni siquiera en favor de ambas partes contratantes, sino que por el contrario se trata de una facultad exclusiva y excluyente de la Administración y su ejercicio dependerá de la previa valoración por parte de esta de las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieran encontrarse involucradas.

III) El artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de regla general, que la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Sin embargo, a diferencia del derogado artículo 99 inciso c) del Anexo al Decreto Nº 436/00 que solo preveía como hipótesis la disminución de los precios de plaza, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla la variación –en términos generales– de los precios de mercado, ya sea que los mismos hayan disminuido o aumentado en forma razonablemente significativa durante la vigencia del contrato originario.

IV) La normativa establece, con carácter de excepción, que si los precios de mercado hubieren variado, corresponderá al organismo contratante realizar una propuesta al proveedor con el objeto de adecuar los precios estipulados en el contrato original. Consecuentemente, la presentación de la firma FOOD RUSH S.R.L., por cuyo intermedio peticiona que al momento de prorrogar el contrato vigente se adecuen los precios mediante el reconocimiento de un incremento del VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los valores oportunamente adjudicados, se enmarca precisamente en el ámbito de aplicación del mecanismo de adecuación de precios previsto en el artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Si bien en principio no es requisito para ejercer la facultad de prorrogar recabar el consentimiento del proveedor, dada la variación de los precios de mercado alegada con fecha 3 de enero de 2014 por la firma FOOD RUSH S.R.L., deberá procederse conforme lo normado en el apartado 4 del inciso b) del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto se trata en este caso de una garantía en favor del co-contratante estatal. Tal equilibrio entre prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y justicia del ordenamiento jurídico administrativo (v. Dictámenes ONC Nº 266/07, Nº 1048/12 y Nº 205/13, entre otros).

VI) En el supuesto de optar por la prórroga, corresponderá a la jurisdicción contratante –en forma previa a la finalización del contrato anudado mediante la Orden de Compra Nº 394/2013– evaluar si en el caso bajo análisis se encuentran dados los presupuestos para proceder a la adecuación de los precios del contrato vigente. En esta línea de pensamiento, las áreas con competencia específica del organismo de origen deberán, como primera medida, elaborar un informe técnico que permita apreciar si se produjo –y en su caso, en qué medida– la variación de los precios de mercado aducida por la firma FOOD RUSH S.R.L., extremo que

resulta ser ni más ni menos que el presupuesto habilitante de la adecuación pretendida al amparo del artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VII) En segundo término, una vez constatada la mentada variación, tratándose de un aumento en los precios de mercado, deberá determinarse en el marco del referido informe técnico el grado de incidencia y sus consecuencias en la economía del contrato en ejecución. Más precisamente, se requiere por parte de las instancias técnicas pertinentes una detallada descripción del impacto producido por el alegado incremento de costos, con una explicación de la afectación que tal circunstancia haya tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor, de modo tal de someter a consideración de este último una propuesta de adecuación de precios que, en forma razonable, tienda a evitar la distorsión o ruptura de la ecuación económica financiera del contrato que se proyecta prorrogar.

VIII) En la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones y a la luz del principio de razonabilidad, esta Oficina Nacional entiende que, en el supuesto en que el organismo girante efectúe al proveedor una propuesta de adecuación de los precios del contrato, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido, por cuanto resulta contrario al principio de equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los cocontratantes (v. en sentido concordante: Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, 1051/12, Nº 176/13, Nº 446/13 y Nº 36/2014).

IX) En caso de arribar a un acuerdo, la Orden de Compra correspondiente a la prórroga deberá emitirse antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario. En caso de no arribar a un acuerdo, la Administración no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades al contratista por haber rechazado la propuesta de adecuación de precios efectuada con miras a instrumentar la prórroga del contrato en curso.

DICTAMEN ONC Nº 453/2014.

Fecha de emisión: 1º de diciembre de 2014.

Referencias: Prórroga contractual. Aumento de precios.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto de la solicitud de adecuación de precios planteada por la firma COOKERY S.A. –en los términos del artículo 124, apartado b), punto 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12–, como respuesta a la intención de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL de prorrogar la Orden de Compra Nº 45/14, emitida en favor del aludido proveedor en el marco de la Licitación Pública Nº 100/12, del registro del organismo girante.

Es dable mencionar qua la Orden de Compra Nº 45/14 había sido notificada a la firma COOKERY S.A. el día 22 de septiembre de 2014, por lo cual el vencimiento del contrato originario operaba el día 22 de diciembre de 2014.

Luego, con fecha 20 de octubre de 2014, la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL comunicó al proveedor COOKERY S.A. que haría uso de la facultad de prorrogar la Orden de Compra 45/14.

Por su parte, el 24 de octubre de 2014 la firma COOKERY S.A. solicitó una mejora en los precios oportunamente adjudicados, con sustento en las previsiones del artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. A tal efecto sostuvo que: *"…debido a los fuertes incrementos sufridos en nuestros costos durante el último año relacionados con la materia prima (del cual se adjunta anexo), con los acuerdos laborales homologados en los años 2012-2013 y 2014-2015 y con los gastos indirectos entre otros, es de suma urgencia para nuestra compañía solicitar una mejora de precio según lo establece el art. 124 inc. b del apartado cuarto del decreto 893/2012 sobre la prórroga de la orden de compra 45/2014* […] *Al día de la fecha el servicio lo estamos efectuando bajo la orden de compra antes descripta con un precio atrasado de más de 12 meses. Según nuestras estimaciones el precio vigente seguiría hasta abril del 2015, lo que implicaría más de un año y medio con el mismo precio, por lo que nos sería imposible continuar el servicio con los precios vigentes…".*

Por otra parte, es dable señalar que junto a su pedido el referido proveedor acompañó copias de los acuerdos salariales suscriptos entre la UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO, HOTELEROS Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (UTHGRA), la CÁMARA ARGENTINA DE CONCESIONARIOS DE SERVICIOS DE COMEDORES Y REFRIGERIOS (CACYR) y la CÁMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE CATERING, SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN, COMEDORES PRIVADOS Y AFINES (CAECSACPA) para los períodos 2013-2014 y 2014-2015, en cuyo marco se acordaron nuevas escalas salariales para los trabajadores del sector, con incrementos escalonados.

<u>Normativa examinada:</u>

- Artículo 12, inciso g) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124, inciso b), apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) En principio la prórroga debe ser instrumentada en las mismas condiciones pactadas en el contrato original. Es decir, el artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de regla general, que la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente.

II) Sin embargo, a diferencia del derogado artículo 99 inciso c) del Anexo al Decreto Nº 436/00 que solo preveía como hipótesis la disminución de los precios de plaza, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla una incorporación importante, como lo es la relativa a la variación –en términos generales– de los precios de mercado, ya sea que los mismos hayan disminuido o aumentado en forma razonablemente significativa durante la vigencia del contrato originario (Cfr. Dictamen ONC Nº 74/14).

III) En tal sentido se establece, con carácter de excepción, que si los precios de mercado hubieren variado, para poder prorrogar el contrato vigente el organismo contratante deberá

realizar una propuesta al proveedor con el objeto de adecuar los precios estipulados en el contrato original.

IV) El hecho de que el artículo 25 del pliego de bases y condiciones particulares estipule que la prórroga tendrá lugar "en las mismas condiciones que el contrato original", sin receptar excepción alguna, en nada modifica lo señalado más arriba. Ello así, por cuanto el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y su reglamentación prevalecen sobre cualquier previsión en contrario que pudieren contener los pliegos particulares, en virtud del subprincipio de jerarquía normativa, ínsito en el principio de legalidad o juridicidad (v. en sentido concordante Dictamen ONC Nº 655/10).

V) La presentación de la firma COOKERY S.A.–por cuyo intermedio solicita, en relación a la prórroga proyectada, una mejora en los precios oportunamente adjudicados, con motivo de "fuertes" incrementos sufridos en sus costos–, se enmarca precisamente en el ámbito de aplicación del mecanismo de adecuación de precios previsto en el artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) No debe perderse de vista que la prórroga es una opción estipulada exclusivamente en favor de la Administración, en tanto integra las prerrogativas de poder público que detenta el Estado en pos de satisfacer el fin público comprometido en todo contrato administrativo (v. artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01). No se encuentra regulada en la normativa vigente como una opción en favor del contratista, ni siquiera en favor de ambas partes contratantes, sino que por el contrario se trata de una facultad exclusiva y excluyente de la Administración y su ejercicio dependerá de la previa valoración por parte de esta de las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieran encontrarse involucradas (Cfr. Dictamen ONC Nº 74/14).

VII) Para el hipotético caso en que la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL decida ejercer la opción a prórroga, deberá sujetarse a los requisitos y límites contemplados tanto en el artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01 como en su reglamentación, debiendo tener presente, entre otros extremos, que la Orden de Compra correspondiente a la prórroga deberá emitirse antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario.

VIII) Por otra parte, si bien en principio no es requisito para ejercer la facultad de prorrogar recabar el consentimiento del proveedor, dada la variación de los precios de mercado invocada con fecha 20 de octubre de 2014 por la firma COOKERY S.A., a los fines de la viabilidad de la prórroga propiciada, deberá procederse conforme lo normado en el apartado 4 del inciso b) del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) En su caso, el organismo de origen deberá acompañar al expediente los informes y demás extremos documentales que den cuenta de la existencia y magnitud de la variación de los respectivos precios de insumos, costos salariales, etc., invocados por la contratista y realizar, en consecuencia, una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original.

X) En suma, en el supuesto de optar por la prórroga, corresponderá a la jurisdicción contratante –en forma previa a la finalización del contrato anudado mediante la Orden de Compra Nº 45/14– evaluar si en el caso bajo análisis se encuentran dados los presupuestos para proceder a la adecuación de los precios del contrato vigente. Las áreas con competencia específica del organismo de origen deberán, como primera medida, elaborar un informe técnico que permita apreciar si se produjo –y en su caso, en qué medida– la variación de los precios de mercado aducida por la firma COOKERY S.A., extremo que resulta ser ni más ni menos que el presupuesto habilitante de la adecuación pretendida al amparo del mentado apartado 4º del inciso b) del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

XI) Una vez constatada la referida variación, tratándose de un aumento en los precios de mercado, deberá determinarse en el marco del referido informe técnico el grado de afectación y sus consecuencias en la economía del contrato en ejecución, haciendo hincapié en si las variaciones constatadas resultan susceptibles (o no) de generar un desequilibrio en las prestaciones de ambas partes. Más precisamente, se requiere por parte de las instancias técnicas pertinentes una detallada descripción del impacto producido por el alegado incremento de costos, con un análisis de la incidencia que tales circunstancias hayan tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor, de modo tal de someter a consideración de este último una propuesta de adecuación de precios que, en forma razonable, tienda a evitar la distorsión o ruptura de la ecuación económica financiera del contrato que se proyecta prorrogar.

XII) En caso de no arribar las partes a un acuerdo, la Administración no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades al contratista por haber rechazado la propuesta. Esta última es, precisamente, una garantía en favor del co-contratante estatal.

XIII) En la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones y a la luz del principio de razonabilidad, esta Oficina Nacional entiende que, en el supuesto en que el organismo girante efectúe al proveedor una propuesta de adecuación de los precios del contrato, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido, por cuanto resulta contrario a la equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los cocontratantes (v. en sentido concordante: Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, 1051/12, Nº 176/13, Nº 446/13, Nº 36/2014 y Nº 74/2014).

XIV) A todo lo expuesto cabe agregar que corresponderá dar intervención al Servicio Permanente de Asesoramiento Jurídico de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, a fin de recabar su postura en forma previa a tomar cualquier determinación sobre la cuestión que aquí se ventila.

DICTAMEN ONC Nº 106/2015.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2015.

Referencias: Proyecto de Decisión Administrativa. Provisorio Nº 425/15. Prórroga contractual. Contratación servicio integral de limpieza. Requisito de procedencia para la prórroga.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 425/2015), por cuyo conducto se propiciaba aprobar la prórroga del contrato celebrado con la firma LYME S.A. mediante la Orden de Compra Nº 45/2014, por el plazo de UN (1) año, y por la suma total de PESOS QUINCE MILLONES CIENTO VEINTE MIL ($ 15.120.000,00.-).

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Una interpretación armónica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado Nº 1023/01 como en su actual reglamentación permite concluir que a fin de que proceda la facultad de prorrogar un contrato por parte de la autoridad administrativa, deberán encontrarse previamente acreditados los siguientes extremos, a saber: 1) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación que se pretende prorrogar; 2) Debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo, ya que aquellos en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega no son susceptibles de prórroga; 3) A los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la Orden de Compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario; 4) Sólo se podrá hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. En caso de contratos plurianuales, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional; 5) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades; 6) La prórroga no procederá si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir dicho contrato, en los casos en que el aumento o la disminución del mismo haya superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) El contrato instrumentado mediante la Orden de Compra Nº 45/2014 se encuentra vigente, circunstancia que cobra relevancia habida cuenta que la normativa aplicable establece que la Orden de Compra por la prórroga debe emitirse antes del vencimiento de la vigencia original del contrato.

III) Luego, corresponde asimismo tener por verificados los siguientes extremos: 1) La prórroga se halla expresamente prevista en el artículo 17 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares; 2) el contrato que se pretende prorrogar revista naturaleza de “prestación de servicios”; 3) La medida se impulsa en las condiciones pactadas originariamente; 4) De la compulsa de los actuados no se advierte configurada ninguna de las limitantes citadas *ut supra.* En ese orden de ideas, cabe indicar que se trata de un contrato no aumentado ni disminuido en forma previa y que, en relación a la eficacia y calidad de los servicios prestados por la firma

adjudicataria, la DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE informó que el servicio de limpieza prestado por la firma LYME S.A. en ese Ministerio es cumplido en forma eficiente, respondiendo la calidad de la prestación a los estándares requeridos.

IV) En razón del análisis efectuado, esta Oficina Nacional no tiene reparos que formular respecto de la prórroga impulsada.

DICTAMEN ONC Nº 55/2016.

Fecha de emisión: 9 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades de SODEXO SOLUCIONES DE MOTIVACIÓN ARGENTINA S.A. Prórroga del contrato.

Normativa examinada:

- Artículo 124, inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional tiene dicho que la prórroga de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo, ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/2006, 205/2013 y 14/2015, entre otros).

II) Conforme lo dispuesto en la cláusula 3° del pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública N° 24/13, el plazo de vigencia del contrato original fue fijado en DOCE (12) meses, computables desde la notificación de la Orden de Compra N° 690/13, circunstancia que tuvo lugar el día 19 de septiembre de 2013. Ergo, de la compulsa de las presentes actuaciones surge que el organismo ejerció la prerrogativa para prorrogar el contrato dentro del límite temporal estipulado por el artículo 124, inciso a) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

III) Ello así, en tanto la Orden de Compra Nº 566/14, mediante la cual se prorrogó la vigencia del contrato, fue emitida el 13 de agosto de 2014 y notificada mediante correo electrónico a la firma proveedora el 21 de agosto de 2014, es decir, con anterioridad a la fecha de vencimiento del contrato originario, es decir antes del 19 de septiembre de 2014.

IV) Asimismo, corresponde tener por verificados los siguientes extremos: 1) La prórroga contractual se hallaba expresamente prevista en la cláusula 3° del pliego de bases y condiciones particulares que rigió el procedimiento de selección de marras, 2) el contrato que se pretendía prorrogar revistaba naturaleza de “prestación de servicios”, 3) la medida se impulsó en las condiciones pactadas originariamente, 4) de la compulsa de los actuados no se advierte que el contrato haya sido aumentado ni disminuido en forma previa por el organismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00013970-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 3 de junio de 2016.

Referencias/voces: Contrato prorrogado. Solicitud de renegociación contractual por incrementos salariales. No procede teoría de la imprevisión. Extemporaneidad del pedido.

Antecedentes:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES celebró la Licitación Pública N° 7/14 a fin de contratar "la prestación del servicio de distintos rubros de obra" en el ámbito de algunos edificios pertenecientes a ese organismo, resultando adjudicataria la empresa ZOLMACO S.A., según lo dispuesto en la Disposición DNM N° 2444/14.

Luego, con fecha 29 de mayo de 2015, la entidad contratante dispuso la prórroga del contrato que había sido perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 48/14 por el término de DOCE (12) meses, computables a partir del día 3 de agosto de 2015 y hasta el 2 de agosto de 2016 por un monto total de PESOS TRECE MILLONES NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($ 13.009.428,36).

A tal fin, el organismo emitió la mencionada Orden de Compra de prórroga N° 60/15, la cual fue notificada al proveedor el 24 de junio de 2015.

Posteriormente, el 2 de septiembre de 2015 la empresa ZOLMACO S.A. presentó una nota solicitando se reconozca "la adecuación de los valores" del contrato en curso, con fundamento en el incremento salarial del VEINTISIETE COMA CUATRO POR CIENTO (27,4%) impuesto por Resolución de la entonces SECRETARÍA DE TRABAJO del ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 726/15. En tal sentido, adujo el proveedor que los aumentos salariales referidos, por su magnitud y temporalidad, introdujeron una alteración sustancial en la ecuación económico-financiera del contrato produciendo su quiebre, por lo que solicitó la recomposición del contrato al día 1° de agosto de 2015.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto del reclamo presentado por la empresa ZOLMACO S.A. en el marco del contrato anudado con la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES mediante la Orden de Compra de prórroga N° 60/15.

Cabe destacar que, a partir de lo opinado por la DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA JURÍDICA de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES en el Dictamen Nº 1080/15, correspondía dilucidar si era posible que el organismo contratante efectuase una propuesta económica al proveedor, en el marco de lo previsto en el apartado 4 del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, toda vez que la opción a prórroga ya había sido ejercida por la Administración y el contrato se encontraba en curso de ejecución.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A criterio de este Órgano Rector no resulta aplicable al presente caso la doctrina de la teoría de la imprevisión receptada en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), toda vez que dicha norma exige para su aplicación que por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del acuerdo, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, la prestación a cargo de una de ellas se haya tornado excesivamente onerosa. Desde esa óptica, el incremento salarial del VEINTISIETE COMA CUATRO POR CIENTO (27,4%) recaído sobre el salario del personal de la UOCRA en razón del dictado de la Resolución la SECRETARÍA DE TRABAJO del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 726 de fecha 20 de mayo de 2015, pudo resultar razonablemente previsible para la firma reclamante al momento de presentar su propuesta de cotización, sino en su totalidad, al menos en buena medida.

II) Se arriba a dicha conclusión a poco de verificar los aumentos que, en líneas generales, se dieron en acuerdos anteriores a la contratación del servicio, afirmándose que deben considerarse previsibles los incrementos que normalmente venía soportando la actividad de que se trata. En el caso, los aumentos para el sector correspondientes al año 2014 alcanzaron el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), por lo que podría deducirse que hasta ese porcentaje, el aumento por paritarias para los empleados del sector no habría resultado ni extraordinario ni imprevisible. En consecuencia, siendo que la situación de marras no se corresponde con un acontecimiento extraordinario, no corresponde encuadrarla dentro del instituto de la teoría de la imprevisión.

III) La normativa vigente contempla diversas limitaciones, entre la que cabe citar que la prórroga sea instrumentada en las mismas condiciones pactadas en el contrato original, salvo para el supuesto en que los precios de mercado hubieren variado.

IV) En otras palabras, el artículo 124, inciso b) apartado 4 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 estipula, con carácter de regla general, que la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Sin embargo, la propia norma prevé que si los precios de mercado hubieren variado, corresponderá al organismo contratante realizar una propuesta al proveedor con el objeto de adecuar los precios estipulados en el contrato original.

V) De conformidad con la definición contemplada en el Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “adecuar” significa: “*Proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa”* (Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Espasa Calpe S.A. 2001).

VI) Como regla, no es requisito para ejercer la facultad de prorrogar el contrato recabar el consentimiento del proveedor. Sin embargo, el apartado 4 del inciso b) del mentado artículo 124 contempla una excepción o salvedad, en los términos que a continuación se exponen. En el supuesto de que la jurisdicción o entidad contratante decida hacer uso de la opción a prórroga, deberá –en forma previa a la finalización del contrato original– evaluar si se ha producido una variación de los precios allí estipulados. Ello presupone la elaboración de un informe técnico al efecto.

VII) Si del informe producido surgiere que los precios de mercado no variaron, la jurisdicción contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato original, conforme lo exige el punto 5 del inciso b) del artículo 124 del Reglamento

aprobado por el Decreto N° 893/12. Por el contrario, si como resultado del análisis se constatare un aumento en los precios de mercado, deberá determinarse en el marco del referido informe técnico el grado de incidencia y sus consecuencias en la economía del contrato en ejecución, de modo tal de someter a consideración del proveedor una propuesta de adecuación de precios que, en forma razonable, tienda a evitar la distorsión o ruptura de la ecuación económica financiera del contrato que se proyecta prorrogar.

VIII) Frente a esta segunda hipótesis, el propio Reglamento prevé la posibilidad de que las partes no lleguen a un acuerdo, en cuyo caso la Administración no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades al contratista por haber rechazado la propuesta.

IX) De las constancias obrantes en autos no surge que el área con competencia específica del organismo de origen hubiere efectuado –de modo previo a la emisión de la Orden de Compra de prórroga– un informe técnico con la finalidad de apreciar si se produjo la variación de los precios de mercado en relación con los precios estipulados en el contrato original. Ello así, por cuanto la intervención del DEPARTAMENTO DE CONTABILIDAD de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES es de fecha posterior a la notificación de la Orden de Compra Nº 60/15.

X) Por otra parte, el proveedor ZOLMACO S.A. no alegó la variación de precios de mercado de modo previo al vencimiento del contrato original, sino que, por el contrario, presentó su reclamo el día 2 de septiembre de 2015, es decir habiendo transcurrido más de DOS (2) meses de notificada la Orden de Compra de prórroga.

XI) En efecto, no consta en el expediente que el organismo haya efectuado una valoración técnica de los valores de mercado, antes de emitir la Orden de Compra de prórroga, ni consta que el proveedor haya realizado presentación alguna peticionando a la Administración que al momento de prorrogar el contrato vigente se adecuen los precios mediante el reconocimiento de un incremento de los valores oportunamente adjudicados.

XII) Así las cosas, no puede dejar de destacarse que la solicitud de recomposición contractual solicitada por la empresa ZOLMACO S.A. aparece, cuanto menos *a priori*, como extemporánea, a la luz del mecanismo establecido en el apartado 4 del artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Ello así, en tanto dicha norma contempla la posibilidad de que las partes acuerden la readecuación de los precios originalmente pautados, de modo previo al perfeccionamiento de la prórroga. En este sentido, el proveedor conocía que había celebrado un contrato con la Administración Pública Nacional pasible de ser prorrogado (cláusula 14 del pliego de bases y condiciones Particulares).

XIII) Tampoco puede omitirse que la firma de marras tomó conocimiento, en mayo de 2015 de la Resolución de la SECRETARÍA DE TRABAJO del MINISTERIO DE EMPLEO, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL por la que se incrementaron los salarios de su personal. Sin perjuicio de ello, solicitó la adecuación de precios recién en septiembre de 2015, circunstancia que no se ajusta, en sentido estricto, a la debida diligencia exigible a un proveedor del Estado Nacional.

XIV) Queda así expuesto que la Administración contratante no ha realizado el análisis de variación de precios que debe ser efectuado con anterioridad al vencimiento del contrato, mientras que el proveedor ZOLMACO S.A. tampoco actuó con la diligencia propia de un buen hombre de negocios –por aplicación analógica del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550–.

XV) Cierto es que un obrar diligente por parte del proveedor, hubiera implicado presentar el reclamo de adecuación de precios de modo previo al vencimiento del contrato original, ajustándose estrictamente a las pautas de la reglamentación.

XVI) Por las consideraciones vertidas precedentemente, esta Oficina Nacional opina que no resultaría viable en el caso examinado la adecuación del precio.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074070-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias/voces: Ampliación servicio. No procede la ampliación para extender el plazo de un servicio. Ampliar el plazo de un servicio se asimila a prórroga. Requisitos prórroga. No se encuentran reunidos los requisitos para prorrogar la O/C.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiera sobre la viabilidad jurídica de ampliar la Contratación Directa por Exclusividad N° 6/15 del registro del INSTITUTO NACIONAL DE REHABILITACIÓN PSICOFÍSICA DEL SUR "DR. JUAN OTIMIO TESONE", a fin de continuar con la prestación del "SISTEMA TANGO GESTIÓN" por UN (1) mes adicional.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado.

II) En un caso análogo –aunque regido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00– esta Oficina Nacional sostuvo lo siguiente: *"…teniendo en consideración que se trata de un servicio, sólo sería posible ejercer la facultad de prórroga establecida en el apartado g) del referido artículo 12, con anterioridad a que haya vencido el plazo del contrato original* […] *esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente ampliar la contratación de que se trata, por tratarse de un servicio. El mismo sólo puede ser prorrogado en los casos en que así estuviera previsto en el pliego que rigió la contratación"* (v. Dictamen ONC Nº 46/2004).

III) La prerrogativa de ampliar o aumentar el monto total del contrato no puede ser utilizada para aumentar y/o ampliar el plazo del mismo, porque ello configuraría en sí una "prórroga" del plazo de duración del contrato, en los términos del artículo 124 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IV) A fin de que proceda la facultad de prorrogar un contrato por parte de la autoridad administrativa, deberán encontrarse previamente acreditados los siguientes extremos, a saber: 1) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación que se pretende prorrogar; 2) Debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo, ya que aquellos en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega no son susceptibles de prórroga; 3) A los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario; 4) Sólo se podrá hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. En caso de contratos plurianuales, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional; 5) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades; 6) La prórroga no procederá si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir dicho contrato, siempre que en tal caso el aumento o la disminución del mismo hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

V) Si bien esta Oficina Nacional no cuenta con la totalidad de antecedentes, de la compulsa de los presentes actuados se desprende que tampoco resultaría procedente la prórroga de la Orden de Compra Nº 11/15 en tanto el contrato originario se encontraría vencido y, además, la facultad de prorrogar no se encontraría contemplada en el pliego de bases y condiciones particulares.

VI) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que a la luz de la normativa vigente no resulta jurídicamente viable ampliar –por UN (1) mes adicional– la Orden de Compra Nº 11/15. A su vez, en este caso concreto el servicio en cuestión tampoco podría ser objeto de prórroga, por encontrarse vencido el contrato originario y por no haberse contemplado dicha opción en el pliego que rigió la contratación de que se trata.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03037327-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 7 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Servicios pendientes de órdenes de compra vencidas.

Antecedentes:

La DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y SUMINISTROS de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN solicitó asesoramiento respecto de la utilización de las órdenes de compras destinadas a cubrir el servicio de enlaces para transportar señales de audio y video,

desde los estadios hasta el control central, en ocasión de los encuentros de fútbol organizados por la ASOCIACIÓN DE FUTBOL ARGENTINO (A.F.A.) y otros eventos deportivos trasmitidos en el marco del programa FÚTBOL PARA TODOS.

Puntualmente, se sostuvo que: *"…Si bien los servicios se encontraban cubiertos por las órdenes de compra N° 111/2015, 112/2015 y 113/2015, adjudicadas a las empresas PRENSA SATELITAL SA, BMS SRL y TRANSVIDEO ARGENTINA SA respectivamente, las mismas cumplieron su plazo anual el día 24 de septiembre del corriente, pero cuentan aún con servicios disponibles para realizar las prestaciones requeridas* (…) *Asimismo, y en vista de la complejidad de la adjudicación de la Licitación mencionada, se iniciaron los trámites bajo el expediente N° EX-2016-01260845- -APN-DDMYA#SGP para proceder con la ampliación de las órdenes de compra citadas, y no incurrir en la modalidad de legítimo abono o reconocimiento de gasto.".*

De lo informado surgía que las Órdenes de Compra Nros. 111/15, 112/15 y 113/15 se encontraban vencidas y a raíz de ello se consultó si resultaba jurídicamente posible continuar utilizando los servicios pendientes de las órdenes de compra vencidas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de emitir opinión en relación a si resultaba jurídicamente viable utilizar servicios pendientes de órdenes de compra cuya vigencia había expirado.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El cumplimiento del plazo de duración de las órdenes de compra Nros. 111/15, 112/15 y 113/15 oportunamente adjudicadas a las empresas PRENSA SATELITAL S.A., BMS S.R.L. y TRANSVIDEO ARGENTINA S.A., configura la terminación normal del procedimiento de contratación. Siendo ello así, en la medida en que el plazo originario de vigencia del contrato se encuentra actualmente vencido y no consta que el organismo contratante haya hecho uso de la opción de prórroga –en tanto estuviere prevista–, esta Oficina Nacional entiende que no resulta jurídicamente viable la posibilidad de continuar utilizando los servicios de las órdenes de compra vencidas.

II) De igual modo, este Órgano Rector entiende que las ampliaciones propiciadas resultan improcedentes, máxime teniéndose en consideración que la prerrogativa de aumentar el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Ampliación servicio. Prórroga. Renegociación. Adecuación de precios.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiera respecto al pedido de adecuación de precios en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 3/2014 adjudicada a la firma MURATA S.A.

Es dable mencionar que de las constancias de autos se desprendía lo siguiente: a) la relación contractual entre la empresa MURATA S.A. y el SISTEMA FEDERAL DE MEDIOS Y CONTENIDOS PÚBLICOS de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (para la prestación del servicio de seguridad y vigilancia en el Centro Cultural Kirchner) había culminado con fecha 19 de junio de 2017, fecha de finalización de la Orden de Compra N° 17/2015 y b) el organismo contratante no hizo uso de la opción a la prórroga del contrato perfeccionado con la empresa MURATA S.A., no obstante lo cual pretendía "ampliar" la Orden de Compra N° 17/15 por un plazo de TRES (3) meses.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Resulta oportuno poner de manifiesto, en primer lugar que el contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/2015 ha finalizado con fecha 19 de junio de 2017, quedando imposibilitada toda acción de renegociación alguna frente a un contrato extinguido.

II) La Administración Pública Nacional en materia de adquisición o contratación de bienes y servicios se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto N° 1023/01, con los alcances que este decreto establece, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos, se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente el patrimonio público.

III) No cabe duda que la ampliación de un contrato administrativo, hasta un VEINTE POR CIENTO (20%), se encuentra configurada como una prerrogativa en favor del Estado, cuyo ejercicio hasta ese porcentaje no depende del consentimiento del cocontrante privado.

IV) En un caso análogo –aunque regido por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/00– esta Oficina Nacional sostuvo lo siguiente: *"…teniendo en consideración que se trata de un servicio, sólo sería posible ejercer la facultad de prórroga establecida en el apartado g) del referido artículo 12, con anterioridad a que haya vencido el plazo del contrato original* […] *esta Oficina Nacional entiende que no resulta procedente ampliar la contratación de que se trata, por tratarse de un servicio. El mismo sólo puede ser prorrogado en los casos en que así estuviera previsto en el pliego que rigió la contratación"* (v. Dictamen ONC Nº 46/04).

V) La prerrogativa de ampliar o aumentar el monto total del contrato no puede ser utilizada para aumentar y/o ampliar el plazo del mismo, porque ello configuraría en sí una "prórroga" del plazo de duración del contrato, en los términos del artículo 124 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VI) A fin de que proceda la facultad de prorrogar un contrato por parte de la autoridad administrativa, deberán encontrarse previamente acreditados los siguientes extremos, a saber: 1) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares que rige la contratación que se pretende prorrogar; 2) debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo, ya que aquellos en los que el cumplimiento de la prestación se agota en una única entrega no son susceptibles de prórroga; 3) a los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario; 4) sólo se podrá hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. En caso de contratos plurianuales, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional; 5) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades; 6) La prórroga no procederá si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir dicho contrato, siempre que en tal caso el aumento o la disminución del mismo hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VII) En el caso traído a estudio se ha podido corroborar que el vencimiento del contrato originario acaeció con fecha 19 de junio de 2017, ello así por cuanto, conforme lo dispuesto en el artículo 1.15 del pliego de bases y condiciones particulares, la vigencia del contrato de que se trata ha sido prevista en VEINTICUATRO (24) meses, contados a partir de la recepción de la Orden de Compra, circunstancia que tuvo lugar el día 16 de junio de 2015, es decir que el contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/15 no se encuentra vigente. Así las cosas, si la jurisdicción contratante quisiera intentar hacer uso de la opción a prorroga dispuesta en el artículo 21 del pliego de bases y condiciones particulares, no sería jurídicamente factible, toda vez que no se encuentra en condiciones para dar cumplimiento con la emisión la Orden de Compra de la prórroga antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario, exigencia impuesta por el artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VIII) En conclusión, no resulta jurídicamente viable ampliar –por TRES (3) meses adicional– la Orden de Compra Nº 17/15, así como tampoco resulta jurídicamente procedente ejercer la opción a prórroga.

PROVEEDORES EXTRANJEROS.

DICTAMEN ONC Nº 366/2013.

Fecha de emisión: 22 de octubre de 2013.

Referencias/voces: Contratación de licencias Microsoft. Contratación directa por exclusividad. Proveedor extranjero.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ya que –en opinión del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo consultante– la contratación directa por exclusividad contemplada en los artículos 25, inciso d), apartado 3 del Decreto N° 1023/01 y 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no prevé la contratación con una empresa extranjera que no tenga representación legal en el país.

Normativa examinada:

- Artículo 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 22 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A fin de que proceda una contratación directa por exclusividad debe acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) El oferente deberá ser una persona humana o jurídica que tenga el privilegio sobre la venta de un bien o la prestación de un servicio. Es decir, deberá quedar acreditado que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá documentarse en el expediente mediante los instrumentos que comprueben la mentada exclusividad; 2) No deberán existir sustitutos convenientes para el organismo contratante. A tal efecto, deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

2) La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

3) El carácter de nacional o extranjero del cocontratante no constituye un requisito para la procedencia de una contratación directa por exclusividad. En una contratación directa por exclusividad no se exige que el cocontratante sea una empresa nacional o con representación legal en el país.

DICTAMEN ONC Nº 369/2014.

Fecha de emisión: 25 de septiembre de 2014.

Referencias: Proveedores extranjeros. Participación en procedimientos nacionales. Preferencias.

Consulta:

Las respectivas actuaciones ingresaron para que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome la intervención de su competencia, remitido por la DIRECCIÓN DE RELACIONES ECONÓMICAS BILATERALES PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE de la SUBSECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA LATINOAMERICANA Y MERCOSUR del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO.

Normativa examinada:

- Artículo 26, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 18, 70, anteúltimo párrafo y 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 11 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De conformidad con lo previsto en el artículo 26, inciso b) del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, las licitaciones y concursos podrán ser nacionales o internacionales. En tal sentido, en las licitaciones o concursos nacionales solo se podrán presentar como oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto.

II) Por el contrario, en las licitaciones o concursos internacionales se podrán presentar como oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto, así como quienes tengan la sede principal de sus negocios en el extranjero, y no tengan sucursal debidamente registrada en el país.

III) En el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no existen procedimientos de selección en los que solo pueden participar proveedores argentinos.

IV) El artículo 11 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° 58, de fecha 12 de agosto de 2014 establece determinados requisitos a cumplimentar por los oferentes extranjeros.

*Si bien en el presente dictamen no fue traído a colación, resulta útil mencionar que en la Disposición Transitoria del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC Nº 58/14 se estipuló que los oferentes extranjeros se encuentran exceptuados de incorporarse en el SIPRO hasta tanto la ONC habilite los medios para proceder a su

inscripción. No obstante ello, junto con su oferta deberán presentar la documentación indicada en el artículo 11 y la DDJJ cuya copia integra el Anexo II.

DICTAMEN ONC Nº 394/2014.

Fecha de emisión: 10 de octubre de 2014.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Oferente extranjero sin sucursal en la República Argentina

Normativa examinada:

- Artículo 888 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De la compulsa de la documentación obrante en las presentes actuaciones surge que ARKADIA PTE. LTD. es una firma comercial constituida conforme la legislación de la República de Singapur, cuya sede principal de sus negocios se encontraría en el extranjero, sin que obren constancias de la existencia de una sucursal debidamente registrada en el país.

II) Habida cuenta de ello, dada la presumible imposibilidad material de dar cumplimiento a requisitos tales como la inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) y la tramitación del Certificado Fiscal para Contratar –en tanto se trata de una sociedad extranjera sin sucursal en el país y que en consecuencia carece, entre otros extremos, de Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.)–, corresponde adoptar una interpretación dinámica e integradora de las normas y principios en juego, que permita aceptar en supuestos como el que nos ocupa la eximición de tales exigencias, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 888 del Código Civil.

DICTAMEN ONC Nº 437/2014.

Fecha de emisión: 13 de noviembre de 2014.

Referencias: Contratación Directa por Exclusividad. Proveedor extranjero. Cumplimiento requisitos Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 3343/2014), mediante el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Contratación Directa por Adjudicación Simple por Exclusividad Nº 04/2014 del registro de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA para la adquisición de UN (1) Helicóptero Pesado de Búsqueda y Rescate marca AIRBUS HELICOPTERS modelo EC-225.

Téngase en consideración que la firma AIRBUS HELICOPTERS tenía domicilio en el Aeropuerto Internacional Marseille-Provence, 13725 Marignane Cedex, Francia.

Normativa examinada:

- Artículos 10 y 11 y Disposición Transitoria contenida en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante la medida en ciernes se propicia adjudicar el objeto contractual a la firma extranjera AIRBUS HELICOPTERS S.A.S., cuya sede principal de sus negocios se encuentra en Francia.

II) Cabe tener por cumplimentada la remisión de la declaración jurada correspondiente, exigible en virtud de la Disposición Transitoria contenida en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.

III) Luego, en lo hace al cumplimiento de los extremos detallados en los artículos 10 y 11 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, corresponderá estar a lo dictaminado por los servicios jurídicos preopinantes, en oportunidad de efectuar el pertinente control de legalidad que incumbe a sus competencias específicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de junio de 2018.

Referencias/voces: Proveedores extranjeros - Inscripción en el Sistema de Información de Proveedores – Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”.

Antecedentes:

Para el Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 –cuyo acto de apertura tuvo lugar el día 2 de mayo de 2018– fueron confirmadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” las siguientes ofertas: 1) FALCON HIGH TECH AMERICA SRL; 2) SEA SISTEMAS ELECTRÓNICOS ACUÁTICOS; 3) IGEOTEST GEOSCIENCES S.L.; 4) BAHÍA GRANDE LN SA; 5) PROIOS SALVAGE S.A.; 6) GRUPO HGM TECNOLOGÍAS SUBMARINAS S.A.; 7) WILLIAMSON & ASSOCIATES INC.; 8) OCEAN INFINITY INC. y 9) CIA SUD DRAGADOS S.A.).

En el Dictamen de Evaluación se recomendó declarar fracasado el Renglón N° 1 por no contar con ofertas admisibles ni convenientes y adjudicación del Renglón N° 2 en favor de la firma IGEOTEST GEOSCIENCES, S.L. (ESB17511940), por ajustarse técnicamente a lo requerido, cumplir con la documentación prevista en el pliego de bases y condiciones particulares y su precio resultar conveniente.

Posteriormente, se consultó a este Órgano Rector, respecto de la posibilidad de corregir el número de identificación tributaria de dicha firma por haber sido cargado “erróneamente” en el Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” por parte del propio interesado al realizar la preinscripción y advertido luego de notificado el dictamen de evaluación.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA solicitó que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se expida respecto del carácter subsanable de la inconsistencia de la carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.
- Artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Disposición ONC Nº 64/16.
- Comunicación General ONC N° 59/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector carece de facultades para instruir al MINISTERIO DE DEFENSA respecto a cómo debe proceder en el marco del procedimiento de marras, desde que la decisión del curso a seguir es exclusiva de la autoridad competente de la jurisdicción consultante, quien podrá ceñirse –o apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad– de las opiniones brindadas tanto por los órganos técnicos como por su servicio permanente de asesoramiento jurídico.

II) En cualquier tipo de procedimiento los oferentes y adjudicatarios extranjeros están exceptuados de la obligación de inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Empero, la Comunicación General ONC N° 59/17 establece que quienes estén exceptuados de estar incorporados en el SIPRO, deberán igualmente realizar la preinscripción para participar en los procedimientos que tramiten por el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).

III) En estos casos el requisito de preinscripción resulta indispensable –exclusivamente en términos operativos y/o de usabilidad del sistema– a los fines de obtener en forma automática un usuario y una contraseña para poder presentar ofertas en la plataforma "COMPR.AR".

IV) Debe distinguirse el trámite de preinscripción del trámite de inscripción al SIPRO: el primero debe realizarlo el interesado sin intervención alguna de esta Oficina Nacional, a diferencia de lo que acontece en el trámite de inscripción al SIPRO en el que debe seguirse el trámite previsto en el artículo 5º del anexo registrado en el Módulo Generador de Documentos Electrónicos Oficiales bajo el número DI-2016- 01712783-APN-ONC#MM, que forma parte integrante de la Disposición ONC Nº 64/16.

V) Cuando se trata de un proveedor extranjero, el requisito de la preinscripción en el SIPRO-COMPR.AR es únicamente a los fines operativos –es decir, para poder cargar la oferta en la plataforma electrónica–, pero no conlleva ni el cotejo ni la verificación de la información cargada, como sí acontece en el trámite de inscripción.

VI) El presente caso no se trata de una inconsistencia de carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores. Ello por cuanto las firmas involucradas son extranjeras y, como tales, están exceptuadas de la incorporación a dicho sistema y no se encuentran incorporadas

al mismo. Ahora bien, analizada la información en el contexto de la contratación y no solamente teniendo en miras el trámite de preinscripción, se entiende que tampoco se estaría frente a una inconsistencia acontecida al momento de la realización de la preinscripción por parte de la firma oferente, la cual podría haber resultado susceptible de ser subsanada, si no que se trataría de dos empresas diferentes (IGEOTEST GEOSCIENCIES, S.L. (NIT ESB17511940) que fue quien presentó la oferta en el procedimiento a través del Sistema COMPR.AR –número de orden 69- e IGEOTEST GEOCIENCIAS y EXPLORACIONES S.L.U. (NIT B55178248).

VII) La oferta confirmada y, a su vez, la única que integra el orden de mérito para el Renglón Nº 2 del Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 se correspondía con la razón social IGEOTEST GEOSCIENCES SL y con el número de NIF: B-17511940, mientras que: i) La Declaración Jurada de Intereses está a nombre de CONTROL Y PROSPECCIONES IGEOTEST SL NIF: B-17511940 (v. en el orden 70 el RE-2018- 19918397-APN-DGAD#MD); ii) La tarjeta con el Número de Identificación Fiscal (NIF) emitida por la Agencia Tributaria de España y acompañada en el expediente es a nombre de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SLU (B-55178248) (v. en el orden 76 el RE-2018-19918836-APN-DGAD#MD) y iii) La propuesta técnica está en folletería de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL.

VIII) Es competencia de la Comisión Evaluadora verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, más aún en los casos de proveedores extranjeros que no se inscriben en el Sistema de Información de Proveedores.

IX) En virtud de todo lo señalado y considerando que IGEOTEST GEOSCIENCES SL (B-17511940) e IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL (B-55178248) son personas jurídicas distintas, se entiende que existe un error esencial en la oferta, motivo por el cual esta Oficina Nacional considera que esta cuestión no es susceptible de subsanación, conforme lo establecido en el artículo 66 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

PUBLICIDAD OFICIAL /CAMPAÑAS PUBLICITARIAS INSTITUCIONALES.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00836271-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de agosto de 2016.

Referencias/voces: Proyecto de decreto por el cual se propicia modificar el artículo 2° del Decreto N° 984/09. Transferencia de la órbita de TELAM SOCIEDAD DEL ESTADO a la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS las funciones de “Agencia Creativa” del Estado Nacional, teniendo como rol y responsabilidad el servicio publicitario creativo, arte y producción gráfica y audiovisual, en cuanto a su producción, elaboración y diseño.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación a un proyecto de decreto por el cual se propiciaba modificar el artículo 2°

del Decreto N° 984 del 27 de Julio de 2009, con el objeto de transferir de la órbita de TELAM SOCIEDAD DEL ESTADO a la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS las funciones de "Agencia Creativa" del Estado Nacional, teniendo como rol y responsabilidad el servicio publicitario creativo, arte y producción gráfica y audiovisual, en cuanto a su producción, elaboración y diseño.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 2507/02.
- Decreto Nº 152/03.
- Decreto N° 984/09.
- Decisión Administrativa Nº 448/09.
- Decreto N° 357/02 (modificado por el Decreto N° 725/16).
- Decreto Nº 14/11.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la actualidad TELAM S.E. desempeña funciones tanto de "Agencia de Planificación de Publicidad" como de "Agencia Creativa", tal como se desprende del artículo 5° de su Estatuto Social, aprobado como Anexo al Decreto N° 2507/02.

II) Ahora bien, según lo oportunamente expresado por la asesoría legal de la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, el mercado de medios de comunicación comercial presenta una división por especialidad entre las actividades de comunicación y los servicios publicitarios creativos, arte y producción gráfica y audiovisual. En tal sentido, a fin de disminuir las desventajas comparativas con los demás anunciantes que operan en el mercado publicitario, se propicia desdoblar las competencias de TELAM S.E., manteniendo en su órbita sólo las potestades de "Agencia de Planificación Publicitaria" –planificación de campañas y contrataciones con los medios que difundirán–; mientras serían transferidas a la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS las características de "Agencia Creativa" con sus consecuentes facultades de contratación de creatividad y producción de publicidad oficial.

III) De esta forma, de acuerdo con la nueva redacción proyectada para el artículo 2° del Decreto N° 984/09, las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del aludido decreto deberán encomendar la realización de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación a la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, la que las efectivizará mediante las siguientes opciones: a) Con sus equipos profesionales y recursos técnicos; b) Mediante la utilización de los recursos del organismo o empresa originante; c) Mediante la Agencia TELAM S.E. en su carácter de "Agencia de Planificación Publicitaria"; d) A través de una unidad organizativa perteneciente a cualquier organismo comprendido en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias, bajo su supervisión; e) Mediante la contratación de un servicio creativo o de producción externo.

IV) Habiendo llegado a este punto, corresponde emitir opinión en relación a este último inciso, no sin antes recordar que en relación al régimen actualmente vigente esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar lo siguiente: *"…las campañas de publicidad o comunicación serán efectivizadas por TELAM Sociedad del Estado, para lo cual esa sociedad deberá llevar adelante la contratación de los bienes y servicios necesarios para la realización de los trabajos solicitados, con ajuste a los lineamientos previstos en el artículo 3º del Decreto Nº 984/2009* […] *Considerando que TELAM no es uno de los organismos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/2001* […] *por cuanto no se trata de una jurisdicción o entidad comprendida en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, sino que es una sociedad del Estado, comprendida en el inciso b) del citado artículo, no se encuentra obligada a aplicar las disposiciones del régimen de contrataciones aprobado por el Decreto Nº 1023/2001."* (v. Dictamen ONC Nº 518/2009).

V) En sentido concordante, puede verse el Dictamen ONC Nº 616/2010 en el que se sostuvo: *"…no le son aplicables a TELAM SE –entidad mediante la cual se efectivizará el procedimiento aprobado por la DA Nº 448/09 y sus consecuentes modificaciones– las disposiciones contenidas en el Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Nº 1023/01, por cuanto no se encuentra comprendida dentro del inc a) del artículo 8º de la Ley 24.156.".*

VI) Ahora bien, dichas conclusiones no pueden hacerse extensivas a supuestos en que, al amparo del inciso e) del artículo 2º proyectado, las contrataciones de servicios creativos y/o de producciones externas sean llevadas a cabo por la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS. Es decir, a la luz del cambio normativo propuesto, cuando corresponda a la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS sustanciar procedimientos de selección con miras a satisfacer necesidades inherentes al rol de "Agencia Creativa", los mismos deberán regirse por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

VII) Ello así, por cuanto el aludido Régimen es de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones (v. artículo 2º del Decreto Delegado Nº 1023/01). Por consiguiente, en la medida en que la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS es una jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central, se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación subjetivo del citado decreto delegado.

VIII) En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, no debe perderse de vista que el mentado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional fue instaurado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme surge de su artículo 4º 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. En virtud de lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que las contrataciones que lleve a cabo la SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS a fin de contratar creatividad y producción

de publicidad oficial deberán sujetarse –necesariamente– a las previsiones del Decreto Delegado Nº 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

PYMES

DICTAMEN ONC Nº 162/2015.

Fecha de emisión: 1º de junio de 2015.

Referencias: Regímenes de preferencias. Mipyme. Protección de Personas con Discapacidad. Escenario de Empate.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar cómo deberán conjugarse, frente a un eventual empate de ofertas, los regímenes de preferencias establecidos en la Ley N° 22.431 y en el Decreto Nº 312/10 (Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas Discapacitadas), por una parte, y en la Ley Nº 25.300 y el Decreto Nº 1075/01, por otro (Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa).

Más precisamente, se consultó qué preferencia deberá privilegiarse en el hipotético caso de existir un empate de ofertas entre un oferente que acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15 –pero que no encuadre en la categoría de MIPyME–, frente a una MIPyME que ofrezca insumos producidos en el país.

Es decir, que en caso de pugna entre el derecho de preferencia regulado en el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 frente a la preferencia contemplada en los artículos 39 de la Ley N° 25.300 y 1° de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01, el interrogante planteado por la jurisdicción de origen giró en torno a dilucidar si correspondería dar prevalencia a un régimen por sobre el otro y, en su caso, a cuál de ellos.

Normativa examinada:

- Artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.
- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70 inciso g) apartado 2°, 88 y 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 39 de la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Nº 25.300.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Nº 1075/01.
- Artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689.
- Artículo 8º del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En caso de igualdad de precios y calidad de dos o más ofertas, lo primero que debe tenerse en cuenta con miras a procurar un desempate es si existe algún derecho de preferencia establecido por la normativa vigente, que sea de aplicación a los oferentes en pugna. En esa inteligencia, pueden citarse, a título de ejemplo, las preferencias receptadas en el marco del Sistema de protección integral de los discapacitados y en el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

II) Bajo el título "Compre mipyme", el artículo 39 de la Ley Nº 25.300 estableció que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156 deberán otorgar un derecho de preferencia del CINCO POR CIENTO (5%) a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas para igualar la mejor oferta y ser adjudicatarias de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios que ofrezcan, producidos en el país.

