

# Compendio de Dictámenes

## Sumario de dictámenes 2019 – 2020

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS



Jefatura de  
Gabinete de Ministros  
Argentina

Secretaría de  
Innovación Pública

Dada la recepción gratamente favorable que han tenido los compendios de dictámenes anteriores (2010, 2015 y 2018) esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES renueva dicha iniciativa y ofrece en esta ocasión una síntesis de los principales pronunciamientos sobre el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional emitidos por el Órgano Rector durante los años 2019 y 2020.

Tal como ha sido puesto de manifiesto en anteriores volúmenes, procuramos poner a disposición de los compradores públicos --y del público interesado, en general-- una herramienta que contribuya a simplificar la divulgación, búsqueda y consulta temática de las principales posturas del Órgano Rector que pudieren contener interpretaciones novedosas, cambios de criterio o que, por el contrario, consoliden posiciones afianzas en el tiempo.

Más allá de que se trate de una selección parcial, confiamos en que el material ofrecido pueda agilizar el abordaje y estudio de los temas troncales, junto con las principales problemáticas que atañen a las compras y contrataciones públicas de bienes y servicios.

Va de suyo que la valoración de su utilidad práctica y grado de satisfacción de los mentados objetivos quedará siempre a criterio del lector.

Por último, resulta menester poner de relieve una vez más la siguiente salvedad: Los sumarios que aquí se ofrecen aspiran a facilitar las búsquedas de precedentes pero en modo alguno eximen al operador jurídico en la materia 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.

Ello así, en la medida en que toda solución debe ser debidamente contextualizada en el marco del caso concreto y, como reiteradamente sostuvo esta Oficina Nacional --siguiendo en este punto como en tantos otros a la Procuración del Tesoro de la Nación--, las características circunstanciadas de cada situación particular pueden dar lugar a soluciones jurídicas diversas.

**C.PN. María Eugenia Bereciartúa**

**Titular de la**

**OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES**

## OBJETO DEL COMPENDIO

Se ofrece una síntesis de los principales dictámenes sobre consultas generales emitidos por la ONC durante 2019 y 2020.

## LISTADO DE DICTÁMENES COMPENDIADOS, ORDENADOS CRONOLÓGICAMENTE:

1. IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM, del 8 de enero de 2019.
2. IF-2019-02706871-APN-ONC#JGM, del 15 de enero de 2019.
3. IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM, del 30 de enero de 2019.
4. IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM, del 11 de febrero de 2019.
5. IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM, del 11 de febrero de 2019.
6. IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM, del 20 de febrero de 2019.
7. IF-2019-17245687-APN-ONC#JGM, del 21 de marzo de 2019.
8. IF-2019-17246865-APN-ONC#JGM, del 21 de marzo de 2019.
9. IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM, del 1º de abril de 2019.
10. IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM, del 5 de abril de 2019.
11. IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM, del 5 de abril de 2019.
12. IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM, del 13 de mayo de 2019.
13. IF-2019-51190471-APN-ONC#JGM, del 31 de mayo de 2019.
14. IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM, del 21 de junio de 2019.
15. IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, del 17 de julio de 2019.
16. IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM, del 19 de julio de 2019.
17. IF-2019-68549571-APN-ONC#JGM, del 30 de julio de 2019.
18. IF-2019-68549765-APN-ONC#JGM, del 30 de julio de 2019.
19. IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM, del 15 de agosto de 2019.
20. IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM, del 28 de agosto de 2019.
21. IF-2019-77675604-APN-ONC#JGM, del 28 de agosto de 2019.
22. IF-2019-80937524-APN-ONC#JGM, del 6 de septiembre de 2019.
23. IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM, del 30 de septiembre de 2019.
24. IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM, del 21 de octubre de 2019.
25. IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM, del 21 de octubre de 2019.
26. IF-2019-98579432-APN-ONC#JGM, del 1º de noviembre de 2019.
27. IF-2019-101367464-APN-ONC#JGM, del 12 de noviembre de 2019.
28. IF-2019-103912555-APN-ONC#JGM, del 21 de noviembre de 2019.
29. IF-2019-103912613-APN-ONC#JGM, del 21 de noviembre de 2019.
30. IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, del 21 de noviembre de 2019.
31. IF-2019-107776372-APN-ONC#JGM, del 4 de diciembre de 2019.
32. IF-2019-107778736-APN-ONC#JGM, del 4 de diciembre de 2019.
33. IF-2019-107806226-APN-ONC#JGM, del 4 de diciembre de 2019.
34. IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM, del 15 de enero de 2020.
35. IF-2020-03606084-APN-ONC#JGM, del 16 de enero de 2020.
36. IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM, del 16 de enero de 2020.
37. IF-2020-08701333-APN-ONC#JGM, 7 de febrero de 2020.
38. IF-2020-13166284-APN-DNCBYS#JGM, del 28 de febrero de 2020.
39. IF-2020-18787886-APN-DNCBYS#JGM, del 25 de marzo de 2020.
40. IF-2020-18826635-APN-DNCBYS#JGM, del 25 de marzo de 2020.

41. IF-2020-24254798-APN-DNCBYS#JGM, del 6 de abril de 2020.
42. IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM, del 27 de abril de 2020.
43. IF-2020-31460742-APN-ONC#JGM, del 12 de mayo de 2020.
44. IF-2020-37668416-APN-ONC#JGM, del 11 de junio de 2020.
45. IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM, del 24 de julio de 2020.
46. IF-2020-52172168-APN-ONC#JGM, del 9 de agosto de 2020.
47. IF-2020-55266861-APN-ONC#JGM, del 21 de agosto de 2020.
48. IF-2020-56784845-APN-DNCBYS#JGM, del 27 de agosto de 2020.
49. IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM, del 28 de septiembre de 2020.
50. IF-2020-66430531-APN-ONC#JGM, del 2 de octubre de 2020.
51. IF-2020-69157661-APN-DNCBYS#JGM, del 14 de octubre de 2020.
52. IF-2020-73635334-APN-ONC#JGM, del 29 de octubre de 2020.
53. IF-2020-87797325-APN-ONC#JGM, del 16 de diciembre de 2020.
54. IF-2020-91331124-APN-ONC#JGM, del 29 de diciembre de 2020.

## TEMAS ABORDADOS, ORDENADOS ALFABÉTICAMENTE

### A

- **Adjudicación parcial.**
  - IF-2019-107776372-APN-ONC#JGM.
- **Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.**
  - IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM.
- **Ampliación del contrato.**
  - IF-2019-51190471-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-73635334-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-31460742-APN-ONC#JGM.
- **Autoridades competentes para dictar actos del procedimiento.**
  - IF-2019-80937524-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-18787886-APN-DNCBYS#JGM.
  - IF-2020-37668416-APN-ONC#JGM.

### C

- **Cesión del contrato.**
  - IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.
- **Circulares.**
  - IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM.
- **Colusión.**
  - IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM.
- **COMPR.AR (Sistema Electrónico de Contrataciones).**
  - IF-2019-17246865-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-18826635-APN-DNCBYS#JGM.
  - IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM.
- **Contratación Directa.**
  - **Contratación directa interadministrativa.**
    - IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-107778736-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-68549571-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-68549765-APN-ONC#JGM.
    - IF-2020-13166284-APN-DNCBYS#JGM.
  - **Contratación directa por monto.**
    - IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM.
  - **Contratación directa por razones de especialidad.**
    - IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM.
  - **Contratación directa por razones de exclusividad.**
    - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.

- **Contratación directa por licitación o concurso desierto o fracasado.**
  - IF-2020-87797325-APN-ONC#JGM.
- **Contratación directa para la locación de inmuebles.**
  - IF-2020-87797325-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-37668416-APN-ONC#JGM.
- **Contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado.**
  - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.
- **Cotización en moneda extranjera.**
  - IF-2020-37668416-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM.

## D

- **Declaración Jurada de Intereses (Decreto N° 202/17).**
  - IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM.

## E

- **Elección del procedimiento de selección.**
  - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM.
- **Elegibilidad.**
  - IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
- **Encuadre legal.**
  - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-107806226-APN-ONC#JGM.

## G

- **Garantías.**
  - **Contragarantía por anticipo financiero.**
    - IF-2019-68549765-APN-ONC#JGM.
  - **Garantía de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas.**
    - IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM.

- **Garantía de mantenimiento de la oferta.**
  - IF-2019-77675604-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-52172168-APN-ONC#JGM.
- **Pólizas electrónicas.**
  - IF-2020-52172168-APN-ONC#JGM.