III) La referida Ley Nº 25.300 fue oportunamente reglamentada a través del Decreto Nº 1075/01, cuyo artículo 1º establece: *"Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, que coticen bienes o servicios producidos en el país a los sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, para ser adjudicatarios de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios y ofrezcan precios con una diferencia que no supere en más de un CINCO POR CIENTO (5%) la mejor oferta presentada por una empresa no MIPyME, deberán ser invitadas, por única vez, para que puedan igualar la mejor oferta: a) En el caso de organismos del Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes al vencimiento del plazo establecido por artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/2000. La Autoridad Competente para determinar que las empresas se encuentran en la situación descripta en el presente inciso, será la Comisión Evaluadora contemplada en el artículo 77 del citado Reglamento. b) Los demás sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes a la fecha de apertura de las ofertas.".*

IV) Luego, el artículo 3º del Decreto Nº 1075/01 prescribe: *"Si la invitación a la que se refiere el artículo primero comprendiera a más de UN (1) oferente que revistiere el carácter de Micro, Pequeña y Mediana Empresa o formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, la adjudicación recaerá sobre aquella empresa que hubiera optado por igualar y cuya oferta original haya sido la más próxima a la oferta que fuera objeto de igualación. De subsistir el empate, se procederá al sorteo público de las ofertas empatadas.".*

V) El artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689, prescribe que el Estado Nacional —entendiéndose por tal los tres Poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— está obligado a priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad.

VI) Por su parte, el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 contempla un sistema de desempate para los contratos de insumos y provisiones, favoreciendo a los oferentes que cuenten con personal con discapacidad, o bien, a los que tengan el mayor porcentaje. Trátase de un régimen de preferencias para el caso de los contratos de insumos y provisiones, en el que, a igual costo y en las formas que establece la reglamentación, las jurisdicciones y/o entidades deberán priorizar a aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, circunstancia que deberá ser corroborada por el organismo contratante a partir de los documentos en donde conste el vínculo entre el empleado discapacitado y la empresa contratista, como así también el correspondiente Certificado Único de Discapacidad otorgado por el Ministerio de Salud.

VII) El 13 de abril de 2015 esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 21/15, tendiente a instrumentar determinadas medidas encaminadas a establecer parámetros que permitan una implementación adecuada y efectiva de las obligaciones impuestas por el Decreto Nº 312/10, vinculadas a las contrataciones públicas. Ello así, con miras a utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como una herramienta indispensable, en el marco de un régimen tuitivo de personas con discapacidad.

VIII) Por un lado se encuentra la preferencia consagrada en la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa N° 25.300, y su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01. Por el otro, el sistema normativo que protege integralmente los derechos de las personas con discapacidad, conformado por la Ley N° 22.431 –modificada por la Ley N° 25.689–, con su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 312/10. Corresponde entonces dilucidar qué solución correspondería dar a la hipótesis de yuxtaposición o concurrencia de regímenes preferenciales, planteada por la jurisdicción consultante, a saber: Empate de ofertas, en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre un oferente que, sin ser una micro, pequeña o mediana Empresa, acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15, frente a una MIPyME que no cuente entre sus dependientes con personal con discapacidad.

IX) En cuanto a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas, sabido es que tienen un rol preponderante dentro del modelo de crecimiento económico con inclusión social. Ninguna duda cabe en cuanto a que se fomenta el desarrollo de las MIPyMEs en las compras públicas mediante la instrumentación de políticas de tipo vertical –preferencias directas en su favor– en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social del país.

X) Se trata de unidades productivas flexibles de gran trascendencia en la economía, a lo largo y a lo ancho de cada país, pudiéndose señalar su importancia como instrumento clave para la generación de empleo y contribución al Producto Interno Bruto (PIB).

XI) Uno de los principios rectores que nutre a las normas que conforman el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa es el de “sustentabilidad social”, el cual tiene como objeto el desarrollo de prácticas laborales éticas, dignas, equitativas y diversas, garantizándose así un mejor impacto a nivel comunidad. Más aun, por sobre tales normas y criterios, no es posible soslayar que se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional tutelados, entre otros, por los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

XII) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito –en su artículo 194– al mentado principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.

XIII) En otro orden de cosas, las medidas reglamentadas mediante el Decreto Nº 312/10 y la Disposición ONC Nº 21/15 deben interpretarse como parte de la implementación gradual y progresiva de políticas públicas basadas en la integración económica-social de las personas con discapacidad como medio para preservar su derecho constitucional al trabajo y a la igualdad real de oportunidades, entre otros (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 622/10, 696/11 y 731/11).

XIV) Las disposiciones estipuladas en el Decreto Nº 312/10 también se enmarcan dentro de las denominadas contrataciones públicas sustentables desde una perspectiva social, por cuanto buscan generar un incremento en la oferta de trabajo para las personas con discapacidad, como así también premiar a las empresas que hayan contribuido en su inclusión socio-laboral.

XV) Tal como se puede apreciar, los regímenes aquí comparados tutelan derechos análogos, siendo la generación y protección del trabajo y el derecho a la inclusión social, las notas sobresalientes en ambos. Siendo ello así, a criterio de esta Oficina Nacional no resulta posible establecer una prevalencia, prioridad o mayor jerarquía de un régimen de preferencia sobre el otro.

XVI) El artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al decir "de mantenerse la igualdad", está de alguna manera contemplando como posibilidad que ninguna de las ofertas en pugna se encuentren beneficiadas por un régimen preferencial o bien que ambas gocen de preferencias insusceptibles de imponerse una por sobre la otra, siendo esta última hipótesis la que se corresponde con la consulta traída a estudio. Ergo, resulta razonable interpretar que en casos como estos el empate no se resolverá por aplicación de las preferencias vigentes, sino que deberán agotarse las restantes opciones previstas en el citado artículo 90, culminando en un sorteo público, para el caso de no poder desempatar por los otros medios allí citados.

XVII) En conclusión, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que no existen –en principio– razones por las cuales uno de los regímenes normativos analizados prevalezca por sobre el otro, puesto que ambas preferencias tutelan y consagran derechos, garantías y principios de igual jerarquía normativa. Consecuentemente, ante un eventual empate en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre la propuesta de una MIPyME y la oferta de una empresa a la que no le sea aplicable el régimen tuitivo de las MIPyME, pero que acredite contar con personal con discapacidad, deberá estarse a las restantes soluciones previstas en el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo el sorteo público la última alternativa allí prevista.

<u>DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM</u>

Fecha de emisión: 19 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: PYME. Cotización parcial. Pliegos de bases y condiciones particulares. Competencias de la ONC.

Consulta:

La GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) consultó sobre la posibilidad de que las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME's) realicen cotizaciones parciales.

Normativa examinada:

- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 63/16.
- Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las micro, pequeñas y medianas empresas podrán presentar cotización por parte del renglón, siempre y cuando no se disponga lo contrario en el pliego.

II) Nada impide que se establezca en el pliego de bases y condiciones particulares que no se aceptarán cotizaciones parciales, siempre y cuando del mismo –o en su caso del expediente– surjan expresa y fundadamente los motivos que justifiquen razonablemente dicha restricción.

RECEPCIÓN DEFINITIVA.

DICTAMEN ONC Nº 201/2015.

Fecha de emisión: 7 de julio de 2015.

Referencias: Recepción definitiva. Plazo intimación del proveedor. Silencio de la Administración. Rechazo de mercaderías improcedencia.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite de los antecedentes de penalidades remitidos por la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, relacionados con el proveedor JOSIAM S.R.L. (C.U.I.T. Nº 30-70821347-7), a efectos de evaluar la procedencia de sanciones.

Si bien el Órgano Rector tiene dicho que resulta ajena a su competencia la revisión de lo actuado en el organismo de origen, el caso en estudio presentaba cuestiones particulares que

admitían una consideración singular, razón por la cual se reseñan con mayor extensión los principales antecedentes.

Así, mediante la Disposición SSCMyL Nº 15/14 se había aprobado la Licitación Pública Nº 85/2013 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL para la adquisición de equipamiento y utensilios con el fin de ser destinados a cocinas institucionales, adjudicándose en dicha oportunidad los Renglones Nros. 5 (cucharones de acero inoxidable), 6 (cucharones de acero inoxidable), 7 (espumaderas de acero inoxidable) y 8 (espátulas de acero inoxidable) a la firma JOSIAM S.R.L. La Orden de Compra Nº 63/2014, emitida en favor de JOSIAM S.R.L., fue notificada al aludido proveedor el día 30 de enero de 2014.

En el punto 4 del pliego de bases y condiciones particulares se establecieron CUATRO (4) entregas sucesivas, correspondientes cada una a un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los bienes adjudicados. Dichas entregas fueron cumplimentadas en tiempo oportuno por el proveedor. En el punto 15 del pliego se estipuló que la recepción definitiva se llevaría a cabo dentro de los DIEZ (10) días corridos de completada la entrega de los bienes adjudicados.

La cuarta y última entrega (total) de bienes por parte de JOSIAM S.R.L. había acontecido el día viernes 4 de abril de 2014. Ergo, el plazo de DIEZ (10) días corridos estipulado por la jurisdicción contratante para otorgar la conformidad de la recepción comenzó a correr el día lunes 7 de abril de 2014 y feneció el día jueves 17 de abril de 2014 –es decir, iniciando el cómputo el día hábil inmediato siguiente al de la fecha de la última entrega, conforme lo establece el artículo 115, y contabilizando el plazo en días corridos, según lo contemplado en el pliego–.

El 22 de abril de 2014 la firma JOSIAM S.R.L. presentó una nota intimando al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL a otorgar la conformidad de la recepción de la mercadería oportunamente entregada.

En respuesta a dicha intimación, con fecha 7 de mayo de 2014 la COORDINACIÓN DE MONITOREO DE DEPÓSITOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL comunicó por fax a JOSIAM S.R.L. que para proceder a la emisión de las actas de recepción definitiva correspondientes a la mercadería entregada debía *"…darse cumplimiento al Artículo 113 punto b) y artículo 114 del Decreto 893/2012."*.

El día 9 de mayo de 2014 el proveedor en cuestión ratificó la intimación que efectuara el 22 de abril de 2014, expresando asimismo lo siguiente: *"Me refiero a vuestra nota del 06/05/14, la cual no nos permite, indubitadamente, comprender su significado, dado que a efectos de darse debido cumplimiento al art. 113 punto b) del Decreto 893/2012, debimos ser informados del día, hora y lugar para participar en el control de los análisis correspondientes, lo cual no se ha cumplimentado en absoluto y referente al art. 114 del precitado Decreto, no hemos recibido intimación alguna sobre el particular."*.

Con fecha 14 de mayo de 2014, la firma JOSIAM S.R.L. efectuó una nueva presentación, en virtud de la cual comunicó al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL que, dados los plazos transcurridos a esa fecha, entendía configurado el silencio positivo o aceptación tácita, en los términos del artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

El 19 de mayo de 2014 la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL comunicó al proveedor el rechazo de los bienes entregados, invocando a tal efecto un informe técnico emitido por el INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍA INDUSTRIAL, donde se sostuvo que las muestras analizadas no cumplían con la calidad del acero inoxidable exigida en el pliego. Asimismo, en dicha oportunidad se intimó a JOSIAM S.R.L. a reemplazar los elementos objetados en el plazo perentorio de SIETE (7) días.

El 22 de mayo de 2014 el proveedor rechazó por improcedente el emplazamiento efectuado por el organismo, por cuanto *"…no se encuadra dentro del plazo de los 10 (diez) días que establece el art. 115 del Decreto 893/2012…".*

El 6 de junio de 2014 la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL ratificó el rechazo de los bienes entregados y el requerimiento de reemplazo de los mismos.

El 13 de junio de 2014 la jurisdicción contratante entregó en devolución a JOSIAM S.R.L. la mercadería correspondiente a la Orden de Compra Nº 63/2014 por no adecuarse al pliego de bases y condiciones particulares.

Finalmente, mediante la Disposición SSCMyL Nº 336, de fecha 27 de agosto de 2014, el proveedor JOSIAM S.R.L. fue penalizado con la rescisión total por su culpa de la Orden de Compra N° 63/2014, con la consecuente pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por haber sido rechazados en su totalidad los bienes que entregara para cumplimentar el respectivo contrato.

Normativa examinada:

- Artículos 108, 111, 113, 114 y 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo atinente a la ejecución y cumplimiento del contrato, el artículo 108 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece que los cocontratantes deberán cumplir la prestación en la forma, plazo o fecha, lugar y demás condiciones establecidas en los documentos que rijan el llamado. Como contrapartida, el artículo 111 del aludido cuerpo reglamentario pone en cabeza de la Comisión de Recepción la responsabilidad de verificar si las prestaciones efectuadas y/o los bienes entregados cumplen o no cumplen, para lo cual podrá, entre otras medidas, practicar análisis, ensayos, pericias u otras pruebas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 113 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

II) El artículo 115 del Reglamento determina que la conformidad de la recepción de los bienes se otorgará dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara uno distinto –en el caso, el pliego estipulaba un plazo de DIEZ (10) días corridos desde que se completara la entrega de los bienes–. Luego, el citado artículo prevé que una vez vencido dicho plazo, frente al silencio de la Administración, el proveedor puede intimar la recepción y si la dependencia contratante no se expidiera dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos siguientes, los bienes o servicios se tendrán por recibidos de conformidad.

III) A esto último puede identificárselo como “silencio positivo” o “aceptación tácita” y representa una garantía que el ordenamiento jurídico prevé en favor del cocontratante del Estado y que como tal forma parte del régimen exorbitante –o régimen administrativo, en sentido estricto–, como contrapunto de las prerrogativas con que cuenta la Administración para satisfacer el interés público comprometido en cada caso. Su razón de ser radica en que la carga que grava a la Administración Pública de expedirse en torno a la recepción definitiva de los bienes entregados y el derecho del proveedor a ese respecto vendrían ciertamente a ser ineficaces si el propio ordenamiento jurídico no arbitrara remedios idóneos para el caso de que aquella no cumpla.

IV) El silencio positivo es excepcional y se encuentra subordinado a la existencia de una norma, como el referido artículo 115, que concretamente le otorgue tal carácter. Se produce cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión deducida por el particular; es una ficción que la norma establece en beneficio del particular.

V) En relación a sus efectos, una vez calificada positivamente la pasividad de la Administración, el particular queda protegido por el mismo sistema de garantías que obra para los actos expresos y la Administración vinculada indefectiblemente por las consecuencias de su inactividad.

VI) Tratándose de una garantía que asiste al cocontratante que ha hecho entrega de los bienes que le fueran adjudicados y que espera razonablemente la aceptación de los mismos para poder facturar y cobrar según lo ofertado, forzoso es concluir que no cualquier pronunciamiento por parte de la jurisdicción o entidad contratante resulta susceptible de impedir la configuración del silencio positivo, por el sólo hecho de “expedirse” en cualquier sentido dentro de los DIEZ (10) días de intimada.

VII) El día 22 de abril de 2014 –cuando el plazo previsto para otorgar la conformidad de la recepción se encontraba fenecido– la firma JOSIAM S.R.L. intimó al organismo a expedirse sobre la recepción de los bienes entregados, frente a lo cual el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL debió expedirse, en forma cierta y concreta, aceptando o bien rechazando los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 63/2014. Sin embargo, con fecha 7 de mayo de 2014 la jurisdicción contratante brindó una respuesta que necesariamente debe reputarse insuficiente e imprecisa, al limitarse a invocar vagamente los artículos 113, inciso b) y 114 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VIII) La nota del 7 de mayo de 2014 debe entenderse como insuficiente para evitar que se consolide el silencio positivo favorable al particular, máxime si se tiene presente que las normas invocadas en dicha oportunidad por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL establecen diversas cargas en cabeza del propio organismo, que a esa fecha no había cumplido (v.gr. arbitrar los medios para facilitar la participación del proveedor en las pericias y/o ensayos.).

IX) A la hora de confeccionar el pliego de bases y condiciones particulares, el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL no sólo no contempló expresamente la necesidad de efectuar pericias y/o ensayos para determinar la calidad de los productos en forma previa a la recepción definitiva, sino que extrañamente optó por estipular un plazo de DIEZ (10) días corridos para emitir la conformidad de dicha recepción, es decir, un lapso más breve que el que por defecto

prevé el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cuyo plazo se computa en días hábiles administrativos.

X) La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego el éxito o el fracaso de la contratación.

XI) Es opinión de esta Oficina Nacional que la jurisdicción contratante debió haber contemplado en el pliego de bases y condiciones particulares la necesidad de efectuar pericias y/o ensayos técnicos sobre los bienes a entregarse, y en función de ello estipular un plazo para otorgar la conformidad de la recepción que resulte acorde y razonable a tales fines. Es en ese entendimiento que al no haberlo hecho, no parece ajustado a derecho trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso, por lo que al momento de evaluar la procedencia o no de una sanción, corresponde inclinarse por la negativa.

XII) En mérito a lo expuesto, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que el organismo contratante se expidió en forma extemporánea, es decir una vez vencido el plazo previsto en la normativa vigente para resolver el requerimiento. Siendo ello así, no se han configurado las causales de suspensión establecidas en el artículo 131, inciso b), apartado 2.2., y el artículo 131, inciso b), apartado 3.1., del Reglamento aprobado por Decreto 893/12, en virtud de los fundamentos vertidos a lo largo del presente acápite.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03571865-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Recepción definitiva. Falta de intimación previa. Silencio positivo.

Antecedentes:

Mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Nº 191 de fecha 15 de marzo de 2016, se resolvió rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, la Orden de Compra Nº 526/15, emitida en favor del proveedor COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A., en el marco de la Licitación Pública Nº 10/15.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 5.886,75.-) y se ordenó intimar a la referida sociedad para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado hiciere efectivo dicho importe.

La sociedad comercial COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A. expresó en su descargo que la mercadería se llevó a cabo el día 7 de agosto de 2015, mientras que el organismo contratante notificó a la sociedad comercial el rechazo del referido producto con fecha 5 de diciembre de 2015.

En tal sentido la firma recurrente sostuvo que la notificación a través de la cual se puso en conocimiento el rechazo de la mercadería oportunamente entregada se efectuó fuera del plazo estipulado por el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El argumento brindado por la sociedad comercial a través del cual intenta excusarse del incumplimiento en la reposición de la mercadería rechazada –aduciendo el incumplimiento del plazo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– se encuentra en riña con lo establecido en ese mismo precepto normativo.

II) La norma referenciada determina que la conformidad de la recepción de los bienes se otorgará dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara uno distinto. Vale decir que, en este caso particular, en la cláusula 21 del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública Nº 10/15 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL se estipuló un plazo de DIEZ (10) días corridos.

III) El citado artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 prevé que una vez vencido dicho plazo, frente al silencio de la Administración, el proveedor se encuentra facultado para intimar la recepción y recién entonces, si la dependencia contratante no se expidiera dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos siguientes, los bienes o servicios se tendrán por recibidos de conformidad.

IV) La firma COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A. no ha invocado –ni mucho menos acreditado– haber intimado al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en los términos citados, razón por la cual no puede tenerse por configurado el “silencio positivo” o “aceptación tácita”.

V) El no haber hecho uso de la facultad de intimar al organismo a recibir la mercadería, una vez vencido el plazo estipulado, obsta al planteo que intenta la quejosa en torno al extenso tiempo transcurrido entre la entrega de los bienes y la intimación al reemplazo de los mismos por no ajustarse a pliego.

RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS.

DICTAMEN ONC Nº 205/2013.

Fecha de emisión: 18 de julio de 2013.

Referencias: Aumento salarial por paritarias. Teoría de la imprevisión: requisitos. Renegociación del contrato: alcance, requisitos de procedencia.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión respecto de un proyecto de Decisión Administrativa por el cual se propiciaba hacer lugar al reclamo formulado por la firma LIMPIOLUX S.A. de fecha 4 de octubre de 2012 y, en consecuencia, aprobar la recomposición del contrato instrumentado mediante la Orden de Compra Nº 36/2012, a raíz del incremento en los costos laborales producido por la aplicación de la Resolución de la SECRETARÍA DE TRABAJO del ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Nº 1360/12.

La aludida Resolución homologó el acuerdo celebrado entre el SINDICATO DE OBREROS DE MAESTRANZA y la ASOCIACION DE EMPRESAS DE LIMPIEZA Y AFINES, determinando un incremento escalonado para los básicos conformados vigentes al mes de marzo de 2012, a partir del mes de agosto de 2012 en adelante y hasta el mes de enero de 2013, inclusive, configurándose un aumento remunerativo respecto de las escalas salariales vigentes al momento de la cotización de hasta un VENTICUATRO COMA CUARENTA Y OCHO POR CIENTO (24,48%).

En función de lo expuesto, la empresa LIMPIOLUX S.A. alegó: *"Como no escapará a vuestro conocimiento nuestra empresa se encuentra comprendida en aquellas consideradas de mano de obra intensiva y cualquier alteración de los salarios tiene un alto impacto en nuestros costos y un incremento final del 24.48% hacen imposible brindar el servicio sin sufrir cuantiosas pérdidas".*

En consecuencia, solicitó la recomposición del precio del servicio en cuestión para los meses de agosto de 2012, octubre de 2012 y enero de 2013, en adelante, para lo cual acompañó los cálculos donde contempla la modificación producida en su estructura de costos y la incidencia que correspondería reconocer a su favor.

Normativa examinada:

- Artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928.
- Artículo 5º del Decreto Nº 214/02.
- Artículo 1198 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, entendida como la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá.

II) El impedimento de incluir en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares cláusulas que permitan la actualización de precios en forma periódica no viene dado por las normas vigentes que regulan el régimen de contrataciones públicas, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, específicamente por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5º del Decreto Nº 214/02 (Conf. Dictámenes ONC Nº 531/2009, Nº 552/2010, Nº 996/2012 y Nº 1048/2012, entre otros).

III) la Ley de Convertibilidad y sus similares modificatorias y complementarias pusieron fin a los sistemas de reconocimiento de mayores costos y a las fórmulas polinómicas de ajustes de precio, así como también a cualquier otra clase de mecanismo de actualización de precios análogo a los mencionados. La inclusión en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares de cláusulas, en virtud de las cuales se determine anticipadamente el monto a ser reconocido al cocontratante frente a un eventual incremento del salario básico acordado por paritarias y el modo en que dicha suma le será abonada, no resulta compatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse.

IV) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha realizado una diferenciación entre el reconocimiento de mayores costos –situación legalmente vedada– y lo que se debe entender por renegociación del contrato cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión. 1) El reconocimiento de mayores costos se verifica como un mecanismo introducido en los contratos con plazos extensos, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes. Así se interpretó que la aplicación de fórmulas de mayores costos implica la aplicación estricta de un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad (v. Dictámenes PTN Nº 454, Nº 455 y Nº 456, todos de fecha 04 de septiembre de 2003); 2) Por el contrario, la renegociación contractual debe ser entendida como la introducción de cambios exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual (v. Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

V) Un primer supuesto es la estipulación por parte de la Administración de cláusulas por medio de las cuales se incorporan *ab initio* en los pliegos particulares mecanismos que permiten la actualización de precios. Un segundo y diferenciado supuesto de hecho es aquel que se configura a partir de la renegociación de un contrato perfeccionado y en etapa de ejecución, a raíz de circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes, que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual. En ese entendimiento, sólo la primera hipótesis mencionada en el párrafo anterior se encuentra prohibida por las normas de emergencia económica. Es decir, es el reconocimiento de mayores costos junto a las cláusulas de ajuste de precios lo que sin dudas se encuentra vedado por el artículo 4º de la Ley Nº 25.561 que modificó, como se dijo, los artículos 7º y 10 de la Ley Nº 23.928.

VI) La teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contrato administrativos por analogía, es un instituto que permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual, derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles, y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible. La aludida teoría no apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa, ni crear un "seguro" para el cocontratista; no cubre ni asegura ganancias, pero sí reencarrila el contrato a su alea "normal", recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar.

VII) La aplicación del artículo 1198 del Código Civil exige que la prestación a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles, tornándose necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente y que permita apreciar si se produjo o no un desequilibrio en la ecuación económico financiera (Cfr. Dictámenes PTN 259:222). Para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión en el ámbito de los contratos administrativos deben darse los siguientes requisitos: 1) Una excesiva onerosidad en la prestación del contrato; 2) Que ella sea sobreviniente a la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento; 3) Que se trate de un alea económica y no de un alea administrativa; 4) El acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; 5) No haber suspendido el contratista la ejecución del contrato, 6) Que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico financiera del contrato con motivo del hecho determinante del alea económica.

VIII) En el Dictamen ONC Nº 266/2007 esta Oficina Nacional sostuvo que un organismo podrá renegociar contratos en curso de ejecución, si lo considera pertinente, siempre que se verifiquen los siguientes puntos: 1) En primer lugar, la firma adjudicataria deberá acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Seguidamente, se deberá determinar que las consecuencias de dicho convenio o acuerdo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar su alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera ; 3) Por último, se deberá verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado.

IX) En el caso en estudio el cocontratante se limitó a acreditar la existencia de aumentos salariales, describiendo por otra parte su incidencia en la estructura de costos, mientras que la DIRECCIÓN TÉCNICA OPERATIVA del MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA efectuó un análisis de los costos de la reclamante, sin expedirse sobre la configuración o no de un desfasaje o quiebre de la ecuación económico-financiera del contrato.

X) A los fines habilitar la renegociación el contrato en cuestión con sustento en la teoría de la imprevisión, deberán acreditarse en forma previa la existencia real de las condiciones de aplicación del artículo 1198 del Código Civil. Es decir, la firma interesada deberá acreditar que las consecuencias derivadas de la homologación del nuevo Convenio Colectivo de Trabajo, mediante la Resolución ST Nº 1360/12 afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar la ruptura de la ecuación económico-financiera del mismo. Por otra parte, corresponde a las áreas pertinentes del organismo incorporar a las actuaciones un informe

técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato.

XI) Para el hipotético caso en que se encuentren acreditados en autos los recaudos reseñados, no habría obstáculos de orden jurídico que oponer a que el organismo girante celebre un convenio de renegociación del contrato, debiendo tenerse presente que en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva (v. Dictámenes ONC Nº 411/2008; Nº 502/2009; Nº 1048/2012; Nº 1049/2012, Nº 1050/2012 y Nº 1051/2012).

DICTAMEN ONC Nº 446/2013.

Fecha de emisión: 18 de diciembre de 2013.

Referencias: Aumento salarial por paritarias. Teoría de la imprevisión: requisitos. Renegociación del contrato: alcance, requisitos de procedencia.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN del INSTITUTO NACIONAL DEL TEATRO de la SECRETARÍA DE CULTURA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN solicitó la interpretación de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES acerca de si un incremento salarial para el sector de limpieza podía dar lugar a la recomposición del contrato.

En el caso de marras la adjudicataria del servicio de limpieza del organismo de origen solicitó la recomposición de los precios vigentes para la prestación del mencionado servicio, en virtud del incremento salarial para el sector de limpieza homologado por el ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL mediante la Resolución S.T. N° 1360/12, circunstancia que habría producido la ruptura de la ecuación económica financiera del aludido contrato.

Normativa examinada:

- Artículo 1198 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Se entiende por ecuación económico-financiera del contrato la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá.

II) El menoscabo de la ecuación económico-financiera puede responder a tres causas: a) imputables directamente al Estado contratante (responsabilidad contractual, por ejemplo hecho de la Administración); b) imputables indirectamente al Estado contratante (responsabilidad extracontractual, por ejemplo hechos del príncipe) y c) no imputables al Estado (responsabilidad extracontractual, por ejemplo teoría de la imprevisión) y que en tales situaciones el co-contratante tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido.

III) El más alto organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL consideró que la renegociación contractual debe ser entendida como la introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho contrato, y siempre exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual (v. Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

IV) En casos análogos en los que intervino esta Oficina Nacional, se sostuvo que un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse –en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida– en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contrato administrativos por analogía (v. Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12 y Nº 1051/12). Para que resulte viable la aplicación de esta disposición se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación del artículo 1198 del Código Civil.

V) Conforme lo sostiene la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Dictámenes PTN 301:525, 319:1681).

VI) Corresponde, asimismo, tener presente el criterio que se desprende del Dictamen ONC Nº 266/07, oportunidad en la que se sostuvo que podrán renegociarse los contratos en curso de ejecución siempre que se verifiquen los siguientes puntos: 1) La firma adjudicataria deberá acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Se deberá determinar que las consecuencias de dicho convenio o acuerdo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar su alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera; 3) Por último, se deberá verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado.

VII) Por lo expuesto, a los fines habilitar la renegociación el contrato en cuestión con sustento en la teoría de la imprevisión, deberán acreditarse en forma previa la existencia real de las condiciones de aplicación del artículo 1198 del Código Civil.

VIII) La firma interesada deberá acreditar que las consecuencias derivadas de la homologación del nuevo Convenio Colectivo de Trabajo, mediante la Resolución S.T. Nº 1360/12 afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar la ruptura de la ecuación económico-financiera del mismo. Se requiere la presentación de una descripción del impacto producido por la citada medida, con una explicación circunstanciada de la afectación que la misma haya tenido sobre las obligaciones a cargo del proveedor. A tal fin, le corresponderá al adjudicatario acompañar la documentación necesaria que permita tener por probada la afectación que invoca.

IX) Por su parte, corresponde a las áreas pertinentes del organismo determinar si las circunstancias o hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato. En consecuencia, deberá incorporarse a las actuaciones un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo –hasta el monto que corresponda– al reclamo formulado por la firma adjudicataria.

X) En el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva (v. Dictámenes ONC Nº 411/08; Nº 502/09; Nº 1048/12; Nº 1049/12, Nº 1050/12 y Nº 1051/12).

DICTAMEN ONC Nº 36/2014.

Fecha de emisión: 28 de enero de 2014.

Referencias: Derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera. Prohibición de incluir en los pliegos mecanismos de actualización de precios. Distinción entre revisión de precios o reconocimiento de mayores costos. Extremos habilitantes de la renegociación o recomposición contractual. Teoría de la imprevisión.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de acto administrativo mediante el cual se propiciaba reconocer a las firmas MARTIN Y CIA S.A. y LINSER S.A.C.I.S. –adjudicatarias en el marco de la Licitación Pública Nº 02/10 del registro de la ANSES–, la recomposición de la ecuación económica-financiera de los contratos perfeccionados mediante las Órdenes de Compra Nros. 10070/10 y 10071/10, respectivamente, con motivo de los incrementos homologados por el ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para el Convenio Colectivo de Trabajo Nº 281/96 que nuclea a trabajadores y empresarios de servicios de maestranza, con incidencia en los Ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013.

En el caso de marras, durante la vigencia de las Órdenes de Compra Nº 10070/10 y 10071/10 las firmas adjudicatarias solicitaron en sucesivas oportunidades la recomposición de los respectivos contratos, con fundamento en los aumentos en los costos generales, de insumos y principalmente, en razón de los incrementos salariales homologados por el ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

La DIRECCIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURA de la ANSES señaló que al momento de realizar la cotización –febrero de 2010– las oferentes pudieron prever, razonablemente, un aumento máximo del VEINTICINCO POR CIENTO (25%) para las paritarias (tomando como referencia el Acuerdo Salarial inmediato anterior a la apertura de ofertas), cuando en realidad los aumentos efectivamente homologados representaron un incremento en orden del TREINTA Y DOS PUNTO SESENTA Y TRES POR CIENTO (32.63%) para el año 2010; del TREINTA Y SEIS PUNTO CERO CINCO POR CIENTO (36.05%) para el año 2011, del TREINTA Y CUATRO POR CIENTO (34%) para el año 2012 y finalmente del TREINTA Y CUATRO PUNTO CINCUENTA Y UNO POR

CIENTO (34.51%) para los meses correspondientes al año 2013 hasta la finalización del contrato el 30 de abril de 2013.

En suma, la instancia técnica en cuestión concluyó que para el año 2010 el incremento insusceptible de ser previsto por las adjudicatarias fue del TREINTA PUNTO CINCUENTA Y DOS POR CIENTO (30.52%) sobre el valor cotizado; para el año 2011 del CUARENTA Y CUATRO PUNTO DOS POR CIENTO (44.2%) sobre el valor cotizado; para el año 2012 del TREINTA Y CUATRO POR CIENTO (34%) sobre el valor cotizado y para el año 2013, hasta el 30 de abril de ese año, el incremento no previsto fue del TREINTA Y OCHO PUNTO CERO CUATRO POR CIENTO (38.04%) sobre el valor cotizado.

Por otra parte, se informó que, sin perjuicio de los pedidos de recomposición contractual, las empresas adjudicatarias continuaron prestando el servicio de limpieza en forma efectiva, permanente y satisfactoria durante la vigencia del contrato, así como también que de los recibos de haberes acompañados por las contratantes surgía que las mismas cumplían con el pago de las remuneraciones del personal, aportes y contribuciones sociales, respetando los salarios mínimos de cada paritaria.

En razón de lo expuesto, correspondía evaluar si se encontraban dadas las condiciones para reconocer a las firmas MARTIN Y CIA S.A. y LINSER S.A.C.I.S. la recomposición de la ecuación económica-financiera de sus respectivos contratos, al amparo de la teoría de la imprevisión.

Normativa examinada:

- Artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928.
- Artículo 5º del Decreto Nº 214/02.
- Artículo 2º del Decreto Nº 1295/02.
- Artículo 1198 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Se entiende por ecuación económico-financiera del contrato la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá.

II) En un esquema de Administración y contratista que actúan en colaboración y con el objetivo de ejecutar un contrato útil al bien común, se realza la preservación del equilibrio económico, puesto que a la Administración le interesa resguardar a sus cocontratantes, ya que toda alteración de la economía del contrato repercutirá negativamente en el buen y oportuno cumplimiento de una tarea necesaria para la satisfacción del fin público perseguido.

III) Si bien es cierto que en todo contrato administrativo, por aplicación del régimen exorbitante, le asisten al Estado prerrogativas de poder público, también existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares. Tal equilibrio entre prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y

justicia del ordenamiento jurídico administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nº 266/07, Nº 1048/12, Nº 1049, Nº 1050, Nº 1051/12 y 205/13, entre otros).

IV) Este Órgano Rector ha advertido en numerosos precedentes sobre la imposibilidad jurídica de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares cláusulas que permitan la actualización de precios en forma periódica, impedimento que no viene dado por las normas vigentes que regulan el régimen de contrataciones públicas, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, específicamente por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5º del Decreto Nº 214/02 (Conf. Dictámenes ONC Nº 531/09, Nº 552/10, Nº 996/12, Nº 1048/2012, Nº 1049/12, Nº 1050/12, Nº 1051/12, Nº 176/13 y Nº 205/13, entre otros).

V) Mediante la mencionada Ley Nº 23.928 de "Convertibilidad" se prohibió toda forma de indexación, variación o cualquier tipo de repotenciación de deudas. Por su parte, el artículo 5º del Decreto Nº 214/02 estatuye que las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la Ley Nº 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste.

VI) Ninguna duda cabe que la Ley de Convertibilidad y sus similares modificatorias y complementarias pusieron fin a los sistemas de reconocimiento de mayores costos y a las fórmulas polinómicas de ajustes de precio, así como también a cualquier otra clase de mecanismo de actualización de precios análogo a los mencionados. De tal manera, la inclusión de mecanismos de esa naturaleza en los pliegos de bases y condiciones particulares no resulta compatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse (Conf. Dictámenes PTN 278:133).

VII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha realizado una diferenciación entre el reconocimiento de mayores costos –situación legalmente vedada– y lo que se debe entender por renegociación del contrato cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión.

VIII) El reconocimiento de mayores costos se verifica como un mecanismo introducido en los contratos con plazos extensos, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes. Así se interpretó que la aplicación de fórmulas de mayores costos de ningún modo implica una renegociación del contrato sino, por el contrario, la aplicación estricta de un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad (v. Dictámenes PTN Nº 454, Nº 455 y Nº 456, todos de fecha 04 de septiembre de 2003).

IX) Por el contrario, la renegociación contractual debe ser entendida como la introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho contrato, y siempre exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual (v. Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

X) De lo expuesto surge una clara distinción entre dos supuestos disímiles. A saber: 1) Un primer supuesto es la estipulación por parte de la Administración de cláusulas por medio de las cuales se incorporan *ab initio* en los pliegos particulares mecanismos que permiten la actualización de precios; en tales casos, a través de la incorporación de dichas cláusulas se determinaría en forma anticipada el monto a ser reconocido al cocontratante frente a un eventual incremento del salario básico acordado por paritarias y, en su caso, el modo en que dicha suma le será abonada. 2) Un segundo y diferenciado supuesto de hecho es aquel que se configura a partir de la renegociación de un contrato perfeccionado y en etapa de ejecución, a raíz de circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes, que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual.

XI) En ese entendimiento, sólo la primera hipótesis mencionada en el párrafo anterior se encuentra prohibida por las normas de emergencia económica citadas *ut supra*. Es decir, es el reconocimiento de mayores costos junto a las cláusulas de ajuste de precios lo que sin dudas se encuentra vedado por el artículo 4º de la Ley Nº 25.561 que modificó, como se dijo, los artículos 7º y 10 de la Ley Nº 23.928 (Conf. Dictámenes ONC Nº 1051/12 y Nº 205/13).

XII) En el pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Licitación Pública Nº 02/10 del Registro de la ANSES no fueron incorporadas cláusulas que permitan determinar anticipadamente el monto a ser reconocido al cocontratante frente a un eventual incremento de costos, por ser ello, precisamente, un mecanismo vedado por la legislación vigente.

XIII) No corresponde reconocer la recomposición de precios fundada en los mayores costos generales de la prestación del servicio –cuya incidencia en los costos totales fue estimada en no más de un 20%– por ser ello contrario a las previsiones de la Ley de Convertibilidad Nº 23.928, normas modificatorias y complementarias

XIV) El instituto de la imprevisión permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles, y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible. Sabido es que la aludida teoría no apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa, ni crear un "seguro" para el cocontratante de la Administración, sino a reencarrilar el contrato a su alea "normal", recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar.

XV) La aplicación del artículo 1198 del Código Civil exige que la prestación a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles, siendo necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación del citado artículo.

XVI) Para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse previamente los extremos exigidos en la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil. Esto es, que el contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada; que la prestación se haya tornado excesivamente onerosa; que el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similares al caso fortuito pero que no impiden sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación); que no haya mora ni culpa del contratista (Dictámenes PTN 259:222, 261:367).

XVII) Para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Fallos 301:525, 319:1681).

XVIII) Un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse –en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida– en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contrato administrativos por analogía (v. Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, Nº 1051/12 y Nº 446/13).

XIX) A través de diversos pronunciamientos, este Órgano Rector ha tenido oportunidad de delinear los recaudos o presupuestos que deben verificarse con el objeto de habilitar un procedimiento de renegociación contractual: 1) En primer lugar, el proveedor deberá acreditar el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que las mismas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen; 2) La excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo del proveedor deberá ser evaluada y merituada por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición; 3) En los casos en que el reclamo de recomposición se fundamente en aumentos salariales acordados por paritarias, el proveedor deberá acreditar, en primer lugar, que se encuentra alcanzado por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca, así como también que dicho convenio o nuevo acuerdo salarial provocó la alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de que se trate. Finalmente, deberá verificarse que el proveedor haya realizado efectivamente el pago de los conceptos salariales que alega para solicitar la recomposición del contrato y, en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva.

XX) No parece dudoso que al menos un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de incremento en las remuneraciones del personal de maestranza corresponde que sea afrontado por las propias contratistas, por cuanto fue el porcentaje de aumento que previsiblemente pudieron haber tenido cuenta al momento de cotizar en base a los acuerdos de paritarias vigentes en el año 2009.

XXI) Dicho lo anterior y considerando la documentación acompañada por las firmas LINSER S.A.C.I.S. y MARTÍN Y CÍA S.A. respectivamente, el informe técnico y el dictamen del servicio jurídico permanente, corresponde tener por cumplidas las exigencias establecidas por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y por este Órgano Rector en relación a los

presupuestos para habilitar la renegociación de los contratos en virtud de un quebranto en la ecuación económico financiera, motivada por un cambio en las condiciones económicas del mercado (únicamente por el porcentaje considerado imprevisible, conforme la teoría de la imprevisión).

XXII) La recomposición por incrementos salariales, en los porcentajes entendidos como "imprevisibles", no resulta procedente desde el inicio de las Órdenes de Compra, sino desde el momento en que cada proveedor realizó el reclamo pertinente, esto es, desde agosto de 2010 en relación a MARTIN & CIA S.A. y desde septiembre de 2010 en relación a la firma LINSER S.A.C.I.S.

XXIII) El principio del sacrificio compartido contiene una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno sólo de los cocontratantes. Así, en materia de contrataciones públicas la doctrina del sacrificio compartido se desprende del porcentaje de aumento que debe soportar el contratista de obra pública, regulado en el artículo 2º del Decreto Nº 1295/02.

XXIV) Por lo expuesto, ante la concreta plataforma fáctica de este caso, correspondería en cada supuesto que ambas partes del contrato (Administración – Contratista) soporten el aumento extraordinario acordado en paritarias en forma equitativa, por aplicación del principio del esfuerzo compartido (v. en sentido concordante: Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, 1051/12, Nº 176/13 y Nº 446/13).

XXV) No es posible soslayar que, conforme se desprende de los antecedentes reseñados en el Acápite I del presente, los contratos objeto de recomposición se encuentran actualmente cumplidos. En relación a ello, esta Oficina Nacional entiende que si la solución que hubiese adoptado el organismo contratante estando vigente los contratos en cuestión hubiese sido su renegociación, en el estado actual de las cosas correspondería proceder de igual modo, por cuanto los sucesivos reclamos intentados por las firmas contratantes fueron interpuestos durante la ejecución contractual y, en consecuencia, la demora de la Administración en la resolución de la cuestión no puede ir en contra de los interesados, toda vez que la Administración no puede hacer recaer sobre los particulares los efectos de la mora de la cual es directamente responsable (v. Dictámenes PTN 228:69, entre otros).

DICTAMEN ONC Nº 209/2015.

Fecha de emisión: 15 de julio de 2015.

Referencias: Precio. Reconocimiento de mayores costos. Renegociación contractual. Diferencias. Precio cierto e inamovible. Fórmula de cotización sujeta a índice de FADEEAC.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión respecto de una fórmula polinómica elaborada por la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES, como forma de cotización para ser aplicada en un procedimiento licitatorio bajo la modalidad orden de compra abierta.

Es decir, en el marco de un procedimiento licitatorio autorizado bajo la modalidad orden de compra abierta, que tenía por objeto contratar el servicio de transporte de Perfiles TH 29 por la cantidad de 6.303 toneladas o por el plazo de DOCE (12) meses –lo que ocurra primero–, desde el Puerto de Buenos Aires hasta la FÁBRICA MILITAR RÍO TERCERO (FMRT), la entidad contratante incluyó en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares la fórmula que a continuación se expone, a la que propiciaba sujetar los interesados en cotizar. A saber:

(PBT x (1 + % FADEEAC)) = PTT

- **PBT**: Precio Base por Tonelada. Este precio no sufriría modificaciones por todo el período de contratación.
- **% FADEEAC**: Porcentaje Publicado mensualmente por la FEDERACIÓN ARGENTINA DE ENTIDADES EMPRESARIAS DEL AUTOTRANSPORTE DE CARGA (FADEEAC). Dicho índice no integraría la cotización del oferente, sino que se trataría de un porcentaje acumulativo mes a mes. A título ilustrativo se menciona el siguiente ejemplo: *"…Si el porcentaje por la FADEEAC de mayo 2014 es 3,95% y el porcentaje publicado por la FADEEAC del mes de junio es 2,2%, esto se acumula es decir que para el mes de junio el porcentaje acumulado seria la suma de estos dos, es decir: 6,15%."*.
- **PTT:** Precio Total por Tonelada.

A todo evento, corresponde tener presente que los índices publicados por la FADEEAC miden diversos rubros que impactan directamente en los costos de las empresas de transporte de carga de todo el país, tales como costos de combustible, mano de obra, costos logísticos, etc., buscando de tal modo indicar: *"…el precio de los servicios en el mes en el cual son publicados, respondiendo lo más objetivamente posible a los costos reales del mercado…"* para el sector de que se trata.

Así las cosas, el DEPARTAMENTO DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES hizo especial hincapié en que: *"…La necesidad de proceder a la contratación del servicio descripto anteriormente, se presenta en el marco de una economía en la cual se observa una evolución constante de precios, lo que a nuestro entender dificulta el poder establecer una forma de cotización de un precio cierto e inamovible para una operación QUE PODRÁ DESARROLLARSE EVENTUALMENTE – como lo indica el PByCP – A LO LARGO DE DOCE MESES. Es decir si se utilizara un precio fijo es seguro que los proveedores al buscar la rentabilidad de sus negocios tenderán a establecer un precio que al final de la contratación no implique perdida de sus negocios, pero que desde el comienzo de la contratación resultarán sumamente elevados para el co-contratante (en este caso el Estado Nacional) en relación a los precios de mercado, produciendo un perjuicio a los intereses de la Nación…"*.

Finalmente, se explicó que los perfiles mencionados *supra* provenían de la REPÚBLICA DE TURQUÍA y eran utilizados en la fabricación de arcos de estibación, que luego son provistos por la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES a YACIMIENTOS CARBONÍFEROS RÍO TURBIO (YCRT) para su colocación en las galerías subterráneas de los yacimientos correspondientes.

Normativa examinada:

- Artículo 24 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70, inciso g), punto 1 y 200 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928.
- Artículo 5º del Decreto Nº 214/02.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La definición de la palabra "cotizar", conforme la segunda acepción de la Real Academia Española, es "poner o fijar precio a algo", vinculando de esta forma un precio con un objeto cotizado, ya sea un bien o un servicio.

II) En el Capítulo IV del Título VII del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, cuando se regula la modalidad de contratación bajo orden de compra abierta, no se contempla una condición distinta o especial para la determinación del precio en dichos supuestos. En virtud de ello, resulta aplicable la previsión general del artículo 70, inciso g), punto 1 del citado cuerpo reglamentario, respecto de la obligación del oferente de establecer un precio unitario y cierto en la cotización (Cfr. Dictamen ONC Nº 131/13).

III) El impedimento a incluir cláusulas que permitan la actualización de precios en forma periódica no viene dado por las normas vigentes en materia de contrataciones públicas, sino que tal situación se encuentra prohibida por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, siendo esto aplicable a las contrataciones encuadradas en el Decreto Delegado Nº 1023/01 para las cuales no ha sido dictado un procedimiento de redeterminación de precios (v. Dictamen ONC Nº 227/07).

IV) En principio, la posibilidad de que el precio de la oferta se exprese en porcentajes o en porcentajes de descuento sobre un precio de cartel que se publica mensualmente en una entidad estatal, pero que es informado por las empresas productoras del bien en cuestión, llevaría consigo la posibilidad de indexación o variación de costos automática, circunstancia prohibida por la Ley Nº 23.928 y sus modificatorias.

V) En los dictámenes de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES relacionados directa o indirectamente con solicitudes de renegociación de contratos, se siguió la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN vinculada, en lo esencial, a: 1) La prohibición de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares mecanismos que permitan la actualización de precios o el reconocimiento de mayores costos; 2) La distinción entre los llamados "mecanismos de revisión de precios" o "reconocimiento de mayores costos" y la renegociación contractual por causas sobrevinientes a su celebración que hayan provocado un quiebre en su ecuación económico-financiera.

VI) Este Órgano Rector ha advertido en numerosos precedentes sobre la imposibilidad jurídica de incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares cláusulas que permitan la actualización de precios en forma periódica, impedimento que no viene dado por las normas vigentes que regulan el régimen de contrataciones públicas, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, específicamente por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la

Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5º del Decreto Nº 214/02 (Conf. Dictámenes ONC Nº 531/09, Nº 552/10, Nº 996/12, Nº 1048/2012, Nº 1049/12, Nº 1050/12, Nº 1051/12, Nº 176/13 y Nº 205/13, entre otros).

VII) La Ley de Convertibilidad y sus similares modificatorias y complementarias pusieron fin a los sistemas de reconocimiento de mayores costos y a las fórmulas polinómicas de ajustes de precio, así como también a cualquier otra clase de mecanismo de actualización de precios análogo a los mencionados (Conf. Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, Nº 1051/12, Nº 176/13 y Nº 205/13).

VIII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en su Dictamen Nº 134 de fecha 18 de agosto de 2011, indicó que tales mecanismos se encuentran específicamente vedados, de conformidad con lo normado por los artículos 7º y 10 de la ley Nº 23.928, el artículo 4º de la Ley Nº 25.561 y el artículo 5º del Decreto Nº 214/02. De tal manera, la inclusión de mecanismos de esa naturaleza en los pliegos de bases y condiciones particulares no resulta compatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse (Conf. Dictámenes PTN 278:133).

IX) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha realizado una diferenciación entre el reconocimiento de mayores costos –situación legalmente vedada, como ya fuera señalado en el punto anterior– y lo que se debe entender por renegociación del contrato cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión. Al respecto, el más alto órgano asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL sostuvo que el reconocimiento de mayores costos se verifica como un mecanismo introducido en los contratos con plazos extensos, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes. Así se interpretó que la aplicación de fórmulas de mayores costos de ningún modo implica una renegociación del contrato sino, por el contrario, la aplicación estricta de un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad (v. Dictámenes PTN Nº 454, Nº 455 y Nº 456, todos de fecha 04 de septiembre de 2003).

X) Por el contrario, la PTN consideró que la renegociación contractual debe ser entendida como la introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho contrato, y siempre exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual (v. Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

XI) A diferencia de renegociación contractual, la llamada revisión de precios o régimen de mayores costos presenta las siguientes notas características: a) No exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; b) No se requiere que el aumento del precio sea excesivo; c) El resarcimiento es pleno e integral; d) Configura una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada.

XII) En consecuencia, de todo lo expuesto surge una clara distinción entre dos supuestos disímiles. A saber: 1) Un primer supuesto es la estipulación por parte de la Administración de cláusulas por medio de las cuales se incorporan *ab initio* en los pliegos particulares mecanismos que permiten la actualización de precios; 2) Un segundo y diferenciado supuesto de hecho es

aquel que se configura a partir de la renegociación de un contrato perfeccionado y en etapa de ejecución, a raíz de circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes, que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual. En ese entendimiento, sólo la primera hipótesis se encuentra prohibida por las normas de emergencia económica: es el reconocimiento de mayores costos junto a las cláusulas de ajuste de precios lo que sin dudas se encuentra vedado por el artículo 4º de la Ley Nº 25.561 que modificó, como se dijo, los artículos 7º y 10 de la Ley Nº 23.928 (Conf. Dictámenes ONC Nros. 1051/12, 205/13 y 36/14.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Renegociación del contrato. Devaluación. Mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Imprevisión. Prohibición de indexar. Principio de conservación del contrato.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación con la solicitud de "recomposición del contrato" realizada por la firma UN MIL COSAS S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 10/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

En el caso de marras, la adjudicataria UN MIL COSAS S.R.L., solicitó –mientras se encontraba en curso de ejecución el contrato perfeccionado mediante la notificación de la Orden de Compra N° 40/15 y de modo previo al vencimiento del plazo de entrega de los bienes– la recomposición del contrato con fundamento en que las medidas económicas dictadas a partir de la aplicación de la Circular A 5850 del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA) y de la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS N° 3821 habían alterado las relaciones contractuales celebradas con anterioridad a las mismas.

En ese orden de ideas, el proveedor en cuestión argumentó lo siguiente: *"…Debe tenerse en cuenta, fundamentalmente, la incidencia de varios factores, entre los que se destacan: A) El cese de las restricciones al tipo de cambio* […] *Desde ese momento dejó de existir el tipo de cambio regulado, pasando a un tipo de cambio único y libre, que a la fecha de la presente incrementó el costo de importación en por lo menos un 70% más el consecuente aumento impositivo. En definitiva, para alguien que solía importar sus productos a $ 8,42, dicha mercancía se ha encarecido exponencialmente. B) La devaluación de nuestra moneda en relación al dólar estadounidense, estableciendo un régimen relativo de 'flotación', produciéndose una brutal modificación de la relación peso-dólar. C) El mantenimiento de la prohibición de indexar. Ello marca un verdadero contrasentido y desigualdad entre los contratos, según sean en moneda extranjera pesificada, anteriores a las normas, o en pesos, anteriores, o posteriores a ellas. Todas esas medidas han desequilibrado los contratos, han destruido su base económica, llevando a la necesidad de su revisión para restablecer su equilibrio original…".*

En razón de lo expuesto, correspondía evaluar si se encontraban dadas las condiciones para reconocer a la firma UN MIL COSAS S.R.L. la recomposición de la ecuación económica-financiera de su respectivo contrato, al amparo de la teoría de la imprevisión.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. En ese sentido, corresponde puntualizar que: *"…se entiende por ecuación económico-financiera del contrato la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá. La relación de igualdad o equivalencia prevista en la ecuación económico-financiera debe ser mantenida al momento de la firma del contrato y durante su ejecución"* (RENNELLA, María Paula. *Hecho del Príncipe, Teoría de la Imprevisión y Fuerza Mayor* en *Cuestiones de Contratos Administrativos* en homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Pág. 255. Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2007).

II) En un esquema de Administración y contratista que actúan en colaboración y con el objetivo de ejecutar un contrato útil al bien común, se realza la preservación del equilibrio económico, puesto que a la Administración le interesa resguardar a sus cocontratantes, ya que toda alteración de la economía del contrato repercutirá negativamente en el buen y oportuno cumplimiento de una tarea necesaria para la satisfacción del fin público perseguido (RENNELLA, María Paula. *Op. Cit*. Págs. 256/257). En esa línea de pensamiento se ha fundamentado que: *"Si el contrato administrativo persigue un fin de interés público, y su ecuación económico-financiera se ha trastocado, no es justo que el cocontratante particular, que está colaborando en el logro de esa finalidad, deba cargar con los efectos de tal alteración, a la cual ha sido extraño, y de ahí que la Administración concurra, también en salvaguarda de aquel interés público, en su ayuda para permitir que pueda continuar cumpliendo las prestaciones del contrato, a que está obligado"* (ESCOLA, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, Vol. 2. Pág. 693. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990).

III) Si bien es cierto que en todo contrato administrativo, por aplicación del régimen exorbitante, le asisten al Estado prerrogativas de poder público, también existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares. Tal equilibrio entre prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y justicia del ordenamiento jurídico administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nº 266/2007, Nº 1048/2012, Nº 1049/2012, Nº 1050/2012, Nº 1051/2012 y 205/2013, entre otros).

IV) El instituto de la imprevisión permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible (Cfr. RENNELLA, María Paula.

Op. Cit. pág. 272). Se trata de un instituto –consagrado como un principio general de derecho– que apunta a la subsistencia del vínculo contractual, a partir de la recomposición del contrato (principio de conservación del contrato). Es decir, tiende a que el contrato vuelva a su alea normal.

V) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse previamente los extremos exigidos en la segunda parte del citado artículo 1198 del código de fondo. Esto es, que el contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada; que la prestación se haya tornado excesivamente onerosa; que el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similares al caso fortuito pero que no impiden sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación); que no haya mora ni culpa del contratista"* (Dictámenes PTN 259:222, 261:367). Para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Fallos 301:525, 319:1681).

VI) La aplicación de la aludida teoría torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones explicitadas.

VII) A través de diversos pronunciamientos, este Órgano Rector ha tenido oportunidad de delinear los recaudos o presupuestos que deben verificarse con el objeto de habilitar un procedimiento de renegociación contractual: 1) En primer lugar, el proveedor deberá acreditar, en el marco de un contrato vigente –ya sea de suministro de ejecución diferida o de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios– el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que las mismas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen; 2) A su vez, la excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo del proveedor deberá ser evaluada y merituada por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición.

VIII) De la compulsa de las presentes actuaciones surge que la empresa reclamante no ha acompañado documentación alguna que permita tener por acreditados los extremos que invoca como fundamento de su petición, como así tampoco ha ofrecido ningún medio de prueba tendiente a constatar sus afirmaciones. Por otra parte, tampoco surge de su presentación una explicación circunstanciada de la afectación que las circunstancias externas y sobrevinientes que invoca –medidas económicas dictadas a partir de la aplicación de la Circular A 5850 del BCRA y Resolución General N° 3821 AFIP- pudieren haber tenido sobre sus obligaciones contractuales.

IX) En función de todo lo expuesto, para que resulte procedente el análisis de la recomposición contractual planteada, deviene indispensable la presentación por parte del

solicitante de una descripción del impacto producido por la citada medida, con la explicación circunstanciada de la afectación que la misma haya tenido sobre las obligaciones a su cargo. A tal fin deberá arrimar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, en pos de que sea posible constatar la relación de causalidad entre el hecho perturbador y el desequilibrio del contrato. A partir del cumplimiento de dichos presupuestos, corresponderá a las áreas pertinentes del organismo girante determinar si los hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato.

X) En caso de corresponder deberá incorporarse a las actuaciones un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo –hasta el monto que corresponda– al reclamo formulado.

XI) Para el hipotético caso en que se acreditaren en autos los recaudos reseñados a lo largo del presente apartado, no habría obstáculos de orden jurídico que oponer a que el organismo girante analice la procedencia de la renegociación del contrato.

XII) Por último, deberá tenerse presente que en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva (v. Dictámenes ONC Nº 411/2008; Nº 502/2009; Nº 1048/2012; Nº 1049/2012, Nº 1050/2012 y Nº 1051/2012).

XIII) En virtud de todo lo expuesto, cabe concluir en que para el caso en que se dé el cumplimiento de los presupuestos enunciados, corresponderá a las áreas pertinentes del organismo girante determinar si los hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato, incorporando a las actuaciones -en caso de corresponder- un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo –hasta el monto que corresponda– al reclamo formulado.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21210001-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 20 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Renegociación. Adecuación de precios.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expidiera respecto al pedido de adecuación de precios en el marco de la Licitación Pública Nacional Nº 3/2014 adjudicada a la firma MURATA S.A.

Es dable mencionar que de las constancias de autos se desprendía lo siguiente: a) la relación contractual entre la empresa MURATA S.A. y el SISTEMA FEDERAL DE MEDIOS Y CONTENIDOS PÚBLICOS de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN había culminado con fecha 19 de junio de 2017, fecha de finalización de la Orden de Compra N° 17/2015 y b) el organismo contratante no hizo uso de la opción a la prórroga del contrato perfeccionado con la empresa MURATA S.A. ni se encontraban acreditadas constancias que dieran cuenta de la realización de

un nuevo procedimiento contractual que haya sido perfeccionado con la empresa MURATA S.A., para que de ese modo la firma en cuestión se encuentre obligada a prestar un servicio en forma posterior al 19 de junio de 2017.

Normativa examinada:

- Artículo 12 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 124 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Resulta oportuno poner de manifiesto, en primer lugar que el contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/2015 ha finalizado con fecha 19 de junio de 2017, quedando imposibilitada toda acción de renegociación alguna frente a un contrato extinguido.

II) El contrato perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 17/2015 se encuentra extinguido con fecha 19 de junio de 2017, en consecuencia de ello resulta improcedente toda acción de renegociación.

RENOVACIÓN DE LOCACIONES.

DICTAMEN ONC Nº 137/2013.

Fecha de emisión: 30 de mayo de 2013.

Referencias: Locación de inmuebles. Renovación de la locación. Art. 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Comodato. Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre los alcances del artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en relación a diversos supuestos de hecho descriptos por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d) apartado 3 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5, 139, 190 y 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1622 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita –en determinados supuestos y previo cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos–, la utilización del procedimiento de contratación directa por exclusividad para instrumentar la renovación de contratos de locación de inmuebles, celebrados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

II) Renovar significa “hacer como de nuevo algo o volverlo a su primer estado”, razón por la cual debe interpretarse que la renovación a la que se refiere el mencionado artículo 193 implica la celebración de un nuevo contrato de locación, previa realización de un procedimiento cuyo trámite deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. Ninguna duda cabe respecto a que la renovación constituye una nueva locación, a diferencia de la prórroga de un contrato, la cual es una circunstancia accidental que forma parte del mismo y no configura una nueva contratación (Conf. Dictamen ONC Nº 137/06, entre otros).

III) Frente a la especial relevancia que revisten determinadas prestaciones a cargo de la Administración y su indudable vinculación al interés general de la comunidad, sumado a los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de una dependencia pública, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla la posibilidad de renovar la locación del inmueble ocupado, siempre y cuando se satisfagan los siguientes extremos: 1) En cuanto hace al valor locativo, deberá demostrarse que la oferta del actual locador no supera en más del VEINTE POR CIENTO (20%) a los valores de mercado. A los efectos de determinar el respectivo valor de mercado, no resultará requisito excluyente una nueva intervención del

TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN, siendo suficiente acompañar al expediente como elemento de juicio informes técnicos debidamente fundamentados; 2) Deberá acreditarse la existencia de razones de funcionamiento que tornen inconveniente el desplazamiento de los servicios. Para ello, las jurisdicciones y entidades contratantes deberán incorporar al expediente los informes que consideren pertinentes con el objeto de fundamentar la inconveniencia de un eventual traslado.

IV) La falta de voluntad por parte del locador de renovar el vínculo contractual configuraría un impedimento para la procedencia de la renovación, en razón de que, a diferencia de la opción de prórroga, la renovación no puede ejercerse en forma unilateral por parte del organismo, sino que, por el contrario, requiere de una oferta y su correspondiente aceptación.

V) Si en razón de la finalización del contrato o como consecuencia de una resolución judicial, el organismo hubiese desocupado el inmueble, dicha circunstancia obstaría a la renovación de la locación, en la medida en que la finalidad del artículo 193 –evitar los inconvenientes inherentes al desplazamiento– devendría abstracta.

VI) Sobre la posibilidad de renovar una sublocación al amparo del artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional no tendría reparos que oponer en la medida en que se satisfagan los demás requisitos establecidos en la norma, y que la sublocación no se halle expresamente prohibida en el contrato.

VII) Si el organismo consultante se encuentra ocupando un inmueble en función de un contrato de comodato vencido, no resultaría jurídicamente viable la renovación prevista en la norma bajo examen. Ello así, por cuanto el comodato o préstamo de uso es un contrato real de carácter gratuito, cuya naturaleza jurídica difiere sustancialmente de la locación.

DICTAMEN ONC Nº 25/2016.

Fecha de emisión: 31 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Locación de inmuebles. Contratación directa por exclusividad.

Consulta:

Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión sobre la procedencia de tramitar la locación de DOS (2) unidades funcionales ubicadas en los pisos 6º y 7º –más cocheras– del inmueble sito en Av. Roque Sáenz Peña N° 772 y N° 784, Teniente Gral. Perón N° 788 y N° 800, esquina Esmeralda N° 169/173/179/185/189 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del procedimiento de contratación directa por exclusividad, previsto en el apartado 3º del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.

Es dable indicar que en el expediente sometido a consideración se propiciaba la locación de inmuebles que ya se encontraban en uso por el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN.

En pos de asegurar el normal desarrollo y funcionamiento de las prestaciones a cargo del nuevo organismo, desde el momento de su creación, el 10 de diciembre de 2015, el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN DE LA NACIÓN instaló provisoriamente parte de su estructura

y reparticiones en oficinas que hasta ese entonces ocupaba el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Tratase, precisamente, de las unidades funcionales (junto con sus cocheras), sitas en el inmueble emplazado en la Avenida Roque Sáenz Peña N° 772 y N° 784, Teniente Gral. Perón N° 788 y N° 800, esquina Esmeralda N° 169/173/179/185/189 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es de destacar que en el marco de su informe, la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN señaló que "…*De esa manera, se logró dar inicio con la totalidad de la actividad del nuevo Ministerio dado que tales oficinas contaban con las instalaciones técnicas y edilicias necesarias y en condiciones para su inmediato funcionamiento.".*

Al propio tiempo, el ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN inició las gestiones pertinentes ante la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO (AABE), con resultado infructuoso. De ahí que, en función de lo señalado por la AABE en cuanto a la falta de disponibilidad de un inmueble que satisfaga las necesidades del Ministerio consultante para su normal funcionamiento conforme a su estructura, se requirió la opinión de la ONC sobre la viabilidad de instrumentar la locación de las unidades funcionales en uso, mediante el procedimiento de contratación directa previsto en el apartado 3 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 22, 139 y 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si bien la licitación o el concurso público constituyen la regla general, la selección del cocontratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se encuentren satisfechos los requisitos que al respecto determina la normativa vigente (v. Dictámenes ONC Nº 200/2006 y Nº 205/2006, entre otros).

II) Es decir, la propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, cuando las circunstancias particulares tornen inconveniente la utilización de la licitación pública o del concurso público, de acuerdo a la necesidad que se presenta –tiempo, lugar, características del bien o servicio– y el fin público comprometido (Cfr. Dictamen ONC Nº 863/2012). Va de suyo que, como toda excepción, la viabilidad de ellas estará a merced de que se encuentren presentes todas las condiciones estipuladas en la norma habilitante al respecto.

III) Una interpretación armónica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado Nº 1023/01 como en su reglamentación permite concluir que a fin de que proceda una contratación directa por exclusividad deberán acreditarse los siguientes requisitos: 1) Acreditar que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse en el expediente mediante la documentación que compruebe la exclusividad que detenta la persona

física o jurídica respectiva; 2) Acompañar en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes.

IV) La causal *sub-examine* es de interpretación restrictiva y responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un determinado oferente en particular, sea nacional o extranjero, recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata (Cfr. Dictámenes ONC Nº 863/2012 y Nº 1005/2012).

V) De la compulsa de la totalidad de la documentación incorporada a las presentes actuaciones surgen razones de conveniencia, en términos operativos, funcionales, de costos y de gestión, para proceder a la locación de las oficinas que están siendo actualmente utilizadas en forma provisoria por personal del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN. Más aun, la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN ha puesto de relieve que "*…un desplazamiento resultaría mayores costos, al tiempo de afectar la continuidad en la prestación de servicios esenciales a cargo del Estado Nacional, comprometiendo el interés público.".* A su vez, la aludida instancia señaló que*: "…en atención a la intervención de los organismos referidos y los informes técnicos agregados a estas actuaciones respecto de las circunstancias establecidas para su locación, se entiende según las condiciones técnicas de las oficinas descriptas y el hecho de encontrarse actualmente instalado una parte del Ministerio en las mismas, que no existen sustitutos a adquirir que permitan una mayor operatividad en menores costos.".*

VI) En suma, tomando en consideración los fundamentos vertidos por la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN respecto de la inconveniencia de trasladar las reparticiones dependientes del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN que en la actualidad se encuentran funcionando en las oficinas que se pretende alquilar; sumado ello al riesgo cierto de ocasionar un perjuicio a la ciudadanía a raíz de una eventual interrupción de ciertos servicios que brinda el Ministerio, esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer en relación al procedimiento de selección elegido.

VII) Huelga señalar que excede la competencia de este Órgano Rector escrutar la validez de los fundamentos técnicos en que se sustenta, en buena medida, la inconveniencia de un eventual desplazamiento, toda vez que los informes técnicos merecen plena fe, siempre que estén bien fundados con adecuación al caso concreto y no adolezcan de arbitrariedad manifiesta que destruya su valor (Conf. Dictámenes PTN 200:116; 207:343).

VIII) El artículo 193 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 habilita –en determinados supuestos y previo cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos–, la utilización del procedimiento de contratación directa por exclusividad para instrumentar la renovación de contratos de locación de inmuebles, celebrados por las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

IX) En tales casos, la finalidad perseguida por la reglamentación radica primordialmente en resguardar el interés público comprometido en la continuidad de la prestación de servicios esenciales a cargo del Estado Nacional, los que podrían verse seriamente afectados a raíz de un

eventual desplazamiento o mudanza de una repartición estatal como consecuencia de la tramitación de un procedimiento licitatorio. Ello, sumado a las razones que pueden –en determinados casos concretos– tornar conveniente en términos operativos, funcionales, de costos y de gestión continuar con la ocupación de los inmuebles arrendados.

X) En consecuencia, frente a la especial relevancia que revisten determinadas prestaciones a cargo de la Administración y su indudable vinculación al interés general de la comunidad, sumado a los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de una dependencia pública, el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 contempla la posibilidad de renovar la locación del inmueble ocupado, siempre y cuando se satisfagan los extremos previstos en el artículo 193.

XI) En este sentido, si bien la plataforma fáctica en la que se sustenta la presente consulta no se ajusta con exactitud al supuesto regulado por el referido artículo 193, esta Oficina Nacional es de la opinión que en este caso concreto nada obsta a su aplicación por analogía, haciendo extensiva al caso de marras la solución brindada por el citado precepto normativo.

XII) Por consiguiente, teniendo en consideración los costos y contratiempos de índole funcional que podría acarrear el traslado de las dependencias actualmente en funcionamiento en el inmueble de Avenida Roque Sáenz Peña Nº 788, no se advierten impedimentos de índole legal para instrumentar una contratación directa por exclusividad, en la medida en que, previo dictamen del servicio jurídico permanente, la autoridad con competencia para autorizar el procedimiento en cuestión considere satisfechos los extremos exigidos en el artículo 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y en los artículos 22 y 139 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

REGISTRO PÚBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL).

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Cumplimiento de normativa laboral. REPSAL. Causal de inhabilidad para contratar.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 70, *in fine,* del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3°, 8º, 10 y 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- Artículos 13, inciso c), 15 y 45 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Decreto N° 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante el dictado de la Ley N° 26.940 se creó el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en el que se incluirán y publicarán las sanciones firmes aplicadas en el marco de la aludida ley por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), y por la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT). Al respecto, el artículo 45 de la citada ley modifica el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 al disponer: "*Incorpórase como inciso h) del artículo 28 del decreto 1.023 del 13 de agosto de 2001, el siguiente: h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro.".*

II) En consecuencia, los empleadores sancionados por las violaciones indicadas en el referido cuerpo normativo, mientras estén incorporados en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) no podrán celebrar 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, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación (v. artículo 13, inciso c) de la Ley Nº 26.940).

III) Asimismo, se señala que a los fines de cumplimiento de lo normado por el artículo precitado los organismos públicos o entidades involucradas deberán verificar la inexistencia de sanciones publicadas en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), como requisito previo excluyente (v. artículo 15 de la Ley Nº 26.940).

IV) En igual sentido, el artículo 15 del Decreto N° 1714 de fecha 30 de septiembre de 2014 establece: "Los organismos públicos o entidades involucradas en las previsiones del artículo 13 de la Ley N° 26.940, a los fines de su aplicación, deberán consultar el sitio Web correspondiente al REGISTRO PÚBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL).".

DICTAMEN ONC Nº 17/2015.

Fecha de emisión: 19 de enero de 2015.

Referencias: Articulo 45 ley Nº 26.940. Modificación del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01. Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL). Consulta al sitio web. Decreto Nº 1714/14. Momento de su verificación. Artículo 84 del Reglamento aprobado por Decreto 893/12. Apertura, evaluación y adjudicación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se sirva interpretar en que etapas del procedimiento de selección debe verificarse que el oferente no se encuentre registrado en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL).

Normativa examinada:

- Artículo 45 de la Ley Nº 26.940.
- Artículo 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 15 del Anexo al Decreto Nº 1714/14.
- Artículo 84, inciso h) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 26.940 las jurisdicciones y entidades contratantes comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 no podrán contratar con proveedores que se encuentren registrados en el REPSAL, debiendo verificar en la página www.repsal.gob.ar dicha circunstancia. No obstante, de la normativa reseñada no surge el o los momentos en que deberá llevarse a cabo tal verificación, lo que genera la consulta de marras.

II) El artículo 84, inciso h) del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 prevé que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, si fuere formulada por personas físicas o jurídicas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL de acuerdo a lo prescripto por el artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y sus modificaciones, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquéllas o en la adjudicación.

III) En consecuencia, habiéndose incorporado la causal al citado artículo 28, el organismo deberá constatar que el proveedor no se encuentre registrado en el REPSAL en los tres momentos que indica el inciso h) del artículo 84, esto es, al momento de la apertura de las ofertas, en la etapa de evaluación de aquéllas y en la adjudicación.

IV) En razón de las consideraciones vertidas la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que las jurisdicciones y entidades contratantes deberán verificar que el oferente no se encuentre registrado en el REPSAL al momento de la apertura de las ofertas, en la etapa de evaluación de aquéllas y en la adjudicación.

DICTAMEN ONC Nº 106/2015.

Fecha de emisión: 17 de abril de 2015.

Referencias: Proyecto de Decisión Administrativa. Provisorio Nº 425/15. Cuestiones vinculadas al Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 425/2015), por cuyo conducto se propiciaba aprobar la prórroga del contrato celebrado con la firma LYME S.A. mediante la Orden de Compra Nº 45/2014, por el plazo de UN (1) año, y por la suma total de PESOS QUINCE MILLONES CIENTO VEINTE MIL ($ 15.120.000,00.-).

Normativa examinada:

- Ley Nº 26.940 sobre "Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral".
- Artículo 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Con fecha 26 de mayo de 2014 fue promulgada la Ley Nº 26.940 sobre "Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral". Mediante el artículo 1° de la referida norma se creó el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), en el que se incluyen y publican las sanciones firmes aplicadas por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el REGISTRO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES AGRARIOS (RENATEA), y por la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT).

II) Por intermedio del artículo 45 de la Ley Nº 26.940 se incorporó al artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01 –sobre personas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional– el siguiente inciso: *"h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro.".*

III) Siendo ello así, se acompaña una constancia extraída del sitio de internet del Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (http://repsal.trabajo.gob.ar/Empleador/), de donde surge que la firma LYME S.A. con CUIT Nº 30-63935839-5 *"…no presenta sanciones laborales publicadas en el listado REPSAL vigente al 17/04/2015".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-15908893-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de abril de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar. Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL).

Antecedentes:

Con fecha 3 de octubre de 2017 se celebró la apertura de ofertas, labrándose el acta correspondiente en la que constaban las presentaciones efectuadas por las firmas INDUSTRIAS MANUFACTURERAS ALIMENTICIAS ARGENTINAS S.R.L. y AKUA S.A.

La verificación en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) respecto de la habilidad para contratar de los oferentes, en los términos del citado inciso h) del

artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 tuvo lugar tres días después de celebrado el acto de apertura, esto es el 6 de octubre de 2017. De la constancia extraída en dicha ocasión surgía que en esa fecha la empresa AKUA S.A. registraba sanciones en el REPSAL.

Así las cosas, al tomar intervención la Comisión Evaluadora de Ofertas, emitió el dictamen de evaluación en fecha 3 de noviembre de 2017 aconsejando desestimar la oferta de AKUA S.A. por encontrarse incursa en la causal de inhabilidad para contratar prevista en el inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, tomando para ello como referencia la constatación efectuada por la UOC con posterioridad al acto de apertura.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto del tratamiento dado por la Comisión Evaluadora de Ofertas –en el marco de la Licitación Privada N° 11/17 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA– a la empresa AKUA S.A., en torno a la causal de inhabilidad para contratar contemplada en el artículo 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.

Normativa examinada:

- Artículos 3º y 28, inciso h) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 13 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Anexo al Decreto Nº 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Mediante la Ley N° 26.940 se creó el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) en el ámbito del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en el que se incluyen y publican las sanciones firmes aplicadas en el marco de la aludida ley por la citada cartera ministerial, por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP), por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el entonces denominado Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (ex RENATEA) y por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

II) El artículo 13 de la citada Ley Nº 26.940 estipula, en su parte pertinente, que: *"Los empleadores sancionados por las violaciones indicadas en la presente ley, mientras estén incorporados en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), no podrán:* (…) *c) Celebrar contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación*…". A su vez, el artículo 15 del Anexo al Decreto Nº 1714/14 estipula: *"Los organismos públicos o entidades involucradas en las previsiones del artículo 13 de la Ley Nº 26.940, a los fines de su aplicación, deberán consultar el sitio Web correspondiente al REGISTRO PUBLICO DE EMPLEADORES CON SANCIONES LABORALES (REPSAL).".*

III) A partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.940 las jurisdicciones y entidades contratantes comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 no podrán contratar con proveedores que se encuentren registrados en el REPSAL, debiendo verificar en la página www.repsal.gob.ar dicha circunstancia.

IV) En relación con las etapas del procedimiento de selección en las que debe verificarse que el oferente no se encuentre sancionado en el REPSAL, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…las jurisdicciones y entidades contratantes deberán verificar que el oferente no se encuentre registrado en el REPSAL al momento de la apertura de las ofertas, en la etapa de evaluación de aquellas y en la adjudicación"* (v. Dictamen ONC N° 17/2015).

V) El certificado emitido por el registro de que se trata es válido únicamente por el día de emisión, por lo que en el caso no pudo verificarse si a la fecha del acto de apertura las firmas oferentes eran hábiles para contratar o no, en los términos establecidos en el mentado inciso h) del Decreto Delegado N° 1023/01. En relación con esto cabe indicar que, en el terreno de lo hipotético, bien podría haber sucedido que el día 3 de octubre de 2017 se hubiera verificado la habilidad de ambas o lo opuesto, o bien la inhabilidad de INDUSTRIAS MANUFACTURERAS ALIMENTICIAS ARGENTINAS S.R.L. Sin embargo, resulta infructuoso dicho análisis especulativo.

VI) La Comisión Evaluadora debe, en cualquier caso, efectuar la verificación de la habilidad para contratar respecto de los oferentes al momento de la evaluación de las propuestas, colocando en un pie de igualdad a ambos oferentes.

VII) En el caso analizado nos encontramos con inconsistencias que afectan de un modo directo los principios de transparencia e igualdad que deben regir en los procedimientos de selección conforme lo establecido en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, por cuanto la Comisión Evaluadora no efectuó la constatación al tomar la intervención de su competencia.

VIII) En consecuencia, siendo que no resulta fácticamente posible retrotraerse a dicho momento –con la finalidad de cotejar si en la oportunidad determinada por la normativa las empresas oferentes eran hábiles para contratar de conformidad con lo establecido en el artículo 28 inciso h) del Decreto Delegado N° 1023/01– deviene inevitable recomendar a la autoridad competente que proceda a dejar sin efecto el procedimiento y efectuar un nuevo llamado en caso de que aún persista la necesidad del organismo de contar con los bienes objeto del a procedimiento de selección en análisis, en tanto concluir lo contrario implicaría una afectación del principio de transparencia que rige las contrataciones públicas.

REVOCACIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-02153248-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de octubre de 2016.

Referencias/voces: Principios de publicidad y difusión. Licitación Pública. Publicación de convocatoria en órgano oficial de publicidad por UN (1) día. Omisión de requisitos mínimos. Causa de revocación del procedimiento por razones de ilegitimidad.

Antecedentes.

El llamado a Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL fue publicado por UN (1) día en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (Boletín Oficial de la República Argentina), el día lunes 6 de octubre de 2015. No se cumplió con el requisito establecido en la normativa, ya que tanto el artículo 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01 como el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 exigían que la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas y en los concursos públicos debía efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de DOS (2) días, con un mínimo de VEINTE (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en torno a si la Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podía o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta la omisión del requisito de publicidad de la convocatoria por el término de dos (2) días en el Boletín Oficial exigido por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 9º, 18 y 32 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo que respecta al principio de publicidad de las actuaciones, es procedente señalar que este viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del procedimiento de selección por parte de los eventuales interesados, asegurando asimismo su correcta tramitación, por lo que la publicidad del procedimiento se entrelaza con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad.

II) El Decreto Delegado Nº 1023/01 contiene diversas disposiciones relativas al principio de publicidad. Ello así, el artículo 3º, inciso d) enuncia a la publicidad y difusión de las actuaciones

como un principio general en la gestión de las contrataciones públicas; por su parte el artículo 9º prevé el desarrollo de las contrataciones en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará, entre otros factores, en la publicidad y difusión de las actuaciones, etc. En sentido concordante, la Ley de Ética en la Función Pública Nº 25.188 exige que se observen en los procedimientos de contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (v. Cap. II, "Deberes y pautas de comportamiento ético", artículo 2º, inciso h).

III) La doctrina clásica tiene dicho desde siempre que las reglas de publicidad y difusión deben ser escrupulosamente cumplidas, respetando fielmente lo que dispongan las normas respectivas (Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 215 y 217).

IV) Una vez que la Administración Pública ha decidido contratar sobre determinado objeto y ha concretado en el pliego de bases y condiciones particulares las características de la contratación a realizar, debe poner su decisión en conocimiento del público, es decir, de los potenciales oferentes. Esto es lo que determina la publicidad de la licitación, que se concreta en el "llamado a licitación".

V) En esta línea de pensamiento, se ha sostenido lo siguiente: *"El primer aspecto a analizar en relación con este principio se vincula con la debida difusión que debe tener la convocatoria a un procedimiento de selección, a fin de permitir que los posibles interesados tengan conocimiento de su apertura y las reglas que regirán el llamado. Como bien se ha señalado, de la publicidad del llamado dependerá que la licitación sea realmente pública […] Publicar el llamado en tiempo y forma y con la antelación suficiente tiene por fin no sólo la adecuada y razonable difusión, sino dar certeza jurídica sobre el cumplimiento del principio de publicidad, esencial para la validez del contrato…"* (REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 93). Por su parte, Comadira supo decir que: *"…el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la corrección en el trámite* […] *Bien se ha dicho, al respecto, que la aplicación del principio de publicidad a la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad"* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones.* 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 109 y 110).

VI) Desde otro vértice, sobre el principio de igualdad se ha expresado: *"La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad* […] *Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de igualdad, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público."* (MARIENHOFF, Miguel. *Op. Cit*. Pág. 204).

VII) Por último, las exigencias de publicidad y difusión se entrelazan con el principio de concurrencia de los interesados, el cual que tiene por objeto lograr que: *"…al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular*

que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida. Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó. Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia; porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del cocontratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa." (COMADIRA, Julio Rodolfo. *Op. Cit*. Págs. 97-100).

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida reviste entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– el principio de publicidad y difusión, el que debe asegurarse difundiendo en tiempo y forma los datos de la convocatoria a través de cada uno de los medios previstos por el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. Es decir, la publicidad de la convocatoria a presentar ofertas en las Licitación Pública N° 67/14 debió efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de DOS (2) días, en cambio, fue publicado durante UN (1) solo día.

IX) Va de suyo que toda medida de publicidad y difusión deberá cumplimentarse en la debida forma y cumpliendo acabadamente con los plazos establecidos, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por las normas y principios directrices en la materia. Dicho de otro modo, para que los medios de difusión dispuestos en la reglamentación cumplan con la finalidad para la cual han sido previstos, deben ser efectivizados en tiempo y forma, garantizando de ese modo –entre otras cuestiones– que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación en idénticas condiciones.

X) Resta señalar que, si bien el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL manifiesta que ha dado difusión y publicidad a la convocatoria a través de medios no previstos en la normativa vigente, como lo son la cartelera del organismo, el sitio web del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y el diario "Ámbito Financiero", cabe señalar que los mismos no pueden, en modo alguno, ser considerados como supletorios ni de la publicación del aviso de convocatoria en el Boletín Oficial de la República Argentina por DOS (2) días, ni de ninguno de los otros medios obligatorios que establece el artículo 49 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, a los cuales debe darse estricto cumplimiento bajo apercibimiento de lo establecido en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

XI) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de los principios y normas reseñadas, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que en el marco de la Licitación Pública N° 67/14 del registro del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no se ha cumplido, en tiempo y forma, con la totalidad de los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria, vulnerándose, en consecuencia, los principios generales de publicidad, concurrencia e igualdad, receptados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01. Consecuentemente, a criterio de este Órgano Rector, deberá procederse a la revocación del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-05245541-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 4 de abril de 2017.

Referencias/voces: Plan QUNITA. Revocación de la adjudicación en sede administrativa, por razones de ilegitimidad.

Antecedentes:

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 resolvió elevar a juicio oral la causa caratulada: "N.N. Y OTROS S/AVERIGUACION DELITO: DENUNCIANTE OCAÑA, MARIA GRACIELA" –previa emisión del auto de procesamiento, que a su vez fuera parcialmente confirmado por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal–, sobre criterios convictivos suficientemente aptos para tener por acreditado *prima facie* el injusto que, en apretada síntesis, puede resumirse como la irregular adquisición/provisión de los bienes que integraban el llamado kit "QUNITA", en violación a las previsiones de la ley, de manera cartelizada por parte de un grupo de proveedores y en presunta connivencia con diversos funcionarios, lo cual tuvo como resultado adjudicaciones direccionadas y la adquisición de bienes por los que se pagó un precio excesivo en perjuicio de la Administración Pública Nacional.

A raíz de ello, el ex MINISTERIO DE SALUD evaluó diversos cursos de acción respecto de la Licitación Pública Nº 4/15 –cuyo objeto fuera la adquisición de kits para recién nacidos en el marco del Programa Nacional de Acompañamiento de la Madre y del Recién Nacido "Qunita"–, teniendo en cuenta el desarrollo de la causa penal.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se sirva interpretar el alcance del artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01, a la luz de las circunstancias acaecidas en el marco del expediente Nº 1-2002-713/15-7, por donde tramitó la Licitación Pública Nº 4/15 del registro del ex MINISTERIO DE SALUD.

Se solicitó, puntualmente, interpretar el alcance del mencionado artículo 18, a fin de dilucidar si cabría encuadrar en dicho precepto la revocación por ilegitimidad de la Decisión Administrativa Nº 300/15, o si, por el contrario, la declaración de invalidez de la adjudicación debe regirse, en forma directa, por las previsiones de los artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Frente a esta segunda hipótesis, correspondía dilucidar si es jurídicamente viable la revocación en sede administrativa, teniendo en consideración que los contratos celebrados con las firmas DELTA OBRAS Y PROYECTOS S.A. (Orden de Compra Nº 209/15), COMPAÑÍA COMERCIAL NARCISO S.R.L. (Orden de Compra Nº 210/15), GRUPO DIELA S.R.L. (Orden de Compra Nº 211/15), DROMOTECH S.A. (Orden de Compra Nº 212/15), FIBROMAD S.A. (Orden de Compra Nº 213/15) y FASANO S.R.L. (Orden de Compra Nº 214/15) habían generado derechos subjetivos en vías de cumplimiento.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 11 inciso h), 18 y 36 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 7, 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Es posible advertir [en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01] la regulación de DOS (2) supuestos claramente diferenciados, a saber: 1. La omisión/incumplimiento de los requisitos de publicidad y difusión previa que exija la normativa aplicable, en razón del tipo de procedimiento de selección que se trate; 2. La inclusión de cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares. La mera "comprobación" de las circunstancias descriptas, dará lugar a: 1. La revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre; 2. El inicio de las actuaciones sumariales pertinentes.

II) Una razonable exégesis del precepto reseñado [artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01], en el contexto del resto del articulado del Decreto Delegado Nº 1023/01, permite efectuar las siguientes consideraciones: a) En primer lugar, el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 enumera los principios a los que deberá sujetarse la gestión de las contrataciones (igualdad, concurrencia, razonabilidad, transparencia, publicidad, responsabilidad de los agentes) y que deben estar presentes desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato. A partir de ello se ha sostenido que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional concibe al contrato administrativo como el resultado de un procedimiento que comienza cuando la Administración inicia los trámites y gestiones preparatorias del contrato hasta el momento de su extinción; b) Si bien el aludido artículo 18 se titula "REVOCACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION", de la lectura de su contenido surge –o al menos así podría inferirse a partir de una interpretación literal de la norma– que lo que se regula es la revocación del procedimiento "a secas"; c) El Decreto Delegado Nº 1023/01 hace referencia a "procedimientos de selección" dos veces en sus considerandos y en los artículos 11 incisos a) y f), 21, 25 y 32. Luego, se menciona a los "procedimientos de contratación" o "procedimiento contractual" en los artículos 2º, 11 inciso h), 19, 20, 21 y 25 inciso d) apartado 7; y finalmente, se hacen simples alusiones al "procedimiento" o a los "procedimientos" en los artículos 3º, inciso c), 11 inciso g), 18 –a excepción del título–, 21, 22 y 32; d) A partir de la compulsa de las normas citadas en el literal c) no resulta aventurado afirmar que en el marco del decreto delegado en cuestión el empleo de los términos "procedimiento", "procedimientos de selección" y "procedimientos de contratación" ha sido –en alguna medida– equívoco, en tanto en determinados supuestos puntuales se advierten imprecisiones técnicas. Basta como ejemplo citar el artículo 25 inciso d) apartado 7, donde se habla de: "*otro procedimiento de contratación*", en el marco de un precepto que regula específicamente procedimientos de selección.

III) La inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador.

IV) La primera conclusión a la que corresponde arribar es que el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01 regula únicamente DOS (2) causales específicas de revocación por ilegitimidad y que, sin perjuicio de las imprecisiones puestas de resalto más arriba, el término "procedimiento" allí utilizado debe interpretarse del modo más amplio posible; es decir, comprensivo tanto de los actos administrativos dictados durante el procedimiento de selección

propiamente dicho –etapa precontractual–, como así también de los emitidos durante la ejecución del contrato hasta su finalización. Ese es, en opinión de esta Oficina Nacional, el correcto alcance que cabe extraer de tal disposición, tomando particularmente en cuenta como pauta interpretativa la expresión: *"…cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre"*, en contraposición con el límite expresamente establecido en el artículo 20 de dicho cuerpo normativo, al decir que las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación, sin lugar a indemnización: *"…en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato".*

V) Un postulado elemental de la Administración es su sumisión al derecho, como derivación del principio de legalidad. Ergo, todo contrato estatal preponderantemente regido por el derecho público debe ajustarse a determinados recaudos legales, cuyo incumplimiento podría significar que el contrato quede sujeto –según la entidad del vicio– a algún grado de invalidez. Ello obliga a la Administración –como requisito necesario pero no suficiente para celebrar válidamente una contratación– a transitar una serie ordenada y metódica de diversos estadios, pudiendo diferenciarse tres momentos: a) el implementado hasta proceder al llamado; b) el procedimiento de selección del cocontratante particular; y c) el contrato propiamente dicho.

VI) Resulta entonces que el contrato administrativo estará constituido por diferentes documentos, entre los cuales se pueden enumerar el pliego de bases y condiciones particulares, la oferta y finalmente la orden de compra. Cada uno de los aludidos documentos, si bien no pierden la individualidad inherente a su particular naturaleza, se encuentran estrechamente relacionados entre sí, pasando a conformar, desde que se produce el perfeccionamiento del contrato, un mismo y único plexo contractual. La orden de compra notificada a quien haya resultado adjudicatario en el marco de una determinada contratación, se integrará tanto con las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares atinentes a la ejecución contractual como con la respectiva oferta seleccionada por la Administración, a través del acto de adjudicación. El acuerdo de voluntades resultante deberá sujetarse a las previsiones de la normativa vigente y a las estipulaciones previstas en todas las piezas citadas.

VII) Los vicios del procedimiento de selección se trasladan al acto de adjudicación y, por consiguiente, al contrato administrativo propiamente dicho. Sin embargo, no todos los vicios ocasionarán la nulidad del contrato, sino que corresponderá juzgar su gravedad en el caso concreto.

VIII) Los pliegos "dirigidos" constituyen una de las situaciones más comunes de corrupción en las contrataciones públicas. Justamente, a raíz de ello es que el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01 busca prevenir lo que comúnmente se denomina "direccionamiento" y que en la práctica implica, bajo la apariencia de una licitación conforme a derecho, establecer cláusulas que sólo un proveedor o grupo de proveedores pueden cumplir. Por lo tanto, basta la comprobación fáctica de dicho extremo para revocar por ilegitimidad la adjudicación, con sustento en la prerrogativa expresamente prevista en los artículos 11, inciso h) y 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

IX) En las presentes actuaciones tanto el Juez instructor como la Cámara Criminal y Correccional Federal han tenido por configurado *prima facie* el direccionamiento de la Licitación

Pública Nº 4/15, circunstancia que torna subsumibles los hechos en una de las causales específicas de revocación contempladas en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01, a saber: la comprobación de que un llamado a contratación estuvo dirigido a favorecer situaciones particulares. Siendo ello así, se comparte el criterio propiciado por el servicio jurídico preopinante en cuanto a que: "*…se entiende que para comprobar tal cuestión por parte de la Administración basta la 'suficiente sospecha' a la que llega un juez en el marco de una Causa Penal en la que dispone el procesamiento de un imputado, máxime cuando dicho procesamiento resulta confirmado por una segunda instancia* (…) *la comprobación que da lugar* (a) *la revocación inmediata prevista en la norma, es aún anterior al impulso del correspondiente sumario y, por tanto, independiente de la existencia de causa penal en trámite con lo cual, jamás puede inferirse que se requiera una condena firme en sede judicial*….".

X) Lo hasta aquí expuesto alcanza, en opinión de esta Oficina Nacional, para encuadrar jurídicamente la revocación de la adjudicación y de los contratos celebrados en su consecuencia en una norma inherente al propio Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. No obstante ello y sin mengua del criterio propiciado, este Órgano Rector entiende que para las causales no comprendidas en el artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01, resultará de aplicación directa el régimen de nulidades de los actos administrativos previsto en el Título III de la Ley Nº 19.549, en lo que fuera pertinente.

XI) La declaración de invalidez de un contrato administrativo –fuera de los supuestos especiales que se hallan expresamente previstos en el mentado artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01– debe regirse, sustancialmente, por el régimen de los artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, en lo que fuere pertinente. No puede obviarse que el artículo 7º de la Ley Nº 19.549, luego de enunciar los llamados requisitos esenciales del acto administrativo, dispone en su párrafo final –a partir de la modificación introducida por el artículo 36 del Decreto Delegado Nº 1023/01–, que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III (arts. 7 a 22) de dicha ley, en cuanto fuere pertinente.

XII) Lo expuesto conduce a sostener la aplicabilidad directa a los contratos públicos –en cuanto fuere pertinente– de las prescripciones que formula la Ley Nº 19.549 acerca de: a) los elementos o requisitos del acto administrativo; b) el régimen de nulidades diseñado en la referida ley para el acto administrativo.

XIII) Ahora bien, en la medida en que los contratos administrativos tienen su regulación propia, cabe preguntarse qué aporta la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. De hecho, el núcleo central radica en dilucidar de qué manera se aplican las disposiciones de la Ley Nº 19.549 particularmente referidas a los elementos esenciales, régimen de nulidades y de revocación del acto administrativo, respecto del contrato administrativo en sí mismo y/o a los actos administrativos dictados desde la preparación hasta su conclusión.

XIV) La posición que esta Oficina comparte ha sido sugerida por autorizada doctrina en los siguientes términos: *"…este orden jerárquico –aplicar las leyes especiales; aplicar el título precitado de la LNPA en forma directa, en lo pertinente– obliga a algunas precisiones: a) Régimen de nulidades: En materia de nulidades, será aplicable* (…) *la legislación específica, especial, y si*

la cuestión no hallare solución normativa allí, se recurrirá a la LNPA, Tít. III (…) *c) Elementos y vicios:* (…) *al estarse ante una hipótesis de aplicación directa del Tít. III de la LNPA en lo que fuere pertinente habiéndose agotado la consulta a las leyes específicas, se operará la conexión entre los elementos y los vicios que afectan la validez de los contratos administrativos con los correspondientes al acto administrativo en sentido estricto (unilateral en su formación), y así se admitirá la posibilidad de extenderle a aquellos desde los vicios inherentes a la competencia, causa y finalidad, hasta los que sancionan la violación del objeto y las formas del procedimiento de contratación* (…) *Recaudos que, como se vio, son de aplicabilidad directa en lo pertinente, agotada la consulta de las leyes específicas…"* (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Editorial Lexis-Nexis. 2da edición. Buenos Aires, 2005. Págs. 116 y 117).

XV) Desde este prisma, si se sostiene que los artículos 7º, 14, 15, 17 y 18 de la Ley Nº 19.549 deben considerarse integrados a los regímenes especiales, en ausencia de disposición especial y en cuanto fuere pertinente, deviene entonces necesario analizar la validez de los contratos administrativos a la luz de tales normas, respecto de aquellos vicios no previstos en los supuestos específicos del artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XVI) El artículo 14 de la Ley Nº 19.549 establece que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta; b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

XVI) La enunciación realizada en el apartado a) del artículo alude a supuestos en que la voluntad de la Administración se encuentra viciada por error, dolo, violencia, simulación, etc.; mientras que la descripción del apartado b) alude a todos y cada uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se enuncian en el artículo 7º de la ley, haciendo excepción en un aspecto de la cuestión competencial.

XVII) La Ley Nº 19.549 admite dos grados de invalidez: el acto nulo de nulidad absoluta y el acto anulable, según la entidad del vicio que se aloja en el acto de que se trate: grave, en un caso, leve en el otro. De esta forma, el acto será nulo cuando la irregularidad, omisión o vicio impide la existencia de sus elementos esenciales.

XVIII) Según lo dispuesto por el referido artículo 17, el acto afectado de nulidad absoluta –es decir, encuadrado en el artículo 14 de la norma bajo análisis– debe reputarse "irregular" y, en principio, deberá ser revocado por la Administración, por razones de ilegitimidad, en sede administrativa. Ahora bien, la obligación de revocar el acto irregular en sede administrativa tiene como límite el supuesto en que el mismo se encuentre firme, consentido y haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, salvo que el/los interesados conociera/n el/los vicio/s. Esto último, por aplicación de la doctrina emanada del fallo "Almagro, Gabriela y otra v. Universidad Nacional de Córdoba" (Fallos 321:169), precedente en el cual el Tribunal Cimero resolvió que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular

previstas en el artículo 18 de la Ley Nº 19.549 –entre ellas el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables a los irregulares.

XIX) No se advierten reparos de índole jurídica para proceder, en sede administrativa, a la revocación por ilegitimidad del acto de adjudicación de la Licitación Pública Nº 4/15 del registro del MINISTERIO DE SALUD –Decisión Administrativa Nº 300/15–, junto con las órdenes de compra emitidas en su consecuencia –Nros. 209/15, 210/15, 211/15, 212/15, 213/15 y 214/15–.

XX) En su caso, esta Oficina entiende que, por aplicación del principio del paralelismo de las formas y de las competencias receptado en el entonces vigente inciso e) del artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –modificado por su similar Nº 1039/13–, el acto administrativo de revocación debería ser suscripto por el Jefe de Gabinete de Ministros en su carácter de tal y encuadrarse en las facultades que emanan del artículo 18 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XXI) Oportunamente, deberán remitirse a este Órgano Rector los antecedentes del caso, a fin de evaluar la aplicación de las sanciones que pudieren corresponder, con sujeción a lo establecido en los artículos 29*, in fine*, del Decreto Delegado Nº 1023/01, 131 y 242 inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/12, 6º de la Disposición ex SSTG Nº 6/12, y en la Comunicación General ONC Nº 31/15, aplicables en este supuesto en tanto fueron las normas que rigieron durante el procedimiento licitatorio de que se trata y sobre las cuales quedaron perfeccionados los respectivos contratos.

XXII) Resta mencionar que no corresponde a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES formular opinión respecto de la decisión de iniciar o no iniciar acciones judiciales tendientes al recupero de las sumas de dinero obladas por la Administración por motivo de la Licitación Pública Nº 4/15 –frente al supuesto de que los proveedores no reintegren las sumas oportunamente percibidas como contraprestación de las entregas efectuadas–, por resultar ello ajeno a las competencias de este organismo.

REVOCACIÓN POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO.

DICTAMEN ONC Nº 446/2014.

Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2014.

Referencias: Revocación del contrato por razones de interés público. Rescisión unilateral. Revocación por oportunidad mérito y conveniencia. Indemnización. Contratación interadministrativa. Nación Seguros. Naturaleza jurídica. Requisitos para su procedencia. Seguros. Logística.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que, en su carácter de Órgano Rector, se sirva opinar sobre la viabilidad de rescindir por razones de interés público el contrato celebrado por el organismo girante con la CAJA DE SEGUROS S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 1/13 –con el objeto de brindar la cobertura de seguro anual contra todo riesgo y de responsabilidad civil del parque automotor de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA–, y proceder a contratar un servicio similar con NACIÓN SEGUROS S.A., a través del procedimiento de Contratación Directa Interadministrativa, en los términos previstos en el artículo 25, inciso d) apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/01.