## H

- **Habilidad para contratar.**
  - **Requisitos.**
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM
  - **Verificación cuando se trata de contrataciones interadministrativas.**
    - IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-103912613-APN-ONC#JGM.
  - **Verificación de deudas previsionales y/o fiscales ante la AFIP.**
    - IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-101367464-APN-ONC#JGM.
    - F-2019-103912613-APN-ONC#JGM.
  - **Verificación de sanciones SIPRO.**
    - IF-2019-103912555-APN-ONC#JGM.
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Verificación de sanciones REPSAL.**
    - IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM.

## I

- **Impugnación al dictamen de evaluación.**
  - IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM.
- **Incumplimientos de los requisitos de publicidad y difusión previa.**
  - IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-17246865-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM.
- **Intereses (Procedencia de su aplicación).**
  - IF-2019-98579432-APN-ONC#JGM.

## L

- **Licencias.**
  - IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM.
- **Locación de inmuebles.**
  - IF-2020-87797325-APN-ONC#JGM.

## M

- **Mantenimiento de la oferta.**
  - IF-2019-98579432-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-18826635-APN-DNCBYS#JGM.
  - IF-2020-55266861-APN-ONC#JGM.
- **Modalidades.**
  - **Combinación de modalidades.**
    - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.
  - **Concurso de proyectos integrales.**
    - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM
  - **Iniciativa privada.**
    - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.
- **Módulo (valor).**
  - IF-2020-18787886-APN-DNCBYS#JGM.
- **Multa por mora.**
  - IF-2019-02706871-APN-ONC#JGM.

## N

- **Notificaciones.**
  - IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM.
- **Nulidades.**
  - IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-107806226-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.

## O

- **Obra pública.**
  - IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-66430531-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-91331124-APN-ONC#JGM.

## P

- **Pago.**
  - IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.

- **Pago de legítimo abono (reconocimiento de gastos).**
  - IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.
- **Pautas para la inelegibilidad.**
  - IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM.
- **Penalidades.**
  - IF-2019-02706871-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-98579432-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
- **Pliegos de bases y condiciones particulares.**
  - IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-80937524-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM.
- **Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.**
  - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
- **Precio o valor de mercado.**
  - IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM.
- **Precio vil o no serio.**
  - IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM.
- **Principios generales.**
  - **Centralización normativa y descentralización de la gestión operativa.**
    - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM.
  - **Competencia entre oferentes:**
    - IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM.
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Concurrencia entre interesados.**
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Eficiencia.**
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Ética.**
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Igualdad.**
    - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.
  - **Juridicidad.**
    - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.
  - **Publicidad y difusión:**
    - IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-17246865-APN-ONC#JGM.
    - IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM.
  - **Razonabilidad.**
    - IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.
    - IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
  - **Varios.**
    - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.

- IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM.
- **Programa de ordenamiento de las contrataciones.**
  - **Decreto N° 1189/12** (adquisición de combustibles y lubricantes a YPF S.A.).
    - IF-2020-24254798-APN-DNCBYS#JGM.
- **Prohibición de desdoblamiento.**
  - IF-2019-17245687-APN-ONC#JGM.
- **Prórroga del contrato.**
  - IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-03606084-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-69157661-APN-DNCBYS#JGM.
- **Proveedores extranjeros.**
  - IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM.

## R

- **Reconocimiento de diferentes por actualización del tipo de cambio.**
  - IF-2020-56784845-APN-DNCBYS#JGM.
- **Régimen jurídico aplicable (bienes y servicios vs obra pública).**
  - IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-66430531-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-91331124-APN-ONC#JGM.
- **Renegociación del contrato.**
  - IF-2020-08701333-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM.
- **Revocación del procedimiento.**
  - IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM.
  - IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM.

## S

- **SIPRO (Sistema de Información de Proveedores).**
  - IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM.
- **Sistema “JIRA Service Desk”.**
  - IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM.
- **Solicitud de Contratación.**
  - IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM.
- **Subsanación de ofertas.**
  - IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM.
  - IF-2020-55266861-APN-ONC#JGM.
- **Suspensión de plazos procedimentales** (contexto Pandemia COVID-19).
  - IF-2020-55266861-APN-ONC#JGM

## T

- **Teoría de la imprevisión.**
  - IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM.
- **Transporte aéreo no regular interno e internacional.**
  - IF-2020-56784845-APN-DNCBYS#JGM.

## U

- **Usufructo de acciones.**
  - IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.

## SUMARIOS DE DICTÁMENES ORDENADOS CRONOLÓGICAMENTE

### Dictamen ONC N° IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 8 de enero de 2019.

**Referencias:** Incumplimiento del apartado 7° de la Comunicación General ONC N° 76/17. Declaración Jurada de Intereses Decreto N° 202/2017. Incumplimiento de los requisitos de publicidad y difusión previa. Artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01. Revocación por ilegitimidad.

#### Antecedentes

- Mediante la Disposición de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2018-53-APN-SSCA#MDS, de fecha 20 de abril de 2018, se autorizó la Licitación Pública N° 95-0130-LPU17 con el objeto de adquirir alimento a base de azúcar y cacao necesaria para atender a la población en situación de vulnerabilidad.

#### Consulta

- La DIRECCIÓN DE COMPRAS y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL solicitó asesoramiento respecto al cumplimiento del apartado 7° de la COMUNICACIÓN GENERAL ONC N° 76/17.
- Específicamente, el organismo consultó si la omisión de haber informado los funcionarios comprendidos en el artículo 2° del Decreto N° 202/17 junto con la difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 95-0130-LPU17 es pasible de ser subsanada luego del acto de apertura de ofertas o incluso, luego de notificado el Dictamen de Evaluación de Ofertas, o si por el contrario, procede revocar el procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios, toda vez que, si bien no hubo una omisión total de la difusión previa exigida en la norma, no fue acorde a lo establecido en la Comunicación General N° 76/17.
- Consecuentemente, se requirió la opinión de esta Oficina Nacional sobre la posibilidad de subsanar –o no– la omisión de informar, junto con la difusión de la convocatoria del mencionado procedimiento de selección, la nómina de funcionarios comprendidos en el artículo 2° del Decreto N° 202/17.

#### Normativa examinada

- Artículos 3° y 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Decreto N° 202/17.
- Artículo 1° de la Resolución N° RESOL-2017-11-APN-OA#MJ.
- Comunicación General ONC N° 76/17.

## Análisis y opinión del Órgano Rector

I) El organismo contratante omitió dar cumplimiento a lo exigido en el apartado 7º de la Comunicación General ONC N° 76/17. Ello así, en tanto no suministró a los interesados –al difundir la convocatoria– la información necesaria para que éstos pudieran dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 2º del Decreto N° 202/17; es decir, comunicar los nombres y cargos de los funcionarios con competencia para autorizar la convocatoria y elección del procedimiento, aprobar los pliegos, dejar sin efecto, declarar desierto, aprobar el procedimiento y adjudicar y declarar fracasado.

II) Tales pautas formaban parte de los requisitos de publicidad y difusión previa exigibles por el plexo normativo vigente. Es decir, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES estableció oportunamente que la nómina de funcionarios comprendidos en el artículo 2º del Decreto N° 202/17 debe ser comunicada junto con la difusión de la convocatoria, siendo del caso reiterar aquí que toda medida de publicidad y difusión debe cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines públicos perseguidos, en consonancia con los principios directrices en la materia.

III) Debe reputarse improcedente la gestión del organismo por la cual, con posterioridad al acto de apertura, procedió a intimar a todos los oferentes a presentar la Declaración Jurada de Intereses prevista en el Decreto N° 202/17, informando recién entonces las autoridades con competencia para autorizar la convocatoria y elección del procedimiento, aprobar los pliegos y la preselección en etapa múltiple, dejar sin efecto, declarar desierto, aprobar el procedimiento y adjudicar y declarar fracasada la Licitación Pública N° 130/17.

IV) En el caso *sub-examine* no se trata de evaluar la posibilidad de subsanar deficiencias u omisiones intrascendentes imputables a los oferentes en los términos del artículo 17 del Decreto Delegado N° 1023/01, sino de un defecto en la publicidad y difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 95-0130-LPU17, atribuible en forma exclusiva al organismo licitante.

V) El defecto de que se trata se subsume, en opinión de este Órgano Rector, en una de las hipótesis contempladas en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01. En efecto, el mentado artículo 18 regula únicamente DOS (2) causales específicas de revocación por ilegitimidad claramente diferenciadas, 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 descritas, debe necesariamente dar lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre.

VI) La importancia que las normas sobre contrataciones le otorgan al requisito de publicidad y difusión previas se ve reflejada en lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Delegado 1023/01, con lo cual queda descartada toda posibilidad de subsanación en este estadio del procedimiento. Ergo, sobre la base de lo que se viene de exponer esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida debe dar lugar a la revocación del procedimiento, por aplicación del citado artículo.

## Dictamen ONC N° IF-2019-02706871-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 15 de enero de 2019.

**Referencias:** Aplicación de penalidades. Entrega extemporánea. Demora imputable al proveedor. Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación. Multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor.