Así, en relación a la consulta vinculada a la posibilidad de rescindir por razones de interés público el contrato vigente con la firma CAJA DE SEGUROS S.A., el organismo girante manifestó que la totalidad de los vehículos de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA poseen una cobertura de seguro anual contra todo riesgo y de responsabilidad civil brindada por dicha firma, en virtud de haber resultado adjudicataria en la Licitación Pública N° 1/13, con vigencia de UN (1) año a partir del 1º de junio de 2013. Asimismo, el organismo consultante indicó que la Cláusula Particular N° 15 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rigió dicho procedimiento licitatorio, facultaba a dicha Institución a prorrogar el contrato, opción ejercida mediante la "Disposición ADQU, ON9 N° 132/14" por idéntico plazo, con vigencia hasta el 1º de junio de 2015.

Por otro lado, el organismo consultante refiere a que en el año 2012 el PODER EJECUTIVO NACIONAL mediante la promulgación de los Decretos N° 1187, 1188, 1189 y 1191 situó en cabeza del Estado Nacional la prestación de determinados servicios que eran proporcionados por entidades o firmas privadas, como ser el pago de las remuneraciones al personal por intermedio del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, la provisión de combustibles y lubricantes por parte de YPF S.A., la adquisición de automotores a través de NACIÓN LEASING S.A. y el suministro de pasajes por AEROLINEAS ARGENTINAS S.A. y AUSTRAL LÍNEAS AÉREAS CIELOS DEL SUR S.A.

En tal sentido, la PNA manifestó que si bien para el suministro de coberturas de seguros el Estado nacional no propició una norma similar a las citadas en el párrafo precedente, el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA S.A. posee dentro de su esfera a la empresa NACIÓN SEGUROS S.A., entidad con capacidad de satisfacer las necesidades de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA en lo atinente a la cobertura de seguros, y suplir, de ese modo, la prestación que en la actualidad efectúa la CAJA DE SEGUROS S.A.

En razón de ello, es que se solicitó la opinión de la ONC, sobre la posibilidad de rescindir por oportunidad, mérito y conveniencia el contrato con la empresa CAJA DE SEGUROS S.A. y proceder a contratar el servicio con NACIÓN SEGUROS S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional.
- Artículo 12, incisos a) y b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 121 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 7º, *in fine*, y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En principio y bajo ciertas limitaciones, asiste a la autoridad administrativa contratante la prerrogativa de revocar un contrato, fundando el ejercicio de dicha potestad en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo Pliego de Bases y Condiciones Particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público.

II) Debe distinguirse entre rescisión unilateral –que implicaría siempre una penalidad por culpa o falta cometida por el contratista– y la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. La rescisión unilateral no procede por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sino única y exclusivamente como sanción por culpa o falta cometidas por el cocontratante. Cuando el contrato, para satisfacer exigencias del interés público, deba ser extinguido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la vía jurídica para lograr tal extinción no es la rescisión unilateral, sino la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con todas las consecuencias derivadas de ello, entre las cuales, precisamente, está el derecho del cocontratante a ser resarcido.

III) Superadas las precisiones terminológicas apuntadas, ninguna duda cabe respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables.

IV) Esta modalidad de extinción se configura cuando la Administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su cocontratante. La revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo.

V) No media “ilicitud” sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar. Ello así, por cuanto la Administración no puede quedar

indefinidamente ligada por contratos que actualmente resultan inadecuados para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta.

VI) En casos como el de marras, estaríamos frente a un modo anormal de terminación del contrato, que sobre un fundamento de interés de la comunidad toda afecta o lesiona en forma directa el derecho de propiedad del cocontratante de la Administración.

VII) La procedencia de la revocación de un contrato por razones de interés público, se encuentra supeditada a la acreditación de los siguientes extremos: a) La jurisdicción o entidad contratante deberá fundar debidamente el acto por el cual disponga la revocación, señalando concretamente las razones tenidas en cuenta y los motivos de interés público que la imponen; b) Deberá indemnizarse el daño emergente que resulte debidamente acreditado, con exclusión del lucro cesante.

VIII) La oportunidad, mérito y/o conveniencia de revocar el contrato celebrado entre la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA y la firma CAJA DE SEGUROS S.A. en el marco de la Licitación Pública Nº 1/13, con miras a contratar un servicio similar con NACIÓN SEGUROS S.A. a través del procedimiento de contratación directa interadministrativa, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de incumbencia de este Órgano Rector. En virtud de ello, se encuentra exclusivamente reservada al organismo contratante la valoración de las particulares características que reviste el caso bajo examen (v.g. el plazo de vigencia restante de la contratación en curso) en consonancia con el interés público comprometido, a los fines de adoptar las medidas que estime oportunas.

IX) Finalmente, en relación al deber de indemnizar, si bien es cierto que en todo contrato administrativo, por aplicación del régimen exorbitante, le asisten al Estado prerrogativas de poder público, también existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares. Tal equilibrio entre prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y justicia del ordenamiento jurídico administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nº 266/07, Nº 1048/12, Nº 1049, Nº 1050, Nº 1051/12 y 205/13, entre otros).

X) En consecuencia, siendo la propia Administración contratante la encargada de valorar las razones que conllevan a la revocación, la única y fundamental garantía que conserva el cocontratante es su derecho a una indemnización. Caso contrario, se lesionarían sus derechos constitucionales de propiedad (artículos 14 y 17 CN) e igualdad (Artículo 16 CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

XI) Deberá tenerse presente que la normativa vigente circunscribe el alcance de la indemnización al daño emergente debidamente acreditado, con expresa exclusión del lucro cesante (v. Artículo 12, inciso b) *in fine* del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 121 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-04539091-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 14 de diciembre de 2016.

Referencias/voces: Revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Normativa examinada:

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 108, 119, 121 y 126 inciso c) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De acuerdo a lo expresado por el organismo contratante, el servicio prestado por el proveedor fue prescindido de manera anticipada, ello en razón de que la prestación del servicio originariamente debía durar hasta el 31 de octubre del 2016 y fue cancelada el día 10 de octubre del corriente año debido a un cambio en el interés público comprometido. Así las cosas, en cuanto concierne al cierre anticipado de la exposición deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

II) La cancelación anticipada de la prestación del servicio brindada por el proveedor se encuentra dentro de las prerrogativas de la Administración, en virtud de la cual la autoridad administrativa puede revocar un contrato fundando el ejercicio de dicha potestad en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público.

III) Ninguna duda cabe respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables.

IV) Esta modalidad de extinción se configura cuando la Administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su cocontratante. La revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo.

V) No media "ilicitud" sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar. Ello así, por cuanto la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que actualmente resultan inadecuados para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta.

VI) Una razonable hermenéutica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado Nº 1023/01 como en su reglamentación permite concluir que la procedencia de la revocación de un contrato por razones de interés público, se encuentra supeditada a la acreditación de los siguientes extremos: a) La jurisdicción o entidad contratante deberá fundar debidamente el acto

por el cual disponga la revocación, señalando concretamente las razones tenidas en cuenta y los motivos de interés público que la imponen; b) Deberá indemnizarse el daño emergente que resulte debidamente acreditado, con exclusión del lucro cesante.

VII) La oportunidad, mérito y/o conveniencia de revocar el contrato celebrado entre el MINSITERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE y el proveedor AGENCIA FIDELIZZA de RODRIGO SARPERO VIDAL en el marco de la Contratación Directa por Urgencia N° 16/16, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de incumbencia de este Órgano Rector. En virtud de ello, se encuentra exclusivamente reservada al organismo contratante la valoración de las particulares características que reviste el caso bajo examen, en consonancia con el interés público comprometido, a los fines de adoptar las medidas que estime oportunas.

VIII) Siendo la propia Administración contratante la encargada de valorar las razones que conllevan a la revocación, la única y fundamental garantía que conserva el cocontratante es su derecho a una indemnización. Caso contrario, se lesionarían sus derechos constitucionales de propiedad (artículos 14 y 17 CN) e igualdad (Artículo 16 CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

IX) La normativa vigente circunscribe el alcance de la indemnización al daño emergente debidamente acreditado, con expresa exclusión del lucro cesante (v. Artículo 12, inciso b) *in fine* del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el artículo 121 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12).

X) A los fines de que la Administración ejercite la facultad de revocar un contrato por oportunidad mérito y conveniencia, se presenta como ineludible la emisión de un acto administrativo orientado en tal sentido, cuya validez y eficacia, en la esfera nacional se encuentran regidas principalmente por la Ley Nº 19.549, junto a sus respectivas normas modificatorias y complementarias. Es decir, es una exigencia en nuestro ordenamiento jurídico que toda actuación material que practique la Administración, en la medida en que incida en la esfera de los particulares, deba estar precedida de una declaración formalizada a través de un acto administrativo (Conf. Dictamen ONC Nº 214/2014).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-13442883-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018.

Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria.

Antecedentes.

El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"…en forma inmediata el*

procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria…", por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Luego, en el marco del Dictamen ONC Nº IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *"…fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas recluidas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'."*.

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"…Al día de la* fecha [5 de septiembre de 2017] *esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet https://comprar.gob.ar/…"*.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia Nº 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio Nº 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Normativa examinada:

- Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 1º, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC Nº 63/16.

- Artículos 7º y 16 de la Ley Nº 19.549.
- Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El tiempo transcurrido desde el inicio de las presentes actuaciones –prácticamente un año– y la instancia en que el trámite se encontraría en la actualidad, no se condicen –a priori– con la particular premura que da razón de ser a un procedimiento de selección de excepción, como ciertamente lo es la causal de contratación directa por urgencia contemplada en el artículo 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC Nº 241/2013).

II) La aludida norma establece que la selección por contratación directa se utilizará: *"Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad…"*, a lo cual el artículo 19 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 añade, en su parte pertinente que: *"A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 5, del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante* (…) *En las contrataciones encuadradas en el apartado 5 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarias, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno.".*

III) Esta Oficina sugiere que la autoridad administrativa competente evalúe nuevamente los motivos que fundamentaron en su momento el encuadre del procedimiento en el marco de lo establecido en el artículo 25 inciso d) apartado 5º del Decreto Delegado N° 1023/01.

IV) De la compulsa de los presentes actuados surge que la contratación en ciernes reviste la naturaleza de un suministro de tracto sucesivo, o bien de cumplimiento continuado o periódico, en tanto sus efectos se prolongan en el tiempo. Sin embargo, surge con meridiana claridad la pretensión del organismo de contemplar en el propio pliego un mecanismo de conclusión anticipada de la contratación en ciernes, frente a la posibilidad incierta de que antes de su vencimiento –o del de su prórroga– se adjudique una licitación en curso con el mismo objeto, en trámite por EX-2017-977147-APN-DC#SPF.

V) Frente a ello, la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL evaluó, en el marco del Dictamen Nº IF-2018-00650512-APNDAUG#SPF, la posibilidad de hacer uso de la prerrogativa de revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –prevista por la normativa vigente en favor de

la Administración– ante la eventual suscripción de la adjudicación de la Licitación Pública Nº 31-0002-LPU17, pero advirtiendo sobre sus consecuencias en materia indemnizatoria.

VI) Una de las diferencias más notorias –en relación con los contratos privados– que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo, radica en la existencia de prerrogativas en favor de la Administración para hacer frente a necesidades de interés público, tales como la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

VII) No caben dudas respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de tiempo, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada –en cuanto aquí interesa– en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables (v. en sentido concordante el Dictamen ONC Nº 446/2014).

VIII) La potestad de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia es una prerrogativa que el régimen de contrataciones expresamente reconoce a la Administración por lo que no estaría en cuestión la posibilidad de efectivizar, en su caso, el ejercicio de la misma cuando concurran sus presupuestos habilitantes, como así tampoco sería necesario incluirla en el pliego como cláusula de reserva de revocación o similar.

IX) Esta revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo. No media "ilicitud" sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar, por cuanto, como se señalara con acierto: *"…la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta"* (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativ*o. T. III-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 397). Sin embargo, tampoco quedan dudas en cuanto a que el ejercicio de la aludida prerrogativa conlleva el consiguiente deber de indemnizar el daño emergente, extremo cuya relevancia no es dable pasar por alto.

SEGUNDO LLAMADO.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00940859-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 23 de enero de 2017.

Referencias/voces: Segundo llamado. Contratación Directa por licitación o concurso desierto o fracasado.

Consulta:

Se consultó a esta Oficina en torno a la normativa aplicable al llamado a licitación privada propiciado por conducto del artículo 3º del proyecto de Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, individualizado como IF-2016-01628881-APNDGA#SGP, de fecha 23 de septiembre de 2016.

Cabe destacar que, habiendo resultado desierta la convocatoria correspondiente a la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, por no haberse recibido ofertas, el organismo contratante propició la realización de un *"…nuevo procedimiento de selección del contratista mediante Licitación Privada Nº …"*, tendiente a lograr la satisfacción de idéntico objeto contractual –adquisición de elementos de plomería y cerrajería destinados al DEPARTAMENTO DE MANTENIMIENTO Y FUNCIONAMIENTO de la ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS GENERALES dependiente de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓ de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN–.

Motivó la consulta la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, circunstancia que suscitó en el organismo de origen los interrogantes que a continuación se transcriben:

"1. El primer y/u original llamado se efectuó bajo los términos del Decreto. Nro. 893/12 entonces vigente. El segundo y/o nuevo llamado, debe ser efectuado en orden a la normativa vigente al momento de realizarlo? Esto es el Decreto Nro. 1030/16?

2) ¿De qué modo interpreta la ONC, un 'NUEVO' o 'SEGUNDO' llamado conforme lo prescripto en el Art 18 del Decreto Nro. 1030/16? Ello considerando que el Dictamen ut supra señalado surgiría que se trataría de sinónimos.

3) El primer y/u original llamado se aprobó por medio de Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, el segundo y/o nuevo llamado: 'debe' o 'puede' ser por licitación privada? Atento el monto de la misma resulta ser $ 1.042.525,89.-

4) Por último, en el primer acto administrativo que aprobaba el procedimiento y autorizaba el pliego de cláusulas particulares refería a la Resolución N° 124, del SECRETARIO GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, de fecha 23 de mayo de 2016, en cuanto a la Comisión Evaluadora de Ofertas que intervendría oportunamente. En el segundo y/o nuevo llamado deberíamos designar una nueva Comisión a esos fines?".

Normativa examinada:

- Artículo 7º Decreto Nº 1030/16.
- Comunicación General ONC Nº 51/16.
- Artículo 25, incisos d) apartados 1º y 4º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 23 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 15, 27 y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por conducto del Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016 –publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 16 de septiembre de 2016–, se aprobó el nuevo "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", siendo derogado –entre otros– el Decretos Nº 893 de fecha 7 de junio de 2012 y sus modificatorios.

II) El artículo 7° de la nueva reglamentación establece, en cuanto a su entrada en vigencia, que: *"La presente medida comenzará a regir a los QUINCE (15) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a los nuevos procedimientos que allí se autoricen".* A su vez, mediante la Comunicación General de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES Nº 51, del 19 de septiembre de 2016, se aclaró en su momento que los procedimientos de selección que se autoricen a partir del día 3 de octubre de 2016 –o los que a partir de esa fecha fueren convocados cuando no se requiera autorización previa–, deben regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, mientras que los procedimientos autorizados –o convocados cuando no se requiera autorización previa– con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, continuará siendo aplicable el Decreto N° 893/12.

III) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 fue autorizada mediante la Disposición número DI-2016-593-E-APN-DGA#SGP, de fecha 31 de agosto de 2016, no parece dudoso afirmar que la misma se rige por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, junto con sus respectivas normas modificatorias y complementarias.

IV) Los artículos 25 inciso d) punto 4 del Decreto Delegado N° 1023/01, y 23 y 137 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, contemplan expresamente la procedencia de la contratación directa por compulsa abreviada para los supuestos en que se hubieren declarado desiertos o fracasados dos llamados anteriores llevados a cabo a través del procedimiento de licitación o concurso (v. Dictamen ONC Nº 297/13).

V) Podría considerarse que el espíritu del procedimiento de excepción bajo análisis fue habilitar un trámite con menores recaudos, a fin de no reiterar indefinidamente en el tiempo la obligación de llevar a cabo procedimientos con rigores formales, que puedan resultar muy costosos para el organismo contratante." (Dictamen ONC Nº 786/11).

VI) Un nuevo llamado no debería ser equiparado a la sustanciación de un procedimiento de selección autónomo y/o diferenciado, sino considerarse parte del mismo procedimiento originario, ya que una segunda o tercera convocatoria –al igual que la eventual modificación del pliego de bases y condiciones particulares–, no serían más que meras circunstancias incidentales durante su sustanciación. Y como tales, inidóneas a los fines de modificar el régimen jurídico aplicable, que fuera determinado *ab initio*.

VII) Cabe citar la opinión de esta Oficina Nacional brindada en el marco del Dictamen ONC Nº 693/11, al analizar la situación que se presenta en aquellos procedimientos en los que, luego de haberse elegido el encuadre legal, darle su correspondiente número, etc., se obtiene como resultado un trámite desierto o fracasado. En efecto, en dicha intervención este Órgano Rector opinó que, frente a la necesidad de tramitar un segundo llamado: *"…se debe continuar con el mismo encuadre legal, lo cual conduce a indicar que el tipo y número de procedimiento será el mismo, tramitándose consecuentemente bajo el mismo expediente* […] *El fundamento de las conclusiones vertidas encuentra su origen en el principio de eficiencia que debe regir en toda contratación pública, considerando la finalidad perseguida y los medios utilizados, y en el cumplimiento de pautas tales como la celeridad, economía, sencillez y razonabilidad del procedimiento...".*

VIII) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 se rige –en virtud de las razones previamente abordadas– por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, el nuevo llamado que se propicia llevar adelante deberá sujetarse a la misma normativa y, en principio, tramitar por el mismo expediente y bajo el mismo número de procedimiento de selección, con la aclaración de que se trata justamente de un "segundo llamado".

IX) El segundo llamado a licitación privada a realizarse en el marco del procedimiento autorizado mediante la Disposición DI-2016-593-E-APN-DGA#SGP de fecha 31 de agosto de 2016, (Licitación Privada N° 23-0010-LPR16) debe regirse por el Decreto N° 893/12, ya que se trata del mismo procedimiento de selección y no de uno nuevo o distinto.

X) El artículo 23 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 hace referencia a "segundo llamado", sin embargo denominarlo "nuevo llamado" resultaría indistinto en tanto dicha denominación no se confunda con un nuevo procedimiento. Es decir, las denominaciones "nuevo llamado" y "segundo llamado" pueden, eventualmente, ser utilizadas como sinónimos, siempre y cuando no se liguen con la sustanciación de un nuevo procedimiento de selección.

XI) En cuanto a si el segundo llamado a efectuarse dentro del marco del mismo procedimiento "debe" o "puede" ser por licitación privada, cabe estar a lo establecido en el ya referido artículo 23, el cual presupone que, para que proceda la compulsa abreviada por esta causal, no alcanza con verificar que en forma previa se haya tramitado una licitación o concurso que quedara desierto o fracasado, sino además es menester que se haya efectuado un segundo llamado en el marco del mismo procedimiento (con modificación del pliego de bases y condiciones particulares, en caso de corresponder) resultando también desierto o fracasado.

XII) Va de suyo que la normativa bajo análisis no obliga al organismo contratante a encuadrar la contratación en el artículo 25, inciso d), apartado 4) del Decreto Delegado N° 1023/01, por el sólo hecho de configurarse los presupuestos de hecho que habilitan la causal. Por ello, nada obsta a que el organismo contratante opte por realizar reiterados procedimientos de licitación o concurso, en caso de considerarlo conveniente y ajustado a los principios mencionados en el artículo 3° del mentado Decreto N° 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC Nº 786/11).

XIII) Si la jurisdicción consultante decidiera realizar un nuevo procedimiento en lugar de propiciar un segundo llamado en el marco del ya iniciado, deberá aplicar el nuevo reglamento de contrataciones aprobado por el Decreto N° 1030/16, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de dicho cuerpo normativo. Empero, si se optara por efectuar una segunda convocatoria para la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16, necesariamente deberá respetar dicho encuadre legal y regirse por el Decreto Nº 893/12, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

XIV) En razón del monto presunto de la contratación de marras informado por el organismo ($ 1.042.525,89), nada impediría –en principio– declarar desierta la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 y tramitar en su totalidad un procedimiento autónomo, subsumible en la causal de contratación directa por monto, en los términos de los artículo 25, inciso d) apartado 1º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 15 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. Ello así, por cuanto de la lectura de los artículos 27 y 28 surge que, de conformidad con la normativa vigente, la compulsa abreviada por monto es procedente cuando el monto estimado del contrato, incluida la opción a prórroga prevista, no exceda de UN MIL TRESCIENTOS MÓDULOS (M 1.300), que en la actualidad equivalen a PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL ($ 1.300.000,00.-), sin necesidad de realizar previamente un segundo llamado a licitación o concurso.

XV) Respecto de si existe algún obstáculo legal y/o procedimental para designar una nueva Comisión Evaluadora de Ofertas a efectos de que intervenga en el segundo llamado del procedimiento, esta Oficina Nacional no advierte impedimentos legales ni procedimentales para proceder a una nueva designación, en los términos establecidos en el artículo 80 del Decreto N° 893/12.

XVI) En la medida en que la Licitación Privada N° 23-0010-LPR16 se rige por el Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12, el nuevo llamado que se propicia llevar adelante debe sujetarse a la misma normativa y, en principio, tramitar por el mismo expediente y bajo el mismo número de procedimiento de selección, con la aclaración de que se trata justamente de un "segundo llamado". Ello así, por cuanto este último no debe ser entendido como un procedimiento de selección autónomo y/o diferenciado, sino que se trata de una circunstancia incidental del mismo procedimiento originario, cuyo régimen jurídico ya ha sido oportunamente determinado, sin que pueda ser válidamente trocado por circunstancias sobrevinientes.

XVII) Las denominaciones "nuevo llamado" y "segundo llamado" pueden, eventualmente, ser utilizadas como sinónimos, siempre y cuando no se confundan con la sustanciación de un nuevo procedimiento de selección, en tanto a criterio de esta Oficina Nacional un nuevo y/o segundo llamado debiesen formar parte, eventualmente, de un mismo y único procedimiento de selección del cocontratante de la Administración.

SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN (RECEPCIÓN DEF.).

DICTAMEN ONC Nº 201/2015.

Fecha de emisión: 7 de julio de 2015.

Referencias: Recepción definitiva. Plazo intimación del proveedor. Silencio de la Administración. Rechazo de mercaderías improcedencia.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en el trámite de los antecedentes de penalidades remitidos por la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, relacionados con el proveedor JOSIAM S.R.L. (C.U.I.T. Nº 30-70821347-7), a efectos de evaluar la procedencia de sanciones.

Si bien el Órgano Rector tiene dicho que resulta ajena a su competencia la revisión de lo actuado en el organismo de origen, el caso en estudio presentaba cuestiones particulares que admitían una consideración singular, razón por la cual se reseñan con mayor extensión los principales antecedentes.

Así, mediante la Disposición SSCMyL Nº 15/14 se había aprobado la Licitación Pública Nº 85/2013 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL para la adquisición de equipamiento y utensilios con el fin de ser destinados a cocinas institucionales, adjudicándose en dicha oportunidad los Renglones Nros. 5 (cucharones de acero inoxidable), 6 (cucharones de acero inoxidable), 7 (espumaderas de acero inoxidable) y 8 (espátulas de acero inoxidable) a la

firma JOSIAM S.R.L. La Orden de Compra Nº 63/2014, emitida en favor de JOSIAM S.R.L., fue notificada al aludido proveedor el día 30 de enero de 2014.

En el punto 4 del pliego de bases y condiciones particulares se establecieron CUATRO (4) entregas sucesivas, correspondientes cada una a un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los bienes adjudicados. Dichas entregas fueron cumplimentadas en tiempo oportuno por el proveedor. En el punto 15 del pliego se estipuló que la recepción definitiva se llevaría a cabo dentro de los DIEZ (10) días corridos de completada la entrega de los bienes adjudicados.

La cuarta y última entrega (total) de bienes por parte de JOSIAM S.R.L. había acontecido el día viernes 4 de abril de 2014. Ergo, el plazo de DIEZ (10) días corridos estipulado por la jurisdicción contratante para otorgar la conformidad de la recepción comenzó a correr el día lunes 7 de abril de 2014 y feneció el día jueves 17 de abril de 2014 –es decir, iniciando el cómputo el día hábil inmediato siguiente al de la fecha de la última entrega, conforme lo establece el artículo 115, y contabilizando el plazo en días corridos, según lo contemplado en el pliego–.

El 22 de abril de 2014 la firma JOSIAM S.R.L. presentó una nota intimando al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL a otorgar la conformidad de la recepción de la mercadería oportunamente entregada.

En respuesta a dicha intimación, con fecha 7 de mayo de 2014 la COORDINACIÓN DE MONITOREO DE DEPÓSITOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL comunicó por fax a JOSIAM S.R.L. que para proceder a la emisión de las actas de recepción definitiva correspondientes a la mercadería entregada debía *"…darse cumplimiento al Artículo 113 punto b) y artículo 114 del Decreto 893/2012."*.

El día 9 de mayo de 2014 el proveedor en cuestión ratificó la intimación que efectuara el 22 de abril de 2014, expresando asimismo lo siguiente: *"Me refiero a vuestra nota del 06/05/14, la cual no nos permite, indubitadamente, comprender su significado, dado que a efectos de darse debido cumplimiento al art. 113 punto b) del Decreto 893/2012, debimos ser informados del día, hora y lugar para participar en el control de los análisis correspondientes, lo cual no se ha cumplimentado en absoluto y referente al art. 114 del precitado Decreto, no hemos recibido intimación alguna sobre el particular."*.

Con fecha 14 de mayo de 2014, la firma JOSIAM S.R.L. efectuó una nueva presentación, en virtud de la cual comunicó al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL que, dados los plazos transcurridos a esa fecha, entendía configurado el silencio positivo o aceptación tácita, en los términos del artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

El 19 de mayo de 2014 la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL comunicó al proveedor el rechazo de los bienes entregados, invocando a tal efecto un informe técnico emitido por el INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍA INDUSTRIAL, donde se sostuvo que las muestras analizadas no cumplían con la calidad del acero inoxidable exigida en el pliego. Asimismo, en dicha oportunidad se intimó a JOSIAM S.R.L. a reemplazar los elementos objetados en el plazo perentorio de SIETE (7) días.

El 22 de mayo de 2014 el proveedor rechazó por improcedente el emplazamiento efectuado por el organismo, por cuanto *"…no se encuadra dentro del plazo de los 10 (diez) días que establece el art. 115 del Decreto 893/2012…".*

El 6 de junio de 2014 la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL ratificó el rechazo de los bienes entregados y el requerimiento de reemplazo de los mismos.

El 13 de junio de 2014 la jurisdicción contratante entregó en devolución a JOSIAM S.R.L. la mercadería correspondiente a la Orden de Compra Nº 63/2014 por no adecuarse al pliego de bases y condiciones particulares.

Finalmente, mediante la Disposición SSCMyL Nº 336, de fecha 27 de agosto de 2014, el proveedor JOSIAM S.R.L. fue penalizado con la rescisión total por su culpa de la Orden de Compra N° 63/2014, con la consecuente pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por haber sido rechazados en su totalidad los bienes que entregara para cumplimentar el respectivo contrato.

Normativa examinada:

- Artículos 108, 111, 113, 114 y 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En lo atinente a la ejecución y cumplimiento del contrato, el artículo 108 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establece que los cocontratantes deberán cumplir la prestación en la forma, plazo o fecha, lugar y demás condiciones establecidas en los documentos que rijan el llamado. Como contrapartida, el artículo 111 del aludido cuerpo reglamentario pone en cabeza de la Comisión de Recepción la responsabilidad de verificar si las prestaciones efectuadas y/o los bienes entregados cumplen o no cumplen, para lo cual podrá, entre otras medidas, practicar análisis, ensayos, pericias u otras pruebas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 113 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

II) El artículo 115 del Reglamento determina que la conformidad de la recepción de los bienes se otorgará dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara uno distinto –en el caso, el pliego estipulaba un plazo de DIEZ (10) días corridos desde que se completara la entrega de los bienes–. Luego, el citado artículo prevé que una vez vencido dicho plazo, frente al silencio de la Administración, el proveedor puede intimar la recepción y si la dependencia contratante no se expidiera dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos siguientes, los bienes o servicios se tendrán por recibidos de conformidad.

III) A esto último puede identificárselo como "silencio positivo" o "aceptación tácita" y representa una garantía que el ordenamiento jurídico prevé en favor del cocontratante del Estado y que como tal forma parte del régimen exorbitante –o régimen administrativo, en sentido estricto–, como contrapunto de las prerrogativas con que cuenta la Administración para satisfacer el interés público comprometido en cada caso. Su razón de ser radica en que la carga que grava a la Administración Pública de expedirse en torno a la recepción definitiva de los

bienes entregados y el derecho del proveedor a ese respecto vendrían ciertamente a ser ineficaces si el propio ordenamiento jurídico no arbitrara remedios idóneos para el caso de que aquella no cumpla.

IV) El silencio positivo es excepcional y se encuentra subordinado a la existencia de una norma, como el referido artículo 115, que concretamente le otorgue tal carácter. Se produce cuando el órgano administrativo no resuelve expresamente la petición o pretensión deducida por el particular; es una ficción que la norma establece en beneficio del particular.

V) En relación a sus efectos, una vez calificada positivamente la pasividad de la Administración, el particular queda protegido por el mismo sistema de garantías que obra para los actos expresos y la Administración vinculada indefectiblemente por las consecuencias de su inactividad.

VI) Tratándose de una garantía que asiste al cocontratante que ha hecho entrega de los bienes que le fueran adjudicados y que espera razonablemente la aceptación de los mismos para poder facturar y cobrar según lo ofertado, forzoso es concluir que no cualquier pronunciamiento por parte de la jurisdicción o entidad contratante resulta susceptible de impedir la configuración del silencio positivo, por el sólo hecho de "expedirse" en cualquier sentido dentro de los DIEZ (10) días de intimada.

VII) El día 22 de abril de 2014 –cuando el plazo previsto para otorgar la conformidad de la recepción se encontraba fenecido– la firma JOSIAM S.R.L. intimó al organismo a expedirse sobre la recepción de los bienes entregados, frente a lo cual el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL debió expedirse, en forma cierta y concreta, aceptando o bien rechazando los bienes correspondientes a la Orden de Compra Nº 63/2014. Sin embargo, con fecha 7 de mayo de 2014 la jurisdicción contratante brindó una respuesta que necesariamente debe reputarse insuficiente e imprecisa, al limitarse a invocar vagamente los artículos 113, inciso b) y 114 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

VIII) La nota del 7 de mayo de 2014 debe entenderse como insuficiente para evitar que se consolide el silencio positivo favorable al particular, máxime si se tiene presente que las normas invocadas en dicha oportunidad por el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL establecen diversas cargas en cabeza del propio organismo, que a esa fecha no había cumplido (v.gr. arbitrar los medios para facilitar la participación del proveedor en las pericias y/o ensayos.).

IX) A la hora de confeccionar el pliego de bases y condiciones particulares, el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL no sólo no contempló expresamente la necesidad de efectuar pericias y/o ensayos para determinar la calidad de los productos en forma previa a la recepción definitiva, sino que extrañamente optó por estipular un plazo de DIEZ (10) días corridos para emitir la conformidad de dicha recepción, es decir, un lapso más breve que el que por defecto prevé el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cuyo plazo se computa en días hábiles administrativos.

X) La etapa de elaboración de los pliegos de bases y condiciones particulares adquiere relevancia superlativa, ya que en ella está en juego el éxito o el fracaso de la contratación.

XI) Es opinión de esta Oficina Nacional que la jurisdicción contratante debió haber contemplado en el pliego de bases y condiciones particulares la necesidad de efectuar pericias y/o ensayos técnicos sobre los bienes a entregarse, y en función de ello estipular un plazo para otorgar la conformidad de la recepción que resulte acorde y razonable a tales fines. Es en ese entendimiento que al no haberlo hecho, no parece ajustado a derecho trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso, por lo que al momento de evaluar la procedencia o no de una sanción, corresponde inclinarse por la negativa.

XII) En mérito a lo expuesto, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que el organismo contratante se expidió en forma extemporánea, es decir una vez vencido el plazo previsto en la normativa vigente para resolver el requerimiento. Siendo ello así, no se han configurado las causales de suspensión establecidas en el artículo 131, inciso b), apartado 2.2., y el artículo 131, inciso b), apartado 3.1., del Reglamento aprobado por Decreto 893/12, en virtud de los fundamentos vertidos a lo largo del presente acápite.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03571865-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 21 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Recepción definitiva. Falta de intimación previa. Silencio positivo.

Antecedentes:

Mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Nº 191 de fecha 15 de marzo de 2016, se resolvió rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, la Orden de Compra Nº 526/15, emitida en favor del proveedor COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A., en el marco de la Licitación Pública Nº 10/15.

Asimismo, mediante el citado acto se aplicó al proveedor la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por la suma de PESOS CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 5.886,75.-) y se ordenó intimar a la referida sociedad para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles de notificado hiciere efectivo dicho importe.

La sociedad comercial COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A. expresó en su descargo que la mercadería se llevó a cabo el día 7 de agosto de 2015, mientras que el organismo contratante notificó a la sociedad comercial el rechazo del referido producto con fecha 5 de diciembre de 2015.

En tal sentido la firma recurrente sostuvo que la notificación a través de la cual se puso en conocimiento el rechazo de la mercadería oportunamente entregada se efectuó fuera del plazo estipulado por el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Normativa examinada:

- Artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El argumento brindado por la sociedad comercial a través del cual intenta excusarse del incumplimiento en la reposición de la mercadería rechazada –aduciendo el incumplimiento del plazo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12– se encuentra en riña con lo establecido en ese mismo precepto normativo.

II) La norma referenciada determina que la conformidad de la recepción de los bienes se otorgará dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara uno distinto. Vale decir que, en este caso particular, en la cláusula 21 del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública Nº 10/15 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL se estipuló un plazo de DIEZ (10) días corridos.

III) El citado artículo 115 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 prevé que una vez vencido dicho plazo, frente al silencio de la Administración, el proveedor se encuentra facultado para intimar la recepción y recién entonces, si la dependencia contratante no se expidiera dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos siguientes, los bienes o servicios se tendrán por recibidos de conformidad.

IV) La firma COMPAÑÍA AMERICANA DE ALIMENTOS S.A. no ha invocado –ni mucho menos acreditado– haber intimado al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en los términos citados, razón por la cual no puede tenerse por configurado el “silencio positivo” o “aceptación tácita”.

V) El no haber hecho uso de la facultad de intimar al organismo a recibir la mercadería, una vez vencido el plazo estipulado, obsta al planteo que intenta la quejosa en torno al extenso tiempo transcurrido entre la entrega de los bienes y la intimación al reemplazo de los mismos por no ajustarse a pliego.

SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PROVEEDORES (SIPRO).

DICTAMEN ONC Nº 957/2012.

Fecha de emisión: 22 de noviembre de 2012.

Referencias: Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Declaración jurada de juicios contra el Estado. Inexistencia. Declaración jurada de Habilidad para contratar. Oportunidad de la presentación de la declaración.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención a efectos de que se sirva evacuar una serie de consultas vinculadas a la interpretación de diversos artículos del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/2012.

Puntualmente, respecto del Sistema de Información de Proveedores se consultó: ¿Es necesario que los proveedores inscriptos en el SIPRO presenten junto con sus respectivas ofertas los formularios Nº 13 y Nº 14?

Normativa examinada:

- Artículo 236 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3º, 5º y 6º del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A la luz de la normativa vigente, ya no resulta exigible la presentación de una Declaración Jurada de Juicios con el Estado, otrora identificada como “Formulario 14” en el marco de la derogada Resolución Nº 39/05 de la ex SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA.

II) Los interesados en participar en procedimientos de selección que no estuvieran inscriptos en el SIPRO, deberán presentar junto con la oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar con la Administración Pública Nacional, no siendo exigible –conforme fue expresado– la Declaración Jurada de Juicios con el ESTADO NACIONAL. Huelga decir que la obligación de presentar la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar con la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL sólo deberá cumplimentarse durante la preinscripción al SIPRO, en la primera oportunidad en que el oferente se presente a cotizar en el marco de un procedimiento de selección.

III) La obligación de los interesados que ya estuvieran inscriptos en el SIPRO, relativa a presentar junto con la oferta la Declaración Jurada de que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, se dará por cumplida cuando la misma haya sido completada en la Preinscripción y se encuentre dada de alta y actualizada en el mencionado sistema.

IV) Lo expuesto en los puntos anteriores no exime a los oferentes del cumplimiento de lo establecido en el artículo 70, inciso g) apartados 3 y 4 del Reglamento aprobado por el Decreto

Nº 893/12; ellos así en la medida en que se trata de requisitos mediante los cuales se persiguen distintos fines.

DICTAMEN ONC Nº 15/2013.

Fecha de emisión: 16 de enero de 2013.

Referencias: Acta constitutiva, contrato social o estatuto. Documentación a presentar por proveedores inscriptos en SIPRO.

Consulta:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tomó intervención en estas actuaciones, en cuyo marco obraba la impugnación de la firma FERNANDO BELLONI S.A. al dictamen de evaluación emitido en el marco de la Licitación Privada N° 3/2012 del registro del COMANDO DE LA 1º DIVISIÓN DEL EJÉRCITO del EJÉRCITO ARGENTINO.

Normativa examinada:

- Artículos 235 y 236 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículos 5° y 6º del Anexo I de la Disposición SSTG N°6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Si un proveedor se encuentra incorporado y con sus datos actualizados en el SIPRO, no corresponde pedirle que presente el acto constitutivo, el estatuto o el contrato social, siendo obligación de los organismos contratantes verificar lo declarado en dicha base de datos.

II) Por el contrario, si el proveedor no se encontrare inscripto en el SIPRO o sus datos se encontraren desactualizados, el organismo contratante podrá requerir la documentación necesaria a los fines de regularizar la situación.

DICTAMEN ONC Nº 60/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Documentación a presentar por oferentes inscriptos y no inscriptos en SIPRO. Declaración Jurada de Habilidad para contratar.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención, a efectos de que se expida, a la luz de lo establecido en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y normas complementarias, sobre la documentación que deberán acompañar, en oportunidad de presentar sus ofertas, los interesados en participar en procedimientos de selección que ya se encuentren incorporados en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Normativa examinada:

- Artículo 27 Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículos artículo 70, inciso h), apartado 3, 230, 233, 234, 235, 236 y 238 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 1º a 8º del Anexo I de la Disposición SSTG Nº 6/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En el SIPRO se inscribirá a quienes presenten ofertas en los procedimientos de selección que lleven a cabo jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01, salvo las excepciones previstas en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

II) El procedimiento que los interesados deben cumplir a los fines de ser incorporados, actualizar datos y renovar la vigencia de la inscripción en el SIPRO se encuentra regulado principalmente en los artículos 233 a 236 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y en los artículos 1º a 8º del Anexo I a la Disposición SSTG Nº 6/12.

III) La inscripción en el SIPRO tendrá una vigencia de UN (1) año, siendo susceptible de renovación. En tal caso el interesado deberá actualizar o ratificar los datos que correspondan y en el caso en que esta Oficina establezca una matrícula, se deberá abonar la misma. Al respecto, el artículo 232 del referido Reglamento prescribe que los organismos contratantes no podrán adjudicar a proveedores que no tuvieren vigente su inscripción en el mencionado sistema.

IV) Si bien no constituye requisito exigible para presentar ofertas la inscripción previa en el SIPRO, sí es uno de los requisitos de habilidad para contratar con la Administración Nacional estar incorporado en dicho sistema en oportunidad del comienzo del período de evaluación de las ofertas.

V) Los interesados en participar en procedimientos de selección, que no estuvieran inscriptos en el SIPRO deberán presentar, junto con la oferta, la documentación respaldatoria de la de los datos cargados en los formularios utilizados para efectuar la Preinscripción y la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar con la Administración Pública Nacional.

VI) Los proveedores que se encuentren incorporados al SIPRO no necesitan presentar los formularios cargados al momento de registrar su Preinscripción al SIPRO, como así tampoco la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar ni la documentación respaldatoria de los datos cargados en los mencionados formularios si su inscripción se encontrare con los datos actualizados. Sin embargo, deberán presentar la documentación respaldatoria cuando la información obrante en el referido sistema en relación al proveedor de que se trate se encuentre desactualizada; a efectos de proceder a la actualización de los datos en el sistema. Eventualmente, ello será requerido UNA (1) vez por año aniversario, en oportunidad de renovar la vigencia de la correspondiente inscripción en el SIPRO, a fin de actualizar los datos.

DOCUMENTACIÓN	PERSONAS NO INSCRIPTAS EN SIPRO	PERSONAS INSCRIPTAS EN SIPRO
Formularios SIPRO	No deben presentar los formularios	No deben presentar los formularios
Documentación respaldatoria de los datos cargados en los formularios	Corresponde que presenten la documentación respaldatoria de la información cargada en los formularios al	• Inscripción actualizada: no deben presentar documentación respaldatoria.

	momento de presentarse a la primera cotización.	• Inscripción no actualizada: deben presentar la documentación respaldatoria de los datos actualizados.
Declaración jurada de habilidad para contratar	Deben presentar la declaración jurada en oportunidad de presentarse a la primera cotización.	No deben acompañar la declaración jurada.

DICTAMEN ONC Nº 174/2013.

Fecha de emisión: 17 de junio de 2013.

Referencias: Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Balances. Momento de actualización.

Consulta:

La ARMADA ARGENTINA solicitó que esta Oficina Nacional indique cuál es el plazo que deberá considerarse para determinar si el último balance denunciado por el proveedor en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) es el correcto en virtud de la obligación impuesta por el artículo 234 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12 en cuanto dispone que deberá cargar los "*datos del balance general correspondiente al último ejercicio anterior a la fecha de presentación de las ofertas*".

Normativa examinada:

- Artículos 159, 234 y 299 de la ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550.
- Artículos 50 y 146 de la Resolución IGJ Nº 7/05.
- Artículos 4 y 6 de la Resolución General AFIP Nº 3077/11.
- Artículo 85 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En virtud de lo establecido en los artículos analizados, no podría determinarse un plazo único y cierto para todos los proveedores, ya que el punto de partida para contar los mismos dependerá de la fecha en la que la asamblea haya tratado el balance comercial. Ahora bien, a los fines de determinar si la información suministrada por el proveedor en el SIPRO corresponde al último ejercicio anterior a la fecha de presentación de las ofertas, resulta razonable establecer un único plazo, considerando los máximos establecidos en la normativa citada.

II) La información de los balances se considerará actualizada por un plazo de SEIS (6) meses contados desde la fecha de cierre de ejercicio. Luego de este plazo, el proveedor deberá presentar un nuevo balance o bien de indicar los motivos de su no presentación.

III) En el caso de que el proveedor no tenga actualizados los datos del balance comercial, la UOC o la Comisión Evaluadora, según corresponda, deberá intimarlo a que subsane dicho error de conformidad con lo dispuesto por el artículo 85 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 467/2014.

Fecha de emisión: 16 de diciembre de 2014.

Referencias: Pliego de bases y condiciones particulares. Documentación a presentar con la oferta. Sistema de información de proveedores.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se pronuncie sobre el nuevo proyecto de Resolución de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, tendiente a autorizar el llamado a licitación pública y aprobar el pliego de bases y condiciones particulares para contratar el servicio de limpieza de edificios pertenecientes a la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Normativa examinada:

- Inciso h) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 70, *in fine,* del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículos 3°, 8º, 10 y 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- Artículos 13, inciso c), 15 y 45 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Decreto N° 1714/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 10 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en su parte pertinente, prescribe: "DOCUMENTACION A PRESENTAR. Junto con la oferta y formando parte de la misma: […] b) Los oferentes no inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores deberán acompañar la documentación respaldatoria de los datos cargados en la preinscripción, según lo detallado en el Anexo I del presente; c) Los oferentes inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores deberán acompañar la documentación respaldatoria de los datos que hubieren variado según lo detallado en el Anexo I del presente.".

DICTAMEN ONC Nº 93/2015.

Fecha de emisión: 9 de abril de 2015.

Referencias: Proyecto Decisión Administrativa. Adquisición a la firma ELSEVIER BV de material bibliográfico digital de las publicaciones SCIENCE DIRECT Y SCOPUS con destino a la BIBLIOTECA ELECTRONICA del ex MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGIA E INNOVACION PRODUCTIVA. Contratación directa por exclusividad. Proveedor extranjero. SIPRO.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto al proyecto de Decisión Administrativa (Provisorio Nº 4282/2014), mediante el cual se propicia, entre otros extremos, aprobar lo actuado en el marco de la Contratación Directa Nº 37/2014, llevada a cabo en el ámbito del ex MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA para la adquisición de las publicaciones electrónicas SCIENCE DIRECT

y SCOPUS editadas hasta junio de 2015, con destino al Portal de Publicaciones Periódicas Científicas y Tecnológicas denominado "BIBLIOTECA ELECTRÓNICA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA" de dicha cartera Ministerial.

De la compulsa de las actuaciones surgía que mediante la medida en ciernes se propiciaba adjudicar el contrato a la firma extranjera ELSEVIER B.V., cuya sede principal de sus negocios se encuentra en los Países Bajos

Normativa examinada:

- Artículos 10, 11 y Disposición Transitoria del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Disposición Transitoria contenida en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC Nº 58/14 exceptúa a los oferentes extranjeros de incorporarse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), hasta tanto esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES habilite los medios para proceder a su inscripción.

II) Luego, en lo que hace al cumplimiento de los extremos detallados en los artículos 10 y 11 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, corresponderá estar a lo dictaminado por los servicios jurídicos preopinantes, en oportunidad de efectuar el pertinente control de legalidad que incumbe a sus competencias específicas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de junio de 2018.

Referencias/voces: Oferentes extranjeros - Inscripción en el Sistema de Información de Proveedores – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR".

Antecedentes:

Para el Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 –cuyo acto de apertura tuvo lugar el día 2 de mayo de 2018– fueron confirmadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" las siguientes ofertas: 1) FALCON HIGH TECH AMERICA SRL; 2) SEA SISTEMAS ELECTRÓNICOS ACUÁTICOS; 3) IGEOTEST GEOSCIENCES S.L.; 4) BAHÍA GRANDE LN SA; 5) PROIOS SALVAGE S.A.; 6) GRUPO HGM TECNOLOGÍAS SUBMARINAS S.A.; 7) WILLIAMSON & ASSOCIATES INC.; 8) OCEAN INFINITY INC. y 9) CIA SUD DRAGADOS S.A.).

En el Dictamen de Evaluación se recomendó declarar fracasado el Renglón N° 1 por no contar con ofertas admisibles ni convenientes y adjudicación del Renglón N° 2 en favor de la firma IGEOTEST GEOSCIENCES, S.L. (ESB17511940), por ajustarse técnicamente a lo requerido, cumplir con la documentación prevista en el pliego de bases y condiciones particulares y su precio resultar conveniente.

Posteriormente, se consultó a este Órgano Rector, respecto de la posibilidad de corregir el número de identificación tributaria de dicha firma por haber sido cargado "erróneamente" en el Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" por parte del propio interesado al realizar la preinscripción y advertido luego de notificado el dictamen de evaluación.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA solicitó que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se expida respecto del carácter subsanable de la inconsistencia de la carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.
- Artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Disposición ONC Nº 64/16.
- Comunicación General ONC N° 59/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector carece de facultades para instruir al MINISTERIO DE DEFENSA respecto a cómo debe proceder en el marco del procedimiento de marras, desde que la decisión del curso a seguir es exclusiva de la autoridad competente de la jurisdicción consultante, quien podrá ceñirse –o apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad– de las opiniones brindadas tanto por los órganos técnicos como por su servicio permanente de asesoramiento jurídico.

II) En cualquier tipo de procedimiento los oferentes y adjudicatarios extranjeros están exceptuados de la obligación de inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Empero, la Comunicación General ONC N° 59/17 establece que quienes estén exceptuados de estar incorporados en el SIPRO, deberán igualmente realizar la preinscripción para participar en los procedimientos que tramiten por el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).

III) En estos casos el requisito de preinscripción resulta indispensable –exclusivamente en términos operativos y/o de usabilidad del sistema– a los fines de obtener en forma automática un usuario y una contraseña para poder presentar ofertas en la plataforma "COMPR.AR".

IV) Debe distinguirse el trámite de preinscripción del trámite de inscripción al SIPRO: el primero debe realizarlo el interesado sin intervención alguna de esta Oficina Nacional, a diferencia de lo que acontece en el trámite de inscripción al SIPRO en el que debe seguirse el trámite previsto en el artículo 5º del anexo registrado en el Módulo Generador de Documentos Electrónicos Oficiales bajo el número DI-2016- 01712783-APN-ONC#MM, que forma parte integrante de la Disposición ONC Nº 64/16.

V) Cuando se trata de un proveedor extranjero, el requisito de la preinscripción en el SIPRO-COMPR.AR es únicamente a los fines operativos –es decir, para poder cargar la oferta en

la plataforma electrónica–, pero no conlleva ni el cotejo ni la verificación de la información cargada, como sí acontece en el trámite de inscripción.

VI) El presente caso no se trata de una inconsistencia de carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores. Ello por cuanto las firmas involucradas son extranjeras y, como tales, están exceptuadas de la incorporación a dicho sistema y no se encuentran incorporadas al mismo. Ahora bien, analizada la información en el contexto de la contratación y no solamente teniendo en miras el trámite de preinscripción, se entiende que tampoco se estaría frente a una inconsistencia acontecida al momento de la realización de la preinscripción por parte de la firma oferente, la cual podría haber resultado susceptible de ser subsanada, si no que se trataría de dos empresas diferentes (IGEOTEST GEOSCIENCIES, S.L. (NIT ESB17511940) que fue quien presentó la oferta en el procedimiento a través del Sistema COMPR.AR –número de orden 69- e IGEOTEST GEOCIENCIAS y EXPLORACIONES S.L.U. (NIT B55178248).

VII) La oferta confirmada y, a su vez, la única que integra el orden de mérito para el Renglón Nº 2 del Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 se correspondía con la razón social IGEOTEST GEOSCIENCES SL y con el número de NIF: B-17511940, mientras que: i) La Declaración Jurada de Intereses está a nombre de CONTROL Y PROSPECCIONES IGEOTEST SL NIF: B-17511940 (v. en el orden 70 el RE-2018- 19918397-APN-DGAD#MD); ii) La tarjeta con el Número de Identificación Fiscal (NIF) emitida por la Agencia Tributaria de España y acompañada en el expediente es a nombre de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SLU (B-55178248) (v. en el orden 76 el RE-2018-19918836-APN-DGAD#MD) y iii) La propuesta técnica está en folletería de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL.

VIII) Es competencia de la Comisión Evaluadora verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, más aún en los casos de proveedores extranjeros que no se inscriben en el Sistema de Información de Proveedores.

IX) En virtud de todo lo señalado y considerando que IGEOTEST GEOSCIENCES SL (B-17511940) e IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL (B-55178248) son personas jurídicas distintas, se entiende que existe un error esencial en la oferta, motivo por el cual esta Oficina Nacional considera que esta cuestión no es susceptible de subsanación, conforme lo establecido en el artículo 66 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34338906-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de julio de 2018.

Referencias/voces: Pliego de bases y condiciones particulares – Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) – Uniones Transitorias (UT).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en torno a la consulta efectuada a través del Portal COMPR.AR por parte del señor Andrés Omar NICOSIA.

En el caso concreto traído a estudio, el organismo consultó respecto de los requisitos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública Nº 31-0018-LPU17, haciendo referencia a "las inscripciones y/o habilitaciones en los diferentes organismos solicitados en el Anexo 2 del mismo". Puntualmente, se consultó si dichos requisitos debían ser cumplidos por todos y cadauno de los integrantes de la UT.

Normativa examinada:

- Artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1442, 1463, 1464 y 1466 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Artículos 25 y 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 13, 20 y 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16.
- Disposición ONC Nº 65/16.
- Disposición ONC Nº 6/18.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las "uniones transitorias" son una especie dentro del género "contratos asociativos". No se les aplican las normas sobre sociedades, desde que el artículo 1442 del Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente que no son, ni por medio de ellas se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.

II) El artículo 1463 del Código Civil y Comercial de la Nación estipula que: *"…Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.".*

III) La doctrina vernácula tiene dicho que: *"…Las uniones transitorias de empresas* (…) *receptan en nuestra legislación a la figura anglosajona de los joint ventures, que han sido definidos, en sentido amplio y general, como la forma mediante la cual dos o más sociedades se agrupan para llevar a cabo un emprendimiento común con fin lucrativo (…) tienen por objeto el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto en favor de un tercero* (…) *las uniones transitorias de empresas no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho…"* (v. NISSEN, Ricardo A. *Curso de Derecho Societario*. 2da. edición. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2012. Págs. 579 y ss.).

IV) Si bien las uniones transitorias (UT) carecen de personalidad jurídica propia, ello no impide considerar a esta clase de ente colectivo como un sujeto de derecho a los fines tributarios, distinto de las personas humanas y/o jurídicas que lo integren.

V) En el artículo 1464 del Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra regulado lo atinente a la forma y contenido del contrato, el que se deberá otorgar por instrumento público o privado certificado notarialmente y deberá contener: a) el objeto, con determinación concreta de las actividades y los medios para su realización; b) la duración, que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto; c) la denominación, que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros, seguida de la expresión "unión transitoria"; d) el nombre, razón social o denominación, el domicilio y, si los tiene, los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación o individualización que corresponde a cada uno de los miembros. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la celebración de la unión transitoria, su fecha y número de acta; e) la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros; f) las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso; g) el nombre y el domicilio del representante, que puede ser persona humana o jurídica; h) el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados; i) los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato; j) los requisitos de admisión de nuevos miembros; k) las sanciones por incumplimiento de obligaciones; l) las normas para la elaboración de los estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas en los artículos 320 y siguientes, los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común. A su vez, el artículo 1466 exige que el contrato y la designación del representante sean inscriptos en el Registro Público que corresponda.

VI) En cuanto concierne al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, debe mencionarse en primer lugar que mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. A su vez, en la actualidad el sistema electrónico de contrataciones "COMPR.AR" y el sistema de información de proveedores "SIPRO" se encuentran integrados en un único sitio de internet (https://comprar.gob.ar), el cual cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

VII) El artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16, modificada por su similar Nº 6/18, establece -en cuanto aquí concierne- lo siguiente: *"…DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR PARA LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE INFORMACION DE PROVEEDORES. Para la incorporación, según el tipo de personería deberá presentarse la siguiente documentación:* (…) *d) Uniones Transitorias (UT): I) Contrato de constitución de la UT debidamente inscripto en la Inspección General de Justicia o Registro Público correspondiente. II) Instrumento donde conste la designación de representantes legales de la UT, inscripto en la Inspección General de Justicia o Registro Público correspondiente. III) En caso de acreditar apoderados, poder suficiente vigente y Documento Nacional de Identidad o Pasaporte del Apoderado. IV) Declaración jurada de habilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL. V) Declaración jurada de elegibilidad.".*

VIII) El artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16, modificada por su similar Nº 6/18, establece -en su parte pertinente- lo siguiente: *"…REQUISITOS DE LAS OFERTAS. Las ofertas deberán cumplir con los siguientes requisitos:* (…) *j) Las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT)* (…) *deberán acompañar junto con la oferta lo siguiente: 1. Poder emitido por las personas que conformarán la UT o sus representantes legales en favor de uno de ellos, mediante el cual se acrediten sus facultades para suscribir la oferta y actuar en su representación desde el momento de la presentación de la propuesta hasta el dictado del acto de finalización del procedimiento. 2. Declaración jurada suscripta por las personas que conformarán la UT o sus representantes legales, en la que conste lo siguiente: 2.1. El compromiso de constituirse legalmente como tal, en caso de resultar adjudicatarias, y de modo previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato respectivo. 2.2. El compromiso expreso de responsabilidad principal, solidaria e ilimitada de todas y cada una de las personas agrupadas, por el cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del procedimiento de selección y del contrato. 2.3. El compromiso de mantener la vigencia de la UT por un plazo no menor al fijado para el cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del contrato. 2.4. El compromiso de no introducir modificaciones en el estatuto de la UT, ni en el de las personas jurídicas que la integraren, que importe una alteración de la responsabilidad, sin la aprobación previa del organismo contratante. 2.5. El compromiso de actuar exclusivamente bajo la representación unificada en todos los aspectos concernientes al contrato. 3. Documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos específicos previstos en los pliegos de bases y condiciones particulares. En dichos pliegos se determinará si tales requisitos deben ser cumplidos individualmente por cada uno de los integrantes o en conjunto por todos ellos. Una vez presentada la oferta, las UT no podrán modificar su integración, es decir, cambiar, aumentar y/o disminuir el número de personas que las compondrán, y en caso de ser contratadas no podrán hacerlo hasta el cumplimiento total de las obligaciones emergentes del contrato, excepto conformidad expresa del organismo contratante. Las personas que se presentasen en los términos previstos en el presente apartado no podrán presentarse como parte de otra oferta, ni constituirse como oferentes individuales, bajo apercibimiento de desestimarse la totalidad de las ofertas.".*

IX) El artículo 20 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– estipula en cuanto aquí interesa que: *"…Cada una de las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT), deberá cumplir en forma individual con los requisitos de habilidad para contratar…".* Finalmente, el artículo 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– dispone que: *"…En los casos en los que resulte adjudicada la oferta presentada por las personas que hubieren asumido el compromiso de constituir una Unión Transitoria (UT), deberán realizar - como requisito previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato - el trámite de inscripción de la misma en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). La falta de cumplimiento del presente requisito determinará la revocación de la adjudicación por causa imputable al adjudicatario.".*

X) El artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, modificado por su similar Nº 6/18, prescribe que: *"…Dentro de los DOS (2) días*

siguientes al acto de apertura de las ofertas, la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), el estado en que se encuentra cada uno de los oferentes y, en su caso, comunicarles que realicen las gestiones necesarias ante la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se encuentren inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación o bien al momento de la adjudicación en los procedimientos en que no se realice dicha etapa. En el caso de las personas que se hubieran presentado agrupadas asumiendo el compromiso, en caso de resultar adjudicatarias, de constituirse legalmente en una Unión Transitoria (UT), deberá verificarse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), el estado en que se encuentra quien hubiere suscripto la oferta, como así también el estado en que se encuentran cada una de las personas que integrarán la UT.".

XI) Por último, en el artículo 27 del citado manual –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– al regular las funciones de la Comisión Evaluadora, se aclara que cuando se trate de personas que se hubieren presentado agrupadas asumiendo el compromiso, en caso de resultar adjudicatarias, de constituirse legalmente en una Unión Transitoria (UT), deberá verificarse el cumplimiento de los puntos 1 y 3 de dicha norma respecto de cada una de las personas que integrarán la UT.

XII) A la luz de las normas previamente citadas, es posible efectuar las siguientes consideraciones: 1. Puede presentar oferta una unión transitoria constituida como tal o bien determinadas personas –humanas o jurídicas–, asumir el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT) solo en caso de resultar adjudicatarias. Esto último implica la posibilidad de que varias personas humanas o jurídicas se unan con la finalidad de complementar las actividades desarrolladas por cada una de ellas a los efectos de ofertar a la Administración Pública la provisión de bienes o servicios que no se encontrarían posibilitadas de ofrecer individualmente. 2. De darse el primero de los supuestos mencionados en el punto que antecede, la UT deberá tramitar su incorporación al Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), de conformidad con lo establecido en el inciso d) del artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16, modificada por su similar Nº 6/18. 3. Las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT) deberán acompañar junto con la oferta la documentación individualizada en el artículo 13, inciso j) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16, modificada por su similar Nº 6/18. A su vez, en estos casos la normativa vigente establece que cada una de las personas que integrarán la UT deberá cumplir en forma individual con los requisitos de habilidad para contratar y que, por otra parte, de resultar adjudicada la oferta, deberán realizar el trámite de inscripción de la UT en el SIPRO, como requisito previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato. 4. En todos los supuestos en que en los pliegos de bases y condiciones particulares se estipulen requisitos específicos, corresponderá al organismo contratante aclarar en los mismos si tales requisitos deben ser cumplidos por la propia UT o bien individualmente por cada uno de los integrantes de la UT o en conjunto por todos ellos.

XIII) El punto 3 del inciso j) del artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales estipula que en los pliegos de bases y condiciones particulares de la contratación se

deberá determinar si los requisitos específicos solicitados en el mismo deben ser cumplidos individualmente por cada uno de los integrantes de la UT o en conjunto por todos ellos. En razón de lo expuesto, el pliego de bases y condiciones particulares de la contratación debió haber establecido dicha cuestión. Sin embargo, habiéndose compulsado la información obrante en el portal "COMPR.AR", se advierte que en el apartado 2 del anexo 2 "CARACTERISTICAS PARTICULARES DEL SERVICIO" del pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2018-28843665-APN-DC#SPF se estableció la exigencia de contar con numerosas habilitaciones, sin efectuar aclaración alguna, extremo que motivó la consulta efectuada por el señor Andrés Omar NICOSIA, de fecha 2 de julio de 2018.

XIV) Ahora bien, no es posible soslayar que con fecha 5 de julio de 2018 se difundió en el portal "COMPR.AR" la Circular Aclaratoria Nº 4, a través de la cual se indicó que: *"…los requisitos indicados en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares deberían ser cumplimentados individualmente por todos los integrantes que conforman la Unión Transitoria; ello sin perjuicio de las obligaciones fiscales que resulten aplicables a esta última…"*. Siendo ello así, deberá estarse a lo indicado en la aludida circular.

SISTEMA DE PRECIO TESTIGO.

DICTAMEN ONC Nº 201/2014.

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2014.

Referencias: Sistema de precio testigo; mejora de oferta.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que emita opinión en torno a la presentación efectuada por el proveedor RUTATLANTICA S.A., por la cual se cuestionó el modo en que fue implementado, en el marco de la Licitación Pública Nº 7/2014 del registro del organismo de origen, el mecanismo de mejora de precios contemplado en el Régimen del Sistema de Precios Testigo, aprobado como Anexo I a la Resolución de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN Nº 122 del 6 de septiembre de 2010.

Normativa examinada:

- Artículo 241 del Reglamento aprobado por Decreto Nº 893/12.
- Artículo 26 del Decreto Nº 558/96.
- Resolución SIGEN Nº 122/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme se desprende de los considerandos de la Resolución SIGEN Nº 122/10, el Régimen del Sistema de Precios Testigo debe considerarse una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas, cuyo objeto es contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos al momento de analizar los distintos parámetros.

II) Para el supuesto que la oferta preseleccionada supere los valores informados por encima del DIEZ POR CIENTO (10%) la norma prevé un mecanismo formal de mejora de precios a los efectos de alinear la mejor oferta con los valores de mercado que se informan. Dicho mecanismo de mejora de precios no ha sido previsto para ser aplicado a todas las ofertas formalmente admisibles, sino que, por el contrario, se circunscribe a la "oferta preseleccionada", entendiendo por ello a la más conveniente para el organismo.

III) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en lo que es materia de su competencia, considera que a los fines de dar acabado cumplimiento al Régimen del Sistema de Precios Testigo previsto en los Anexos I y II de la Resolución SIGEN Nº 122/10, sólo deberá contemplarse la mejora de precios efectuada por aquella firma que oportunamente –es decir, al momento del acto de apertura– haya presentado la que a criterio del organismo contratante resulte ser la mejor oferta.

IV) La norma brinda una herramienta orientada a alinear –exclusivamente– a la mejor oferta con los valores de mercado. Concluir lo contrario implicaría crear *ipso facto* una segunda instancia no prevista normativamente, susceptible de dar lugar a la especulación y, en tal

sentido, potencialmente violatoria de los principios generales que informan las contrataciones públicas, regulados en el artículo 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

SISTEMA DE PROTECCIÓN PERSONAS C/ DISCAPACIDAD

DICTAMEN ONC Nº 162/2015.

Fecha de emisión: 1º de junio de 2015.

Referencias: Regímenes de preferencias. Mipyme. Protección de Personas con Discapacidad. Escenario de Empate.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar cómo deberán conjugarse, frente a un eventual empate de ofertas, los regímenes de preferencias establecidos en la Ley N° 22.431 y en el Decreto Nº 312/10 (Sistema Nacional de Protección Integral de las Personas Discapacitadas), por una parte, y en la Ley Nº 25.300 y el Decreto Nº 1075/01, por otro (Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa).

Más precisamente, se consultó qué preferencia deberá privilegiarse en el hipotético caso de existir un empate de ofertas entre un oferente que acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15 –pero que no encuadre en la categoría de MIPyME–, frente a una MIPyME que ofrezca insumos producidos en el país.

Es decir, que en caso de pugna entre el derecho de preferencia regulado en el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 frente a la preferencia contemplada en los artículos 39 de la Ley N° 25.300 y 1° de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01, el interrogante planteado por la jurisdicción de origen giró en torno a dilucidar si correspondería dar prevalencia a un régimen por sobre el otro y, en su caso, a cuál de ellos.

Normativa examinada:

- Artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.
- Artículo 15 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 70 inciso g) apartado 2°, 88 y 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 39 de la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Nº 25.300.
- Artículos 1º y 3º del Decreto Nº 1075/01.
- Artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689.
- Artículo 8º del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En caso de igualdad de precios y calidad de dos o más ofertas, lo primero que debe tenerse en cuenta con miras a procurar un desempate es si existe algún derecho de preferencia establecido por la normativa vigente, que sea de aplicación a los oferentes en pugna. En esa inteligencia, pueden citarse, a título de ejemplo, las preferencias receptadas en el marco del Sistema de protección integral de los discapacitados y en el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

II) Bajo el título "Compre mipyme", el artículo 39 de la Ley Nº 25.300 estableció que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156 deberán otorgar un derecho de preferencia del CINCO POR CIENTO (5%) a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas para igualar la mejor oferta y ser adjudicatarias de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios que ofrezcan, producidos en el país.

III) La referida Ley Nº 25.300 fue oportunamente reglamentada a través del Decreto Nº 1075/01, cuyo artículo 1º establece: *"Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, que coticen bienes o servicios producidos en el país a los sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, para ser adjudicatarios de las licitaciones o concursos para la provisión de bienes o servicios y ofrezcan precios con una diferencia que no supere en más de un CINCO POR CIENTO (5%) la mejor oferta presentada por una empresa no MIPyME, deberán ser invitadas, por única vez, para que puedan igualar la mejor oferta: a) En el caso de organismos del Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes al vencimiento del plazo establecido por artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 436/2000. La Autoridad Competente para determinar que las empresas se encuentran en la situación descripta en el presente inciso, será la Comisión Evaluadora contemplada en el artículo 77 del citado Reglamento. b) Los demás sujetos comprendidos en el artículo 8º de la Ley Nº 24.156, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas siguientes a la fecha de apertura de las ofertas.".*

IV) Luego, el artículo 3º del Decreto Nº 1075/01 prescribe: *"Si la invitación a la que se refiere el artículo primero comprendiera a más de UN (1) oferente que revistiere el carácter de Micro, Pequeña y Mediana Empresa o formas asociativas, comprendidas en el artículo 1º de la Ley Nº 25.300, la adjudicación recaerá sobre aquella empresa que hubiera optado por igualar y cuya oferta original haya sido la más próxima a la oferta que fuera objeto de igualación. De subsistir el empate, se procederá al sorteo público de las ofertas empatadas.".*

V) El artículo 8º bis de la Ley Nº 22.431, modificado por la ley Nº 25.689, prescribe que el Estado Nacional —entendiéndose por tal los tres Poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— está obligado a priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad.

VI) Por su parte, el artículo 8º del Decreto Nº 312/10 contempla un sistema de desempate para los contratos de insumos y provisiones, favoreciendo a los oferentes que cuenten con personal con discapacidad, o bien, a los que tengan el mayor porcentaje. Trátase

de un régimen de preferencias para el caso de los contratos de insumos y provisiones, en el que, a igual costo y en las formas que establece la reglamentación, las jurisdicciones y/o entidades deberán priorizar a aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, circunstancia que deberá ser corroborada por el organismo contratante a partir de los documentos en donde conste el vínculo entre el empleado discapacitado y la empresa contratista, como así también el correspondiente Certificado Único de Discapacidad otorgado por el MINISTERIO DE SALUD.

VII) El 13 de abril de 2015 esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES emitió la Disposición ONC Nº 21/15, tendiente a instrumentar determinadas medidas encaminadas a establecer parámetros que permitan una implementación adecuada y efectiva de las obligaciones impuestas por el Decreto Nº 312/10, vinculadas a las contrataciones públicas. Ello así, con miras a utilizar el poder de compra del ESTADO NACIONAL como una herramienta indispensable, en el marco de un régimen tuitivo de personas con discapacidad.

VIII) Por un lado se encuentra la preferencia consagrada en la Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa N° 25.300, y su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 1075/01. Por el otro, el sistema normativo que protege integralmente los derechos de las personas con discapacidad, conformado por la Ley N° 22.431 –modificada por la Ley N° 25.689–, con su correspondiente Reglamento aprobado por el Decreto N° 312/10. Corresponde entonces dilucidar qué solución correspondería dar a la hipótesis de yuxtaposición o concurrencia de regímenes preferenciales, planteada por la jurisdicción consultante, a saber: Empate de ofertas, en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre un oferente que, sin ser una micro, pequeña o mediana Empresa, acredite los extremos exigidos en el artículo 5° de la Disposición ONC N° 21/15, frente a una MIPyME que no cuente entre sus dependientes con personal con discapacidad.

IX) En cuanto a las Micro, Pequeñas y Mediana Empresas, sabido es que tienen un rol preponderante dentro del modelo de crecimiento económico con inclusión social. Ninguna duda cabe en cuanto a que se fomenta el desarrollo de las MIPyMEs en las compras públicas mediante la instrumentación de políticas de tipo vertical –preferencias directas en su favor– en el entendimiento de que las mismas representan una pieza fundamental para impulsar el desarrollo económico y social del país.

X) Se trata de unidades productivas flexibles de gran trascendencia en la economía, a lo largo y a lo ancho de cada país, pudiéndose señalar su importancia como instrumento clave para la generación de empleo y contribución al Producto Interno Bruto (PIB).

XI) Uno de los principios rectores que nutre a las normas que conforman el Régimen de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa es el de “sustentabilidad social”, el cual tiene como objeto el desarrollo de prácticas laborales éticas, dignas, equitativas y diversas, garantizándose así un mejor impacto a nivel comunidad. Más aun, por sobre tales normas y criterios, no es posible soslayar que se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional tutelados, entre otros, por los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

XII) El Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 confiere reconocimiento normativo explícito –en su artículo 194– al mentado principio de sustentabilidad, el cual se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico-positivo a través de criterios que tienden

a garantizar, entre otras cuestiones, mejores condiciones sociales y económicas a nivel local, regional y nacional.

XIII) En otro orden de cosas, las medidas reglamentadas mediante el Decreto Nº 312/10 y la Disposición ONC Nº 21/15 deben interpretarse como parte de la implementación gradual y progresiva de políticas públicas basadas en la integración económica-social de las personas con discapacidad como medio para preservar su derecho constitucional al trabajo y a la igualdad real de oportunidades, entre otros (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 622/10, 696/11 y 731/11).

XIV) Las disposiciones estipuladas en el Decreto Nº 312/10 también se enmarcan dentro de las denominadas contrataciones públicas sustentables desde una perspectiva social, por cuanto buscan generar un incremento en la oferta de trabajo para las personas con discapacidad, como así también premiar a las empresas que hayan contribuido en su inclusión socio-laboral.

XV) Tal como se puede apreciar, los regímenes aquí comparados tutelan derechos análogos, siendo la generación y protección del trabajo y el derecho a la inclusión social, las notas sobresalientes en ambos. Siendo ello así, a criterio de esta Oficina Nacional no resulta posible establecer una prevalencia, prioridad o mayor jerarquía de un régimen de preferencia sobre el otro.

XVI) El artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al decir "de mantenerse la igualdad", está de alguna manera contemplando como posibilidad que ninguna de las ofertas en pugna se encuentren beneficiadas por un régimen preferencial o bien que ambas gocen de preferencias insusceptibles de imponerse una por sobre la otra, siendo esta última hipótesis la que se corresponde con la consulta traída a estudio. Ergo, resulta razonable interpretar que en casos como estos el empate no se resolverá por aplicación de las preferencias vigentes, sino que deberán agotarse las restantes opciones previstas en el citado artículo 90, culminando en un sorteo público, para el caso de no poder desempatar por los otros medios allí citados.

XVII) En conclusión, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que no existen –en principio– razones por las cuales uno de los regímenes normativos analizados prevalezca por sobre el otro, puesto que ambas preferencias tutelan y consagran derechos, garantías y principios de igual jerarquía normativa. Consecuentemente, ante un eventual empate en el marco de una contratación de insumos y provisiones, entre la propuesta de una MIPyME y la oferta de una empresa a la que no le sea aplicable el régimen tuitivo de las MIPyME, pero que acredite contar con personal con discapacidad, deberá estarse a las restantes soluciones previstas en el artículo 90 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, siendo el sorteo público la última alternativa allí prevista.

DICTAMEN ONC Nº 185/2015.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2015.

Referencias: Alcances de los artículos 2, 3 y 4 de la Disposición ONC 21/2015. Discapacidad. Instrumentos o documentos exigibles para comprobar que es imposible al adjudicatario ocupar al menos una persona con discapacidad. Forma de acreditar la imposibilidad de contar con personas con discapacidad que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo. Imposibilidad de contratar personal con discapacidad por circunstancias propias del lugar y ubicación geográfica donde se deba llevar a cabo la prestación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se sirva interpretar los alcances de los artículos 2º, 3º y 4º de la Disposición ONC N° 21/2015, como así también emita opinión respecto de la inclusión de determinadas cláusulas en los pliegos de bases y condiciones particulares.

Puntualmente, la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA consultó cuáles serían los instrumentos o documentos exigibles para comprobar que es cuantitativamente imposible al adjudicatario ocupar personas con discapacidad, ya sea por contar con un reducido plantel de dependientes o por razones de idoneidad para la función.

Finalmente, se consultó respecto a suspender el pago de las facturas en el hipotético caso en que la firma adjudicataria, por las circunstancias propias del lugar y ubicación geográfica donde se deba llevar a cabo la prestación, se vea imposibilitada de contratar con personal con discapacidad, aun habiendo efectuado la convocatoria para recibir postulantes, no logrando interesados.

Normativa examinada:

- Artículos 2º, 3º y 4º de la Disposición ONC N° 21/2015.
- Artículo 7 del Decreto N° 312/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por la Disposición ONC N° 21, publicada en el Boletín Oficial el día 13 de abril de 2015, se complementaron las normas plasmadas en el Decreto N° 312 del 2 de marzo de 2010 que regula el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados.

II) Si del total del personal que ocupe el adjudicatario para la prestación del servicio, el CUATRO POR CIENTO (4%) no alcanzara para representar una persona, entonces no estará obligado al cumplimiento de la contratación de personas con discapacidad.

III) La imposibilidad de contar con personas con discapacidad que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo deberá ser analizada en el caso concreto atendiendo a las particularidades del mismo. En primera instancia el adjudicatario deberá presentar un informe con carácter de declaración jurada en el cual fundamente cuáles serían las particularidades del servicio que imposibilitan contar con personas con discapacidad, cuestión que deberá será analizada por el organismo bajo el principio de razonabilidad y a través de las áreas que resulten competentes para evaluar la verosimilitud de los argumentos esgrimidos por el proveedor.

IV) Una vez adjudicado el servicio el proveedor deberá contratar al personal con discapacidad conforme se comprometió al momento de ofertar. En el supuesto meramente hipotético de que, por las circunstancias propias del lugar y ubicación geográfica donde se deba llevar a cabo la prestación, el proveedor se vea imposibilitado de contratar con personal con discapacidad por no presentarse postulantes, podríamos estar frente a una circunstancia de "fuerza mayor" que también conllevaría un análisis particular del caso, en el que deberá evaluarse la diligencia y proceder del proveedor, etc., respecto de si el incumplimiento obedece a circunstancias ajenas a su responsabilidad.

DICTAMEN ONC Nº 222/2015.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2015.

Referencias: Contratación de un servicio médico preocupacional. Aplicación de la Disposición ONC Nº 21/15. Ámbito de aplicación objetivo. Protección de personas con discapacidad. Tercerización. Subcontratación.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a la procedencia de aplicar lo dispuesto por la Disposición ONC Nº 21/15 a la contratación de un servicio de exámenes médicos preocupacionales.

Normativa examinada:

- Artículo 7 del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.
- Artículo 2º, punto 2 de la Resolución de la SUPERINTENDENCIA DE RIESGO DE TRABAJO Nº 37/10.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La obligación establecida en el artículo 1º de la Disposición ONC Nº 21/15 nace cuando existe una tercerización de servicios. La Real Academia Española entiende por subcontratación, como sinónimo de tercerización, al contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera.

II) En principio, la tercerización halla fundamento en el postulado que pregona la no existencia de organizaciones verdaderamente productivas en todas sus actividades, por lo que deben buscar la especialización a través de terceros que resulten capaces de ejecutar ciertas actividades mejor que la propia organización, a efectos de que esta última se pueda centrar en su misión básica o actividad específica, con el objeto de obtener así un mejor resultado integral.

III) La obligación de llevar a cabo los exámenes preocupacionales en forma previa a iniciarse la relación laboral cae en cabeza del organismo empleador, quien podrá, considerando la especialidad y el menor costo, tercerizar este servicio o llevarlo a cabo por sus propios medios. Así, es como en algunos casos los organismos deciden realizar ciertos exámenes preocupacionales con profesionales de su nómina de empleados, como por ejemplo, los exámenes psicológicos u otros exámenes médicos que no requieren de equipamiento de alta

complejidad, tercerizando aquellos que sí requieren de un equipamiento costoso y/o de profesionales especializados.

IV) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que corresponde incluir en el pliego de bases y condiciones particulares las cláusulas previstas en la Disposición ONC Nº 21/15, por encuadrar en la tercerización de un servicio que la organización podría llevar a cabo por sus propios medios y que, por un análisis en el costo y la especialidad de dicha tarea, elige asignársela a un tercero.

DICTAMEN ONC Nº 317/2015.

Fecha de emisión: 29 de diciembre de 2015.

Referencias: Aplicación de la Disposición ONC Nº 21/15. Protección de personas con discapacidad. Tercerización de servicios. Alcances.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida respecto a la aplicación del artículo 7° del Decreto N° 312/10 en los procedimientos llevados a cabo por la ex AUTORIDAD FEDERAL DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (A.F.T.I.C.).

Ello así, a raíz de una Nota de la ex A.F.T.I.C. mediante la cual solicitó que se indique la aplicación del artículo 7 del Decreto N° 312/10 y se especifique en qué tipo de licitaciones se debería instrumentar lo allí regulado.

Normativa examinada:

- Artículo 7 del Decreto Nº 312/10.
- Disposición ONC Nº 21/15.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La obligación nace cuando existe una tercerización de servicios. En este sentido, es dable destacar que la Real Academia Española entiende por subcontratación, como sinónimo de tercerización, al contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera.

II) La tercerización o subcontratación se entiende como una práctica llevada a cabo por una empresa cuando contrata a otra firma para que preste un servicio que, en un principio, debería ser brindado por la primera, pero que al ser tercerizado permite la realización del fin con un menor costo. En este mismo orden de ideas, se entiende por tercerización a la adquisición sistemática, total o parcial, y mediante proveedores externos, de ciertos bienes o servicios necesarios para el funcionamiento operativo de una empresa, siempre que hayan sido previamente producidos por la propia empresa o esta se halle en condiciones de hacerlo, y se trate de bienes o servicios vinculados a su actividad.

III) Por ello, en principio, la tercerización halla fundamento en el postulado que pregona la no existencia de organizaciones verdaderamente productivas en todas sus actividades, por lo que deben buscar la especialización a través de terceros que resulten capaces de ejecutar ciertas actividades mejor que la propia organización, a efectos de que esta última se pueda centrar en su misión básica o actividad específica, con el objeto de obtener así un mejor resultado integral.

IV) En razón de las consideraciones vertidas en los párrafos precedentes, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, entiende que corresponde incluir en los pliegos de bases y condiciones particulares de todos los procedimientos de selección llevados a cabo por el organismo de origen que impliquen la tercerización de un servicio que la organización podría llevar a cabo por sus propios medios y que, por un análisis en el costo y la especialidad de dicha tarea, elige asignársela a un tercero.

SUBASTA JUDICIAL.

DICTAMEN ONC Nº 200/2014.

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2014.

Referencias: Oferta por parte de organismo público en subasta judicial. Principios. Subasta inversa. No competencia ONC.

Consulta:

Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que se expida sobre los lineamientos a seguir para adquirir el buque denominado “CETUS”, a través del proceso de subasta judicial sustanciado por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 15, Secretaría N° 29, autos caratulados “PERIOPONTIS S.A. S/ QUIEBRA” (Expediente. N° 96932/9). Ello, teniendo en consideración que a criterio del organismo girante el medio de adquisición propiciado sería asimilable al de subasta inversa previsto en el artículo 175 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Consecuentemente, correspondía a esta Oficina Nacional dilucidar si al adquirir la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA el buque en cuestión, por medio de un procedimiento no regulado en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Nº 1023/01 –en tanto se propiciaba ofertar en un proceso de subasta judicial–, se estaban vulnerando (o no) alguno de los principios generales que informan las contrataciones públicas.

Normativa examinada:

- Artículo 42, párrafo 2º de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º, 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 16 inciso a) y 175 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 4º inciso a) de la Ley Nº 24.156.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Al tratarse de una subasta judicial, es decir llevada a cabo por una autoridad judicial en el marco de un proceso falencial, esta Oficina Nacional considera que el caso traído a estudio no se asemeja al procedimiento de subasta inversa regulado en el artículo 175 del Decreto N° 893/12, por cuanto el procedimiento orientado a la adquisición del buque de que se trata no ha sido iniciado ni sustanciado por la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, sino por un órgano judicial, con sujeción a la normativa atinente a la materia.

II) A raíz de lo manifestado en las actuaciones por el organismo de origen en cuanto a la necesidad de cumplimentar con las funciones que por ley le están determinadas a la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, sumado a la posibilidad de adquirir el buque ofrecido a la venta mediante subasta judicial, previa formulación ante el juzgado interviniente de una oferta para su compra, esta Oficina Nacional entiende que no habría, en principio, vulneración de los principios directrices que informan las contrataciones públicas. Ello así, considerando que el objetivo principal del Estado es satisfacer el bien común y cumplir con las funciones que a cada repartición se le han asignado, en un marco de legalidad –como lo es en este caso el procedimiento de subasta judicial–, procurando el logro de dichos fines con la mayor eficiencia y al menor costo posible.

III) Un criterio distinto podría llevarnos a soluciones ineficientes y antieconómicas, sumado al riesgo de no contar con el bien en cuestión en el momento oportuno y por ende, de no satisfacer el objetivo propuesto.

IV) Finalmente, excede las competencias de este Órgano Rector expedirse sobre los lineamientos a seguir por parte de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, a fin de formalizar una oferta concreta ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 15, Secretaría N° 29, en el marco de los autos caratulados “PERIOPONTIS S.A. S/ QUIEBRA” (Expediente N° 96932/9), siendo dicho asesoramiento una incumbencia propia del servicio permanente de asesoramiento jurídico de la jurisdicción interesada.

SUBASTA PÚBLICA.

DICTAMEN ONC Nº 400/2013.

Fecha de emisión: 30 de octubre de 2013.

Referencias: Contrataciones en el exterior. Adquisición de automóviles. Permuta. Gestión de bienes del Estado. Contrato de leasing. Decreto Nº 1188/12. Procedimiento de selección. Regla general. Contratación Directa por exclusividad. Subasta pública.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre las dificultades informadas por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, en cuanto a la aplicación del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, con el objeto de proceder a la subasta pública del automóvil oficial de dicha Embajada.

Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 52, 157 a 170 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La operación propiciada por la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil tendiente a "renovar" el automóvil oficial de dicha repartición no revestiría el carácter de permuta, sino que se trataría, en realidad, de dos actos jurídicos sucesivos, claramente diferenciados: En primer lugar se procura la venta del automóvil BMW 530 i modelo 2008 actualmente en uso por la Embajada y con el producido de dicha enajenación, cubrir en todo o en parte la adquisición de una unidad similar cero kilómetro, en reemplazo. Estaríamos frente a compraventas sucesivas.

II) A los fines de proceder a la renovación o recambio del automóvil oficial de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, el organismo de origen debería, en caso de corresponder, tramitar la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo, por cuanto la contratación propiciada se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del referido Decreto (v. Dictamen ONC Nº 1045/12).

III) Para el caso en que la excepción referida en el punto anterior resulte procedente, el organismo contratante deberá evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia de llevar adelante un único procedimiento tendiente a contratar un servicio integral de renovación del automotor oficial –o en su caso tramitar un procedimiento de selección con el fin de permutar el vehículo actual por uno nuevo–, o bien optar por la tramitación de dos procedimientos separados: El primero por el cual se instrumente la venta del mencionado automóvil BMW 530 i modelo 2008

y luego, un segundo procedimiento por el cual se proceda a la adquisición de una unidad nueva unidad.

IV) Cuando los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado Nº 1023/01 y de su Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 lleven a cabo procedimientos de selección en el extranjero, deberán aplicar el régimen jurídico argentino, pero con las adaptaciones que resulten pertinentes. Dicho en otros términos, se flexibilizan algunas exigencias formales de los procedimientos, adaptándolos a los usos y costumbres del lugar donde se va a celebrar la contratación.

V) En todos los casos, a los fines de proceder a la contratación que se considere adecuada con miras a satisfacer las necesidades de la Embajada de la República Argentina ante la República Federativa de Brasil, dicha Representación deberá sujetarse a las previsiones del Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 y respecto de las cuestiones no previstas, deberá aplicarse el régimen general argentino, con las adaptaciones que resulten pertinentes de acuerdo a los usos y costumbres del lugar donde se va celebrar el contrato.

VI) El artículo 25, inciso b) aparatado 2 del Decreto Delegado Nº 1023/01 prescribe que el procedimiento de subasta pública podrá ser aplicado en la venta de bienes de propiedad del Estado Nacional, mientras que el artículo 52 del Reglamento fija las pautas de publicidad que deberán cumplimentarse en las subastas públicas. Finalmente, en el Título IV "PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN PARTICULAR", Capítulo IV se regula, en líneas generales, el procedimiento a seguir en los casos de venta de bienes mediante subasta pública.

VII) En la medida en que se cuente con las autorizaciones especiales y sigan los procedimientos que correspondan de acuerdo a las normas sobre gestión de bienes del Estado, esta Oficina no encuentra óbice legal a que la Representación requirente lleve adelante un procedimiento de subasta pública en Brasil sujeto a las previsiones del régimen nacional, adaptándolo a los usos y costumbres del lugar.

VIII) Llegado el caso, el organismo contratante podrá evaluar la factibilidad de disponer que la venta se realice por intermedio de entidades bancarias oficiales de dicho país, a las cuales podrá delegar la celebración de los actos jurídicos necesarios para el perfeccionamiento de la respectiva transferencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09295534-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 19 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Alta en el "Padrón Único de Entes". Subasta Pública para la venta.

Consulta:

La GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM) efectuó diversas consultas respecto del proyecto de pliego elaborado por la entidad de origen a efectos de llevar a cabo una subasta para la venta de chatarra.

Opinión del Órgano Rector:

I) En lo que se refiere al artículo 32 del Pliego que establece que para resultar adjudicatario el oferente deberá estar dado de alta en el Padrón Único de Entes del SISTEMA DE INFORMACIÓN FINANCIERA que administra el MINISTERIO DE HACIENDA, esta Oficina Nacional entiende que este requisito no resulta aplicable al supuesto de subasta pública para la venta, en razón de que –tal como el propio organismo girante señala– en el caso objeto de consulta será/n el/los adjudicatario/s quien/es realice/n pagos en favor de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES en el plazo y por los medios que, a tales efectos, establezca el organismo contratante en el pliego de bases y condiciones particulares.

SUBSANACIÓN DE DEFICIENCIAS FORMALES NO ESENCIALES.

DICTAMEN ONC Nº 186/2013.

Fecha de emisión: 1º de julio de 2013.

Referencias: Oferta. Firma. Falta de firma en parte de la documentación. Subsanación de defectos formales. Firma ológrafa, concepto.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta Oficina Nacional a efectos de que emita opinión sobre la posibilidad de subsanar la falta de firma por parte de un oferente en la planilla de cotización que forma parte de la oferta.

En el caso, la controversia giraba en torno a la falta de firma en el presupuesto ofrecido por uno de los oferentes, en el marco de una contratación directa del registro de la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR. La empresa competidora T&A INGENIERIA Y SERVICIOS S.A. observó que: *"…la planilla de cotización no es la oficial de la contratación; la misma es simplemente un cálculo presupuestario dado que carece de firma alguna por representantes de la empresa MACRE S.R.L.".*

Normativa examinada:

- Artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84, inciso b) y 85, inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Nota al artículo 3639 del Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Cuando una oferta sea presentada en parte firmada y en parte no, la omisión de la firma es subsanable, aunque la falta de firma se encuentre en la planilla que contiene la cotización económica. Ello es así por un lado, porque de las constancias de autos se desprende que dicha planilla es solo una parte de la oferta, que se encuentra integrada por otra documentación y por otro en tanto no corresponde efectuar distinciones cuando la norma no lo hace en forma expresa.

II) La subsanación de la falta de firma en las hojas que contienen la cotización del oferente no afecta en modo alguno el principio de igualdad, por cuanto no hay posibilidad, para el que subsana la deficiencia, de modificar su oferta en ningún aspecto que lo posicione de un modo preferencial respecto de los demás oferentes.

III) La firma es un acto gráfico representativo del ser pensante, eminentemente personal, es la representación gráfica del nombre y apellido de una persona, hecha de su puño y letra, en forma habitual y característica, y estampada al pie de un documento escrito a mano, a máquina o impreso, con el único objeto de obligarse con su contenido. Para considerar que la oferta se encuentra firmada –aunque sea parcialmente– dicha firma debe encontrarse expresada por la "propia mano" del firmante, no resultando suficiente que solamente se lea su nombre y apellido a través de un sello.

IV) Si en la oferta presentada por el GRUPO MACRE S.R.L. únicamente se consigna el nombre y apellido de la apoderada con un sello, en toda la documentación acompañada o en parte de ella, y no existen fojas de la oferta firmadas de puño y letra por la persona que representa a la empresa, corresponde tener por no firmada la oferta, circunstancia que se presenta como no subsanable a tenor de lo dispuesto en el artículo 84 inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 313/2013.

Fecha de emisión: 18 de septiembre de 2013.

Referencias: Oferta. Documentación en idioma extranjero. Subsanación de defectos formales. Principios del procedimiento.

Consulta:

Se solicitó la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES sobre la oferta presentada por el proveedor GEOSISTEMAS S.R.L. en la Contratación Directa Nº 14/2013 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA.

Es del caso mencionar que el eje de la cuestión radicaba en dilucidar si correspondía desestimar la oferta presentada por el aludido proveedor, en virtud de que había acompañado junto con su propuesta un certificado de distribución del producto ofertado y un certificado ISO 9001:2008 redactados en idioma extranjero, o si por el contrario podía intimarse a su subsanación.

De tal modo, la cuestión de fondo pasaba por determinar si resultaba procedente intimar al proveedor a subsanar el defecto o si, por el contrario, correspondía proceder a la desestimación sin más de la oferta.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El inciso a) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, debe ser aplicado para los supuestos en que la totalidad de la oferta se presente en idioma extranjero. En los supuestos, como el de marras, en el que sólo una parte de la oferta ha sido presentada en un idioma distinto al nacional se debe intimar a su subsanación bajo apercibimiento de no considerar las partes de la propuesta redactadas en idioma extranjero.

II) La posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes. Esta posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en una clara violación a los principios de igualdad y transparencia, cuestión que no estaría en juego en el supuesto en análisis.

III) Adoptar en el caso un criterio distinto, nos llevaría a una solución ineficiente y antieconómica, como el tener que declarar fracasado el procedimiento e iniciar un nuevo trámite, todo lo cual demandaría mayores erogaciones en perjuicio del patrimonio público, sumado al riesgo de no contar con el servicio en el momento oportuno por las implicancias de la demora en la tramitación, y por ende, de no satisfacer el objetivo propuesto.

IV) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

V) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios “concurrencia” e “igualdad” deben complementarse en lugar de oponerse.

VI) La eficiencia en la gestión de las contrataciones administrativas encuentra también correlato en las disposiciones de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156, en virtud de la inexorable aplicación de recursos públicos que las contrataciones administrativas conllevan.

VII) El principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto.

VIII) En el caso de marras corresponde intimar al proveedor GEOSISTEMAS S.R.L. a que subsane el defecto presentando la correspondiente traducción del certificado, bajo apercibimiento de no considerar dicha documentación en la etapa de evaluación de las ofertas.

DICTAMEN ONC Nº 322/2013.

Fecha de emisión: 25 de septiembre de 2013.

Referencias: Oferta. Documentación en idioma extranjero. Subsanación de defectos formales. Principios del procedimiento.

Consulta:

Se instó la intervención del Órgano Rector a fin de que se expidiera sobre si correspondía desestimar la oferta presentada por el proveedor ID GROUP S.A. en el marco de la Contratación Directa Nº 7/2013 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA –en virtud de que el citado proveedor había adjuntado un certificado de participación en un curso en idioma extranjero–, o si por el contrario podía intimarse a su subsanación.

Normativa examinada:

- Artículos 1º, 3º y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El inciso a) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, debe ser aplicado para los supuestos en que la totalidad de la oferta se presente en idioma extranjero. En los casos, como el de marras, en el que sólo una parte de la oferta ha sido presentada en un idioma distinto al nacional se debe intimar a su subsanación bajo apercibimiento de no considerar las partes de la propuesta redactadas en idioma extranjero.

II) La posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes.

III) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su límite en la no alteración de la esencia misma de la oferta, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en una clara violación a los principios de igualdad y transparencia.

IV) Definir la formalidad o sustancialidad de tal defecto, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación posterior en tanto facultad prevista para la UOC o la Comisión Evaluadora, dependiendo del tipo de procedimiento y/o etapa de que se trate, y una oferta inadmisible por falta de documentación esencial.

V) Una oferta inadmisible es aquella que no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación, sosteniendo que la oferta inadmisible es aquella propuesta que no ofrece exactamente lo solicitado o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos establecidos en el llamado.

VI) El certificado en cuestión no fue requerido entre las especificaciones técnicas de la contratación, en las cuales sí se incluyó la obligación del oferente de acreditar la condición bajo la cual prestaba ofrecía el bien (fabricante o productor, representante oficial, distribuidor autorizado, etc.) lo que fue respaldado por la firma ID GROUP S.A. mediante la presentación del certificado emitido por la empresa HID Global sobre su calidad de distribuidor autorizado para las impresoras marca Fargo de HID.

VII) La posibilidad de subsanación de defectos debe encontrar un límite, entendiendo que el mismo está en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas.

VIII) La subsanación de deficiencias entonces debe posibilitarse en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. En este sentido, es claro que la corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes.

IX) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

X) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios “concurrencia” e “igualdad” deben complementarse en lugar de oponerse.

XI) El principio de eficiencia exige a la Administración adoptar los recaudos y vías tendientes a aprovechar los recursos utilizados en la presente contratación de modo tal de conseguir el objetivo propuesto. Un criterio distinto podría llevarnos a soluciones ineficientes y antieconómicas, lo cual demandaría mayores erogaciones en perjuicio del patrimonio público, sumado al riesgo de no contar con el servicio en el momento oportuno por las implicancias de la demora en la tramitación, y por ende, de no satisfacer el objetivo propuesto (v. Dictamen ONC Nº 933/12).

XII) En el caso de marras el organismo contratante podrá intimar al proveedor ID GROUP S.A. a que subsane el defecto presentando la correspondiente traducción del certificado. En ese caso, la intimación deberá efectuarse bajo apercibimiento de no considerar dicha documentación en la etapa de evaluación de las ofertas.

DICTAMEN ONC Nº 36/2016.

Fecha de emisión: 6 de abril de 2016.

Referencias/voces: Competencias de la Comisión evaluadora. Presentación de copia simple de garantía junto con la oferta. Presentación posterior del original. Defectos formales y sustanciales posibilidad de subsanación. Causales de desestimación. Subsanables y no subsanables. Póliza de segura de caución. Principios generales. Promoción de la concurrencia. Principios de igualdad, transparencia e informalismo en favor del administrado.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión respecto a si resultaba jurídicamente posible tener por subsanado el error invocado por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A.

De la compulsa de los actuados se desprendía que en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15 del registro del ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO y SEGURIDAD SOCIAL fueron recibidas sólo DOS (2) ofertas.

Luego, el día 21 de diciembre de 2015, al tener lugar el Acto de Apertura de ofertas pudo constatarse que, formando parte integrante de la propuesta presentada por NEUMÁTICOS CAMOIA S.A., se acompañó, en carácter de garantía de mantenimiento de oferta, una *"…fotocopia de la póliza de seguro de caución Nº 665.612 de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., no obrando en los actuados el original de la misma.", tal como se dejó asentado al pie del acta labrada al efecto…".*

De oficio, al día siguiente –esto es, el 22 de diciembre de 2015– la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. presentó una nota en sede del organismo licitante, junto con la cual acompañó –en original– la mentada póliza de seguro de caución Nº 665612, extendida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad al acto de apertura.

En tal presentación, NEUMATICOS CAMOIA S.A. adujo que a causa de un error involuntario se acompañó a la oferta una copia simple de la póliza en cuestión, quedando el instrumento original en la carpeta de la empresa. Consecuentemente, solicitó que se admita la subsanación de dicho error, invocando a tal efecto el principio del informalismo en favor del administrado.

Desde una posición contrapuesta, el oferente Luis Oscar CORCOS efectuó una presentación fechada el 23 de diciembre de 2015, observando que, de hacerse lugar a la subsanación peticionada por NEUMATICOS CAMOIA S.A., se vería vulnerado el principio de igualdad, por cuanto la presentación tardía o extemporánea de la garantía de que se trata, luego del acto de apertura, implicaría colocar *"…a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…"*.

De este modo, a criterio del señor CORCOS correspondería que la jurisdicción licitante desestime la oferta de su competidor, sin posibilidad de subsanación, en los términos del artículo 84, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

En suma, la cuestión sometida a dictamen consistía en dilucidar si el hecho de que, en el marco de un procedimiento de selección, la firma NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya acompañado "por error" la garantía de mantenimiento de su oferta en copia simple, y en forma posterior haya enmendado el equívoco resultaba ser una irregularidad subsanable, tal como sostenía la referida firma o bien, si se trataba de un error no subsanable, como aducía el oferente CORCOS, Luis Oscar.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 5, 65, 70, inciso h) apartado 1º, 83, 84 inciso d), 85, 100 y 101 inciso e) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- Artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento (v. URTUBEY, Santiago y SÁ ZEICHEN, Gustavo. La comisión evaluadora de ofertas. Algunos apuntes acerca de su concepto, características y funcionamiento a la luz de los principios de la organización administrativa. El Dial online: www.eldial.com.ar).

II) Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad.

III) La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.

IV) En sentido concordante con lo expuesto, en el Dictamen ONC Nº 389/2008 se sostuvo que: *"…la facultad de determinar la admisibilidad de un oferente es una función que está específicamente asignada a la Comisión Evaluadora* […] *y a la autoridad competente para adjudicar…".* Asimismo, en un precedente traído a colación por el servicio permanente de

asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, esta Oficina Nacional opinó lo siguiente: *"…La Comisión Evaluadora debe emitir un dictamen de evaluación en el cual debe apreciar los aspectos formales, legales y cualitativos de las propuestas. Este dictamen, por expresa disposición legal, reviste el carácter de no vinculante para la autoridad con competencia para suscribir el acto administrativo por el cual se finalice el procedimiento de selección."* (Dictamen ONC Nº 20/13).

V) En el caso traído a estudio la Comisión Evaluadora, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, es competente para emitir opinión en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A., valorando a tal efecto los argumentos vertidos en la presentación formulada por la aludida firma, así como también –va de suyo– las observaciones puestas de manifiesto por el restante oferente, Luis Oscar CORCOS.