### Antecedentes

- Con fecha 29 de mayo de 2017 se emitió la Disposición del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES N° DI-2017-21-APN-SSCA#ME, por medio de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 82-0006-LPU17 para la adquisición de indumentaria deportiva para deportistas becados y entrenadores de seleccionados nacionales, solicitada por la entonces SUBSECRETARÍA DE DEPORTE Y ALTO RENDIMIENTO DEPORTIVO.
- Con fecha 7 de noviembre de 2017 se emitió la Resolución de la SECRETARÍA DE DEPORTES de la SECRETARÍA GENERAL N° RESOL-2017-165-APN-SECD#SGP, por cuyo artículo 2° se resolvió adjudicar los Renglones Nros. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 16, 17, 20, 21, 24 y 25 a la firma ANGIE TOURS S.R.L. por un monto total de PESOS ONCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS CON CUARENTA CENTAVOS (\$11.790.756,40).
- Con fecha 13 de noviembre de 2017 se emitió la Orden de Compra N° 82-1014-OC17 en favor del proveedor ANGIE TOURS S.R.L., perfeccionándose el contrato en ese mismo momento.
- Con fecha 13 de abril de 2018 la firma ARGIE TOURS S.R.L. efectuó una presentación, en cuyo marco solicitó una prórroga para la entrega de los bienes correspondientes a los Renglones Nros. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 10 y 24.
- Con fecha 13 de junio de 2018 la firma ARGIE TOURS S.R.L. realizó una nueva presentación, por medio de la cual solicitó una segunda prórroga: *"...para los renglones número 7 y 8, correspondientes a la Orden de Compra: 82-1014-OC17..."*.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión con respecto a si en el marco de la Licitación Pública N° 82-0006-LPU17: *"...corresponde aplicar o no una penalidad en los días transcurridos en la primera prórroga otorgada al adjudicatario para el cumplimiento del objeto del presente y a partir de qué momento o si, por el contrario, corresponde aplicar la multa a partir de la segunda prórroga solicitada por la firma 'ARGIE TOURS SRL'"*.

### Normativa examinada

- Artículos 23 y 29 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 83, 93, 94 y 102 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

## **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) El cumplimiento del contrato en el plazo y en las condiciones fijadas es la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, por lo que toda aceptación de los bienes fuera de término opera como una excepción a dicha regla, frente a la cual es el organismo de origen quien se encuentra en mejores condiciones para valorar si la entrega extemporánea resulta útil en miras a satisfacer el interés público comprometido.

II) Al ofertar el proveedor se obliga, 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.

III) La extensión del plazo de cumplimiento de la prestación, una vez que es aceptada por el organismo contratante (ya sea como consecuencia de un pedido expreso por parte del proveedor en tiempo y forma, o incluso extemporáneo o aún en los casos en que la aceptación tiene lugar en forma tácita), acarrea por regla general la aplicación de la penalidad de multa por mora.

IV) La aplicación de una multa y/o multas por mora en ningún caso puede quedar librada a la discrecionalidad del organismo contratante, sino que necesariamente procederá cuando se verifique un cumplimiento tardío o extemporáneo de la prestación, salvo que medie alguna eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor, etc.

V) Para poder multar al proveedor el cumplimiento extemporáneo debe ser a él imputable y no al propio organismo (en este último caso, ya sea por la acción u omisión de diligencias puestas en cabeza de los funcionarios, deficiencias en el pliego, etc.).

VI) 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 N° 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para expedirse respecto del valor de lo satisfecho fuera de término y/o la fracción de tiempo sobre la cual corresponde cuantificar la multa, por cuanto dicho cálculo es del resorte exclusivo del organismo licitante. Se trata de una facultad de la autoridad competente para decidir.

VII) En caso de verificarse que la mora resultó atribuible al proveedor –en todo o en la parte que corresponda– y no al propio organismo y que no medió ninguna eximente de responsabilidad, corresponderá aplicar una multa del CERO COMA CERO CINCO POR CIENTO (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso imputable al proveedor.

VIII) Por el contrario, frente al hipotético caso en que la autoridad competente considere, por ejemplo, que la primera de las prórrogas solicitadas tuvo lugar a raíz de causas atribuibles al propio organismo o a defectos en el pliego de bases y condiciones particulares que directa o indirectamente impidieron que el proveedor cumpla en el tiempo convenido, ello deberá verse reflejado en los considerados del

acto administrativo correspondiente y no deberá computarse dicho lapso en el cálculo de la penalidad, desde que no parece razonable trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso y/o del incumplimiento de cargas que el propio organismo contratante haya estipulado en el pliego en cabeza de sus funcionarios.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-06044766-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 30 de enero de 2019.

**Referencias:** Elegibilidad. Pautas para la inelegibilidad. Principio de competencia entre oferentes. Colusión. Desestimación de ofertas.

### **Antecedentes**

- Con fecha 10 de julio de 2017, se emitió la Resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS N° RESOL-2017-520-APN-MJ, a través de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 31-0007-LPU17, tendiente a resolver la adquisición de comidas en cocido, almuerzos y cenas, desayunos y meriendas.
- Con fecha 6 de junio de 2018, la firma CODYELA S.A. impugnó el Dictamen de Evaluación a través del Sistema "COMPR.AR".

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que emita opinión en torno a la procedencia de la desestimación de las ofertas presentadas por las firmas COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S. A. y SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A. en la Licitación Pública N° 31-0007-LPU17, con sustento en lo establecido en los incisos c) y d) del artículo 27 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63 de fecha 27 de septiembre de 2016, a raíz de la impugnación interpuesta por la firma CODYELA S.A.

### **Normativa examinada**

- Artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Incisos c) y d) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Incisos c) y d) del artículo 27 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

## Análisis y opinión del Órgano Rector

I) 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.

II) En el marco licitatorio la colusión consiste, básicamente, en una situación en la cual personas humanas o jurídicas 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) 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.

IV) En contraste, 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. El mencionado 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 humanas o jurídicas que 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) En el marco de un procedimiento de selección corresponderá declarar inelegibles y, en consecuencia, desestimar las propuestas de aquellos oferentes que hayan concertado o coordinado posturas, cuando existan indicios que hagan presumir tales circunstancias. Como tales, los indicios deberán ser escrutados por el organismo contratante, a quien le corresponderá estimar, fundadamente, si son lo suficientemente precisos y concordantes, conforme exigen los incisos c) y d) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, como para desestimar las ofertas de los concursantes incurso en dichas causales.

VI) La presunción de que los esposos, parientes, etc., han concertado o coordinado posturas en ocasión de presentar ofertas (por separado) en un procedimiento de selección se configurará *a priori* por esa sola circunstancia, salvo prueba en contrario cuya carga se encontrará –en principio– en cabeza de los propios interesados. Sin embargo, esta Oficina entiende que tales supuestos particulares de inelegibilidad –que, en la práctica, dan lugar a la configuración de una presunción en contra de los involucrados con inversión de la carga de la prueba–, no resultan de aplicación cuando las ofertas hayan sido presentadas por personas jurídicas, lo que no quita que eventualmente corresponda desestimar las propuestas de los entes societarios, por existir indicios precisos y concordantes que hagan presumir que sus integrantes se han valido de determinadas circunstancias personales tales como el parentesco, afinidad entre los integrantes de una y de otra, etc., sumado a determinadas características “facilitadoras” del propio ente, para coludir.

VII) La recta inteligencia de la normativa exige distinguir entre dos supuestos: uno es aquel en que cónyuges, convivientes o parientes en primer grado en línea recta presentan ofertas –a título personal y por separado– en un mismo procedimiento y otro muy distinto es el que se configura si de alguna manera tales cónyuges, convivientes o parientes se encuentran a su vez vinculados y/o integran estructuras societarias, pero son estas últimas y no los primeros quienes en definitiva participan en un procedimiento en calidad de oferentes.

VIII) Debe partirse necesariamente del reconocimiento de la personalidad propia de las sociedades comerciales –especialmente si se trata de sociedades anónimas– sin confundirla con la de las personas humanas que las gobiernan o administran, por aplicación del artículo 2º de la Ley General de Sociedades Nº 19.550. Eventualmente, si existen elementos serios y concordantes que permitan presumir que la estructura societaria ha sido utilizada como un mero vehículo para transgredir el ordenamiento jurídico posibilitando la colusión, recién ahí deberá desestimarse la totalidad de la oferta presentada por cada persona jurídica incurso en la causal de inelegibilidad correspondiente.