VI) Excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para que, frente a los planteos efectuados por los aludidos oferentes, funde su dictamen en un determinado sentido. Arribar a una conclusión distinta implicaría desvirtuar el principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa sobre el que se encuentra organizado el sistema de contrataciones, tal como surge de lo dispuesto por el referido artículo 23 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

VII) En ese orden de ideas, no resulta ocioso recordar lo expresado por esta Oficina Nacional en supuestos análogos: "…se advierte que en virtud principio de la descentralización operativa y la centralización normativa del artículo 23 del Decreto Nº 1023/01 esta Oficina no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nº 602/2010 y Nº 614/2010).

VIII) Los artículos 84 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 establecen las pautas para la desestimación de las ofertas, clasificando las causales que en ellos se enumeran en "subsanables" y "no subsanables".

IX) El artículo 84 regula las causales de desestimación no subsanables, contemplando en su inciso d) el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto. Como contrapartida, el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 –que, valga recordar, también se encuentra inserto en el Título II, Capítulo IX "Evaluación de Ofertas"– reglamenta el principio general establecido en el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01

X) El artículo 100 del Reglamento aplicable estipula que los oferentes deberán constituir garantías de mantenimiento de la oferta por el CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la oferta, mientras que el artículo 101, al regular las formas de las garantías, prevé en su inciso e) que podrán constituirse con seguro de caución, mediante pólizas aprobadas por la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, extendidas a favor de la jurisdicción o entidad contratante y cuyas cláusulas se conformen con el modelo y reglamentación que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación.

XI) Se encuentra establecida en forma clara y precisa, la carga en cabeza de los oferentes de acompañar la garantía de mantenimiento de la oferta como parte integrante de la misma. A su vez, esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

XII) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa NEUMATICOS CAMOIA S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia. Ahora bien, no existiendo duda alguna en relación a ello, corresponde determinar si el "error involuntario" de adjuntar con la oferta una mera copia simple de la póliza de seguro de caución resulta susceptible de subsanación.

XIII) Los principios generales constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

XIV) Los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), Contrataciones de la Administración Nacional. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XV) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XVI) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros).

XVII) A los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias. Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XVIII) La posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XIX) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. No obstante, no puede perderse de vista que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, interpretando el referido artículo 16 de la Carta Magna, ha manifestado en un sinnúmero de sentencias que la aplicación de la garantía de la igualdad de trato es para quienes son iguales en igualdad de circunstancias, lo cual implica la prohibición de excluir a unos de lo que se les reconoce a otros en similares situaciones (Fallos 123:106, entre muchos otros). Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XX) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones, debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XXI) El informalismo esgrimido por la empresa NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. es el principio procedimental que tiende a garantizar que las peticiones articuladas por particulares en sede administrativa no serán obstaculizadas por defectos de índole formal (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado* en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

XXII) El artículo 5 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, al regular el régimen jurídico de los contratos, admite la aplicación supletoria del Título I de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, donde se encuentra expresamente consagrado el principio del informalismo –o formalismo moderado– en favor del administrado, entendido como la excusación de la inobservancia, por parte de los interesados, de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente (v. artículo 1º inciso c) de la Ley Nº 19.549). Se ha dicho que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […]. *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor*

concurrencia…" (CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XXIII) Desde esa atalaya, es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XXIV) Una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha discriminado entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, y se ha extraído la consecuencia de que estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación.

XXV) Lo señalado precedentemente no importa una dispensa en el cumplimiento de las formas. Entiéndase bien: Lo que dispone este principio es el diferimiento de su cumplimiento y no su inobservancia (JUAN LIMA, Fernando E. *El informalismo en favor del administrado en TAWIL, Guido S. Procedimiento Administrativo*. 1era. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Pág. 136).

XXVI) Si bien el criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss). De ahí que las cuestiones vinculadas con el precio cotizado no pueden ser subsanadas, pues esto implicaría modificar lisa y llanamente la oferta. Lo mismo ocurre con las cantidades de productos ofrecidos o las características técnicas y calidad de los mismos.

XXVII) En ningún caso la corrección de errores u omisiones podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes, situación que se presentaría si se le permitiera a un participante especular con las cotizaciones de sus competidores y constituir su garantía recién con posterioridad a la apertura de ofertas, situación que difiere de lo sucedido en los presentes actuados.

XXVIII) En este marco conceptual, previo a considerar en concreto el caso que nos ocupa, resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad

de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. La posibilidad de subsanar defectos formales es un mecanismo para mantener la competencia entre el mayor número de oferentes durante la etapa de evaluación, permitiendo que la autoridad llamada a adjudicar pueda contar con varias alternativas para elegir la oferta más conveniente. Sólo se difiere en el tiempo el cumplimiento de determinado requisito, que de no concretarse en las condiciones que el organismo lo requiera, éste podrá desestimar la oferta con pérdida de la garantía correspondiente (v. Dictámenes ONC Nros. 548/2010, 813/2012, 815/2012, 23/2013, 322/2013, 157/2014). III. En el procedimiento administrativo rige el principio del informalismo en favor del administrado que, llevado al campo de las contrataciones públicas con algunas modulaciones –de allí también el nombre de “formalismo moderado” o “formalismo atenuado”–, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); IV. La observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación. Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad (v. Dictámenes ONC Nros. 23/2013, 157/2014, 314/2014); V. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios “concurrencia” e “igualdad” deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); VI. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. La mentada regla encuentra ciertas limitaciones (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); VII. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes” (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015); VIII. La subsanación de las deficiencias en que haya incurrido un oferente tampoco puede alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° del Decreto Delegado Nº 1023/01 (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); IX. El punto de equilibrio entre los principios de igualdad y concurrencia se encuentra en la imposibilidad de subsanar el

vicio, cuando ello implique una modificación en aspectos sustanciales de las propuestas; y en la posibilidad de sanear cuando los defectos sean formales o de naturaleza no sustancial (Cfr. Dictamen ONC Nº 795/2011); X. Definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010); XI. El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos sustanciales o esenciales. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 813/2012, 2/2013, 388/2014, 66/2015); XII. La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, si dicha oferta es un acto jurídico válido; con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas (v. Dictamen ONC Nº 813/2012).

XXIX) El punto de equilibrio para no poner en pugna al principio de concurrencia con los de igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014).

XXX) En consecuencia, debe discriminarse entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales. Estas últimas pueden y deben procurar sanearse, subsanando el defecto. Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas.

XXXI) Al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá merituar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXXII) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXXIII) En conclusión, un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos

de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

XXXIV) Ninguna duda cabe en cuanto a que las fotocopias de la Póliza de Seguro de Caución Nº 665612 carecían de eficacia a fin de tener por presentada la garantía de mantenimiento de la oferta correspondiente al proveedor NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. Sin embargo, no es posible soslayar el hecho de que al acompañarse la póliza original, al día siguiente del acto de apertura de sobres, pudo constatarse sin margen de dudas que la referida garantía había sido constituida con fecha el 18 de diciembre de 2015, es decir, con anterioridad a la apertura de ofertas, lo cual hecha por tierra el argumento conjetural introducido por el señor Luis O. CORCOS, en cuanto a que de aceptarse la subsanación se: *"…coloca a los oferentes en diferentes pie de igualdad, al posibilitarles garantizar o no la oferta una vez conocidas las otras propuestas…".*

XXXV) Más aun, no parece aventurado afirmar que las observaciones planteadas por el señor CORCOS son inexactas, desde dos puntos de vistas diversos: 1) En primer lugar, el hecho de que NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya contratado la póliza de seguro de caución de que se trata en la forma correcta y por la suma correspondiente, con anterioridad al acto de apertura, excluye la posibilidad de especulación a que hace alusión su oponente; 2) En segundo lugar, de admitirse la subsanación del error –que se configuró en oportunidad de acompañar junto con la oferta una fotocopia de la garantía, en vez de su original– no se afecta la garantía de la igualdad, por cuanto no se trata de la tutela de la igualdad en abstracto, sino en igualdad de circunstancias. De ahí que en un anterior pronunciamiento, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES consideró que: *"…no habría violación del principio de igualdad de tratamiento si tal aceptación hubiese operado de igual manera cualquiera sea el oferente que se hallare en igual condición…"* (Dictamen ONC Nº 9/2013).

XXXVI) Si bien no es posible desconocer que una lectura apresurada o superficial de los hechos podría hacer pensar que se trata, sin más, de un supuesto de desestimación sin posibilidad de subsanación, subsumible en la causal del inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, cierto es que un detenido examen de la cuestión, a la luz de una interpretación teleológica de dicho precepto, lleva a este Órgano Rector a la convicción de que debe ser considerada una deficiencia formal, no sustancial y, por consiguiente, pasible de subsanación, so pena de desnaturalizar –por exceso de rigorismo formal– la finalidad del artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

XXXVII) Interpretar las normas en juego de un modo excesivamente formalista implicaría violentar su finalidad y espíritu, en la medida en que en el sub-examine no se advierte que mediante el saneamiento de la omisión de que se trata se vaya a modificar un aspecto sustancial/esencial de la oferta o se obtenga una ventaja competitiva, en detrimento de la igualdad y la transparencia, así como tampoco se vería afectada la comparación de ofertas. Máxime cuando del informe técnico parecería ser que la propuesta de NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. sería la única ajustada a pliego.

XXXVIII) A modo de conclusión, este Órgano Rector entiende que la aplicación de la teoría del saneamiento permite en este supuesto preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente ni tomar ventaja, en tanto la póliza se encontraba constituida con anterioridad al acto de apertura.

XXXIX) Esta Oficina Nacional ha sostenido en forma coherente posturas análogas a la que aquí se sustenta, al tomar intervención en numerosos asesoramientos sobre la materia –más allá de determinadas modulaciones y/o matices necesarios frente a hechos diversos–, fomentando así un régimen general de contrataciones desprovisto de excesos formales *"por la forma misma"*, susceptibles de obstaculizar el cumplimiento de los fines exigidos por la sociedad (v. Dictámenes ONC Nros. 548/2010 y 23/2013, entre muchos otros).

XL) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN entendió –en un ya clásico precedente– que el principio del informalismo en favor del administrado no resulta de aplicación en la presentación de ofertas en el marco de una licitación pública, en razón de tratarse de una situación en que intervienen diversos particulares, por lo que la conducta de la Administración debe ajustarse a las pautas establecidas en el pliego de condiciones, a fin de no violar el principio de igualdad de todos los oferentes (Dictamen PTN 213:147). En relación con ello, la postura que se propicia en este dictamen no implica un apartamiento, per se, del citado criterio del máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL, desde que en el precedente mencionado se trataba de la inobservancia, por parte de un interesado, del plazo previsto en el pliego de bases y condiciones particulares para presentar ofertas, mientras que lo que aquí se discute difiere sustancialmente.

XLI) La igualdad que el ordenamiento tutela es aquella que se da en igualdad de circunstancias. Ergo, solo se vería lesionado tal principio para el caso en que: 1) No se le permitiera idéntica subsanación a otro oferente; 2) Se aceptara que el interesado constituya la garantía con posterioridad al acto de apertura de sobres. Ninguno de los referidos supuestos se corresponden con lo acontecido en autos, en tanto ninguna ventaja se dio al interesado ni ningún perjuicio se causó al restante competidor.

XLII) Así expuesto, puede verse que el criterio aquí sustentado no se presenta incompatible con la postura tradicional de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. Tanto es así que, dicho sea de paso, esta Oficina Nacional también ha opinado en sentido coincidente con el alto organismo asesor, respecto a que el principio del informalismo o formalismo moderado no exime al particular del deber de diligencia en la presentación de su oferta en tiempo y lugar oportunos (v. Dictamen ONC Nº 803/2011).

XLIII) La Comisión Evaluadora del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en tanto órgano consultivo, técnico especializado, se encuentra facultada para dictaminar, en el marco de la Licitación Pública Nº 25/15, sugiriendo a la autoridad competente el criterio a seguir para concluir el procedimiento. En ese marco, le corresponde emitir opinión respecto de la postura a adoptar en torno al defecto que presenta la propuesta de la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A.

XLIV) En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa, sobre el que se encuentra organizado el régimen nacional de contrataciones, excede la competencia de este Órgano Rector instruir a la Comisión Evaluadora, a fin de que sustente en su dictamen una determinada postura. Sin embargo, ello no resulta óbice para que, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 242, inciso a) apartado 10 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, este Órgano Rector brinde su opinión y asesoramiento, a título de colaboración.

XLV) No se advierte que con la incorporación en original de la garantía correspondiente a la firma NEUMATICOS CAMOIA S.A. se haya configurado una modificación sustancial de su oferta que permita establecer que la misma fue mejorada o que el proveedor en cuestión ha tomado ventaja frente al otro oferente, ello toda vez que no se encuentra alterada en su calidad, cantidad, precio y condiciones, sumado ello a que la póliza de seguro de caución fue debidamente constituida con anterioridad a la fecha de apertura de las ofertas y mediante una de las modalidades admitidas por el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

XLVI) En virtud de todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que debe tenerse por saneado el vicio, no correspondiendo encuadrar este caso en la causal del inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

DICTAMEN ONC Nº 39/2016.

Fecha de emisión: 18 de abril de 2016.

Referencias/voces: Causales de desestimación. Garantía constituida en debida forma. Deficiencias formales. Principio de concurrencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que precise el alcance de la expresión “no se lo hiciera en la forma debida” contenido en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, aduciendo su necesidad de “fijar un criterio rector en lo que respecta al tema de las causales no subsanables, específicamente en el asunto de las pólizas y de aquellas causales de subsanación permitidas en los términos el artículo 85…”.

Normativa examinada:

- Artículos 17, 31 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 84 inciso d), 85 y 101 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Sentado el marco jurídico aplicable, corresponde abocarnos al análisis de la consulta enunciada por el organismo girante tendiente a determinar si es subsanable, en los términos establecidos en el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, el error

cometido por determinados oferentes quienes frente a los pliegos de bases y condiciones particulares que requieren que las garantías de mantenimiento de oferta constituidas a través de pólizas de caución respeten la jurisdicción de los Tribunales Federales en el Fuero Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de Córdoba, acompañan pólizas de caución que contienen una cláusula que indica que se renuncia a todo otro fuero que no sean los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Córdoba.

II) Los tipos de garantías contenidos en el aludido artículo 101 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 deben ser constituidos dando estricto cumplimiento a los requisitos formales que prevén las normas específicas que regulan cada uno de ellos. Dicho extremo es el que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida.

III) A criterio de esta Oficina Nacional, la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el citado artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

IV) Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones pasibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, susceptibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

V) Dicho esto, siendo que el supuesto enviado a consulta no se corresponde con un requisito formal de la póliza de caución en sí misma, corresponde expedirse sobre la posibilidad de subsanar dicha cuestión en los términos previstos en el artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

VI) En principio, resulta oportuno manifestar que la posibilidad de subsanar los defectos formales de una oferta se funda en el principio de concurrencia, de manera tal que el procedimiento se oriente a conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes. Sin perjuicio de ello, esta posibilidad de subsanación posterior debe encontrar un límite, entendiendo como tal la alteración de la esencia misma de la oferta ya sea para mejorarla y/o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes.

VII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazadas por aclaraciones oportunas y actos de subsanación en pos de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles. Es decir, debe darse la oportunidad de subsanar toda deficiencia que no haga a la esencia de la oferta. Esta subsanación permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el citado artículo 17 del Decreto Delegado

N° 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, teniendo como límite los principios de igualdad y transparencia.

VIII) El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene como limitación la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos sustanciales, entendiendo como tales al precio, a las condiciones de pago y a la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante.

IX) Autorizada doctrina tiene dicho que: *"El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como límite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, el proyecto constructivo si se tratara de una obra, etc.; en general, quedaría alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente…"* (DIEZ, Horacio. *"La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado"*, en Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, 2007. Pág. 58).

X) Intimar al eventual oferente a subsanar el error incurrido al señalar incorrectamente los tribunales competentes para intervenir en caso de conflicto, no implicaría otorgar a este la posibilidad de modificar sustancialmente su oferta en desmedro de otros participantes.

XI) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (Dictamen ONC Nº 157/2014).

XII) En virtud de las consideraciones desarrolladas en el acápite anterior, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en el supuesto planteado por el organismo girante sería procedente la subsanación de la deficiencia, por tratarse de una cuestión intrascendente que en en modo alguno alterara la esencia de la oferta.

DICTAMEN ONC Nº 58/16.

Fecha de emisión: 18 de mayo de 2016.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas. Principios generales. Póliza de caución. Requisitos forma debida. Error en la CUIT del organismo contratante es subsanable.

Antecedentes:

Cabe destacar que el proveedor TIUM PUNCO S.A. presentó una oferta en la Licitación Pública Nº 128/14 habiendo cotizado para el Renglón N° 1 la suma total de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL ($ 1.395.000,00.-). Asimismo, constituyó como garantía de mantenimiento de oferta una póliza de caución por la suma de PESOS SETENTA MIL ($ 70.000,00.-).

De la lectura de la Póliza de Caución Nº 1276917 se desprendía que en calidad de "asegurado/beneficiario" se consignó: "MINISTERIO DE DESARROLLO CUIT N° 30-71411493-6", constatándose luego que la CUIT del entonces MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL era otra.

La problemática que aquí se ventiló giró en torno a dilucidar si el defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea, correspondiente a una sociedad comercial–, resultaba subsumible dentro de las previsiones del artículo 84 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12 (causal de desestimación no subsanable) o si, por el contrario, debió encuadrarse en el artículo 85 del citado cuerpo reglamentario (causales de desestimación subsanables).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida en relación con el defecto advertido en la Póliza de Seguro de Caución Nº 1276917, extendida por la compañía ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. y acompañada por la firma TIUM PUNCO S.A. junto con la oferta presentada en la Licitación Pública Nº 128/14 del registro del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

Normativa examinada:

- Artículos 3º, 17 y 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 65, 84 inciso d), 85 y 100 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.
- Artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418.
- Artículo 25 de la Ley N° 20.091.
- Resolución SSN Nº 17.047/82.
- Artículo 25 de la Resolución SSN N° 38.708/14.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Los seguros de caución, de aval o de fianza son: *"…una de las especies de los seguros de crédito* […] *el contrato de seguro asume las mismas funciones económicas que la garantía de un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una determinada obligación pecuniaria. Se trata técnicamente de una 'Fianza', y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de 'garantía' del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en 'paridad de grado', el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo…"* (WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo El Derecho 188-241 [2000]. Comentario al fallo: "Caf Car, S.R.L. c. Compañía Argentina de Seguros Anta, S.A. s/ejecutivo. CNCom., Sala D, 19/05/2000).

II) El seguro de caución es un contrato mediante el cual una compañía aseguradora garantiza en favor de un tercero, denominado el asegurado/beneficiario, el cumplimiento por parte del tomador, de una obligación establecida en un contrato. Derivado de la operatoria de este tipo de garantías, se establecen tres partes intervinientes: el asegurado –beneficiario de la

garantía; en este caso sería la jurisdicción o entidad contratante–, el tomador –quien solicita la garantía, o sea, el oferente o cocontratante–, y la aseguradora –quien emite la póliza y garantiza el pago al asegurado hasta una determinada suma, en caso de que el tomador incumpla las obligaciones contraídas mediante el contrato principal–.

III) Habiendo delineado la finalidad y las partes intervinientes en un seguro de caución, resta definir cuáles son los requisitos que deben reunir las respectivas pólizas, extremo que cobra particular relevancia a la luz de lo normado en el inciso d) del artículo 84 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, en tanto establece que será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en el supuesto en que no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuere insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto concreto.

IV) Esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" –requisito que surge, de una interpretación a *contrario sensu* del referido inciso d) del artículo 84– debe entenderse en el sentido de que la misma sea constituida mediante alguno de los medios autorizados en el artículo 101, pero también implica que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida, conforme la regulación específica para cada caso.

V) La garantía de mantenimiento de oferta presentada por la empresa TIUM PUNCO S.A. fue constituida utilizando uno de los medios descriptos en el artículo 101 del aludido Reglamento, conteniendo asimismo los recaudos formales exigidos por la autoridad regulatoria en la materia.

VI) El artículo 11, segunda parte, de la Ley de Seguros N° 17.418 establece en cuanto a las pólizas: *"El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza."*. Reafirmando lo anteriormente expuesto, la Ley de Entidades de Seguros y su Control N° 20.091, en su artículo 25 prevé que el texto de las pólizas debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 17.418.

VII) Por Resolución SSN Nº 17.047/82 fueron oportunamente reguladas las condiciones básicas que deberán reunir las pólizas de seguro de caución, mientras que el Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Reglamento de la Ley Nº 20.091), aprobado por Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 38.708/2014 regula en su artículo 25 el contenido de las pólizas, resultando pertinente traer a colación lo siguiente: *"…25.1.1 Sin perjuicio de la previa autorización por esta SSN de los planes, cláusulas y demás elementos técnicos-contractuales aplicables a las coberturas de los distintos ramos, el asegurador debe entregar al tomador y/o asegurado una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible: La póliza debe contener, como mínimo, los siguientes elementos: 25.1.1.1 Un frente de póliza con membrete de la aseguradora conteniendo, como mínimo, los siguientes*

datos: a) Lugar y Fecha de emisión; b) Nombres, CUIT, CUIL o DNI y domicilios de las partes contratantes...".

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que el número de CUIT del beneficiario/asegurado resulta ser un dato exigible en las pólizas de caución. Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como "intrascendentes" y, en consecuencia, pasibles de subsanación, en los términos del artículo 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12.

IX) Deberán examinarse, entonces, los principios generales en los que abrevan las normas en juego, en pos de clarificar los alcances de la posibilidad de subsanar defectos formales. Tales principios, que constituyen el origen y fundamento de las normas que integran el régimen de contrataciones, se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el presente.

X) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional –ya sea en forma directa o supletoria– deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una hermenéutica armónica. Es decir, ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

XI) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual: en general, precio, cantidad, calidad, según el objeto específico de cada licitación (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XII) La posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes (v. Dictámenes ONC Nros. 468/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 666/2011, 322/2013, 314/2014, entre otros). Bajo este prisma, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones no sustanciales, la posibilidad de subsanar tales deficiencias.

XIII) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación (principio de saneamiento).

XIV) Ahora bien, la posibilidad de subsanación de defectos encuentra un límite claro y contundente en la imposibilidad de alterar la esencia de las propuestas luego de vencido el plazo

para presentarlas, toda vez que ello podría redundar en una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas, en clara transgresión a los principios de igualdad y transparencia.

XV) El Decreto Delegado Nº 1023/01 demanda la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes, en tanto el respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Dictámenes ONC Nros. 93/2013, 313/2013, 47/2013 y 187/2015).

XVI) La transparencia aparece como el pilar de toda pauta interpretativa del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Dicho principio, en todas sus manifestaciones, debe regir a lo largo de cada una de las etapas, ya sea desde la confección de los pliegos, presentación de ofertas y hasta la finalización misma del contrato.

XVII) A todo lo expuesto cabe agregar que: *"…Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa* […] *Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (Art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia…"* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 104).

XVIII) Es necesario evitar actitudes formalistas y centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. La verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que, debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

XIX) En rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas

últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

XX) El criterio de la inmodificabilidad de las ofertas ha ido evolucionando paulatinamente hacia posiciones más laxas, pero este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificación de la oferta en aspectos esenciales. Valga reiterar: so pretexto de subsanaciones no puede alterarse el "núcleo duro" de lo que conforma la oferta (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 175 y ss).

XXI) Resulta ilustrativo enunciar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: I. Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014); II. Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014); III. La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); IV. La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes" (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015).

XXII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial (Cfr. Dictamen ONC Nº 388/2014).

En efecto, definir la formalidad o sustancialidad del defecto u omisión, resulta esencial para distinguir entre una oferta susceptible de subsanación y una oferta inadmisible (Dictamen ONC Nº 627/2010).

XXIII) Si bien el número de los posibles defectos y omisiones es infinito, al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la posibilidad de subsanación puede dar lugar a ventajas competitivas en beneficio de ese oferente o afectar la base de comparación con las demás ofertas. Dicho en otros términos, al examinar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal se deberá meritar si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas presuntamente ilegítimas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta o si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto (GORDILLO, Agustín. Texto disponible online desde el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

XXIV) A criterio de esta Oficina Nacional sólo es esencial y no subsanable lo estrictamente relacionado con la oferta en sí misma (características del bien o servicio ofertado, precio, calidad o cualquier otro aspecto de la oferta que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente). En cambio, si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado.

XXV) Esta Oficina Nacional entiende que, de haberse posibilitado la subsanación del defecto del que adolecía la póliza presentada por el oferente TIUM PUNCO S.A. –en concreto, haber atribuido al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL una CUIT errónea–, no se hubiera visto alterada la sustancia de la oferta. Asimismo, de haberse permitido dicha subsanación, no se advierte en qué medida el proveedor pudo haber tomado una ventaja respecto de los demás oferentes.

XXVI) Por otra parte, si bien la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL opinó en su Dictamen Nº 394142/15 que la indicación precisa del asegurado en una póliza de seguro de caución es un requisito esencial del contrato, cierto es que, más allá del error en el número de CUIT, todos los demás datos de la póliza eran correctos y a juzgar por los informes obrantes en autos, ni siquiera puede aseverarse en forma categórica que la deficiencia en cuestión afectó la exigibilidad de la obligación asumida por la compañía aseguradora ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Máxime, teniendo en consideración el endoso o “Suplemento Adicional 01” de la póliza Nº 1276917, en cuyo marco la ASEGURADORA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS S.A. dejó constancia que, pese al error en la CUIT del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, las restantes condiciones de la póliza permanecen sin alteración.

XXVII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de las normas y principios reseñados en el Acápite IV del presente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que el error en la CUIT consignado en la póliza de caución presentada por el proveedor TIUMPUNCO S.A. debe interpretarse como “subsanable”, en los términos de los artículos 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 y 85 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12. No debe perderse de vista que un uso racional y responsable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a Derecho, con

miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09041175-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 17 de Mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principios de Inmodificabilidad de la oferta, igualdad y formalismo moderado. Subsanación.

Consulta:

La DIRECCIÓN DE ARSENALES del EJÉRCITO ARGENTINO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida con respecto a si la subsanación del error cometido por parte de la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. en oportunidad de completar la planilla de cotización constituía o no un supuesto de modificación de la oferta, en los términos del artículo 53 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Cabe destacar que en el marco de la Licitación Privada Nº 10/2017 –para contratar un "Servicio para desarrollo de software"– la firma TAURI SOLUTIONS S.R.L. cotizó el precio unitario para el servicio de desarrollo de software –siendo la unidad de medida equivalente a UN (1) mes– en la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-), reiterando dicho valor en el casillero correspondiente al importe total por el periodo de DOCE (12).

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 2.178.000,00	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

A raíz de ello, la Comisión Evaluadora intimó al oferente a subsanar dicho error, extremo que fue cumplimentado por la interesada mediante la presentación de una nueva planilla, junto con la siguiente aclaración: *"…La misma se encuentra firmada y aclarada. En la misma se confirma el precio ofrecido total de la oferta, aclarando el desglose mensual. Manteniendo en todo la oferta original.".*

Renglón	Cantidad	Unidad de medida	Descripción	Precio unitario	Importe total
1	12	MES	Servicio para el desarrollo de software	$ 181.500,00.-	$ 2.178.000,00
				Total:	$ 2.178.000,00

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros).

VI) Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VII) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros).

VIII) Desde que TAURI SOLUTIONS S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL ($ 2.178.000,00.-) y reiteró dicha suma en el casillero correspondiente a precio unitario mensual, cabe colegir que en este caso concreto entender que el total cotizado es el correcto no implica en absoluto la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

IX) Esta Oficina Nacional opina que no corresponde desestimar la oferta presentada por el proveedor TAURI SOLUTIONS S.R.L., en la medida en que en este caso concreto no se produce una modificación del precio ofertado oportunamente, por lo que no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-09997957-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 26 de mayo de 2017.

Referencias/voces: Error de cotización. Principio de inmodificabilidad de la oferta. Formalismo moderado. Igualdad. Posibilidad de subsanación.

Consulta:

El DEPARTAMENTO CONTRATACIONES CÓNDOR de la FUERZA AÉREA ARGENTINA requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de dilucidar si resulta subsanable la falta de indicación del precio unitario en la oferta presentada por la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. en el marco de la Licitación Publica Nº 1/17 convocada para la contratación del servicio de limpieza para el Edificio "Cóndor" y Anexos.

Más precisamente, se consultó si la falta de indicación del precio unitario -costo del servicio de limpieza por mes- en la oferta presentada por el proveedor SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L constituía una omisión subsanable de acuerdo al Régimen de Contrataciones Públicas vigente, o si, por el contrario, dicha omisión acarrea sin más la desestimación de la propuesta presentada en esas condiciones.

Cabe destacar que la firma SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. había cotizado el precio total del servicio de limpieza por el periodo de CUATRO (4) meses, omitiendo indicar el costo mensual del mismo. Tal como fuera advertido por el servicio jurídico preopinante *"…la firma oferente, dejó de lado el formulario de cotización que forma parte del pliego y en su lugar acompañó un formulario propio con la cotización total para el servicio por los CUATRO (4) meses de prestación, omitiendo indicar el precio unitario para cada uno de esos meses….".*

En efecto, en la cotización presentada por el oferente SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. se individualizó el precio total del servicio de limpieza, pero no se indicó el costo por mes que aquel implicaría, omitiendo de este modo especificar el precio unitario.

Normativa examinada:

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 53, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A diferencia de lo que sucedía con las anteriores reglamentaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01, la reglamentación vigente no incluyó expresamente un precepto que contemple las consecuencias que acarrea la presentación de una oferta con omisiones o defectos y/o errores en la cotización.

II) Como una derivación del principio de igualdad, la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración, señalando al respecto que la posibilidad de modificar una oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (Cfr. DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979. Pág. 111; COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pág. 78).

III) Como principio general se ha sostenido que: "…a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de las propuestas (v. DIEZ, Horacio. *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira.* Ediciones RAP. Buenos Aires, 2007. Pág. 55).

IV) Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla prácticamente absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones. Sin embargo, en la actualidad cobra fuerza una autorizada corriente doctrinaria que entiende que el principio del informalismo –o formalismo moderado–, propio del procedimiento administrativo, se extiende a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública.

V) La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales

intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad" (v. Dictámenes ONC Nros. 813/12 y 314/14, entre otros). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente. A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, *"…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…".*

VI) La imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas, permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictámenes ONC Nros. 795/11, 23/13 y 314/14, entre otros). Es decir, este avance en materia de permitir la subsanación sigue teniendo como límite la imposibilidad de modificar la oferta en aspectos esenciales, a la luz de cada caso concreto.

VII) Desde que SOUTH CLEAN LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. indicó en el casillero correspondiente al precio total la suma de PESOS CINCO MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL NOVECIENTOS TREINTA ($ 5.121.930) cabe colegir que en este caso concreto el total cotizado es el correcto y que no implica en absoluta la modificación del precio ofertado, y no se verían afectados los principios de igualdad entre oferentes y transparencia. Una postura diferente implicaría incurrir en un exceso ritual manifiesto.

VIII) La presente postura se sostiene en el entendimiento de que la cotización original no será modificada y que el importe total a pagar por la Administración no ha de sufrir variaciones. Caso contrario, se estaría en presencia de una modificación sustancial y esencial de la oferta cotizada.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 25 de julio de 2017.

Referencias/voces: Subsanación de oferta. Principios de inmodificabilidad de la oferta, promoción de la concurrencia y transparencia.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida respecto de la interpretación que correspondía dar a los requisitos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 8º del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública Nº 30/2016 del registro del MINISTERIO DE SEGURIDAD; ello a raíz de la impugnación incoada por parte de la firma FLOOR CLEAN S.A. contra el Dictamen de Evaluación Nº 10/17.

Es dable mencionar que el artículo 8º del pliego en cuestión rezaba: *"…CONTENIDO DE LA OFERTA. DOCUMENTACION PARTICULAR. a) Contrato de Seguro de Accidente de Trabajo (Ley N° 24.557 ART), con el último listado de personal incluido en el mismo, extendido por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, constancias de los últimos pagos* […] *b) Póliza de Seguro de Vida Obligatorio del personal, con el comprobante de pago actualizado."*.

La problemática tuvo su origen en el incumplimiento de éstos requisitos por parte de la firma FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A. al momento de presentar su oferta. Frente a ello, la Comisión Evaluadora decidió intimar al proveedor FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A. a la presentación de la documentación faltante a fin de subsanar dicha omisión, en el entendimiento de que se trataba de una irregularidad subsanable, susceptible de ser encuadrada en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (causales de desestimación subsanables).

Sin embargo, tal como fuera puesto de relieve por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE SEGURIDAD, la documentación posteriormente agregada corroboraría que los pagos correspondientes a la ART y al seguro de vida obligatorio por el período noviembre de 2016 fueron efectuados con posterioridad a la apertura de ofertas.

Normativa examinada:

- Artículos 1º y 16 de la Constitución Nacional.
- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 52, 53, 55, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se parte de la existencia de dos reglas que, lejos de ser contradictorias, pueden y deben articularse en forma complementaria: a) La imposibilidad, por parte de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas una vez vencido el plazo para presentarlas, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014; b) El deber, en cabeza de la Administración, de propiciar y/o aceptar la subsanación de deficiencias y/u omisiones intranscendentes, a fin de no restringir el principio de concurrencia con recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas (v. Dictámenes ONC Nros. 795/2011, 23/2013, 314/2014, 58/2016).

II) Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales. La aplicación razonable del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para mantener la competencia entre el mayor número de oferentes durante la etapa de evaluación y lograr modos de selección más eficientes, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014, 58/2016).

III) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presenten las ofertas y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando los principios de transparencia y de igualdad de interesados y oferentes. Tales principios deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 3142014, 58/2016).

IV) Este innegable avance en pos de permitir la subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración, para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta (v.g. el precio, el objeto, la cantidad, la calidad, etc.) luego de vencido el plazo para presentarla ni para mejorarla ni para tomar ventaja respecto de los demás oferentes (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014, 66/2015, 58/2016).

V) Las disposiciones y los principios receptados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional deben ser entendidos como un todo único, donde los conflictos que puedan suscitarse deberán ser solucionados mediante una interpretación armónica.

VI) Particularmente, los principios generales se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares. Ninguno de ellos posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

VII) En ese marco conceptual, las hipótesis de conflicto han de resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado.

VIII) Al momento de evaluar el vicio de una oferta, se deberá indagar si la eventual subsanación podría dar lugar a especulación por parte del oferente de que se trate –lo cual incidiría negativamente en la transparencia del procedimiento de selección–, o generar una ventaja competitiva en su beneficio o afectar la base de comparación con las demás ofertas, en cuyo caso se vería quebrantado o cuanto menos seriamente comprometido el principio de igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

IX) La promoción de la concurrencia postula la participación en la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con mayor posibilidad de acierto la más conveniente. De tal modo, la posibilidad de subsanar los defectos formales se funda en el principio de promoción de la concurrencia, en pos de conseguir la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, no debiendo ser restringida por recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intranscendentes.

X) El principio de transparencia aparece como un pilar esencial del régimen establecido por el Decreto Delegado Nº 1023/01. No se agota en la satisfacción de los requisitos de publicidad y difusión del procedimiento, ni en el libre acceso a la información que posibilite el control social a través de la participación ciudadana –todo lo cual es altamente valioso, por cierto, y la Argentina se encuentra obligada a nivel internacional a su cumplimiento–, sino que

presupone también la existencia de reglas claras en los pliegos que sean de cumplimiento efectivo.

XI) La garantía de igualdad, consagrada de modo general por el artículo 16 de la Constitución Nacional, resulta un principio esencial de los contratos públicos y se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección. El respeto a esta garantía posibilita que los postulantes sepan que, en el marco del procedimiento de selección, todos ellos se encontrarán en idéntica situación y serán tratados sobre bases iguales. Así las cosas, los interesados y/u oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

XII) Lo esencial del principio de igualdad radica en la garantía que tienen los administrados para impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7º Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 26). Por su parte, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha dicho que durante toda la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes que, en síntesis, se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminaciones que benefician a unos en perjuicio de otros (v. Dictámenes PTN 249:592).

XIII) De las constancias acompañadas por el proveedor FUMIGACIÓN Y LIMPIEZA S.A., surge que recién intimado por la Comisión Evaluadora a que presentara la documentación exigida, procedió a efectuar los pagos correspondientes a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) y al seguro de vida obligatorio, lo cual demuestra que al momento de presentar la oferta no contaba con dicha documentación porque no había efectuado los pagos correspondientes.

XIV) Aceptar documentación que refleja la regularización de una requisito del pliego con posterioridad a la presentación de la oferta no solo atenta contra el principio de igualdad sino que desalienta a los proveedores que obraron con la debida diligencia, resultando lesivo incluso a los intereses de quienes pudieron –responsablemente– haberse autoexcluido de participar de la puja, por no contar a la fecha de la apertura de ofertas con los requisitos contemplados en los pliegos.

XV) A título ilustrativo, cabe mencionar que en el marco de Dictamen ONC Nº 412/08 se arribó a una congruente con la que aquí se propicia, al sostenerse: *"....que el organismo contratante podrá solicitar que el oferente que no haya presentado con su oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar la presente luego, en oportunidad de la evaluación de las ofertas, siempre que el mismo acredite que poseía habilidad para contratar también al momento de la cotización correspondiente."* (v. en igual sentido: Dictamen ONC Nº 468/2009). En esa misma línea puede citarse el Dictamen ONC Nº 813/2012, donde se sostuvo: *"La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, en tanto, si dicha oferta es un acto jurídico válido, con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no*

pueden modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por tanto, no la alteran…".

XVI) Así también, en el Dictamen ONC Nº 187/2015 se aclaró que: *"Lo que se procura, en definitiva, es impedir que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios* […] *Propiciar la solución contraria podría implicar en la práctica que la contratación quede cubierta bajo un velo de sospecha en detrimento de la transparencia, pudiendo dar lugar, eventualmente, a maniobras de dudosa legitimidad.".*

XVII) Por último, resta mencionar un precedente en el que esta Oficina Nacional, si bien arribó a una conclusión distinta en razón de que se trataba de presupuestos de hechos diferentes a los que aquí se ventilan, puso de resalto –siguiendo una línea coherente con lo dicho hasta aquí–, que: *"…el hecho de que NEUMÁTICOS CAMOIA S.A. haya contratado la póliza de seguro de caución de que se trata en la forma correcta y por la suma correspondiente, con anterioridad al acto de apertura, excluye la posibilidad de especulación a que hace alusión su oponente* […] *la aplicación de la teoría del saneamiento permite en este supuesto preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que con esa subsanación no se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta comercial original del oferente ni tomar ventaja, en tanto la póliza se encontraba constituida con anterioridad al acto de apertura* […] *A esa solución llega el artículo 17 del Decreto Delegado Nº 1023/01 al permitir subsanar deficiencias insustanciales, '…teniendo como límite el principio de igualdad y transparencia…"* (v. Dictamen ONC Nº 36/2016).

XVIII) En razón de las consideraciones vertidas ut supra, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES comparte el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD en el marco del Dictamen Nº IF-2017-11994062-APN-DGAJ#MSG, donde se sostuvo que: *"…corresponde admitir parcialmente la impugnación al dictamen de evaluación efectuada por la firma FLOOR CLEAN S.A. por no acreditarse, conforme se desprende de las constancias agregadas a la causa, que la firma FUMIGACIONES Y LIMPIEZA S.A. haya dado cabal cumplimiento, al momento de presentar su oferta, a los requisitos exigidos por los inciso(s) a) y b) del artículo 8º del PBCP...".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-21447881-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 22 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Subsanación de ofertas – Certificado Fiscal para Contratar.

Consulta:

El MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expidiera respecto de la interpretación del artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

En el caso, la oferente María Salome ARCICIACO había tramitado la solicitud del certificado fiscal mediante la presentación del Formulario AFIP F. 206/I Multinota con posterioridad a la celebración del acto de apertura.

Concretamente, de las constancias obrantes en autos surgía que recién intimada a que presentara la documentación exigida, la proveedora en cuestión procedió a gestionar ante la AFIP el "Certificado Fiscal para Contratar", lo cual demostraba que al momento de presentar la oferta no contaba con dicha documentación.

El servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen había sostenido al respecto: agregó: *"…la no vigencia del certificado prevista en el mencionado artículo* [inciso 2) del Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16] *no debería ser fruto de la falta de diligencia del oferente, sino que más bien, a pesar de dicha diligencia, el certificado no está vigente por causas no imputables a él. Caso contrario se vería afectado el principio de igualdad entre los oferentes que debe observase en todo procedimiento licitatorio, perjudicándose a quienes si tomaron los recaudos necesarios, y desalentándose la actuación diligente por parte de los administrados.".*

Normativa examinada:

- Artículos 17 y 28 del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículos 52, 53, 55, 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La principal finalidad del Certificado Fiscal para Contratar en el marco del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional es que sirva como instrumento para verificar la habilidad de los oferentes en los términos del artículo 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01, a fin de que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley Nº 24.156 no contraten con aquellos que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales.

II) El inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 debe interpretarse bajo el prisma de los principios generales que informan las contrataciones públicas. Desde esa perspectiva corresponde analizar la consulta en torno al artículo 13, inciso h) apartado 5 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales en cuanto exige que al momento de presentar las ofertas se informen los datos de la nota presentada ante la AFIP a los fines de solicitar el 'Certificado Fiscal para Contratar', teniendo en consideración que en el caso concreto traído a estudio la oferente María Salomé ARCIDIACO acompañó la Multinota presentada ante el organismo recaudador con fecha posterior a la fecha de la apertura de ofertas.

III) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presenten las ofertas y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes –promoción de la concurrencia y de la competencia–, pero siempre respetando los principios de transparencia y de igualdad de interesados y oferentes.

IV) De lo expuesto se desprende que los principios generales se encuentran estrechamente interrelacionados y representan importantes herramientas hermenéuticas para la solución de casos particulares, como el que aquí nos ocupa. Ninguno de ellos posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí (CORMICK, Martín en RETJMAN FARAH, Mario (Director), *Contrataciones de la Administración Nacional*. 1era edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Págs. 174 y ss.).

V) En ese marco conceptual, las hipótesis de conflicto han de resolverse adoptando una decisión razonable, a partir de la aplicación de un adecuado estándar valorativo que permita alcanzar una justa y proporcional relación entre los objetivos y fines perseguidos y el medio empleado. Así, en aras de buscar una solución que lograse armonizar los principios generales aplicables al régimen, esta Oficina Nacional sostuvo en distintos pronunciamientos que se debía evaluar la diligencia que tuvo el oferente frente a la exigencia del Certificado Fiscal para Contratar, ponderando las circunstancias de cada caso en particular (conf. Dictámenes ONC Nros. 825/12, 1016/12, 81/13, 190/13, entre muchos otros).

VI) Frente a la omisión –por parte de la oferente María Salome ARCICIACO– de acompañar junto con su oferta el Formulario AFIP F. 206/I Multinota y/o de informar los datos del mismo, resultaba procedente la intimación a su presentación, tal como se procedió. Ahora bien, ello en modo alguno implica tener por subsanada la oferta con el solo cumplimiento de dicho extremo, sino que corresponde en cada caso evaluar si efectivamente el oferente obró –o no– con la debida diligencia.

VII) A luz de lo expuesto, esta Oficina Nacional no alberga dudas en cuanto a que la solicitud del Certificado Fiscal tramitada por parte de la oferente María Salome ARCICIACO con posterioridad a la celebración del acto de apertura no se condice con el estándar de diligencia que resulta exigible a un proveedor del Estado.

VIII) Dada la plataforma fáctica sobre la cual se asienta el caso sometido a consulta, corresponde compartir el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en tanto concluir lo contrario implicaría –en este caso concreto– violentar los principios de igualdad y transparencia que informan las contrataciones públicas, en particular el principio de igualdad con los interesados en presentarse en el procedimiento en cuestión.

IX) Va de suyo que aceptar documentación que refleja la regularización de un requisito del pliego con posterioridad a la presentación de la oferta no solo atenta contra el principio de igualdad sino que desalienta a los proveedores que obraron con la debida diligencia, resultando lesivo incluso a los intereses de quienes pudieron –responsablemente– haberse autoexcluido de participar de la puja, por no contar a la fecha de la apertura de ofertas con los requisitos contemplados en los pliegos (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2017-15355229-APN-ONC#MM).

X) A título ilustrativo, cabe mencionar que en el marco de Dictamen ONC Nº 412/2008 se arribó a una conclusión congruente con la que aquí se propicia, al sostenerse: *"....que el organismo contratante podrá solicitar que el oferente que no haya presentado con su oferta la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar la presente luego, en oportunidad de la evaluación de las ofertas, siempre que el mismo acredite que poseía habilidad para contratar también al momento de la cotización correspondiente."* (v. en igual sentido: Dictamen ONC Nº 468/09).

XI) En esa misma línea puede citarse el Dictamen ONC Nº 813/2012, donde se sostuvo: "*La información que no impida comparar una oferta con las restantes o evaluar su conveniencia debe, en principio, ser admitida luego de la apertura, en tanto, si dicha oferta es un acto jurídico válido, con ello no se otorga ventaja alguna al oferente a efectos de realizar la posterior comparación o evaluación. Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por tanto, no la alteran…".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de enero de 2018.

Referencias/voces: Subsanación de garantía constituida mediante pagaré por una suma superior a la permitida.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación al defecto advertido en la forma de presentación de la garantía de mantenimiento de oferta por parte de la firma MECANO GANADERO S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 14/17 del registro de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

Normativa examinada:

- Artículos 3, 17 y 31 del Decreto Delegado 1023/01.
- Artículos 28, 66 inciso k), 67, 78 y 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 13, 39 inciso g) y 40 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En tanto la firma MECANO GANADERO S.A. ofertó por la suma de PESOS TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL TRESCIENTOS CATORCE CON VEINTITRES CENTAVOS ($ 32.510.314,23.-), sin que se configure ninguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 80 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resultaba meridianamente clara su obligación de acompañar junto con su propuesta la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. Esto último se encuentra acreditado y está fuera de

discusión: La sociedad comercial de que se trata acompañó junto con su oferta un pagaré sin protesto por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-).

II) La verificación de dicho extremo resulta relevante, en la medida de lo contrario resultaría de inexcusable aplicación la causal de desestimación de ofertas –sin posibilidad de subsanación– contemplada en el artículo 66 inciso k) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

III) El medio elegido por el proveedor MECANO GANADERO S.A. para constituir la garantía de mantenimiento de su oferta –pagaré– se encuentra en riña con lo establecido en el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en tanto esta última norma establece, interpretada a contrario sensu, que no podrá afianzarse mediante pagaré cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda –en este caso el 5% de la oferta– supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260 M), que en la actualidad representa el importe de PESOS DOSCIENTOS SESENTA MIL ($ 260.000,00.-). De tal suerte en la medida en que el guarismo resultante de aplicar el CINCO POR CIENTO (5%) al monto ofertado por MECANO GANADERO S.A. excede con creces el límite cuantitativo previamente mencionado, resulta necesario dilucidar si se trata de un defecto subsanable o no subsanable, en los términos de los artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

IV) Resulta ilustrativo remarcar la diferencia sustancial que puede apreciarse en la redacción del artículo 66 inciso k) del cuerpo reglamentario actualmente vigente, si se la compara con lo que establecía el artículo 84 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12. En efecto, esta última norma estipulaba: *"…Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: d) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un DIEZ POR CIENTO (10%) del monto correcto.".*

V) El actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta "en forma indebida". Se trata de un cambio de criterio en el "legislador".

VI) Si bien es cierto que en pretéritas intervenciones esta Oficina Nacional ha interpretado que la exigencia de acompañar la respectiva garantía "en la forma debida" debía entenderse en el sentido de que la misma fuera constituida mediante alguno de los medios autorizados, pero también implicaba que se hayan cumplimentado los recaudos formales propios del tipo de garantía elegida conforme la regulación específica para cada caso (v. Dictamen ONC Nº 36/2016, entre otros), no lo es menos que la norma tenida en cuenta a la hora de emitir tal pronunciamiento ya no se encuentra vigente, lo cual conlleva un cambio sustancial a la luz de la actual reglamentación.

VII) Resulta oportuno recordar algunas de las principales pautas interpretativas que pueden extraerse de anteriores pronunciamientos de este Órgano Rector relacionados con la posibilidad de subsanar o no deficiencias en las ofertas. A saber: 1) Como regla general, a los fines de no restringir la concurrencia de ofertas, el organismo contratante debe brindarles a los oferentes que hayan incurrido en faltas u omisiones la posibilidad de subsanar deficiencias no sustanciales (v. Dictámenes ONC Nros. 2/2013, 92/2014). El límite es la imposibilidad, por parte

de los particulares, de modificar aspectos sustanciales de las ofertas (precio/objeto, cantidad, calidad) una vez vencido el plazo para presentarla, por resultar ello violatorio de la igualdad y la transparencia (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 795/2011, 2/2013, 23/2013, 314/2014, 388/2014); 2) La normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse (v. Dictámenes ONC Nros. 627/2010, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 157/2014, 314/2014); 3) La posibilidad de subsanación posterior encuentra su principal límite en la imposibilidad de alteración alguna en la esencia de las propuestas (como ser en el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente), luego de vencido el plazo para presentarlas, de modo que resulte una suerte de mejora en relación con las demás ofertas presentadas. En general, queda alcanzada por esta restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente (v. Dictámenes ONC Nros. 412/2008, 468/2009, 530/2009, 548/2010, 554/2010, 627/2010, 813/2012, 815/2012, 2/2013, 23/2013, 313/2013, 322/2013, 388/2014 y 66/2015).

VIII) El punto de equilibrio para armonizar los principios de concurrencia, igualdad y transparencia, se encuentra en la imposibilidad de subsanación de las ofertas cuando ello implique la modificación de aspectos sustanciales y en la viabilidad del saneamiento cuando se trate de cuestiones de naturaleza no sustancial o no esencial. Desde esa óptica, esta Oficina ha exhortado a evitar actitudes formalistas y, por el contrario, centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta, señalando que la verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, en tanto revisten naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas (v. Dictamen ONC Nº 58/2016).

IX) El razonamiento jurídico se ha orientado, de este modo, hacia la conclusión de que, en rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf). Sobre esta base se ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación.

X) Ya se indicado que el actual Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no prevé como causal de desestimación no subsanable la presentación de la garantía de mantenimiento de oferta "en forma indebida", pero ello no significa –en modo alguno– que no se requiera el cumplimiento de formalidades en cuanto a la presentación de las garantías, sino que se buscó receptar en el nuevo reglamento, en cuanto concierne al tema que nos ocupa, el

criterio vertido por este Órgano Rector en diversos dictámenes: esto es, la posibilidad de subsanar cuestiones meramente formales no esenciales.

XI) Lo expuesto no implica desconocer que, en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso concreto– puedan eventualmente presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantía, susceptibles de ser calificados como "sustanciales" y, en consecuencia, insusceptibles de ser subsanados.

XII) en el caso concreto traído a estudio, el hecho de que el artículo 39 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establezca que las garantías "podrán" constituirse con pagarés a la vista cuando el importe que resulte de aplicar el porcentaje que corresponda no supere la suma de DOSCIENTOS SESENTA MÓDULOS (260M), no debe ser interpretado como un valladar a su subsanación, esto es, al extremo de concebir que toda garantía que fuere constituida mediante pagaré por encima de ese monto deba necesariamente ser rechazada sin posibilidad de subsanación, por cuanto el actual Reglamento de Contrataciones en su artículo 66 no lo prevé como una causal de desestimación no subsanable, y todo aquello que no esté expresamente previsto en dicho artículo debe –en principio– ser considerado subsanable, por aplicación del principio general. Máxime si se repara en que la garantía de mantenimiento de la oferta tiene carácter accesorio, cuyo objeto es asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el pliego de bases y condiciones particulares y sus eventuales prórrogas, por ello es que los defectos de forma que pudiera presentar, en principio, deben ser susceptibles de subsanación.

XIII) No debe perderse de vista que un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado.

XIV) Por todo lo expuesto, esta Oficina Nacional entiende que la constitución de la garantía de mantenimiento de oferta mediante pagaré por la suma de PESOS UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL ($ 1.626.000,00.-), configura un error susceptible de subsanación. Por consiguiente, a criterio de este Órgano Rector nada impediría que se intime a la sociedad MECANO GANADERO S.A. a su subsanación, en la medida en que tal proceder no configura una ventaja para el oferente ni altera la sustancia de su oferta.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-30751152-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 28 de junio de 2018.

Referencias/voces: Oferentes extranjeros - Inscripción en el Sistema de Información de Proveedores – Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR".

Antecedentes:

Para el Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 –cuyo acto de apertura tuvo lugar el día 2 de mayo de 2018– fueron confirmadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" las siguientes ofertas: 1) FALCON HIGH TECH AMERICA SRL; 2) SEA SISTEMAS ELECTRÓNICOS ACUÁTICOS; 3) IGEOTEST GEOSCIENCES S.L.; 4) BAHÍA GRANDE LN SA; 5) PROIOS

SALVAGE S.A.; 6) GRUPO HGM TECNOLOGÍAS SUBMARINAS S.A.; 7) WILLIAMSON & ASSOCIATES INC.; 8) OCEAN INFINITY INC. y 9) CIA SUD DRAGADOS S.A.).

En el Dictamen de Evaluación se recomendó declarar fracasado el Renglón N° 1 por no contar con ofertas admisibles ni convenientes y adjudicación del Renglón N° 2 en favor de la firma IGEOTEST GEOSCIENCES, S.L. (ESB17511940), por ajustarse técnicamente a lo requerido, cumplir con la documentación prevista en el pliego de bases y condiciones particulares y su precio resultar conveniente.

Posteriormente, se consultó a este Órgano Rector, respecto de la posibilidad de corregir el número de identificación tributaria de dicha firma por haber sido cargado "erróneamente" en el Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" por parte del propio interesado al realizar la preinscripción y advertido luego de notificado el dictamen de evaluación.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA solicitó que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se expida respecto del carácter subsanable de la inconsistencia de la carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

Normativa examinada:

- Artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.
- Artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC Nº 62/16.
- Disposición ONC Nº 64/16.
- Comunicación General ONC N° 59/17.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Este Órgano Rector carece de facultades para instruir al MINISTERIO DE DEFENSA respecto a cómo debe proceder en el marco del procedimiento de marras, desde que la decisión del curso a seguir es exclusiva de la autoridad competente de la jurisdicción consultante, quien podrá ceñirse –o apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad– de las opiniones brindadas tanto por los órganos técnicos como por su servicio permanente de asesoramiento jurídico.

II) En cualquier tipo de procedimiento los oferentes y adjudicatarios extranjeros están exceptuados de la obligación de inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). Empero, la Comunicación General ONC N° 59/17 establece que quienes estén exceptuados de estar incorporados en el SIPRO, deberán igualmente realizar la preinscripción para participar en los procedimientos que tramiten por el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).

III) En estos casos el requisito de preinscripción resulta indispensable –exclusivamente en términos operativos y/o de usabilidad del sistema– a los fines de obtener en forma automática un usuario y una contraseña para poder presentar ofertas en la plataforma "COMPR.AR".

IV) Debe distinguirse el trámite de preinscripción del trámite de inscripción al SIPRO: el primero debe realizarlo el interesado sin intervención alguna de esta Oficina Nacional, a diferencia de lo que acontece en el trámite de inscripción al SIPRO en el que debe seguirse el trámite previsto en el artículo 5º del anexo registrado en el Módulo Generador de Documentos Electrónicos Oficiales bajo el número DI-2016- 01712783-APN-ONC#MM, que forma parte integrante de la Disposición ONC Nº 64/16.

V) Cuando se trata de un proveedor extranjero, el requisito de la preinscripción en el SIPRO-COMPR.AR es únicamente a los fines operativos –es decir, para poder cargar la oferta en la plataforma electrónica–, pero no conlleva ni el cotejo ni la verificación de la información cargada, como sí acontece en el trámite de inscripción.

VI) El presente caso no se trata de una inconsistencia de carga de datos en el Sistema de Información de Proveedores. Ello por cuanto las firmas involucradas son extranjeras y, como tales, están exceptuadas de la incorporación a dicho sistema y no se encuentran incorporadas al mismo. Ahora bien, analizada la información en el contexto de la contratación y no solamente teniendo en miras el trámite de preinscripción, se entiende que tampoco se estaría frente a una inconsistencia acontecida al momento de la realización de la preinscripción por parte de la firma oferente, la cual podría haber resultado susceptible de ser subsanada, si no que se trataría de dos empresas diferentes (IGEOTEST GEOSCIENCIES, S.L. (NIT ESB17511940) que fue quien presentó la oferta en el procedimiento a través del Sistema COMPR.AR –número de orden 69- e IGEOTEST GEOCIENCIAS y EXPLORACIONES S.L.U. (NIT B55178248).

VII) La oferta confirmada y, a su vez, la única que integra el orden de mérito para el Renglón Nº 2 del Proceso de Compra Nº 340/1-0004-CDI18 se correspondía con la razón social IGEOTEST GEOSCIENCES SL y con el número de NIF: B-17511940, mientras que: i) La Declaración Jurada de Intereses está a nombre de CONTROL Y PROSPECCIONES IGEOTEST SL NIF: B-17511940 (v. en el orden 70 el RE-2018- 19918397-APN-DGAD#MD); ii) La tarjeta con el Número de Identificación Fiscal (NIF) emitida por la Agencia Tributaria de España y acompañada en el expediente es a nombre de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SLU (B-55178248) (v. en el orden 76 el RE-2018-19918836-APN-DGAD#MD) y iii) La propuesta técnica está en folletería de IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL.

VIII) Es competencia de la Comisión Evaluadora verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, más aún en los casos de proveedores extranjeros que no se inscriben en el Sistema de Información de Proveedores.

IX) En virtud de todo lo señalado y considerando que IGEOTEST GEOSCIENCES SL (B-17511940) e IGEOTEST GEOCIENCIAS Y EXPLORACIONES SL (B-55178248) son personas jurídicas distintas, se entiende que existe un error esencial en la oferta, motivo por el cual esta Oficina Nacional considera que esta cuestión no es susceptible de subsanación, conforme lo establecido en el artículo 66 inciso j) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

DICTAMEN ONC Nº 36/2014.

Fecha de emisión: 28 de enero de 2014.

Referencias: Derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera. Extremos habilitantes de la renegociación o recomposición contractual. Teoría de la imprevisión.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto a un proyecto de acto administrativo mediante el cual se propiciaba reconocer a las firmas MARTIN Y CIA S.A. y LINSER S.A.C.I.S. –adjudicatarias en el marco de la Licitación Pública Nº 02/10 del registro de la ANSES–, la recomposición de la ecuación económica-financiera de los contratos perfeccionados mediante las Órdenes de Compra Nros. 10070/10 y 10071/10, respectivamente, con motivo de los incrementos homologados por el ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL para el Convenio Colectivo de Trabajo Nº 281/96 que nuclea a trabajadores y empresarios de servicios de maestranza, con incidencia en los Ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013.

En el caso de marras, durante la vigencia de las Órdenes de Compra Nº 10070/10 y 10071/10 las firmas adjudicatarias solicitaron en sucesivas oportunidades la recomposición de los respectivos contratos, con fundamento en los aumentos en los costos generales, de insumos y principalmente, en razón de los incrementos salariales homologados por el ex MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

La DIRECCIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURA de la ANSES señaló que al momento de realizar la cotización –febrero de 2010– las oferentes pudieron prever, razonablemente, un aumento máximo del VEINTICINCO POR CIENTO (25%) para las paritarias (tomando como referencia el Acuerdo Salarial inmediato anterior a la apertura de ofertas), cuando en realidad los aumentos efectivamente homologados representaron un incremento en orden del TREINTA Y DOS PUNTO SESENTA Y TRES POR CIENTO (32.63%) para el año 2010; del TREINTA Y SEIS PUNTO CERO CINCO POR CIENTO (36.05%) para el año 2011, del TREINTA Y CUATRO POR CIENTO (34%) para el año 2012 y finalmente del TREINTA Y CUATRO PUNTO CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (34.51%) para los meses correspondientes al año 2013 hasta la finalización del contrato el 30 de abril de 2013.

En suma, la instancia técnica en cuestión concluyó que para el año 2010 el incremento insusceptible de ser previsto por las adjudicatarias fue del TREINTA PUNTO CINCUENTA Y DOS POR CIENTO (30.52%) sobre el valor cotizado; para el año 2011 del CUARENTA Y CUATRO PUNTO DOS POR CIENTO (44.2%) sobre el valor cotizado; para el año 2012 del TREINTA Y CUATRO POR CIENTO (34%) sobre el valor cotizado y para el año 2013, hasta el 30 de abril de ese año, el incremento no previsto fue del TREINTA Y OCHO PUNTO CERO CUATRO POR CIENTO (38.04%) sobre el valor cotizado.

Por otra parte, se informó que, sin perjuicio de los pedidos de recomposición contractual, las empresas adjudicatarias continuaron prestando el servicio de limpieza en forma efectiva, permanente y satisfactoria durante la vigencia del contrato, así como también que de los recibos de haberes acompañados por las contratantes surgía que las mismas cumplían con el pago de las remuneraciones del personal, aportes y contribuciones sociales, respetando los salarios mínimos de cada paritaria.

En razón de lo expuesto, correspondía evaluar si se encontraban dadas las condiciones para reconocer a las firmas MARTIN Y CIA S.A. y LINSER S.A.C.I.S. la recomposición de la ecuación económica-financiera de sus respectivos contratos, al amparo de la teoría de la imprevisión.

Normativa examinada:

- Artículo 1198 Código Civil.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Se entiende por ecuación económico-financiera del contrato la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá.

II) En un esquema de Administración y contratista que actúan en colaboración y con el objetivo de ejecutar un contrato útil al bien común, se realza la preservación del equilibrio económico, puesto que a la Administración le interesa resguardar a sus cocontratantes, ya que toda alteración de la economía del contrato repercutirá negativamente en el buen y oportuno cumplimiento de una tarea necesaria para la satisfacción del fin público perseguido.

III) Si bien es cierto que en todo contrato administrativo, por aplicación del régimen exorbitante, le asisten al Estado prerrogativas de poder público, también existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares. Tal equilibrio entre prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y justicia del ordenamiento jurídico administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nº 266/07, Nº 1048/12, Nº 1049, Nº 1050, Nº 1051/12 y 205/13, entre otros).

IV) El instituto de la imprevisión permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles, y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible. Sabido es que la aludida teoría no apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa, ni crear un "seguro" para el cocontratante de la Administración, sino a reencarrilar el contrato a su alea "normal", recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar.

V) La aplicación del artículo 1198 del Código Civil exige que la prestación a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles, siendo necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación del citado artículo.

VI) Para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse previamente los extremos exigidos en la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil. Esto es, que el contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada; que la prestación se haya tornado excesivamente onerosa; que el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similares al caso fortuito pero que no impiden sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación); que no haya mora ni culpa del contratista (Dictámenes PTN 259:222, 261:367).

VII) Para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Fallos 301:525, 319:1681).

VIII) Un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse –en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida– en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el artículo 1198 del Código Civil y aplicable a los contrato administrativos por analogía (v. Dictámenes ONC Nº 1048/12, Nº 1049/12, Nº 1050/12, Nº 1051/12 y Nº 446/13).

IX) A través de diversos pronunciamientos, este Órgano Rector ha tenido oportunidad de delinear los recaudos o presupuestos que deben verificarse con el objeto de habilitar un procedimiento de renegociación contractual: 1) En primer lugar, el proveedor deberá acreditar el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que las mismas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen; 2) La excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo del proveedor deberá ser evaluada y merituada por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición; 3) En los casos en que el reclamo de recomposición se fundamente en aumentos salariales acordados por paritarias, el proveedor deberá acreditar, en primer lugar, que se encuentra alcanzado por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca, así como también que dicho convenio o nuevo acuerdo salarial provocó la alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de que se trate. Finalmente, deberá verificarse que el proveedor haya realizado efectivamente el pago de los conceptos salariales que alega para solicitar la recomposición del contrato y, en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva.

X) No parece dudoso que al menos un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de incremento en las remuneraciones del personal de maestranza corresponde que sea afrontado por las

propias contratistas, por cuanto fue el porcentaje de aumento que previsiblemente pudieron haber tenido cuenta al momento de cotizar en base a los acuerdos de paritarias vigentes en el año 2009.

XI) Dicho lo anterior y considerando la documentación acompañada por las firmas LINSER S.A.C.I.S. y MARTÍN Y CÍA S.A. respectivamente, el informe técnico y el dictamen del servicio jurídico permanente, corresponde tener por cumplidas las exigencias establecidas por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y por este Órgano Rector en relación a los presupuestos para habilitar la renegociación de los contratos en virtud de un quebranto en la ecuación económico financiera, motivada por un cambio en las condiciones económicas del mercado (únicamente por el porcentaje considerado imprevisible, conforme la teoría de la imprevisión).

XII) La recomposición por incrementos salariales, en los porcentajes entendidos como "imprevisibles", no resulta procedente desde el inicio de las Órdenes de Compra, sino desde el momento en que cada proveedor realizó el reclamo pertinente, esto es, desde agosto de 2010 en relación a MARTIN & CIA S.A. y desde septiembre de 2010 en relación a la firma LINSER S.A.C.I.S.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03065258-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 8 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Renegociación del contrato. Devaluación. Mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Imprevisión. Prohibición de indexar. Principio de conservación del contrato.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación con la solicitud de "recomposición del contrato" realizada por la firma UN MIL COSAS S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 10/15 del registro de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES.

En el caso de marras, la adjudicataria UN MIL COSAS S.R.L., solicitó –mientras se encontraba en curso de ejecución el contrato perfeccionado mediante la notificación de la Orden de Compra N° 40/15 y de modo previo al vencimiento del plazo de entrega de los bienes– la recomposición del contrato con fundamento en que las medidas económicas dictadas a partir de la aplicación de la Circular A 5850 del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA) y de la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS N° 3821 habían alterado las relaciones contractuales celebradas con anterioridad a las mismas.

En ese orden de ideas, el proveedor en cuestión argumentó lo siguiente: *"…Debe tenerse en cuenta, fundamentalmente, la incidencia de varios factores, entre los que se destacan: A) El cese de las restricciones al tipo de cambio* […] *Desde ese momento dejó de existir el tipo de cambio regulado, pasando a un tipo de cambio único y libre, que a la fecha de la presente incrementó el costo de importación en por lo menos un 70% más el consecuente aumento impositivo. En definitiva, para alguien que solía importar sus productos a $ 8,42, dicha mercancía*

se ha encarecido exponencialmente. B) La devaluación de nuestra moneda en relación al dólar estadounidense, estableciendo un régimen relativo de 'flotación', produciéndose una brutal modificación de la relación peso-dólar. C) El mantenimiento de la prohibición de indexar. Ello marca un verdadero contrasentido y desigualdad entre los contratos, según sean en moneda extranjera pesificada, anteriores a las normas, o en pesos, anteriores, o posteriores a ellas. Todas esas medidas han desequilibrado los contratos, han destruido su base económica, llevando a la necesidad de su revisión para restablecer su equilibrio original…".

En razón de lo expuesto, correspondía evaluar si se encontraban dadas las condiciones para reconocer a la firma UN MIL COSAS S.R.L. la recomposición de la ecuación económica-financiera de su respectivo contrato, al amparo de la teoría de la imprevisión.

Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Frente a determinadas circunstancias, asiste al cocontratante del Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. En ese sentido, corresponde puntualizar que: *"…se entiende por ecuación económico-financiera del contrato la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el cocontratante del Estado tomará a su cargo como consecuencia del acuerdo y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá. La relación de igualdad o equivalencia prevista en la ecuación económico-financiera debe ser mantenida al momento de la firma del contrato y durante su ejecución"* (RENNELLA, María Paula. *Hecho del Príncipe, Teoría de la Imprevisión y Fuerza Mayor* en *Cuestiones de Contratos Administrativos* en homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Pág. 255. Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2007).

II) En un esquema de Administración y contratista que actúan en colaboración y con el objetivo de ejecutar un contrato útil al bien común, se realza la preservación del equilibrio económico, puesto que a la Administración le interesa resguardar a sus cocontratantes, ya que toda alteración de la economía del contrato repercutirá negativamente en el buen y oportuno cumplimiento de una tarea necesaria para la satisfacción del fin público perseguido (RENNELLA, María Paula. *Op. Cit*. Págs. 256/257). En esa línea de pensamiento se ha fundamentado que: *"Si el contrato administrativo persigue un fin de interés público, y su ecuación económico-financiera se ha trastocado, no es justo que el cocontratante particular, que está colaborando en el logro de esa finalidad, deba cargar con los efectos de tal alteración, a la cual ha sido extraño, y de ahí que la Administración concurra, también en salvaguarda de aquel interés público, en su ayuda para permitir que pueda continuar cumpliendo las prestaciones del contrato, a que está obligado"* (ESCOLA, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, Vol. 2. Pág. 693. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990).

III) Si bien es cierto que en todo contrato administrativo, por aplicación del régimen exorbitante, le asisten al Estado prerrogativas de poder público, también existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares. Tal equilibrio entre prerrogativas de la

Administración y las garantías de los administrados, es la base fundamental de la armonía y justicia del ordenamiento jurídico administrativo (Cfr. Dictámenes ONC Nº 266/2007, Nº 1048/2012, Nº 1049/2012, Nº 1050/2012, Nº 1051/2012 y 205/2013, entre otros).

IV) El instituto de la imprevisión permite compensar distorsiones significativas en la relación contractual derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible (Cfr. RENNELLA, María Paula. *Op. Cit.* pág. 272). Se trata de un instituto –consagrado como un principio general de derecho– que apunta a la subsistencia del vínculo contractual, a partir de la recomposición del contrato (principio de conservación del contrato). Es decir, tiende a que el contrato vuelva a su alea normal.

V) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: *"…para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse previamente los extremos exigidos en la segunda parte del citado artículo 1198 del código de fondo. Esto es, que el contrato sea conmutativo y de ejecución diferida o continuada; que la prestación se haya tornado excesivamente onerosa; que el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similares al caso fortuito pero que no impiden sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación); que no haya mora ni culpa del contratista"* (Dictámenes PTN 259:222, 261:367). Para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato– y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Fallos 301:525, 319:1681).

VI) La aplicación de la aludida teoría torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones explicitadas.

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-03508851-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2016.

Referencias/voces: Recurso de reconsideración. Proveedor CAVEGO S.A. Teoría de la imprevisión.

Antecedentes:

Por Disposición ONC Nº DI-2016-31-E-APN-ONC#MM de fecha 28 de julio de 2015 se le aplicó al proveedor CAVEGO S.A. UNA (1) sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de UN (1) año y UN (1) día, en los términos del artículo 131, inciso b), apartado 3.1 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, como consecuencia de la rescisión total, por culpa del proveedor, del contrato perfeccionado con el ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en el marco de la Licitación Pública Nº 79/13; y UNA (1) sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional, por el plazo de TRES (3) meses y UN (1) día, en los términos del artículo 131, inciso b), apartado 2.2 del aludido Reglamento, como

consecuencia del incumplimiento de pago del valor de la garantía perdida, en el plazo fijado al efecto.

La Disposición Número: DI-2016-31-E-APN-ONC#MM fue notificada a la firma CAVEGO S.A. con fecha 8 de agosto de 2016, mientras que con fecha 19 de agosto de 2016, el proveedor de que se trata interpuso recurso de reconsideración.

La firma CAVEGO S.A. adujo que la rescisión total del contrato no se produjo por su culpa sino a causa de la devaluación de la moneda nacional, motivo por el cual debió aplicarse la teoría de la imprevisión. El proveedor esgrimió, en carácter de eje central de su defensa, que: *"…su incumplimiento resultó consecuencia de la devaluación de la moneda nacional con relación al dólar estadounidense, acontecimiento que habría ocasionado un desequilibrio económico del TREINTA Y NUEVE POR CIENTO (39 %) entre el momento en que presentó su oferta y el momento de la adjudicación, llevándolo a desistir de su oferta.".*

<u>Análisis y opinión del Órgano Rector:</u>

I) La llamada "teoría de la imprevisión" puede, a partir de la acreditación de determinados presupuestos, convertirse en una herramienta esencial para continuar con el contrato, buscando repartir las consecuencias desfavorables que pudieran amenazar con la ruina del cocontratante del Estado. De ello se desprende que dicha garantía apunta a la subsistencia del vínculo contractual, a partir de la recomposición del contrato (principio de conservación del contrato).

II) En el ámbito del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, este instituto no constituye una causal de extinción de los contratos administrativos; sino que se limita a reencarrilar el contrato a su alea "normal", recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar. Justamente por ello, el contratista afectado debe cumplir las prestaciones a su cargo, y en su caso requerir el reconocimiento de una compensación que mitigue las pérdidas, y le permita continuar la ejecución del contrato, circunstancia que claramente no se corresponde con lo acontecido en autos, desde que CAVEGO S.A. optó por no cumplir con la orden de compra emitida en su favor.

III) El contratista debió obrar con pleno conocimiento de las cosas, pues la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas. Tan es así que en su destacado voto en el fallo "Dulcamara S.A. c/ ENTEL" el ministro Fayt sostuvo: "*La teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: pacta sunt servanda* (…) *no puede aceptarse que el Estado, a través del contrato, se convierta en garante de un determinado nivel de renta del contratista"* (Fallos 313:376 voto del juez Carlos S. Fayt).

TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-27016602-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de noviembre de 2017.

Referencias: Decreto Nº 1188/12. Gastos precontractuales. Enriquecimiento sin causa.

Consulta:

Se instó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que dictamine si correspondía o no que la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA (PFA) abonase la Factura B Nº 0002-00020045, emitida por la firma NACIÓN LEASING S.A. el día 1º de diciembre, por la suma de PESOS DOS MIL CIENTO VEINTITRES CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 2.123,55), en concepto de gestiones y gastos precontractuales efectuados con miras a la celebración de un contrato de leasing que nunca llegó a perfeccionarse, por haber resultado desierta la convocatoria.

Resulta ilustrativo puntualizar que con fecha 11 de octubre de 2013 la DIVISIÓN MANTENIMIENTO AERONÁUTICO de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA requirió la contratación en leasing de DOS (2) vehículos eléctricos tipo POLARIS, destinados al traslado y remoción de helicópteros de esa Institución.

El 25 de febrero de 2014 tomó intervención la ONC, dando por satisfechos los extremos requeridos para la prosecución del trámite, en los términos del Decreto Nº 1188/12 y de la Disposición ex SSTG Nº 10/12.

El 22 de abril de 2014 tuvo lugar el acto de apertura, en el marco del procedimiento sustanciado por NACIÓN LEASING S.A. –Solicitud de Contratación Nº 23/14–, resultando desierto por no haberse recibido ofertas.

Finalmente, el 1º de diciembre de 2015 NACIÓN LEASING S.A. emitió la Factura B N° 0002-00020045 por la suma de PESOS DOS MIL CIENTO VEITITRÉS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 2.123,55) en concepto de gastos de gestión del trámite correspondiente a la Solicitud de Contratación Nº 23/14.

Normativa examinada:

- Artículo 25, inciso d), apartado 8, del Decreto Nº 1023/01.
- Artículo 6° del Decreto N° 1030/16.
- Artículo 3° de la Disposición ONC N° 62/16.
- Decreto N° 1188/12.
- Ley 25.248.
- Artículos 1781 y 1791 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Disposiciones Ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13.
- Comunicación General ONC Nº 17, del 20 de noviembre de 2014.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Por conducto del artículo 6° del Decreto N° 1030/16 se dispuso la derogación del Decreto N° 1188/12, mientras que a través del artículo 3° de la Disposición ONC N° 62/16 han sido derogadas las Disposiciones ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13, la Disposición ONC N° 91/14, la Disposición ONC N° 45/15 y las Comunicaciones Generales ONC Nros. 13/14, 15/14, 17/14, 27/15 y 33/15. A su vez, la Ley 25.248 sobre contrato de leasing fue parcialmente derogada por el art. 3° inc. f) de la Ley N° 26.994.

II) No obstante ello, el Decreto Nº 1188/12 y las Disposiciones Ex SSTG Nros. 10/12 y 24/13 resultan aplicables al caso en cuestión, en tanto fueron las normas vigentes durante la sustanciación del procedimiento que dio lugar a las erogaciones objeto de controversia.

III) El Decreto N° 1188, dictado en año 2012 en el marco del denominado "Programa de Ordenamiento de las Compras y Contrataciones Públicas", dispuso que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 debían adquirir los automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales, al desarrollo de sus funciones y a dotar a la comunidad de los bienes y servicios cuya prestación corresponda al Estado, mediante la celebración de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A., encuadrados en el artículo 25, inciso d), apartado 8, del Decreto Nº 1023/01, sus modificatorios y complementarios.

IV) En tanto la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA es un organismo desconcentrado del MINISTERIO DE SEGURIDAD, resultaba comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1188/12, así como también respecto del ámbito de aplicación material u objetivo de la norma, en tanto se propiciaba la adquisición de vehículos oficiales. Correspondía, por consiguiente, sujetarse –entre otras– a las previsiones de la Disposición ex SSTG Nº 10/12, por la cual se aprobó el procedimiento para la celebración de convenios de leasing con NACIÓN LEASING S.A. (Anexo I), así como también se aprobó el modelo de convenio a utilizarse (Anexo II).

V) Esta Oficina Nacional emitió la Comunicación General ONC Nº 17, del 20 de noviembre de 2014, donde se aclaró que, de existir la imposibilidad de determinar al momento de la suscripción del convenio de leasing el monto exacto de los conceptos establecidos en el punto 12 del Anexo II de la Disposición Ex SSTG N° 10/12, *"…los mismos serán facturados por NACIÓN LEASINGS.A. en forma separada del canon del leasing, resultando dicha factura suficiente respaldo documental para que la jurisdicción o entidad contratante emita los documentos que fueran necesarios para realizar el pago correspondiente.".*

VI) Cada convenio de leasing se consideraba perfeccionado en oportunidad de su firma, razón por la cual ninguna duda cabe respecto a que el acuerdo de leasing tenido en miras por las partes para la contratación de DOS (2) vehículos eléctricos tipo POLARIS, destinados al traslado y remoción de helicópteros de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA no llegó a perfeccionarse, por causas ajenas a la voluntad de las partes. En efecto, a juzgar por las constancias obrantes en las presentes actuaciones, parecería que nada puede reprochárseles a las partes, desde que la convocatoria llevada a cabo con sujeción al procedimiento aplicable

resultó desierta por causas que –en principio– resultaron ser ajenas a sus respectivas responsabilidades.

VII) Siendo ello así, queda claro que no está en juego la aplicación de penalidades, las que, va de suyo, no proceden en el marco de relaciones inter-administrativas, donde rige el principio de unidad de acción del Estado, que se traduce en relaciones de coordinación y colaboración (conf. Dictamen PTN 252:209).

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que asiste razón a las instancias letradas preopinantes en cuanto advirtieron la ausencia de regulación expresa de los gastos vinculados con la gestión del trámite previo a la celebración del convenio, frente a un supuesto como el que nos ocupa, en donde el convenio interadministrativo entre NACIÓN LEASING S.A. –en calidad de dador– y la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA o bien el MINISTERIO DE SEGURIDAD –en carácter de tomador–, nunca llegó a perfeccionarse.

IX) La ausencia de un convenio de leasing perfeccionado torna inviable tanto la aplicación de lo previsto en la Cláusula 12.3, así como también la instancia conciliatoria prevista en la Cláusula 11, ambas del Anexo II de la Disposición ex SSTG Nº 10/12, precisamente porque tales estipulaciones presuponían un acuerdo firmado; especialmente el mecanismo de acercamiento de las partes con intervención de este Órgano Rector, en tanto se encontraba previsto para resolver a través del consenso toda controversia que pudiere surgir durante la ejecución contractual.

X) Aun cuando ningún reproche pueda efectuarse a la gestión que NACIÓN LEASING S.A. realizara conforme sus propias normas a fin de satisfacer la solicitud de contratación Nº 23/14, no parece razonable, en el otro extremo, calificarla de provechosa y conveniente para la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, en tanto no se materializó en un convenio de leasing susceptible de satisfacer las necesidades operativas de dicha Fuerza. En ese entendimiento, tampoco procedería el pago por aplicación la teoría del enriquecimiento sin causa, en la medida en que uno de los principales requisitos o presupuestos de procedencia de dicha teoría es justamente el enriquecimiento de una parte a raíz de prestaciones realizadas por la otra, extremo que no se configura en el presente caso.

XI) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que se considera enriquecimiento sin causa al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, al configurar los siguientes elementos: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio (v. Dictamen PTN N° 89, del 18 de abril de 2002).

XII) El fundamento del principio de enriquecimiento sin causa es, precisamente, impedir que ante la ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, una persona pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otra. Sin embargo, en la medida en que no es posible sostener que la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA se haya enriquecido a expensas de NACIÓN LEASING S.A. –en tanto no se advierte configurado el necesario desplazamiento

patrimonial–, el pago de los gastos reclamados tampoco puede hallar sustento en la teoría bajo análisis.

TRÁMITE SIMPLIFICADO.

DICTAMEN ONC Nº 62/2013.

Fecha de emisión: 25 de marzo de 2013.

Referencias: Contratación directa por trámite simplificado. Reparticiones en el exterior.

Consulta:

Consulta realizada por la Embajada Argentina en la REPÚBLICA DE HAITÍ, respecto de la posibilidad de utilizar el régimen de caja chica para atender gastos ordinarios de esa repartición diplomática (v.g. compra de papel higiénico, detergente, agua, combustible para los vehículos y generadores eléctricos, elementos de oficina y refrigerio de personal), debido a que, en virtud de los usos y costumbres locales sería prácticamente imposible adquirirlos a través del procedimiento de trámite simplificado.

Normativa examinada:

- Artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las contrataciones directas encuadradas en cualquiera de los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 podrán efectuarse por el trámite simplificado. En tales procedimientos de selección no resulta obligatorio el dictado de un acto administrativo previo que autorice la convocatoria y la elección del procedimiento, como tampoco el que apruebe los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, previendo la recepción de las ofertas a través de correo electrónico o facsímil. Asimismo, se prescinde del período de vista que sigue a la apertura de las ofertas, de la confección del cuadro comparativo y del dictamen de evaluación de las ofertas. Dicha evaluación la realiza el titular de la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) con intervención de la Unidad Requirente.

II) En el caso de las reparticiones en el exterior que por su estructura no cuenten formalmente con Unidades Requirentes y con Unidades Operativas de Contrataciones, las funciones asignadas a éstas podrán ser ejercidas por la máxima autoridad de la repartición o por quien ésta designe, en tanto se tratan de actividades que forman parte de la organización administrativa.

III) El procedimiento para la contratación directa por trámite simplificado puede limitarse a cumplir con las siguientes etapas: 1.- Convocatoria a realizar ofertas en los términos del artículo 53 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/2012; 2.- Recepción de ofertas

por medio de sobres cerrados, correos electrónicos o fax; 3.- Evaluación de las ofertas por parte del titular de la UOC, con intervención de la Unidad Requirente; 4.- Emisión del acto administrativo por el cual se adjudique el procedimiento o se lo declare desierto o fracasado o se lo deje sin efecto, reuniendo las características indicadas en el inciso i) del artículo 147 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

IV) El acto administrativo por el cual se resuelva la adjudicación será suscripto por la máxima autoridad de la Embajada, quien se pronunciará - cumpliendo con las formalidades del artículo 11 del Decreto Delegado Nº 1023/01 - sobre el procedimiento elegido y las bases que rigieron el llamado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso i) del citado artículo 147 y del artículo 1° de la Resolución del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO N° 693/12.

UNIDAD REQUIRENTE (UR).

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-01157038-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 26 de Enero de 2017.

Referencias/voces: Procedimiento. Competencias de la Comisión Evaluadora. Informe técnico.

Consulta:

Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida sobre si corresponde emitir un informe técnico por parte de la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo de las ofertas y en forma previa a la emisión del dictamen de evaluación.

Normativa examinada:

- Artículos 61, 62 y 65 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 25, 26 y 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo de la Disposición ONC Nº 62/2016.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las etapas del procedimiento previstas en la normativa son: acto de apertura de las ofertas, dentro de los DOS (2) días hábiles administrativos siguientes procede la vista, la verificación que realiza la unidad operativa de contrataciones en el sistema de información de proveedores y la confección del cuadro comparativo, al día siguiente de vencido ese plazo se remiten los actuados a la Comisión Evaluadora.

II) Por su parte, la normativa establece que es función de la Comisión verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes, y que cuando se tratare de contrataciones para cuya apreciación se requieran conocimientos técnicos o especializados o bien para garantizar la correcta apreciación de criterios de sustentabilidad, las Comisiones Evaluadoras podrán requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con tales conocimientos específicos.

III) Por consiguiente, si de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16, resulta meridianamente claro que la Comisión Evaluadora se halla facultada –cuando la complejidad técnica de la contratación lo amerite– para requerir la intervención de peritos técnicos o solicitar informes a instituciones estatales o privadas con determinados conocimientos específicos, con más razón ha de aceptarse que pueda requerir la opinión de la unidad requirente, siempre que lo estime necesario para la adecuada apreciación de los aspectos y/o componentes estrictamente técnicos de las ofertas. Pero esto último debe necesariamente ser entendido como una facultad exclusiva, excluyente y de carácter discrecional de la Comisión Evaluadora.

IV) Una vez confeccionado el Cuadro Comparativo de Ofertas por parte de la unidad operativa de contrataciones, ésta última deberá remitir las actuaciones a la Comisión Evaluadora el día siguiente de vencido el plazo previsto en el artículo 25 del Manual de Procedimiento para la realización del proceso de verificación de la inscripción de los oferentes en el Sistema de Información de Proveedores, es decir, sin solución de continuidad. De ahí que la elaboración de un informe por parte de la unidad requirente en forma previa al inicio de la etapa de evaluación de las ofertas no constituye un paso procedimental contemplado en el trámite de una licitación pública, sino que por el contrario, recién cuando los actuados hayan sido remitidos a la Comisión Evaluadora, será ésta quien, eventualmente, valore la necesidad de efectuar tal requerimiento, en razón de la complejidad técnica que pueda presentar la contratación de que se trate y de la asistencia que a los fines de la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas pueda brindar la unidad requirente.

V) Este Órgano Rector en el Dictamen 36/16 sostuvo:*"…ninguna duda cabe en cuanto a que la Comisión Evaluadora es el órgano encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud y elegibilidad de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para el dictado del acto administrativo con el cual concluye el procedimiento* (…) *Su función principal es la determinación del orden de mérito de las ofertas y la recomendación sobre la resolución a adoptar en el procedimiento, ya sea adjudicando todo o parte del objeto contractual, o aconsejando que se declare el procedimiento como fracasado, ya sea por falta de ofertas convenientes o admisibles, o desierto por ausencia de proponentes. En su caso, en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación deberán exteriorizarse los motivos por los cuales considere que una o varias ofertas resultan inadmisibles, manifiestamente inconvenientes o que determinado proveedor o proveedores se encuentran alcanzados por causales de inelegibilidad* (…) *La Comisión Evaluadora posee, además, un importante rol en lo que hace al control de juridicidad de lo actuado, y adquiere una vital relevancia en el desarrollo del procedimiento, siendo la encargada de analizar la existencia de defectos no sustanciales en las ofertas y de requerir a los presentantes su subsanación, permitiendo garantizar de ese modo, un resultado exitoso del procedimiento de selección. Tales funciones esenciales fortalecen el accionar conforme a Derecho al que debe estar ligada la Administración, consagrando la protección del interés público y un mayor control de los gastos que son sufragados por el erario público.".*

VI) En virtud de las consideraciones vertidas ut supra, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que en los procedimientos de licitación pública la normativa no prevé que se requiera la evaluación de las ofertas o la emisión de un informe técnico a la unidad requirente con posterioridad a la confección del cuadro comparativo y en forma previa a la remisión de los actuados a la Comisión Evaluadora. No obstante lo expuesto, la normativa aplicable habilita a la Comisión Evaluadora a instar la intervención de la unidad requirente –sin perjuicio de lo expresamente previsto en relación a la designación de peritos y/o instituciones

con conocimientos específicos– cuando así lo estime oportuno para la correcta valoración de los aspectos eminentemente técnicos de las ofertas.

UNIONES TRANSITORIAS (UT).

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34338906-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 18 de julio de 2018.

Referencias/voces: Pliego de bases y condiciones particulares – Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) – Uniones Transitorias (UT).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en torno a la consulta efectuada a través del Portal COMPR.AR por parte del señor Andrés Omar NICOSIA.

En el caso concreto traído a estudio, el organismo consultó respecto de los requisitos exigidos en el pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública Nº 31-0018-LPU17, haciendo referencia a "las inscripciones y/o habilitaciones en los diferentes organismos solicitados en el Anexo 2 del mismo". Puntualmente, se consultó si dichos requisitos debían ser cumplidos por todos y cadauno de los integrantes de la UT.

Normativa examinada:

- Artículo 1º del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículos 1442, 1463, 1464 y 1466 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Artículos 25 y 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Artículos 13, 20 y 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16.
- Artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16.
- Disposición ONC Nº 65/16.
- Disposición ONC Nº 6/18.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las "uniones transitorias" son una especie dentro del género "contratos asociativos". No se les aplican las normas sobre sociedades, desde que el artículo 1442 del Código Civil y

Comercial de la Nación establece expresamente que no son, ni por medio de ellas se constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.

II) El artículo 1463 del Código Civil y Comercial de la Nación estipula que: *"…Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.".*

III) La doctrina vernácula tiene dicho que: *"…Las uniones transitorias de empresas* (…) *receptan en nuestra legislación a la figura anglosajona de los joint ventures, que han sido definidos, en sentido amplio y general, como la forma mediante la cual dos o más sociedades se agrupan para llevar a cabo un emprendimiento común con fin lucrativo (…) tienen por objeto el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto en favor de un tercero* (…) *las uniones transitorias de empresas no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho…"* (v. NISSEN, Ricardo A. *Curso de Derecho Societario*. 2da. edición. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2012. Págs. 579 y ss.).

IV) Si bien las uniones transitorias (UT) carecen de personalidad jurídica propia, ello no impide considerar a esta clase de ente colectivo como un sujeto de derecho a los fines tributarios, distinto de las personas humanas y/o jurídicas que lo integren.

V) En el artículo 1464 del Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra regulado lo atinente a la forma y contenido del contrato, el que se deberá otorgar por instrumento público o privado certificado notarialmente y deberá contener: a) el objeto, con determinación concreta de las actividades y los medios para su realización; b) la duración, que debe ser igual a la de la obra, servicio o suministro que constituye el objeto; c) la denominación, que debe ser la de alguno, algunos o todos los miembros, seguida de la expresión "unión transitoria"; d) el nombre, razón social o denominación, el domicilio y, si los tiene, los datos de la inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación o individualización que corresponde a cada uno de los miembros. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la celebración de la unión transitoria, su fecha y número de acta; e) la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros; f) las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso; g) el nombre y el domicilio del representante, que puede ser persona humana o jurídica; h) el método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados; i) los supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato; j) los requisitos de admisión de nuevos miembros; k) las sanciones por incumplimiento de obligaciones; l) las normas para la elaboración de los estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas en los artículos 320 y siguientes, los libros exigibles y habilitados a nombre de la unión transitoria que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común. A su vez, el artículo 1466 exige que el contrato y la designación del representante sean inscriptos en el Registro Público que corresponda.

VI) En cuanto concierne al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, debe mencionarse en primer lugar que mediante la Disposición ONC Nº 65/16 se habilitó el

Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de selección prescriptos en el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16. A su vez, en la actualidad el sistema electrónico de contrataciones "COMPR.AR" y el sistema de información de proveedores "SIPRO" se encuentran integrados en un único sitio de internet (https://comprar.gob.ar), el cual cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

VII) El artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16, modificada por su similar Nº 6/18, establece -en cuanto aquí concierne- lo siguiente: *"…DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR PARA LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE INFORMACION DE PROVEEDORES. Para la incorporación, según el tipo de personería deberá presentarse la siguiente documentación:* (…) *d) Uniones Transitorias (UT): I) Contrato de constitución de la UT debidamente inscripto en la Inspección General de Justicia o Registro Público correspondiente. II) Instrumento donde conste la designación de representantes legales de la UT, inscripto en la Inspección General de Justicia o Registro Público correspondiente. III) En caso de acreditar apoderados, poder suficiente vigente y Documento Nacional de Identidad o Pasaporte del Apoderado. IV) Declaración jurada de habilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL. V) Declaración jurada de elegibilidad.".*

VIII) El artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16, modificada por su similar Nº 6/18, establece -en su parte pertinente- lo siguiente: *"…REQUISITOS DE LAS OFERTAS. Las ofertas deberán cumplir con los siguientes requisitos:* (…) *j) Las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT)* (…) *deberán acompañar junto con la oferta lo siguiente: 1. Poder emitido por las personas que conformarán la UT o sus representantes legales en favor de uno de ellos, mediante el cual se acrediten sus facultades para suscribir la oferta y actuar en su representación desde el momento de la presentación de la propuesta hasta el dictado del acto de finalización del procedimiento. 2. Declaración jurada suscripta por las personas que conformarán la UT o sus representantes legales, en la que conste lo siguiente: 2.1. El compromiso de constituirse legalmente como tal, en caso de resultar adjudicatarias, y de modo previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato respectivo. 2.2. El compromiso expreso de responsabilidad principal, solidaria e ilimitada de todas y cada una de las personas agrupadas, por el cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del procedimiento de selección y del contrato. 2.3. El compromiso de mantener la vigencia de la UT por un plazo no menor al fijado para el cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del contrato. 2.4. El compromiso de no introducir modificaciones en el estatuto de la UT, ni en el de las personas jurídicas que la integraren, que importe una alteración de la responsabilidad, sin la aprobación previa del organismo contratante. 2.5. El compromiso de actuar exclusivamente bajo la representación unificada en todos los aspectos concernientes al contrato. 3. Documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos específicos previstos en los pliegos de bases y condiciones particulares. En dichos pliegos se determinará si tales requisitos deben ser cumplidos individualmente por cada uno de los integrantes o en conjunto por todos ellos. Una vez presentada la oferta, las UT no podrán modificar su integración, es decir, cambiar, aumentar y/o disminuir el número de personas que las*

compondrán, y en caso de ser contratadas no podrán hacerlo hasta el cumplimiento total de las obligaciones emergentes del contrato, excepto conformidad expresa del organismo contratante. Las personas que se presentasen en los términos previstos en el presente apartado no podrán presentarse como parte de otra oferta, ni constituirse como oferentes individuales, bajo apercibimiento de desestimarse la totalidad de las ofertas.".

IX) El artículo 20 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– estipula en cuanto aquí interesa que: *"…Cada una de las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT), deberá cumplir en forma individual con los requisitos de habilidad para contratar…".* Finalmente, el artículo 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– dispone que: *"…En los casos en los que resulte adjudicada la oferta presentada por las personas que hubieren asumido el compromiso de constituir una Unión Transitoria (UT), deberán realizar - como requisito previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato - el trámite de inscripción de la misma en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO). La falta de cumplimiento del presente requisito determinará la revocación de la adjudicación por causa imputable al adjudicatario.".*

X) El artículo 25 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, modificado por su similar Nº 6/18, prescribe que: *"…Dentro de los DOS (2) días siguientes al acto de apertura de las ofertas, la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), el estado en que se encuentra cada uno de los oferentes y, en su caso, comunicarles que realicen las gestiones necesarias ante la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que se encuentren inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación o bien al momento de la adjudicación en los procedimientos en que no se realice dicha etapa. En el caso de las personas que se hubieran presentado agrupadas asumiendo el compromiso, en caso de resultar adjudicatarias, de constituirse legalmente en una Unión Transitoria (UT), deberá verificarse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), el estado en que se encuentra quien hubiere suscripto la oferta, como así también el estado en que se encuentran cada una de las personas que integrarán la UT.".*

XI) Por último, en el artículo 27 del citado manual –con las modificaciones introducidas por Disposición ONC Nº 6/18– al regular las funciones de la Comisión Evaluadora, se aclara que cuando se trate de personas que se hubieren presentado agrupadas asumiendo el compromiso, en caso de resultar adjudicatarias, de constituirse legalmente en una Unión Transitoria (UT), deberá verificarse el cumplimiento de los puntos 1 y 3 de dicha norma respecto de cada una de las personas que integrarán la UT.

XII) A la luz de las normas previamente citadas, es posible efectuar las siguientes consideraciones: 1. Puede presentar oferta una unión transitoria constituida como tal o bien determinadas personas –humanas o jurídicas–, asumir el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT) solo en caso de resultar adjudicatarias. Esto último implica la posibilidad de que varias personas humanas o jurídicas se unan con la finalidad de complementar las actividades desarrolladas por cada una de ellas a los efectos de ofertar a la Administración

Pública la provisión de bienes o servicios que no se encontrarían posibilitadas de ofrecer individualmente. 2. De darse el primero de los supuestos mencionados en el punto que antecede, la UT deberá tramitar su incorporación al Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), de conformidad con lo establecido en el inciso d) del artículo 9º del "Manual de procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO", aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 64/16, modificada por su similar Nº 6/18. 3. Las personas que se presenten agrupadas asumiendo, en caso de resultar adjudicatarias, el compromiso de constituirse en una Unión Transitoria (UT) deberán acompañar junto con la oferta la documentación individualizada en el artículo 13, inciso j) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 63/16, modificada por su similar Nº 6/18. A su vez, en estos casos la normativa vigente establece que cada una de las personas que integrarán la UT deberá cumplir en forma individual con los requisitos de habilidad para contratar y que, por otra parte, de resultar adjudicada la oferta, deberán realizar el trámite de inscripción de la UT en el SIPRO, como requisito previo a la notificación de la orden de compra o firma del contrato. 4. En todos los supuestos en que en los pliegos de bases y condiciones particulares se estipulen requisitos específicos, corresponderá al organismo contratante aclarar en los mismos si tales requisitos deben ser cumplidos por la propia UT o bien individualmente por cada uno de los integrantes de la UT o en conjunto por todos ellos.

XIII) El punto 3 del inciso j) del artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales estipula que en los pliegos de bases y condiciones particulares de la contratación se deberá determinar si los requisitos específicos solicitados en el mismo deben ser cumplidos individualmente por cada uno de los integrantes de la UT o en conjunto por todos ellos. En razón de lo expuesto, el pliego de bases y condiciones particulares de la contratación debió haber establecido dicha cuestión. Sin embargo, habiéndose compulsado la información obrante en el portal "COMPR.AR", se advierte que en el apartado 2 del anexo 2 "CARACTERISTICAS PARTICULARES DEL SERVICIO" del pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2018-28843665-APN-DC#SPF se estableció la exigencia de contar con numerosas habilitaciones, sin efectuar aclaración alguna, extremo que motivó la consulta efectuada por el señor Andrés Omar NICOSIA, de fecha 2 de julio de 2018.

XIV) Ahora bien, no es posible soslayar que con fecha 5 de julio de 2018 se difundió en el portal "COMPR.AR" la Circular Aclaratoria Nº 4, a través de la cual se indicó que: *"…los requisitos indicados en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares deberían ser cumplimentados individualmente por todos los integrantes que conforman la Unión Transitoria; ello sin perjuicio de las obligaciones fiscales que resulten aplicables a esta última…"*. Siendo ello así, deberá estarse a lo indicado en la aludida circular.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-34606045-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 19 de julio de 2018.

Referencias/voces: Habilidad para contratar – Deudas impositivas y/o previsionales – Certificado Fiscal – Impugnación al dictamen de evaluación. Cómputo de plazos. Recaudos formales en "COMPR.AR" – Uniones Transitorias (UT).

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión con respecto a si correspondía declarar fracasada la Licitación Privada N° 24-0014-LPR17 del registro de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS INTEGRALES SOBRE DROGAS DE LA NACIÓN ARGENTINA (SEDRONAR) o, por el contrario, adjudicar el objeto contractual a la firma PREVENCIÓN ART S.A.

Normativa examinada:

- Artículos 23, 27 y 28 inciso f) del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Artículo 5º del Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Resolución General AFIP Nº 4164/17.
- Resolución General AFIP N° 1814/05.
- Artículos 2º, 4º y 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC Nº 65/16.
- Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.
- Comunicación General ONC Nº 102, del 17 de abril de 2018.
- Artículo 1º incisos d) y e) apartado 3º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 5º del Decreto Nº 1030/16 dispone que la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS pondrá a disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales de los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores, para que las jurisdicciones y entidades contratantes puedan verificar la habilidad para contratar en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

II) El 1º de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017, por la cual se derogó la Resolución General N° 1814 y sus modificaciones, implementándose un nuevo procedimiento para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8° de la Ley 24.156 y sus modificaciones, verifiquen –en forma directa o a través de esta Oficina Nacional– la habilidad para contratar respecto de sus oferentes, en los términos del mentado inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado Nº 1.023/01.