IX) El pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Licitación Pública Nº 31-0007-LPU17 –para la adquisición de comidas destinadas a cubrir las necesidades del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL– prevé en su artículo 9º lo siguiente: “**CRITERIO DE EVALUACION Y SELECCION DE OFERTAS. a. Los oferentes podrán cotizar por uno, algunos o todos los grupos de renglones, incluidos en la presente convocatoria. El máximo de adjudicaciones que podrá recaer en un mismo oferente no superará los CUATRO (4) grupos de renglones (...). Los oferentes podrán cotizar por todos los grupos de renglones o alguno de ellos pero en ningún caso un mismo oferente podrá resultar adjudicatario de más de CUATRO (04) grupos de renglones...**”. Corresponde tener presente los claros términos del artículo 9º del pliego, el que estableció que se podía ofertar por uno, alguno o todos los grupos de renglones y que la adjudicación se efectuará por grupos de renglones, a la oferta técnicamente admisible de menor valor económico, bien que no podrá adjudicarse a un mismo oferente más de cuatro grupos de renglones. Queda claro, de este modo, que los interesados tenían la posibilidad de cotizar todos los renglones, pero se limitó la adjudicación a determinados grupos de renglones, con la finalidad de evitar el monopolio del servicio por un solo proveedor.

X) A la fecha del acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública Nº 31-0007-LPU17 María Sofía TOMASINO era socia (fundadora y mayoritaria) de la firma COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A., a la vez que se desempeñaba como Directora Suplente de dicha empresa en un Directorio compuesto –valga decirlo– por solo DOS (2) personas. Amén de ello, TOMASINO habría sido desde el año 2015 directora suplente de la firma SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.R.L. y ostentaba, en principio, dicho cargo al momento de la apertura.

XI) TOMASINO estaría casada con Diego Alberto LOMBRANA, quien tanto al momento de la apertura como en la actualidad es uno de los Directores Titulares de SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN.

XII) La señora Elida Cristina MUÑIZ ha sido presidente de la firma COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A. para luego pasar a ser directora titular y presidente de SERVICIOS INTEGRALES

DE ALIMENTACIÓN y/o alternarse con TOMASINO en el cargo de directora suplente de la primera de las firmas mencionadas. Corresponde señalar, igualmente, que a la fecha de apertura de ofertas MUÑIZ no integraba los directorios de ninguna de las firmas ni se advierte que sea o haya sido accionista de ninguna de las dos firmas en cuestión.

XIII) De lo hasta aquí expuesto se desprende que la afirmación esgrimida por la sociedad COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A. en su descargo, en torno a que a la fecha del acto de apertura no había directores ni socios comunes entre ambas firmas no resiste un examen atento, pues a la fecha de apertura de ofertas, la que tuvo lugar el 16 de agosto de 2017, María Sofía TOMASINO mantendría su calidad de accionista mayoritaria y de Directora Suplente de la firma COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A., en simultáneo con su cargo de Directora Suplente en la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A., aunque no haya constancias que den cuenta de que ser o haber sido accionista de esta última.

XIV) Diego Alberto LOMBRAÑA, esposo de TOMASINO, integra –desde antes de tener lugar el acto de apertura de ofertas hasta la actualidad– el Directorio de SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A., y si bien no aparece como accionista de ninguna de las firmas mencionadas, resulta ciertamente llamativo la coincidencia de directores de SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A. con el apellido “LOMBRAÑA”, incluyendo a Miguel LOMBRAÑA, Presidente y principal accionista, todo lo cual hace presumir que mantienen un parentesco estrecho en el seno de una empresa de familia, donde cabría razonablemente presumir que la injerencia de un accionista y/o directivo respecto de las decisiones sociales es ciertamente relevante. Ello sin dejar de subrayar que Elida Cristina MUÑIZ integró en distintos momentos los Directorios de ambas empresas, más allá de que a la fecha del acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública N° 31- 0007-LPU17 ya no ocupara cargo alguno en los órganos de administración de las respectivas personas jurídicas ni fuese accionista de las mismas.

XV) Aun cuando la presunción *iuris tantum* prevista para ofertas presentadas por cónyuges (la cual, como se dijo, invierte la carga de la prueba teniendo por configurada la concertación de posturas por esa sola circunstancia salvo que se demuestre lo contrario) no aplique cuando los oferentes son sociedades comerciales y aceptando, incluso, que aisladamente consideradas todas las “particularidades” previamente reseñadas no merecerían reproche, cierto es que analizadas en conjunto y en forma concatenada fuerzan a sospechar que asiste razón a la firma CODYELA S.A.

XVI) Puede que las empresas COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A. y SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A. no conformen un grupo económico o “holding” en sentido estricto, pero en opinión de esta Oficina Nacional resulta meridianamente claro que las personas humanas que las dirigen mantienen –como mínimo– cercanía y/o estrechos lazos de vinculación que, en el caso de los esposos, son palmarios y a todas luces ostensibles.

XVII) En opinión de esta Oficina Nacional es posible presumir en base a indicios –con el mínimo grado de precisión y concordancia que la normativa exige– que las sociedades COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S. A. y SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A. han

concertado posturas y coordinado sus respectivas cotizaciones, con la posible finalidad de eludir la restricción contemplada en el artículo 9º del pliego de bases y condiciones particulares.

XVIII) Las empresas en cuestión –conectadas entre sí a través de los cónyuges María Sofía TOMASINO, Directora Suplente en ambas firmas y Diego Alberto LOMBRAÑA, miembro del Directorio de SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A.– cotizaron distintos renglones lo cual (dadas las particulares aristas que conforman el contexto general del procedimiento) permitiría inferir que las firmas concertaron sus posturas con la finalidad que ya ha sido puesta de manifiesto. Si bien este Órgano Rector entiende que el análisis global de los elementos detallados precedentemente permitirían inferir que los oferentes cuestionados han concertado sus posturas en el presente procedimiento de selección, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa antes aludido, corresponderá a la jurisdicción de origen determinar si los indicios habidos en la causa conllevan la desestimación de las ofertas presentadas por las firmas SERVICIOS INTEGRALES DE ALIMENTACIÓN S.A y COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A. con fundamento en lo establecido en el artículo 68 del Decreto N° 1030/16.

XIX) Esta Oficina entiende que más allá de la voluntad de la sociedad COMPAÑÍA PROVEEDORA DE SERVICIOS S.A., en caso de configurarse alguna de las causales de inelegibilidad analizadas corresponderá desestimar ambas ofertas por dichos motivos y no por otros y remitir los antecedentes para evaluar la procedencia de sanciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 11 de febrero de 2019.

**Referencias:** Garantía de impugnación al dictamen de evaluación. Determinación del monto a afectar de la garantía de impugnación, frente a rechazos parciales. Principio de razonabilidad.

### **Antecedentes**

- Con fecha 10 de febrero de 2017, se emitió la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2017-42-APN-SCYMI#MDS, a través de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16, para la adquisición de artículos de cuidado personal, a fin de asistir a la población afectada por adversidades climáticas.
- Del Acta de Apertura, de fecha 22 de marzo de 2017, se desprende que para la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16 fueron confirmadas CINCO (5) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) Laboratorios ESME S.A.I.C. (CUIT N° 33-50428443-9) (\$ 3.449.600,00); 2) SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. (CUIT N° 30-71158542-3) (\$ 5.151.200,00); 3) VILENI S.R.L. (CUIT N° 30-

70996192-2) (\$ 4.629.600,00); 4) Alfa DMS S.A. (CUIT N° 30-71076064-7) (\$ 7.337.500,00) y 5) LABORATORIOS IGALTEX S.R.L. (cuit n° 30-61680618-8) (\$ 5.919.900,00) (v. IF-2017-04171332- APN-DPAT#MDS).

- La SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en su carácter de unidad requirente, emitió un informe en el que concluyó que la oferta de la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5 no cumplía con las especificaciones técnicas del pliego de bases y condiciones Particulares. Asimismo, en dicho informe concluyó que las propuestas de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5, entre otros, cumplían con las especificaciones técnicas del pliego de bases y condiciones particulares.
- El dictamen de evaluación receptó las conclusiones del informe técnico antes mencionado y, en consecuencia, recomendó desestimar la oferta de la sociedad comercial LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5 y, entre otras cosas, adjudicar los Renglones Nros. 1 y 5 a la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.
- La firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. impugnó el dictamen de evaluación, respecto de los Renglones Nros. 1, 3 y 5. Cabe destacar que, en ocasión de impugnar el aludido dictamen, el proveedor en cuestión constituyó la correspondiente garantía mediante Póliza de Seguro de Caucción por la suma de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-).
- En cuanto al Renglón N° 1, LABORATORIOS ESME S.A.I.C. impugnó la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.; en relación con el Renglón N° 3, sólo impugnó la desestimación de su oferta y, por último, respecto del Renglón N° 5, impugnó la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.
- Al tomar nuevamente intervención, la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL ratificó su anterior informe, en lo concerniente a la inadmisibilidad de la oferta presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones 1, 3 y 5. Sin embargo, en relación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5, la unidad requirente rectificó su postura, concluyendo en esta oportunidad que no cumplía con el pliego de bases y condiciones particulares.
- Mediante la Resolución N° RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS se rechazó la impugnación al Dictamen de Evaluación efectuada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., pero a su vez, entre otros extremos, se desestimó la oferta de la sociedad SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1, 4, 5, 6, 8 y 9, con lo cual los Renglones Nros. 1 y 5 fueron declarados fracasados.
- Por conducto de la Resolución N° RESOL-2017-1472-APN-SCYMI#MDS se afectó el monto de la garantía de impugnación por la suma total de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-), ordenándose proceder conforme el orden de afectación establecido en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Con fecha 31 de octubre de 2018, la empresa LABORATORIOS ESME S.A.I.C. interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución ex SCyMI 1472/17.
- Con fecha 6 de diciembre de 2018, se emitió el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° IF-2018-63616491-APN-DGAJMDS#MSYDS, en cuyo marco opinó lo siguiente: *"... Toda vez que de las normas transcriptas supra no surge en forma clara cuál es el monto que se debería afectar de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas en el caso en estudio, habida cuenta de que la impugnación en cuestión fue rechazada parcialmente ya que algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente, este órgano de asesoramiento jurídico considera*

*pertinente que se remitan las presentes actuaciones a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.*

**Consulta:** Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión en torno al monto que correspondería afectar de la garantía de impugnación presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., en el marco de la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16. Ello así, teniendo en cuenta que mediante la Resolución N° RESOL-2017-1362-APNSCYMI#MDS la impugnación de que se trata fue parcialmente desestimada, mientras que, por otra parte, hubo planteos que fueron acogidos favorablemente por la autoridad competente.

#### **Normativa examinada**

- Artículo 3º, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 73 y 78 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 31 y 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 63/16.
- inciso d) del artículo 43 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 65/16.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) Los argumentos de la impugnación que aquí se ventila no versaron sobre cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, sino que refirieron a varios renglones específicos (Nros. 1, 3 y 5), con lo cual la garantía de impugnación debía cubrir el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta de SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5 en cuyo favor se aconsejó adjudicar, más el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta para el Renglón 3 de la impugnante, toda vez que para este último no se aconsejó adjudicar ninguna oferta.

II) Más allá de la redacción literal del artículo 2º de la RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS (que podría llevar a pensar que se trató de un rechazo total de la impugnación), cierto es que el organismo de origen desestimó sólo en forma parcial la impugnación, por cuanto si bien rechazó el planteo vinculado con la desestimación de la oferta de LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5, no es posible soslayar que simultáneamente hizo parcialmente lugar a la impugnación de la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5.

III) En ocasión de recurrir la Resolución N° RESOL-2017-1472-APN-SCYMI#MDS (por la cual se afectó la garantía de impugnación por la suma total de \$103.488,00), la sociedad comercial LABORATORIOS ESME S.A.I.C. adujo en su defensa que, en atención a que la impugnación respecto de los Renglones Nros. 1 y 5 fue acogida favorablemente o, si se quiere, en alguna medida prosperó su planteo (aunque más no fuere parcialmente), la garantía de impugnación relativa a los mismos no debió ser afectada.

IV) Frente al escenario descripto, el motivo de consulta se relaciona precisamente con cuál sería el monto que corresponde afectar de dicha garantía, teniendo en cuenta que la desestimación de la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas resultó ser parcial y, a su vez, para los Renglones Nros. 1 y 5 hubo planteos que se receptaron y otros que se rechazaron.

V) No escapa a este Órgano Rector que mientras el artículo 32, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece –sin mayores precisiones– que las garantías de impugnación serán reintegradas al impugnante sólo en caso de que la impugnación sea resuelta favorablemente, el inciso d) del artículo 43 del Manual de Procedimiento se limita a aclarar que, si la impugnación fuera rechazada se afectará el monto de la garantía en el orden establecido en el artículo 104 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Es decir que, en primer lugar, se afectarán las facturas al cobro emergente del contrato o de otros contratos de la jurisdicción o entidad contratante; de no existir facturas al cobro, el proveedor quedará obligado a depositar el importe pertinente en la cuenta del organismo dentro de los DIEZ (10) días de notificado de la aplicación de la penalidad y, eventualmente, en caso de no efectuarse el depósito, se afectará a la correspondiente garantía.

VI) Con lo cual, asiste razón a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL al señalar en su Dictamen N° IF-2018-63616491-APNDGAJMDS#MSYDS que de las normas transcriptas *supra* no surge en forma clara cuál es el monto que se debería afectar de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas en el caso en estudio, “...habida cuenta de que la impugnación en cuestión fue rechazada parcialmente ya que algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente...”. Siendo ello así, ha de recordarse que 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, no resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera una interpretación razonable y sistemática, ni es aceptable ajustarse estrictamente a una singular pauta gramatical en desmedro de la racionalidad de la norma (Fallos: 291:181; 293:528; 327:5649; 330:2892; 338:1156).

VII) Bajo dicho prisma, no está de más traer a colación el principio de razonabilidad, de raigambre constitucional y expresamente previsto en el artículo 3º, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01. La noción y sentido de este principio radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y aplicarla considerando las singularidades de cada caso de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular. Por ello, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho, 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 N° 492/09).

VIII) En el caso concreto sometido a consideración se encuentra claramente establecido cuál es el porcentaje del monto de la garantía que se corresponde con cada renglón impugnado. Por tal razón, se encuentra fuera discusión que la suma correspondiente al TRES POR CIENTO (3%) de la oferta para el Renglón 3 de la impugnante debe ser afectado, con sujeción al orden estipulado en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 (por cuanto a su respecto la impugnación

fue totalmente rechazada). Por el contrario, en cuanto concierne a las sumas correspondientes a las impugnaciones de los Renglones Nros. 1 y 5, visto y considerando que se ha hecho parcialmente lugar a las mismas sin que resulte factible calcular el monto que no correspondería afectar por ello, esta Oficina es de la opinión que dichas sumas no deberían ser objeto de afectación alguna, por aplicación del principio de razonabilidad y en consonancia con el criterio establecido en la Nota N° NO-2018-23710885-APN-ONC#MM, del 18 de mayo de 2018, oportunidad en la cual este Órgano Rector concluyó: *“...existe la posibilidad de resolver una impugnación haciendo lugar parcialmente a la misma, por cuanto en dicha presentación será posible que los interesados realicen planteos diversos que en consecuencia podrán dar lugar a soluciones jurídicas también diversas. Ahora bien, en cuanto a la devolución parcial de las garantías, por las dificultades que puede implicar el cálculo del monto que correspondería devolver o bien por la problemática que puede traer aparejada la ejecución parcial de cierto tipo de garantías, y considerando que la normativa nada aclara al respecto y que en caso de duda corresponde estar a favor del administrado, se entiende que en aquéllos casos en que se hiciera lugar a la impugnación -aunque sea en parte- corresponderá la devolución íntegra de la correspondiente garantía de impugnación.”*

IX) Máxime en un caso como el que nos ocupa, en la medida en que no se advierte que la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. haya utilizado abusivamente el mecanismo de la impugnación como un mero instrumento tendiente a entorpecer el procedimiento y/o dilatarlo, sino que, por el contrario, algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente, afianzando de tal modo la condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público que revisten los proveedores del Estado.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-08247158-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 11 de febrero de 2019.

**Referencias:** Habilidad para contratar. Requisitos cuando se trata de proveedores extranjeros. Imposibilidad de verificar el estado de un proveedor ante AFIP y ante el REPSAL por tratarse de una sociedad extranjera. Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

### **Antecedentes**

- Con fecha 20 de diciembre de 2018 se difundió la Contratación Directa por Exclusividad N° 80-0070-CDI18 en el portal del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” (<https://comprar.gob.ar/>), para la adquisición de Licencias Microsoft a la firma MSLI LATAM, INC –NIT 88-0461467– por la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES CUATROCIENTOS MIL NOVECIENTOS OCHO CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD 400.908,84).
- Con fecha 10 de enero de 2019, se emitió el Informe de la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° IF-2019-01873490- APN-DCYCMS#MSYDS, en el cual la aludida instancia puso de relieve lo siguiente: *“...la firma MSLI LATAM INC. declara (...) que es una sociedad subsidiaria controlada totalmente*

*por MICROSOFT CORPORATION, cuya sede se ubica en el Estado de Nevada, no encontrándose inscrita en el país (...) Lo cual significa, que MSLI LATAM INC. es una sociedad carente de inscripción, y carente de CUIT tramitado ante AFIP, lo que nos imposibilita realizar la consulta ante la base de datos de REPSAL y AFIP, a fin de comprobar que cumpla con los requisitos exigidos por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional...”.*

**Consulta:** Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión en torno a la imposibilidad que se le presentó al entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL –en el marco de la Contratación Directa por Exclusividad N° 80-0070-CDI18, llevada a cabo para la adquisición de Licencias de software MICROSOFT–, para realizar las consultas correspondientes ante las bases de datos de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) y del Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional relativos a la habilidad para contratar de la firma MSLI LATAM INC. Ello así, por tratarse esta última de una sociedad extranjera con sede en el Estado de Nevada, Estados Unidos, no encontrándose inscrita en el país y, por consiguiente, carente de Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT).