III) Mediante la Comunicación General ONC Nº 90 de fecha 15 de diciembre de 2017 se interpretó que a los fines de verificar la habilidad para contratar respecto de los oferentes, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, desde el 1º de diciembre de 2017 se debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 4164/17 –incluso para procedimientos que a esa fecha ya hubieran sido autorizados o

convocados– con sujeción al siguiente trámite: *"…Ingresar al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, 'COMPR.AR' cuyo sitio de internet es https://comprar.gob.ar. Consignar el usuario del ambiente comprador y contraseña* (…) *Ir a búsqueda de proveedores. Ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) del proveedor a consultar. El sistema brindará una respuesta que deberán agregar al expediente de la contratación.".*

IV) La existencia de deudas tributarias o previsionales debe verificarse en la etapa de evaluación de las ofertas y, si como resultado de la consulta se corrobora la existencia de incumplimientos ante la AFIP, corresponderá la desestimación de la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los términos del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM).

V) A los fines de generar la información relacionada con la habilidad para contratar, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS evaluará las siguientes condiciones: a) Que no tengan deudas líquidas y exigibles por obligaciones impositivas y/o de los recursos de la seguridad social por un importe total igual o superior a UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.-), vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; b) Que hayan cumplido con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas determinativas impositivas y/o de los recursos de la seguridad social vencidas durante el año calendario correspondiente a la fecha de la consulta, así como las vencidas en los CINCO (5) años calendarios anteriores; c) En caso de Uniones Transitorias de Empresas (UTE), los controles señalados en los incisos a) y b) se deberán cumplir también respecto de la Clave de Identificación Tributaria (CUIT) de quienes la integran (v. artículo 3º de la Resolución AFIP N° 4164/17).

UNIVERSIDADES NACIONALES.

DICTAMEN ONC Nº 22/2013.

Fecha de emisión: 18 de enero de 2013.

Referencias: Decreto 1188/12. Adquisición de automóviles. Trámite de la excepción. Universidad nacional.

Consulta:

La DIRECCIÓN GENERAL ECONOMÍA Y FINANZAS de la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR dio intervención a la ONC en el marco de la tramitación de la excepción a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1188/12, conforme lo regulado en el artículo 3° del citado cuerpo normativo.

Resulta pertinente poner de resalto que la asesoría letrada de la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR había opinado que el Decreto N° 1188/12 no resultaba de aplicación en al ámbito de las Universidades Nacionales, ya que –según manifestara en esa oportunidad– las

mismas ejercen su autonomía y autarquía al margen de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional en lo atinente a esta materia.

Normativa examinada:

- Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.
- Artículo 8º inciso a) de la Ley N° 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto N° 1344/07.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Decreto N° 1188/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) De lo dispuesto en el artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07 se desprende que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, en general, y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1188/12, en particular. En tal sentido todo contrato comprendido en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional gestionado por una Universidad Nacional, deberá ajustarse a los decretos referidos, sus normas complementarias y modificatorias.

II) Por amplia que sea la autonomía consagrada en la reforma constitucional, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias. Ello además es concordante con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.251 que establece que las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la Ley N° 24.156 (Dictámenes PTN 254:391).

III) Si bien el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional consagra la autonomía universitaria al señalar que corresponde al Congreso de la Nación *"…Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren* […] *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales"*, y que la Ley de Educación Superior N° 24.521 establece en su artículo 59 que: *"…Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional"*, ambas normas suponen una independencia particular tanto en el ejercicio de sus funciones como en la administración y disposición de sus recursos, y constituyen un límite a la facultad reglamentaria del Estado, no obstante, las mismas no implican desvincular a las Universidades de la potestad regulatoria del Congreso Nacional.

IV) Si bien la autonomía y autarquía constitucionalmente consagrada confieren a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de

contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

V) El objetivo de la autonomía es desvincular la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional (Fallos 326:1355)

VI) En tal sentido, el artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VII) la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…"*.

VIII) Es claro que la autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el Honorable Congreso de la Nación delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01. Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1188/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

IX) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que los procedimientos de selección que lleven adelante las Universidades Nacionales, deben hacerse aplicando las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12 y ajustarse a las previsiones del Decreto N° 1188/12.

DICTAMEN ONC Nº 211/2014.

Fecha de emisión: 29 de mayo de 2014.

Referencias: Aplicación del Régimen general a contrataciones a llevarse a cabo en el marco del Proyecto "Polo de Desarrollo Local y Regional Universidad Nacional Arturo Jauretche" financiado por el Fondo de Convergencia estructural del Mercosur. Contratos excluidos. Aplicación de común acuerdo del régimen general. Aplicación del Programa de ordenamiento. Universidades Nacionales. Régimen compra nacional y mipyme autoridad de aplicación.

Consulta:

Se solicitó la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en torno a si en las compras y contrataciones a realizarse en el marco del proyecto "Polo de Desarrollo Local y Regional Universidad Nacional Arturo Jauretche", financiado por el FONDO DE CONVERGENCIA ESTRUCTURAL DEL MERCOSUR (FOCEM) y sustanciado a través del Convenio de Financiamiento FOCEM N° 02/2013 resultaban de aplicación los artículos 65 a 70 del Reglamento del FOCEM, aun cuando los mismos se oponen al otorgamiento de preferencias a empresas nacionales dispuestas en la normativa nacional, y por otro lado, se consultaba si eran aplicables –en el marco de dicho proyecto– los Decretos N° 1181/12, N° 1190/12 y N° 1191/12.

Es del caso señalar que mediante la Decisión del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR N° 45/04 se creó el mentado FONDO PARA LA CONVERGENCIA ESTRUCTURAL DEL MERCOSUR (FOCEM), con el objeto de financiar programas para promover la convergencia estructural, desarrollar la competitividad y promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas; apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración.

En función de los objetivos establecidos en la norma de creación del FOCEM, la UNIVERSIDAD NACIONAL ARTURO JAURETCHE suscribió el "Convenio de Financiamiento del Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur N° 02/13" en el marco del Proyecto "Polo de Desarrollo y Regional Universidad Nacional Arturo Jauretche en el Partido de Florencio Varela".

Dicho instrumento jurídico fue celebrado entre la República Argentina representada por el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO y la Secretaría del MERCOSUR, con el objeto de regular las condiciones de ejecución y el financiamiento del Proyecto.

Normativa examinada:

- Ley N° 26.147.
- Decisiones del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR Nros. 45/04 y 18/05.
- Artículos 4º y 5º inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Ley Nº 25.551.
- Ley Nº 25.300.
- Decreto Nº 1600/02.
- Decretos Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12, 1190/12 y 1191/12.
- Artículo 8°, inciso a) de la Ley Nº 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto N° 1344/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Con fecha 26 de marzo de 1991 se firmó el Tratado de Asunción para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado referido en el párrafo anterior, en el año 1994 los Estados Parte suscriben el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur –Protocolo de Ouro Preto–, en cuyo artículo 34 se establece que el MERCOSUR tiene personalidad jurídica de derecho internacional.

II) Siendo que el MERCOSUR es una persona de derecho público internacional que financiará a través del Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR el proyecto "Polo de Desarrollo Local y Regional Universidad Nacional Arturo Jauretche", sustanciado a través del Convenio de Financiamiento FOCEM N° 02/2013, esta Oficina Nacional entiende que las contrataciones a celebrarse en el marco del referido Convenio se encuentran, en principio, excluidas del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, con fundamento en lo establecido en el inciso c) del artículo 5º del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) Sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar que la Cláusula Décimo Segunda del Convenio citado en el párrafo precedente establece que: *"Las acciones derivadas del desarrollo y ejecución del Proyecto serán responsabilidad exclusiva del Estado Beneficiario, el que deberá además: a) Observar y hacer cumplir la normativa nacional en materia de regulación económica, laboral, ambiental y social, así como en materia de compras, contrataciones, auditorías y controles nacionales exigidos que no se opongan a las establecidas en el presente COF."* Por otro lado, la Cláusula Décimo Quinta referida exclusivamente a Compras y Contrataciones dispone: *"Las contrataciones realizadas en el marco de la COF estarán sujetas en general, a los procedimientos establecidos por la legislación del Estado Beneficiario, y en particular, a lo dispuesto en el presente acuerdo, respetando los principios de publicidad, transparencia, igualdad de tratamiento, competencia entre oferentes, y eficiencia."*.

IV) En tal sentido, deberá estarse a lo establecido en el artículo 5º del Decreto Delegado N° 1023/01 última parte en tanto establece que: *"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…".* Todo lo expuesto, permite concluir en que el organismo consultante deberá dar cumplimiento a la totalidad de la normativa nacional vigente en materia de contrataciones públicas en tanto no se oponga a las disposiciones establecidas en el Convenio de Financiamiento FOCEM N° 02/2013.

V) Sin perjuicio de que las contrataciones a llevarse a cabo en el marco del proyecto "Polo de Desarrollo Local y Regional Universidad Nacional Arturo Jauretche" son financiadas por una entidad de derecho público internacional –MERCOSUR–, resultan de aplicación las disposiciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, en tanto así fue establecido de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredita la relación contractual, conforme los términos del artículo 5º, inciso c) del referido Decreto Delegado. Ello así, va de suyo, siempre y cuando el aludido Régimen no se oponga a lo establecido en el Convenio de Financiamiento de que se trata.

VI) En cuanto hace a la consulta atinente a la compatibilidad de los artículos 65 a 70 del Reglamento del FOCEM y las leyes Nros. 25.551 y 25.300, respectivamente, se recomienda rencausar la consulta a la SECRETARÍA DE INDUSTRIA y a la SECRETARÍA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA Y DESARROLLO REGIONAL, ambas dependientes del MINISTERIO DE INDUSTRIA, en tanto se trata de los órganos con competencia primaria en materia de interpretación y aplicación de sendos regímenes.

VII) Esta Oficina tiene dicho que el mentado Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, resulta de

aplicación al ámbito de las Universidades Nacionales (conf. Dictamen ONC N° 22/2013). Ahora bien, como consecuencia de dicho Régimen General y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos en general y los procedimientos de contrataciones en particular, se dictaron los Decretos Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12, 1190/12 y 1191/12.

VIII) Los Decretos Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12 y 1190/12 comparten un mismo ámbito de aplicación subjetivo. A saber, resultan de aplicación a las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.

IX) La Ley N° 24.156 fue reglamentada por el Decreto N° 1344/07, que en el artículo 8° del Anexo, en su parte pertinente, establece: *"…Para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional."*. De lo dispuesto en el artículo citado se desprende que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de los Decreto Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12 y 1190/12.

X) Resta señalar que el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1191/12 resulta ser incluso más amplio que el de los ya mencionados, en tanto abarca a la totalidad de jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley Nº 24.156. Por los motivos expuestos, dicha normativa nacional resulta aplicable en tanto la misma no entre en contradicción con lo establecido en la normativa FOCEM y con las disposiciones emergentes del Convenio de Financiamiento respectivo.

DICTAMEN ONC Nº 288/2014.

Fecha de emisión: 6 de agosto de 2014.

Referencias: Decreto Nº 1187/12. Universidades Nacionales. Ámbito de aplicación Subjetivo. Posibilidad de prorrogar contrato con una entidad bancaria distinta.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4º del Decreto Nº 1187/12, se expida sobre el requerimiento de prórroga en el plazo de vencimiento de operatividad de cuentas bancarias, formulado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CUYO a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, vinculado al pago de haberes al personal de la mencionada institución universitaria mediante el BANCO PATAGONIA S.A.

El Rector de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO había comunicado al BANCO PATAGONIA S.A., firma adjudicataria de la Licitación Pública Nº 03/2010, su intención de hacer uso de la opción indicada en la Cláusula 3.2. del pliego de bases y condiciones particulares que rigió el aludido procedimiento licitatorio, a fin de prorrogar la vigencia del contrato de prestación de servicios financieros por el período de UN (1) AÑO a partir del plazo de vencimiento y/o hasta que se encuentren dadas las condiciones para cumplir con el Decreto N° 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1187/12.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina tiene dicho que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, resulta de aplicación al ámbito de las Universidades Nacionales (conf. Dictamen ONC N° 22/2013).

II) Como consecuencia de dicho Régimen General y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos en general y los procedimientos de contrataciones en particular, se dictaron los Decretos Nros. 1187/12, 1188/12, 1189/12, 1190/12 y 1191/12.

III) Las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

IV) Sentado lo anterior, deberá estarse a lo establecido en el artículo 3º del Decreto Nº 1187/12, en cuanto establece: *"Los contratos por el servicio de pago de haberes por caja de ahorro con otras entidades bancarias distintas al BANCO DE LA NACION ARGENTINA que estuvieran vigentes a la fecha de aprobación de la presente medida y que se hubieran perfeccionado al amparo del Decreto Nº 1023/01 sus modificatorios y complementarios deberán respetarse hasta la finalización del período originario del contrato, no pudiendo la Administración hacer uso de la opción a prórroga que se hubiese previsto en los mismos".*

DICTAMEN ONC Nº 94/2015.

Fecha de emisión: 13 de abril de 2015.

Referencias: Aplicación del programa de ordenamiento a las Universidades. Ámbito de aplicación del Decreto N° 1188/12 en relación con el organismo consultante, teniendo en cuenta que se trata de una Universidad Nacional.

Objeto de la intervención:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en torno a la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 3° del Decreto N° 1188/12 para la adquisición de vehículos por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE MISIONES.

Normativa examinada:

- Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.
- Artículos 1º y 3° del Decreto N° 1188/12.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.251.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 complementaria permanente de presupuesto.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) A los fines de determinar si las Universidades Nacionales están obligadas a aplicar el Decreto N° 1188/12, resulta necesario determinar si dichas instituciones son jurisdicciones y/o entidades de la Administración Pública Nacional.

II) la Ley N° 24.156 fue reglamentada por el Decreto N° 1344/07 que en el artículo 8° de su Anexo, en su parte pertinente, establece: *"…Para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional."*. De lo dispuesto en el artículo citado se desprende que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas, en términos generales, dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1188/12, en particular.

III) Las Universidades Nacionales son entes públicos; tienen en la actualidad una particular ubicación dentro del esquema institucional. Por amplia que sea la autonomía consagrada en la reforma constitucional, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias (Dictámenes PTN 254:391).

IV) El artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso de la Nación sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Luego, la Ley de Educación Superior N° 24.521 establece en su artículo 59 que las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional". Ambas normas suponen una independencia particular en la misión propia de las Altas Casas de Estudio, más no implican desvincular a las Universidades de la potestad regulatoria del Congreso Nacional.

V) Si bien la autonomía y autarquía constitucionalmente consagrada confieren a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

VI) En tal sentido, el artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercen las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación. De igual modo, la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".*

VIII) Es claro que la autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el Honorable Congreso de la Nación –en relación con la materia atinente al caso de marras– delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por conducto del Decreto Delegado N° 1023/01. Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1188/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

IX) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que los procedimientos de selección que lleven adelante las Universidades Nacionales, deben hacerse aplicando las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023/01 y ajustarse, en el caso que puntualmente nos ocupa, a las previsiones del Decreto N° 1188/12 (conf. Dictámenes ONC Nros. 22/2013, 104/2013 211/2014).

X) En atención a lo expuesto precedentemente, esta Oficina Nacional entiende que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE MISIONES debería, en principio, canalizar la adquisición de automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales mediante la celebración de contratos de leasing con NACIÓN LEASING S.A. Para el caso en que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE MISIONES considere inconveniente para los intereses del Estado la contratación de automotores a través del convenio de leasing con NACION LEASING S.A., deberá solicitar, frente a cada caso concreto en que lo considere pertinente, la excepción contemplada en el artículo 3º del Decreto Nº 1188/12.

DICTAMEN ONC Nº 40/2016.

Fecha de emisión: 18 de abril de 2016.

Antecedentes:

La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES comunicó que no procedería a difundir la etapa de convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 1/16 del registro de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS, llevada a cabo a efectos de adquirir un vehículo de transporte de pasajeros, en razón de lo dispuesto en el Decreto N° 1188/12.

En el artículo 1° de la Resolución R-N°56/16 emitida por el señor Rector de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS se dispuso que el Decreto N° 1188/12 no era de aplicación al procedimiento de adquisición de UN (1) vehículo de transporte de pasajeros con destino al Departamento de Geología de la Facultad de Ciencias Físico Matemáticas y Naturales.

En tal sentido, la Asesoría Jurídica de la mentada Universidad había indicado, en su Dictamen N° 572/15, que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS *"… puede decidir la adquisición del vehículo sin las limitaciones que establece el Decreto 1188/2012…"*

Referencias/voces: Decreto Nº 1188/12. Ámbito de aplicación subjetivo. Universidades Nacionales.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1188/12.
- Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.
- Artículo 8º de la Ley N° 24.156.
- Artículo 8º del Decreto N° 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.251.
- Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional. Por tal razón, se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01.

II) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN sostuvo que: *"...resulta indudable que las universidades nacionales gozan de autarquía financiera, y que como entes descentralizados del Estado Nacional se encuentran comprendidos en los alcances del inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156..."* (Dictamen PTN 244:133). Asimismo, sostuvo: *"Las Universidades Nacionales son entes públicos; tienen en la actualidad una particular ubicación dentro del esquema institucional. Por amplia que sea la autonomía consagrada en la reciente reforma constitucional,*

ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias. Ello además es concordante con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.251 que establece que las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la Ley N° 24.156; en consecuencia, la Universidad Nacional de General San Martín integra el Sector Público Nacional." (Dictamen PTN 254:391).

III) Al respecto, cabe indicar que si bien el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional consagra la autonomía universitaria al señalar que corresponde al Congreso de la Nación *"…Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren… la autonomía y autarquía de las universidades nacionales"*, y que la Ley de Educación Superior N° 24.521 establece en su artículo 59 que *"…Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional"*, ambas normas suponen una independencia particular tanto en el ejercicio de sus funciones como en la administración y disposición de sus recursos, y constituyen un límite a la facultad reglamentaria del Estado, no obstante, las mismas no implican desvincular a las Universidades de la potestad regulatoria del Congreso Nacional.

IV) Si bien la autonomía y autarquía constitucionalmente consagrada confieren a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

V) En tal sentido, el artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone –entre otros- que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VI) En relación con lo expuesto, es procedente hacer referencia al fallo "Franchini, Rafael s/ Recurso de Apelación art. 32", en el cual la Procuradora Fiscal de la Nación opinó: "*la Ley de Educación Superior 24521 establece que las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones: dictar y reformar sus estatutos; administrar sus bienes y recursos, conforme a sus estatutos y las leyes que regulen la materia; establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente (art. 29, incs. A, b y h, respectivamente). A su turno con respecto a la organización y el funcionamiento de las universidades nacionales, la ley dispone que tengan autarquía económico financiera dentro del régimen de la Ley N° 24.156 y que en ese marco posean la facultad de fijar su régimen salarial y de administración de personal (art. 59. inc b)". Asimismo, señala que "el objetivo de la autonomía es desvincular la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida*

en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional" (Fallos: 326:1355).

VII) Es claro que la autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el Honorable Congreso de la Nación -en relación con la materia atinente al caso de marras- delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01.

VIII) Como consecuencia de dicho Régimen y con la finalidad de dar acabado cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos se dictó el Decreto N° 1188/12. En ese orden de ideas, se resalta que dicha norma propicia la implementación de una política específica para que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a), de la Ley Nº 24.156 cuenten con los vehículos que requieran para el cumplimiento de sus funciones en tiempo oportuno, con el menor costo posible, en condiciones propicias y por medios que aseguren la mejor utilidad y economía para la Administración Nacional. (v. considerando 2 del Decreto N° 1188/12).

IX) En virtud de todo lo expuesto, y siendo que nos encontramos frente a una norma complementaria al régimen normativo dispuesto por Decreto Delegado N° 1023/01 –aplicable, como fuera dicho al ámbito de las universidades nacionales- deviene ineludible determinar la estricta aplicación del Decreto 1188/12 a las instituciones universitarias de carácter nacional, entre ellas la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS. (conf. Dictamen ONC N° 104/2013).

X) A mayor abundamiento se señala que, la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 154 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".*

DICTAMEN ONC Nº IF-2016-00074493-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 6 de julio de 2016.

Referencias: Decreto N° 1187/12. Su aplicación a Universidades Nacionales.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4º del Decreto Nº 1187/12 emita opinión respecto a si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA se encuentra comprendida –o no– en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto Nº 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto N° 1187/12.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Esta Oficina Nacional tiene dicho que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/2013 y 211/2014, entre otros).

II) En tal sentido, el servicio de pago de haberes al personal de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

III) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

IV) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el Régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación. De igual modo, el artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su parte pertinente establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".*

V) En efecto, como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos y en el cumplimiento de los objetivos de las jurisdicciones y entidades del sector público, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación en el ámbito de las universidades nacionales.

VI) En atención a lo manifestado en los párrafos que anteceden, la UNIVERSIDAD NACIONAL DE FORMOSA deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-00526200-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 12 de enero de 2017.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Decreto N°1187/12. Universidad de Buenos Aires (UBA).

Consulta:

En el marco de las actuaciones giradas en consulta, la DIRECCIÓN DE TESORERÍA DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES solicitó a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN autorización para la apertura de una cuenta bancaria en el BANCO SANTANDER RÍO S.A. a fin de que el INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES procediera al pago de honorarios, establecimiento de plazos fijos y cobro de tarjetas.

A raíz de ello, se consultó al Órgano Rector, en razón de lo establecido por el Decreto N° 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición de la ex SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN entonces dependiente de la ex SECRETARÍA DE GABINETE Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Nº 9/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1187/12 las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156 deberán implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes.

II) Los organismos comprendidos en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de la seguridad social.

III) Ello así, esta Oficina Nacional tiene dicho que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/13 y 211/14, entre otros).

IV) En tal sentido, el servicio de pago de haberes al personal del INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS "ALFREDO LANARI" de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

V) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

VI) En tal sentido, el artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el Régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VII) De igual modo, el artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su parte pertinente establece: "*Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación*…".

VIII) En efecto, como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos y en el cumplimiento de los objetivos de las jurisdicciones y entidades del sector público, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación en el ámbito de las universidades nacionales.

IX) El INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MÉDICAS "ALFREDO LANARI" de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

DICTAMEN ONC Nº IF-2017-20193673-APN-ONC#MM

Fecha de emisión: 14 de septiembre de 2017.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Decreto N°1187/12. Ámbito de aplicación subjetivo. Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Consulta:

En el marco de las actuaciones giradas en consulta tramitaba la información remitida por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA a la TESORERÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con relación a las cuentas bancarias con las cuales se encontraba operando.

En ese contexto ingresaron las actuaciones a esta Oficina Nacional, a fin de que, en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones, y de acuerdo a la competencia asignada en el artículo 4° del Decreto N° 1187/12, indique si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de dicho decreto.

Normativa examinada:

- Artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto Nº 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.
- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición de la ex SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN entonces dependiente de la ex SECRETARÍA DE GABINETE Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Nº 9/12.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto N° 1187/12 las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156 deberán implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes.

II) Los organismos comprendidos en el artículo 8° inciso a) de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de la seguridad social. A los fines de determinar si las Universidades Nacionales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 resulta necesario determinar si dichas instituciones son jurisdicciones y/o entidades de la Administración Pública Nacional.

III) La Ley N° 24.156 fue reglamentada por el Decreto N° 1344/07 que en el artículo 8° del Anexo, en su parte pertinente, establece: *"…Para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional.".* De lo dispuesto en el artículo citado se desprende que las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular. En tal sentido, cabe indicar que todo contrato comprendido en el Régimen de

Contrataciones de la Administración Pública Nacional gestionado por una Universidad Nacional, deberá ajustarse a los decretos referidos, sus normas complementarias y modificatorias.

IV) Si bien la autonomía y autarquía constitucionalmente consagradas confieren a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, etc.), lo cierto es que en materia de contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

V) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone –entre otros– que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

VI) La autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el Honorable Congreso de la Nación –en relación con la materia atinente al caso de marras– delegó en el Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01.

VII) La Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".* Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos de dar cumplimento con los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

VIII) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que los procedimientos de selección que lleven adelante las Universidades Nacionales, deben hacerse aplicando las disposiciones del Decreto Delegado Nº 1023/01 y el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 y ajustarse, asimismo; a las previsiones del Decreto N° 1187/12.

IX) Es opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto N° 1187/12.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-02333246-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 15 de enero de 2018.

Referencias/voces: Programa de ordenamiento de las contrataciones. Pago de haberes por Banco Nación. Ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12. Autonomía universitaria. Universidad Nacional.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con el fin de que se pronuncie respecto a si la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY se encuentra comprendida –o no– en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12.

Normativa examinada:

- Decreto Nº 1187/12.
- Disposición ex SSTG Nº 9/12.
- Artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.
- Artículo 8º del Anexo al Decreto N° 1344/07.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521.
- Artículo 120 de la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.
- Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.
- Artículo 59 de la Ley de Educación Superior N° 24.521.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Deben implementar el pago de haberes al personal mediante el BANCO DE LA NACION ARGENTINA las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156.

II) Las Universidades Nacionales son organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, razón por la cual se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01 en general y dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1187/12 en particular (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 22/2013, 211/2014, IF-2016-00074493-APN-ONC#MM, entre otros).

III) Si bien la autonomía constitucionalmente consagrada confiere a las Universidades Nacionales potestad suficiente para el dictado de sus propias normas internas (Estatutos, designación del claustro docente y autoridades, y todo aquello tendiente a garantizar su fin último, entendido como la divulgación del conocimiento, etc.), lo cierto es que en materia de

contrataciones el legislador ha sujetado su accionar a las normas que con carácter general se han dictado para las jurisdicciones y entidades integrantes del Sector Público Nacional.

IV) El artículo 59 de la Ley de Educación Superior Nº 24.521, dispone –entre otros– que en el marco de la autarquía económico-financiera que ejercerán las instituciones universitarias nacionales, les corresponde aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación.

V) La autonomía universitaria no implica la sustracción de las universidades de la potestad regulatoria del Poder Legislativo. En tal sentido, oportunamente, el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN –en relación con la materia atinente al caso de marras– delegó en el PODER EJECUTIVO NACIONAL el ejercicio de atribuciones legislativas en materias determinadas de su ámbito de aplicación, entre las cuales se destaca el dictado del Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública Nacional el cual se aprobó por el Decreto Delegado N° 1023/01. Luego, no es posible soslayar que la Ley Nº 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto, en su artículo 120 establece: *"Las Universidades Nacionales* (…) *deberán encuadrarse dentro de las disposiciones del Decreto Nº 1.023 del 13 de agosto de 2001 y su reglamentación…".*

VI) Como consecuencia de dicho Régimen y a efectos satisfacer los principios generales de economía y celeridad que deben regir los procedimientos administrativos, se dictó –entre otros– el Decreto N° 1187/12, el cual es, por lo tanto, de estricta aplicación al ámbito de la universidades nacionales.

VII) Si bien el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional consagra la autonomía universitaria al señalar que corresponde al Congreso de la Nación *"...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren* (…) *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales…"* y que la Ley de Educación Superior N° 24.521 establece en su artículo 59 *"…Las instituciones universitarias tiene autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional"*, tales normas no implican desvincular a las Universidades de la potestad regulatoria del Congreso Nacional y, desde esa perspectiva, ha sido este último quien a través de las Leyes Nros. 11.672 y 24.521 vincula a las universidades a la aplicación del régimen general de contrataciones, respecto del cual el Decreto Nº 1187/12 no es más que un apéndice.

VIII) En consonancia con ello, es procedente hacer referencia al Fallo "Franchini Rafael s/ Recurso de Apelación art. 32" en el cual la Procuradora Fiscal de la Nación dictaminó que: *"La ley de Educación Superior 24.521 establece que las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones: dictar y reformar sus estatutos, administrar sus bienes y recursos conforme a sus estatutos y las leyes que regulen la materia, establecer el régimen de acceso y permanencia y promoción del personal docente y no docente (Art.24, inc a, b y h, respectivamente) A su turno con respecto a la organización y el funcionamiento de las universidades nacionales, la ley dispone que tenga autarquía económico financiera dentro del régimen de la ley 24.156 y que en ese marco posean la facultad de fijar su régimen salarial y de administración del personal (Art 59. Inc b)".* Asimismo señaló que: *"…el objetivo de la autonomía es desvincular la universidad de su dependencia del*

Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanadas de la Constitución Nacional (Fallos 326:1355)".

IX) Como conclusión de todo lo expuesto, corresponde entonces señalar que el servicio de pago de haberes al personal de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY deberá implementarse a través de la celebración de un contrato interadministrativo con el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en los términos y con los alcances previstos en el aludido Decreto Nº 1187/12, sus normas complementarias y modificatorias, no pudiendo dicha Casa de Estudios contratar dicho servicio a otras entidades, sean estas públicas o privadas.

X) En atención a lo manifestado en los párrafos que anteceden, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Nº 1187/12. Como corolario de ello, deberá arbitrar los medios conducentes a efectos de efectivizar el pago de haberes a su personal mediante el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA a través de la apertura de Cajas de Ahorro Común, en dicha entidad bancaria pública, para cada uno de los agentes, de conformidad con lo establecido en el Decreto Nº 1187/12 y normas complementarias.

VENTA DE INMUEBLES DEL ESTADO NACIONAL.

DICTAMEN ONC Nº IF-2018-22179850-APN-ONC#MM.

Fecha de emisión: 11 de mayo de 2018.

Referencias/voces: Venta de inmueble en el exterior – Excepción al Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" – Procedimientos en el exterior.

Consulta:

A los fines de sustanciar el procedimiento para la venta del inmueble ubicado en 2136 calle R Noroeste, Kalorama, Washington, Distrito de Columbia, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, conforme fuera autorizada por el artículo 1° del Decreto N° 1064/16, se solicitó a la ONC exima a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO:

1) *"…de requerir las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato en la forma establecida en la normativa aplicable, y autorizar la implementación de la forma de las garantías aplicables conforme la normativa, los usos y costumbres del Distrito de Columbia…".*

2) *"…de la utilización del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR).".*

Normativa examinada:

- Artículo 31 del Decreto Delegado Nº 1023/01.

- Artículo 3º, incisos c) y f) del Decreto Nº 1030/16
- Artículos 32 y 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16.
- Artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16.
- Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 65/16.
- Artículos 1º y 8º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431.
- Artículos 17 y 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15.
- Decreto Nº 1064/16.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En materia de contratación de bienes y servicios – la Administración Pública Nacional se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01, reglamentado por el Decreto Nº 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.

II) Teniendo en consideración que en este caso se propicia la venta de un inmueble propiedad del Estado Nacional, ubicado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan encuadrar dicha operación en alguno de los supuestos de exclusión del artículo 5º, puede concluirse que se trata de una contratación comprendida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado Nº 1023/01.

III) El portal "COMPR.AR" es el sistema electrónico de gestión de las compras y contrataciones de la Administración Pública Nacional, plataforma que permite a los organismos tramitar y difundir sus procesos de compra y a los proveedores presentar sus ofertas de forma ágil, transparente y segura. Conforme lo establece la aludida Disposición ONC Nº 65/16, las diversas jurisdicciones y entidades deberán utilizar el Sistema Electrónico "COMPR.AR" en forma obligatoria a partir de las fechas previstas en el correspondiente cronograma de implementación.

IV) Dada la plataforma fáctica traída a estudio, los dos aspectos centrales a tener en cuenta a la hora de evaluar el ámbito de aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 1030/16 son los siguientes: se propicia la venta de un inmueble que el Estado Argentino titulariza en el exterior –más precisamente, en R Street Numero 2136 Northwest, Kalorama, Washington DC, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América– y, para ello, el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizó a la AABE a tramitar dicha enajenación, en tanto Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional, aclarándose en el artículo 4º del Decreto Nº 1.064/16 que la citada Agencia podrá requerir al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO la realización de aquellos trámites necesarios y conducentes para una mejor y más eficiente gestión.

V) Consecuentemente, no es posible soslayar que el artículo 3º del Decreto Nº 1030/16 dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación –en cuanto aquí interesa– las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior (inciso c, *in fine*), así como también los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AABE en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1.382 de fecha 9 de agosto de 2012 y sus modificaciones (inciso f).

VI) En lo que concierne a los denominados "procedimientos en el exterior", otrora reglamentados en el Capítulo III del Título IV del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *"…han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01* (…) *a efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que hasta tanto se apruebe una reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse en forma analógica las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia –es decir, con las adaptaciones que resulten pertinentes–, teniendo asimismo en consideración los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales contemplados en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01."* (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03063907-APN-ONC#MM e IF-2016-03037750-APN-ONC#MM).

VII) El inmueble cuya venta se persigue en esta oportunidad se encuentra localizado en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, no obstante lo cual, corresponde poner de relieve que las contrataciones que la normativa vigente excluye de la aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional son puntualmente aquellas tramitadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, no quedando suficientemente claro si se configura o no dicho extremo en el presente caso.

VIII) En efecto, a partir de la compulsa del EX-2016-01415865--APN-DMEYD#AABE se advierte la existencia de un convenio de colaboración (CONVE-2017-03944544-APN-SSCYCI#MRE), suscripto con fecha 17 de marzo de 2017 entre la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO y el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, en virtud del cual la AABE podrá encomendar a la aludida cartera ministerial la realización, por sí, a través de las diferentes Representaciones Diplomáticas y Consulares Argentinas y/o a través de la contratación de terceros (v.g. asistencia de un corredor inmobiliario), de aquellas gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación –entre otros– del inmueble en cuestión (tales como asesoramiento técnico y jurídico, gestiones de publicidad y difusión de la venta, etc.). De tal modo, no sólo se prevé la realización de gestiones y trámites necesarios y conducentes para la enajenación de la propiedad por parte del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO y de la Embajada de la República Argentina en los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, sino también la contratación por parte de esta última de un bróker del Distrito de Columbia (Washington Fine Properties LLC) para el desarrollo de la gestión de la venta del mentado inmueble.

IX) A su vez, se dejó expresamente aclarado en dicho convenio que el dictado de los actos administrativos relativos al procedimiento de venta, la confección del pliego, la aprobación de la operación de venta y la suscripción de la documentación correspondiente estará a cargo de los funcionarios competentes de la AABE, con asiento en la República Argentina.

X) Como puede apreciarse, el tema presenta aristas particulares que hacen que el encuadre de la operación inmobiliaria de que se trata en la causal de exclusión contemplada en el artículo 3º, inciso c) *in fine* del Decreto Nº 1030/16 no surja en forma diáfana, desde que dicha norma presupone que es una unidad operativa de contrataciones radicada en el exterior la que sustancia el procedimiento, extremo que –a priori– no se condice exactamente con lo descripto previamente.

XI) Por conducto del artículo 1º del Decreto Nº 1.382/12, modificado por la Ley Nº 27.431, se creó la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO, erigiéndola como Órgano Rector centralizador de toda la actividad de administración de bienes muebles e inmuebles del Estado Nacional, ejerciendo en forma exclusiva la administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional, cuando no corresponda a otros organismos estatales. Tan es así que la mencionada Agencia tiene, entre sus objetivos asignados por el Decreto Nº 1.382/12, la ejecución de las políticas, normas y procedimientos que rigen la disposición y administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional en uso, concesionados y desafectados, la gestión de la información del REGISTRO NACIONAL DE BIENES INMUEBLES DEL ESTADO, su evaluación y contralor, la fiscalización permanente de la actividad inmobiliaria estatal y la intervención en toda operación inmobiliaria de la totalidad de las Jurisdicciones y Entidades que conforman el Sector Público Nacional.

XII) Puntualmente, la norma de creación establece que compete a la AABE, entre otras funciones, la de disponer, previa autorización pertinente conforme la normativa vigente, de los bienes inmuebles que integran el patrimonio del Estado Nacional, encontrándose facultada para celebrar todo tipo de contrato que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto con personas humanas y/o jurídicas (v. incisos 3º, 7º y 10 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12).

XIII) En concordancia con ello, el artículo 17 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 –reglamentario del Decreto Nº 1.382/12–, establece que todo acto de disposición de inmuebles de propiedad del ESTADO NACIONAL, cualquiera sea su jurisdicción de origen, será centralizado por AABE, extremo que guarda sintonía con el artículo 71 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 62/16, en tanto este último precepto estipula que la venta de bienes inmuebles propiedad del ESTADO NACIONAL será centralizada por dicha Agencia.

XIV) Finalmente, el artículo 20 del Anexo al Decreto Nº 2.670/15 dispone que el PODER EJECUTIVO NACIONAL autorizará en forma previa a la AABE para disponer y enajenar bienes inmuebles, conforme lo previsto en los incisos 3 y 7 del artículo 8º del Decreto Nº 1.382/12 y sus modificatorios. Con sustento en tales normas y atento a la calidad de Órgano Rector de toda la actividad inmobiliaria del Estado Nacional –de hecho, en la actualidad centraliza toda la actividad de administración tanto de bienes muebles como inmuebles del Estado nacional–, se autorizó a la AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO a disponer y/o enajenar

diversos inmuebles, algunos de ellos situados en el extranjero, como el que nos ocupa (v. artículo 1º del Decreto Nº 1064/16).

XV) En razón de lo hasta aquí expuesto, esta Oficina Nacional considera que para la sustanciación de la venta proyectada no resulta de aplicación el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por tratarse de una operación sobre un bien inmueble que celebrará la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO en ejercicio de sus competencias específicas, subsumible –por consiguiente– en la causal de exclusión prevista en el inciso f) del artículo 3º del Decreto Nº 1030/16.

XVI) Por tanto, el otorgamiento de la excepción prevista en el artículo 33 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 deviene inoficioso, desde que dicho sistema electrónico se encuentra habilitado para efectuar en forma electrónica únicamente los procedimientos comprendidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por haber sido diseñado de acuerdo con las características, particularidades y exigencias de dicha normativa.

XVII) Empero, amén de lo expuesto, a los contratos sobre bienes inmuebles del Estado Nacional sí les resulta aplicable el Decreto Nº 1023/01, aún aquellos que se celebren en el exterior, a pesar de que en la actualidad no posean una regulación específica.

XVIII) Por una parte, el Decreto Nº 1023/01 no regula en detalle lo atinente a los diversos tipos y formas de garantías sino que su artículo 31 remite a lo que establezca la reglamentación o los pliegos. Ergo, en la medida en que el Reglamento aprobado por el Decreto Nº 1030/16 no resulta de aplicación, conforme fuera señalado previamente, y que, por otra parte, a la fecha no se ha aprobado el Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado, nada obsta a que en el pliego de bases y condiciones particulares se estipulen exigencias en torno a las garantías de mantenimiento y de cumplimiento de contrato con sujeción a la normativa, restricciones regulatorias, los usos y las costumbres del lugar de ejecución del contrato –en este caso puntual, los usos y las costumbres del Distrito de Columbia–, en tanto no fueren incompatibles con los principios generales que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

XIX) Lo indicado guarda coherencia con lo expresado por este Órgano Rector en el marco del Dictamen ONC Nº 555/2010, oportunidad en la que se sostuvo que: *"…la aplicación de la legislación del lugar de celebración y ejecución del contrato debería aplicarse resguardando el objeto del régimen de contrataciones expuesto en el artículo 1º del Decreto Nº 1023/2001 y el cumplimiento de los principios generales que rigen la gestión de las contrataciones, contenidos en el artículo 3º del citado cuerpo normativo.".*

XX) En otro orden de cosas, el artículo 2º del Decreto Nº 1064/16 aclara que las ventas de los inmuebles ubicados en el extranjero se realizarán adoptando mecanismos idóneos, adaptados a las modalidades del país en que se realicen las mismas, debiéndose justificar en su caso la imposibilidad o inconveniencia de realizar una licitación o subasta pública, aplicando sea cual fuera el procedimiento, los principios rectores de publicidad, competencia de precios e igualdad de trato a los oferentes, pudiéndose requerir la intervención de entidades bancarias oficiales con especialización inmobiliaria.

VISTA DE LAS ACTUACIONES (ACCESO AL EXPEDIENTE).

DICTAMEN ONC Nº 93/2013.

Fecha de emisión: 25 de abril de 2013.

Referencias/voces: Acceso al expediente. Vista de las actuaciones. Comienzo de período de vista. Principio de Igualdad. Facultad de declarar secreta o reservada una actuación.

Antecedentes.

En el caso de marras la firma LEVEL 3 presentó una nota, de fecha 24 de octubre de 2012, solicitando formalmente la vista del expediente por el cual tramitaba la Licitación Pública Nº 41/12.

Por su parte, mediante nota de fecha 29 de octubre de 2012, el DEPARTAMENTO DE COMPRAS de la PSA accedió a dicha solicitud, poniendo a disposición de la interesada las actuaciones con anterioridad al acto de apertura de ofertas.

Consulta:

Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión sobre la posible vulneración del principio general de igualdad que informa los procedimientos de selección, a raíz de que en el marco de la Licitación Pública Nº 41/12 del registro de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA, en forma previa a la celebración del acto de apertura de ofertas, dicho organismo concedió vista de las actuaciones a la empresa LEVEL 3.

Normativa examinada:

- Artículo 19 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 62 del Anexo al Decreto N° 436/00.
- Artículo 4º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Resolución ex ME Nº 834/00.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El Decreto Delegado Nº 1023/01 dispone expresamente, como principio general, que el derecho a tomar vista de las actuaciones puede ser ejercido por los interesados en cualquier momento desde el inicio mismo de las actuaciones, mientras que la reglamentación preexistente habilitaba el acceso a las actuaciones a quienes acreditaran algún interés recién a partir del acto de apertura de las ofertas.

II) Atento a que el Decreto Delegado Nº 1023/01 es una norma de jerarquía superior y posterior al Decreto Nº 436/00, no resulta jurídicamente posible que este último, en su carácter

de norma reglamentaria, pueda restringir el acceso a las actuaciones durante la etapa previa al acto de apertura de ofertas, cuando la norma de rango superior y posterior habilita a los interesados a tomar vista del expediente –básicamente– desde la caratulación del mismo y durante todo el desarrollo del procedimiento hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas, así como también la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad.

III) Cuando el artículo 19 del Decreto Delegado Nº 1023/01 indica que se podrá tomar vista "desde la iniciación de las actuaciones" no se está refiriendo a que el inicio del período comienza con la apertura de ofertas, por cuanto si esa hubiese sido la intención de la norma, bastaba con repetir la fórmula utilizada en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00. La nueva redacción sugiere que la intención fue ampliar el período de vista a una instancia anterior al acto de apertura de ofertas, desde el inicio mismo de las actuaciones.

IV) El procedimiento de contratación comienza cuando se determina la necesidad pública de contar con determinados bienes, servicios u obras y a raíz de ello se da inicio a un expediente administrativo.

V) Esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES ha advertido que: *"…toda persona física o jurídica, pública o privada, podrá tener acceso irrestricto a un expediente administrativo, (salvo que las actuaciones fueran declaradas secretas o reservadas mediante resolución fundada) en cualquier momento, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas, con sólo invocar algún interés o un interés simple…"* (v. Dictamen ONC Nº 217/2006).

VI) La vista o acceso a las actuaciones administrativas por parte de los administrados se vincula necesariamente a la publicidad de los actos de gobierno y al conocimiento de los actos administrativos, por lo que el principio general es que la Administración posibilite el conocimiento de las actuaciones llevadas ante ella, e impedir la toma de vista, por el contrario, constituye su excepción. Teniendo en cuenta lo expuesto, el principio de publicidad es, entonces, la regla, por cuanto la publicidad y el acceso a la información coadyuvan a lograr control y corrección en las decisiones públicas, al mismo tiempo que revisten garantías en favor de los administrados. En sentido análogo, autorizada doctrina tiene dicho: "*Cabe agregar que el carácter público no se agota en la publicidad del llamado; no es únicamente el deber de que la convocatoria sea conocida por la mayor cantidad posible de interesados lo que importa; tan valioso como ello, es que durante la vigencia del procedimiento, la tramitación no tenga reservas indebidas, pudiendo ser seguida por todos los interesados en ella* (…) *Las exigencias de amplia vista de lo actuado, sustentadas, en definitiva, en la garantía constitucional del debido proceso, se concilian, a nuestro juicio, adecuadamente, con la celeridad, sencillez y eficacia informadoras de todo el procedimiento administrativo"* (COMADIRA, Julio R. Algunos Aspectos de la Licitación Pública en Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2010. Pág. 390).

VII) De las constancias obrantes en las presentes actuaciones no se desprende que la firma LEVEL 3 haya sido favorecida con un trato privilegiado en detrimento de otros interesados u oferentes, por cuanto no consta en las actuaciones que otro interesado haya requerido tomar vista del expediente y que el organismo de origen le haya denegado tal solicitud. Huelga añadir que el principio bajo examen debe ser interpretado como "igualdad en igualdad de

condiciones". En otras palabras, la doctrina especializada sostiene que la idea de igualdad posee siempre carácter relativo, por cuanto la igualdad absoluta es contraria a la naturaleza de las cosas (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7º Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 26).

VIII) Ello así, por cuanto lo que se procura impedir es que mediante normas o actos singulares o concretos de aplicación se estatuyan distinciones arbitrarias o que importen el otorgamiento indebido de privilegios, circunstancias que no resultan acreditadas en el presente caso, máxime si se tiene en consideración que la firma LEVEL 3 finalmente no cotizó. Distinta hubiese sido la conclusión si se encontrare corroborado en autos el acceso de una firma al expediente, junto al rechazo por parte del organismo de un pedido de vista formulado en análogas condiciones por otro interesado en participar del procedimiento licitatorio. Sin embargo, ninguno de ambos extremos se encuentran configurados.

IX) Del artículo 19 del Decreto Delegado Nº 1023/01 se desprende que la facultad de tomar vista de las actuaciones que asiste a toda persona que acredite algún interés, puede ser ejercida en cualquier momento, desde el inicio mismo de las actuaciones y durante todo el desarrollo del procedimiento hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas, así como también la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad o que haya sido declarada reservada o secreta. Cuando exista información que a criterio del organismo deba ser declarada reservada o secreta, la Administración deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

X) En el caso girado en consulta, a criterio de este Órgano Rector no se configuró una vulneración del principio general de igualdad, por cuanto de las constancias obrantes en las presentes actuaciones no se desprende que la firma LEVEL 3 haya sido favorecida con un trato privilegiado en detrimento de otros interesados u oferentes, en la medida en que no consta en el expediente que otro interesado haya requerido tomar vista del expediente y que el organismo le haya denegado tal facultad.

YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO (YCRT).

DICTAMEN ONC Nº 981/2012.

Fecha de emisión: 31 de octubre de 2012.

Referencias: Ámbito de aplicación subjetivo. Yacimientos Carboníferos Rio Turbio (YCRT). Inaplicabilidad del régimen. Sometimiento voluntario al régimen. Autorización y aprobación del procedimiento en un único acto administrativo. Normativa aplicable. Contratación directa por desarme previo o reparación. Pedido de Garantía: Improcedencia.

Consulta:

Por las actuaciones giradas en consulta, se hallaba en trámite un proyecto de Decisión Administrativa por el cual se propiciaba aprobar el procedimiento de contratación directa por reparación con desarme o examen previo, realizado conforme lo establecido en el Artículo 25, inciso d) Apartado 7) del Decreto Delegado Nº 1023/01 y adjudicar a la empresa ELABORADOS METÁLICOS INDUSTRIALES SOCIEDAD ANÓNIMA (EMEINSA), representada por la firma FIALA & COMPAÑÍA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, el servicio de reparación de la rozadora EICKHOFF EDW-170/340 L., del YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO Y DE LOS SERVICIOS FERROPORTUARIOS CON TERMINALES EN PUNTA LOYOLA Y RÍO GALLEGOS (YCRT), sito en la Provincia de SANTA CRUZ.

En ese marco, encontrándose en trámite el proyecto de acto administrativo referenciado, se consultó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES sobre el régimen jurídico aplicable.

Normativa examinada:

- Artículo 2° del Decreto Delegado Nº 1023/01.
- Inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156.
- Artículo 65 de la Ley Nº 26.337.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) El artículo 2° del Decreto Delegado Nº 1023/01 prescribe: *"AMBITO DE APLICACION. El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones."*

II) El artículo 65 de la Ley Nº 26.337 establece *que "…hasta tanto el ESTADO NACIONAL acuerde con la PROVINCIA DE SANTA CRUZ lo establecido por el artículo 6º del Decreto Nº 1034 de fecha 14 de junio de 2002, el YACIMIENTO CARBONÍFERO DE RÍO TURBIO y los SERVICIOS FERROPORTUARIOS CON TERMINALES EN PUNTA LOYOLA y RÍO GALLEGOS, en su carácter de haciendas productivas, se regirán en materia presupuestaria por el régimen establecido para las entidades integrantes del Sector Público Nacional definido en los términos del inciso b) del artículo 8º de la ley 24.156"*. Por lo expuesto, corresponde concluir que, conforme con la normativa vigente, la entidad YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO actúa como una empresa pública no financiera.

III) Esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de expedirse, en pretéritas intervenciones, en relación a la empresa YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO (YCRT), sosteniendo reiteradamente que dicha entidad no se encuentra comprendida en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156, por cuanto actúa como una empresa pública, naturaleza que no se ve desvirtuada por la circunstancial intervención a la que se encuentra sometida (Dictámenes ONC Nº 540/2009; 586/2010; 751/2011; 863/2012).

IV) Manteniendo el criterio interpretativo sostenido en Dictámenes ONC Nº 540/2009; 586/2010; 751/2011; 863/2012, corresponde concluir que la empresa YACIMIENTO CARBONÍFERO RÍO TURBIO no es una jurisdicción y/o entidad comprendida en el artículo 8 inciso

a) de la Ley Nº 24.156 y, por lo tanto, se encuentra excluida del Régimen de Contrataciones establecido en el Decreto Delegado Nº 1023/01, en atención a lo dispuesto en su artículo 2º.

V) La contratación que se propicia no se rige por el Régimen establecido en el Decreto Delegado Nº 1023/01, por cuanto la contratante no es una entidad comprendida, de conformidad con el alcance subjetivo expuesto en el artículo 2º del mencionado cuerpo normativo.