### **Normativa examinada**

- Artículos 27 y 28, incisos f) y h) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 5° del Decreto N° 1030/16.
- Artículos 66, 111 y 112 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 25, in fine, del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 1° del Manual de Procedimiento para la incorporación y actualización de datos en el SIPRO aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 64/16.
- Artículo 13 de la Ley N° 26.940.
- Artículo 15 del Anexo al Decreto N° 1714/14.
- Resolución General AFIP N° 4164/17.
- Comunicación General ONC N° 90/17.
- Comunicación General ONC N° 122/19.

### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) Las condiciones de habilidad para contratar con la Administración Nacional previstas en el Decreto Delegado N° 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. En cuanto al último de los presupuestos o requisitos de habilidad previamente aludidos, no resulta ocioso recordar que el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) es administrado por esta Oficina Nacional y en él se inscribirá a quienes pretendan participar en los procedimientos de selección llevados a cabo por las jurisdicciones y entidades comprendidas dentro del ámbito de

aplicación del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, salvo las excepciones expresamente previstas en la normativa vigente.

II) Mediante la Disposición ONC N° 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 N° 1030/16. En la actualidad el Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" y el sistema de información de proveedores "SIPRO" se encuentran integrados en un único portal (<https://comprar.gob.ar>), sin perjuicio de mantener su individualidad y fines propios. Así las cosas, a los fines de cumplir con el requisito de incorporación al SIPRO que dispone el artículo 27 del Decreto Delegado N° 1023/01 basta con que el oferente se encuentre preinscripto al momento en que los actuados sean remitidos a la Comisión Evaluadora, no obstante lo cual, para formar parte del orden de mérito cuando se emita el dictamen de evaluación, los oferentes deberán encontrarse incorporados al SIPRO asociado al COMPR.AR y con los datos actualizados, tal como se interpretó en la Comunicación General ONC N° 63/17.

III) No es posible soslayar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 25, *in fine*, del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, en cualquier tipo de procedimiento los oferentes y adjudicatarios extranjeros estarán exceptuados de la obligación de inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO).

IV) Si bien el artículo 1° del Manual de Procedimiento para la incorporación y actualización de datos en el SIPRO aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 64/16 establece que quienes estén exceptuados de estar incorporados en el SIPRO deberán igualmente realizar la preinscripción, la Comunicación General ONC N° 59/17 aclara que ello se debe a razones meramente operativas. Ello así, por cuanto el requisito de preinscripción en el SIPRO asociado al COMPR.AR 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 participar en los procedimientos de selección que se efectúan a través del referido sistema.

V) Los proveedores extranjeros se encuentran excusados de la carga de tramitar su incorporación al SIPRO, sin perjuicio de lo cual deberán necesariamente gestionar *online* la pre-inscripción para poder ofertar en forma electrónica a través de la plataforma "COMPR.AR". Por el contrario, si se presenta en calidad de oferente una sucursal debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto o cualquier otra especie de representación permanente de una sociedad constituida en el extranjero, sí resultará exigible el requisito de incorporación al SIPRO.

VI) Por otro lado, en cuanto concierne al cumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales, es dable mencionar que el artículo 5° del Decreto N° 1030/16 dispone que la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS pondrá a disposición de esta 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. Con sustento en esto último, el día 1° 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 N° 1.023/01.

VII) De acuerdo con el artículo 2° 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.

VIII) Posteriormente, mediante la Comunicación General ONC N° 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 1° 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.”*

IX) 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 (\$1.500,00.-) el sistema informará que no tiene deuda. A su vez, mediante Comunicación General ONC 122/19 se aclaró que: *“...En aquellos casos en los que el sistema de consulta arrojaré los resultados: ‘Error al consultar Deuda de Proveedor en AFIP No se pudo consultar el estado de deuda del proveedor con CUIT: 30715505998. El Proveedor para ese CUIT se encuentra sin inscripción en impuestos en AFIP’ o ‘Error al consultar Deuda de Proveedor en AFIP No se pudo consultar el estado de deuda del proveedor con CUIT: 30707872000.CUIT pasiva por decreto 1299/98’, se debe considerar que el contribuyente registra algún incumplimiento que le impide estar habilitado para contratar con el Estado...”*

X) En otro orden de cosas, cabe destacar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.940 las jurisdicciones y entidades contratantes comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 no podrán contratar con proveedores que se encuentren registrados en el REPSAL, debiendo verificar dicha circunstancia en el sitio *web* del REPSAL (listado que se actualiza diariamente). También en este caso la consulta del empleador en la página es por CUIT (<http://repsal.trabajo.gob.ar/Empleador>).

XI) De conformidad con las normas que integran el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y su reglamentación, los proveedores extranjeros no se encuentran excluidos de las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01, con lo cual cabe concluir que, en principio, dichas causales también les resultan aplicables. Empero, ello no implica en modo alguno desconocer que, en determinados supuestos en que concurren oferentes extranjeros, el organismo contratante puede verse ante la imposibilidad material de verificar los extremos receptados en el mentado artículo 28 y/o en su reglamentación por no contar el proveedor extranjero con CUIT.

XII) Frente a una eventual imposibilidad material de verificar las causales de inhabilidad contempladas en los incisos f) y h) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 (v.g. cumplimiento de obligaciones tributarias y previsionales y situación ante el REPSAL), este Órgano Rector entiende que, por aplicación del principio de razonabilidad, la cuestión deberá resolverse mediante la presentación, por parte del proveedor extranjero, de la Declaración Jurada de Habilidad para Contratar con la Administración Nacional y en consecuencia, deberá considerárselo hábil para contratar con el Estado Nacional hasta tanto no se verifique lo contrario por cualquier medio.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 20 de febrero de 2019.

**Referencias:** Contratación interadministrativa. Habilidad para contratar. Verificación del cumplimiento de obligaciones tributarias y/o previsionales.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Contratación Directa Interadministrativa N° 258-2018, a celebrarse entre el entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES se procuraba contratar un servicio de policía adicional.
- En ese contexto, la UOC del organismo de origen puso de relieve lo siguiente: “...*En el caso puntual de consulta, el cual tramita por EX-2018-54865282-APN-DCYC#MSYDS, consta que al momento de realizar el análisis de la oferta presentada por el Ministerio de Seguridad surge desde el sitio web del sistema COMPR.AR que dicho organismo posee deuda liquida y exigible ante la AFIP. Es por ello, que la consulta reside en si en el caso particular de una contratación interadministrativa, como la que nos ocupa, corresponde estarse a lo dispuesto por la Resolución General AFIP N° 4164/17 y por consiguiente aplicarse lo establecido en el inciso b) del Artículo 66 del Anexo al Decreto N° 1030/16...*”.

**Objeto de la consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en el marco de la Contratación Directa Interadministrativa N° 258-2018 entre el ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES para la contratación de un servicio de policía adicional, a efectos de que expida respecto al temperamento a adoptar en referencia al resultado arrojado al efectuar la consulta de los “Incumplimientos Tributarios y/o Previsionales Fiscales de los Potenciales Proveedores”, conforme las previsiones de la Resolución General AFIP N° 4.164 E/2017 y de la Comunicación General ONC N° 90/17.

**Normativa examinada:**

- Artículos 25, inciso d) apartado 8º, 27 y 28, inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 5º, 22, 44 y 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Comunicación General ONC N° 90/17.
- Comunicación General ONC N° 122/19.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) Las denominadas “contrataciones directas interadministrativas” se encuentran reguladas en el artículo 25, inciso d), apartado 8º del Decreto Delegado N° 1023/0, artículos 22 y 44 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en el artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, y se caracterizan –conceptualmente y/o en términos generales– por ser un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado (Cfr. Dictámenes PTN 263:395).

II) Más precisamente, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: “...La relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia. Estas relaciones pueden ser de dos tipos diferentes, a saber: 1) relaciones entre entidades estatales pertenecientes a una misma esfera de gobierno y 2) relaciones entre distintas esferas de competencia constitucional [...] Los contratos que se celebren entre sujetos estatales, son denominados interadministrativos. La categorización jurídica de estos contratos tiene su razón de ser en las particularidades que ofrecen y que son consecuencia de las características de la vinculación que se señaló precedentemente...” (Cfr. Dictámenes PTN 234:645; 244:129; 241:227).

III) La contratación a la que refiere la normativa reseñada *ut supra* tiene como sustrato material una relación interadministrativa. A raíz de ello, el régimen jurídico difiere del propio de los contratos administrativos *stricto sensu*, dado que la presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos le imprime a la contratación una modulación especial (v. Dictámenes PTN 263:395 y Dictamen ONC N° 174/2014, entre otros).

IV) A partir de la entrada en vigencia de la Resolución General AFIP N° 4164/17 se establece un 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 la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC)– la habilidad para contratar respecto de sus potenciales oferentes, en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01, sin contemplar excepciones en forma explícita.

V) Pese a la falta de exclusión expresa, parece en efecto 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. En sentido concordante, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: “...si una ley no aporta criterios específicos aplicables a los supuestos de contrataciones interadministrativas no debe hacerse una aplicación indeliberada e irreflexiva de las restricciones contenidas en ellas –que han sido perfeñadas para supuestos jurídicos totalmente diversos...” (Dictámenes PTN 244-054).

VI) Esta Oficina Nacional entiende que, en este caso puntual, el procedimiento previsto en la RESOG-2017-4164-APN-AFIP tendiente a corroborar la habilidad para contratar respecto de la POLICIA FEDERAL ARGENTINA, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01, resulta inoficioso.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-17245687-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de marzo de 2019.

**Referencias:** Prohibición de desdoblamiento. Alcances. Razones que justifican el desdoblamiento.

### **Antecedentes:**

- La DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL solicitó la adquisición de DOS (2) vehículos automotores 0 km con el objeto de destinarlos al traslado de internos entre los establecimientos y unidades penitenciarias ubicados en la región sur de nuestro país (La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz), como también poder cumplir con las diferentes solicitudes de los juzgados y tribunales de esa región.
- Simultáneamente, informó que por expediente electrónico N° EX-2018-28197718- -APN-DC#SPF tramitaba la Licitación N° 31-0015-LPU18 (Solicitud de Contratación N° 31-64-SCO18), para la adquisición de diversos vehículos 0 km destinados a cubrir las demandas de las distintas

Unidades Penitenciarias localizadas en el área metropolitana de Buenos Aires (Capital Federal –Conurbano Bonaerense – La Plata – Marcos Paz – Mercedes – Magdalena y otras ciudades de la región), por la suma estimada en un total de PESOS SESENTA Y SEIS MILLONES VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO CON SESENTA CENTAVOS (\$66.024.374,60).

**Objeto de la 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 N° 1030/16 (prohibición de desdoblamiento). Concretamente, se consultó sobre la posibilidad de tramitar simultáneamente más de un procedimiento de selección que tenga por objeto la adquisición de los mismos bienes –aunque con distintos destinos–, fundando las razones que así lo justifiquen.

**Normativa examinada:**

- Artículos 6 y 24 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 8 y 30 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) Está vedado el fraccionamiento de las contrataciones, a fin de evitar que a través de dicha maniobra se logre: a) eludir los montos máximos permitidos para sustanciar determinados procedimientos de selección del contratista (se trata de imposibilitar el encuadre en procedimientos menos rigurosos en cuanto a pautas de publicidad y difusión, etc. que el que correspondería de no existir fraccionamiento alguno); b) eludir la intervención de alguna autoridad administrativa de mayor rango jerárquico (se trata de impedir que se vulneren las normas sobre competencias para autorizar o aprobar el procedimiento y de tal forma evitar 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); c) eludir el Régimen del Sistema de Precios Testigo.

II) 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.

III) 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 N° 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 prohibido.

IV) 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. Desde esa perspectiva debe recordarse que se trata de una presunción “*iuris tantum*” que, como tal, admite prueba en contrario (Cfr. IF-2017-00165948-APNONC#MM, IF-2017-06756698-APN-ONC#MM e IF-2017-19243954-APNONC#MM).

V) 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.

VI) Asiste razón a la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, en cuanto sostuvo que al día de la fecha ninguno de los procedimientos de que se trata contaría con la convocatoria formalmente autorizada, con lo cual: *“...la consulta aludida devendrá abstracta en la medida que medie más de tres (3) meses entre el primer día de una convocatoria (por ejemplo la que tramita a través del EX-2018-28197718-APN-DC#SPF) y la autorización de un nuevo trámite licitatorio (vg. el que se inicie para adquirir los bienes requeridos en las presentes actuaciones)...”*.

VII) Sin perjuicio de ello, para el hipotético caso en que la contratación propiciada en autos siga su curso y la misma sea convocada con una diferencia menor a los TRES (3) meses con respecto al acto administrativo de autorización de la convocatoria que eventualmente se suscriba en el expediente N° EX-2018-28197718-APN-DC#SPF (con lo cual quedaría configurado el primer presupuesto para presumir que se trata de un desdoblamiento), esta Oficina estima oportuno poner de relieve los extremos que a continuación se indican: a) El objeto de contratación de los dos procedimientos bajo estudio es la adquisición de furgones para el traslado de detenidos, razón por la cual cabría considerar que trata de los mismos bienes, con lo cual se encontraría configurado el segundo presupuesto del desdoblamiento de contratación. b) Tomando en cuenta los montos estimados en ambas solicitudes de contratación, cobra relevancia el hecho de que la tramitación por separado permitiría adquirir los DOS (2) furgones –en trámite por el EX-2019-06936411- -APN-DTR#SPF– sin tener necesariamente que instrumentar una licitación pública y sin que resulte de aplicación obligatoria en dicho procedimiento el control que ejerce la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN a través del Régimen del Sistema de Precios Testigo, mientras que de unificarse ambas contrataciones necesariamente debería sustanciarse una licitación pública, con la correspondiente intervención de funcionarios de mayor jerarquía y, a su vez, con aplicación del control de precios testigo, a menos que resulte de aplicación algunos de los supuestos de exclusión contemplados en el artículo 3° del Anexo I a la Resolución SIGEN N° 36/17. c) Por los motivos indicados en el literal b), el fraccionamiento que se pretende instrumentar tendría por consecuencia práctica tanto la posibilidad de encuadrar la compra de los furgones en un procedimiento menos riguroso que la licitación pública en cuanto a pautas de publicidad y difusión, así como también permitiría eludir los controles y formalidades que presupone la intervención de una autoridad administrativa de rango superior, siendo estas las principales razones que justifican la prohibición de esta clase de segmentaciones. d) Sin mengua de lo expuesto, nada obstaría a la tramitación simultánea de más de un procedimiento de selección que tenga por objeto la adquisición de los mismos bienes –aunque con distintos destinos–, siempre y cuando se documenten debidamente las razones que así lo justifiquen.

VIII) Respecto de esto último, si bien la ponderación de cuestiones técnicas y/o de oportunidad, mérito o conveniencia exceden la esfera de atribuciones de esta Oficina, a partir de la compulsión de los presentes actuados no se advierte que haya sido razonablemente satisfecho el requisito de documentar, en forma previa y adecuada, las razones que justificarían el fraccionamiento en cuestión. En suma, esta Oficina entiende que no se han brindado razones que den acabada cuenta que la adquisición en forma conjunta obstaría al cumplimiento de fines y/o cometidos esenciales a cargo de esa Institución.

### **Dictamen ONC N° IF-2019-17246865-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 21 de marzo de 2019.

**Referencias:** Licitación Pública. Difusión de la convocatoria. Publicidad del llamado. Irregularidades. Inconvenientes con el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “COMPR.AR”. Revocación del procedimiento de selección.

#### **Antecedentes:**

- Se advirtieron irregularidades en la etapa de difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 340/1-0024-LPU18.
- Concretamente, se omitió dar publicidad del llamado a licitación –por el término de DOS (2) días– en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno, exigido por el artículo 40 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Sobre el particular, la DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE ADQUISICIONES del MINISTERIO DE DEFENSA informó a esta Oficina Nacional los inconvenientes experimentados con el Sistema “COMPR.AR”, que implicaron la imposibilidad de publicar la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 340/1-0024-LPU18 en el Boletín Oficial de la República Argentina.

**Objeto de la 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° 340/1-0024-LPU18– puede o no continuar con su tramitación, teniendo en cuenta la irregularidad advertida en la etapa de difusión de la convocatoria, esto es, la omisión del requisito de publicidad del llamado a licitación por el término de DOS (2) días en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno, exigido por el artículo 40 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

#### **Normativa examinada:**

- Artículos 3º, 9º, 18, 23 y 32 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 40 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.

- Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16.
- Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, normas modificatorias y complementarias.
- Artículo 1° de la Disposición ONC N° 65/16.

### **Análisis y opinión del órgano rector:**

I) En relación al cumplimiento de los requisitos de publicidad y difusión de la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 340/1-0024-LPU18, no obra en el expediente constancia alguna que dé cuenta de la publicación del llamado en el Boletín Oficial de la República Argentina, por el término de DOS (2) días, con un mínimo de SIETE (7) días corridos de antelación a la apertura. De lo expuesto se desprende que no se ha cumplido con el requisito establecido en los artículos 32 del Decreto Delegado N° 1023/01 y 40 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, los cuales disponen –tal como fuera indicado *supra*– que la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas y en los concursos públicos deberá 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 SIETE (7) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de las ofertas, cuando se realicen en formato digital, como sucede en el presente caso.

II) Esta Oficina comparte el criterio propiciado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en el marco del IF-2019-06322381-APN-DGAJ#MD, al concluir que: “...*esta instancia asesora estima oportuno encauzar los presentes actuados como un procedimiento susceptible de ser revocado. La razón jurídica de tal conclusión estriba en que no está cumplimentado el requisito de publicidad de la convocatoria del procedimiento N° 340/1-0024-LPU18.*”.

III) El incumplimiento acaecido reviste naturaleza “objetiva”, en el sentido de que basta la comprobación fáctica de dicho extremo para revocar el procedimiento en el estado en que se encuentre con sustento en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01, independientemente del deslinde de responsabilidades que eventualmente corresponda llevar a cabo.

IV) Mas allá de los inconvenientes que hayan podido producirse en el sistema electrónico de contrataciones públicas “COMPR.AR”, el organismo tiene el deber de cumplir con los requisitos de publicidad y difusión contemplados en la normativa vigente, lo cual implica actuar proactivamente en la gestión y verificación ulterior de la efectiva publicación del llamado en los plazos y por los medios establecidos en la reglamentación aplicable. Desde esa atalaya no puede obviarse que, ante una falla en “COMPR.AR”, correspondía a la UOC ponerse en contacto con el Boletín Oficial y adoptar las medidas alternativas que fueren necesarias y conducentes para concretar la publicación en tiempo y forma, instrumentando a la par de ello (o no) una nueva prórroga de la fecha de apertura, según el caso.

V) El sistema COMPR.AR, como tal, permite la difusión de un procedimiento y otorga una herramienta que facilita la publicación de avisos de convocatorias en el Boletín Oficial de la República Argentina, pero en modo alguno suple la publicación en dicho Boletín o la carga de los organismos de cumplir con el requisito de la publicación, ante eventuales inconvenientes.

VI) Es parte de la responsabilidad de la UOC la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna publicación de las distintas etapas procedimentales, así como también digitalizar y vincular las constancias pertinentes a las actuaciones (cuando no migren en forma automática); 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 (v. Dictamen ONC N° 995/12).

VII) 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° 24/2018 del registro del MINISTERIO DE DEFENSA 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 3° 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 N° IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 1° de abril de 2019.

**Referencias:** Contrato de usufructo oneroso de acciones con opción a compra irrevocable. Ámbito de aplicación. Encuadre Jurídico. Elección del procedimiento. Principio de centralización normativa y descentralización de la gestión operativa. Contratación Directa por Exclusividad. Contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado.

#### **Antecedentes:**

- A través de los Decretos Nros. 84/09 y 1479/09 se implementó el Sistema Único de Boleto Electrónico –SUBE– como medio de percepción de la tarifa para el acceso a la totalidad de los servicios de transporte público automotor, ferroviario de superficie y subterráneo de pasajeros de carácter urbano y suburbano y se aprobó el “Convenio marco Sistema Único de Boleto Electrónico”.
- Conforme lo establecido en la cláusula quinta del mencionado Convenio Marco aprobado por Decreto N° 1479/09 la conducción del SUBE fue encomendada a NACIÓN SERVICIOS S.A. (NSSA), empresa controlada por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (BNA).

- NACIÓN SERVICIOS S.A., en tanto sociedad del GRUPO BANCO NACIÓN, era responsable del desarrollo, implementación, gestión, procesamiento y atención del Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE), el servicio para pagar viajes con tarjeta en trenes, colectivos y subtes de la REPÚBLICA ARGENTINA.
- El BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (BNA) y la firma NACIÓN SEGUROS S.A. (NSEGSA) eran los únicos accionistas de NSSA y, en consecuencia, los únicos titulares de la totalidad de las acciones representativas del capital social de NSSA.
- Luego, con el objeto de que la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. (NSSA) se transformase en una sociedad al servicio del ESTADO NACIONAL bajo la administración exclusiva de sus derechos accionarios por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, la DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE propició la celebración de un contrato de usufructo oneroso con opción irrevocable de cesión de las acciones y derechos políticos y económicos de la NSSA, que titularizan en su totalidad el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A.
- De tal forma, del proyecto de contrato acompañando se desprendía que las partes del contrato eran el ESTADO NACIONAL —representado por el MINISTERIO DE TRANSPORTE— en carácter de usufructuario y el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A., ambos en carácter de nudos propietarios de las acciones y derechos políticos y económicos de NSSA.
- Producto de dicho contrato, los derechos políticos y económicos que poseía el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. respecto de las acciones de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. pasarían a ser usufructuados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE por un plazo de SETENTA Y DOS (72) meses desde el otorgamiento de la escritura, contra el pago de cuotas semestrales, iguales y consecutivas.
- El convenio preveía, como último punto relevante, que el usufructuario —ESTADO NACIONAL, a través del MINISTERIO DE TRANSPORTE— tendría la opción irrevocable de adquirir la totalidad de las acciones usufructuadas y aquellas de las que sean titulares los nudos propietarios al momento del ejercicio de la misma.
- La DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE propició sustanciar una contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, en los términos del artículo 25, inciso d) apartado 3º del Decreto Delegado N° 1023/01. A tal efecto, brindó las siguientes razones: *“...En este caso, las acciones de Nación Servicios S.A. son de propiedad exclusiva de sus accionistas —es decir, el Banco de la Nación Argentina y Nación Seguros S.A.— y carecen de sustitutos posibles, toda vez que aquélla es el vehículo ejecutor del SUBE, para lo cual fue designado por el Banco de la Nación Argentina en el Convenio Marco...”*.
- En sentido concordante, la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE opinó respecto de dicha causal —entre otras alternativas analizadas— que: *“...consistiría en una contratación de bienes (las acciones de BNA y NSEGSA en NSSA) que sólo poseen esas personas jurídicas (dado que son las únicas accionistas de NSSA y titulares de las acciones representativas de la totalidad de su capital social) y no existirían sustitutos convenientes (dado que, como consecuencia de su carácter de encargada del proyecto SUBE, las acciones de NSSA son las únicas útiles al efecto de la simplificación del sistema...)”*.

**Objeto de la consulta:** Se solicitó intervención a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida con respecto a si el contrato a suscribirse entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. destinado a convenir el usufructo oneroso de las acciones de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A., con opción a

compra/cesión irrevocable, se encontraba (o no) comprendido en el ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y, eventualmente, qué procedimiento de selección correspondía aplicar.

#### **Normativa examinada:**

- Artículos 1° 2°, 4°, 5°, 23, 24 y 25, inciso d) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 3°, 8°, 10, 14 y 17 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.
- Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156.
- Artículo 52 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículos 215 y 218 de la Ley General de Sociedades N° 19.550.
- Artículos 996, 1614 a 1631 y 2129 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **Análisis y opinión del órgano rector:**

I) Como regla general, 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 de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y reglamentado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias, desde que entre los fines públicos comprometidos se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2018-22179850-APN-ONC#MM e IF-2018-27922992-APNONC#MM, entre otros).

II) En relación con el ámbito de aplicación material u objetivo, sabido es que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional fue establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01 con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional. El Decreto Delegado N° 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). Justamente, la aplicación residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 1023/01 a todos los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario, implica reconocer la existencia de contratos innominados o sui generis (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM, IF-2018-25541522-APN-ONC#MM e IF-2018-27922992-APN-ONC#MM).

III) El principio desde el cual ha de partirse no puede ser otro que el de la aplicación del Régimen establecido por el Decreto N° 1023/01 a la totalidad de los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156. Solo estarían excluidos los acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos enumerados en el artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01 o, eventualmente, aquellos contratos que se encuentren tipificados por normas especiales de naturaleza materialmente legislativa que expresamente excluyan, a su respecto, la aplicación del régimen general (v.

Dictámenes ONC Nros. IF-2017-23893278-APNONC#MM e IF-2018-25541522-APN-ONC#MM). Siendo ello así, esta Oficina Nacional considera que el contrato de usufructo oneroso de las acciones de una sociedad comercial, por cuyo conducto el ESTADO NACIONAL asumiría la calidad de usufructuario con la opción irrevocable de cesión de tales acciones, no se corresponde, 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 N° 1023/01.

IV) La contratación proyectada debe reputarse incluida en el ámbito de aplicación objetivo del Régimen de las Contrataciones de la Administración Nacional por no hallarse enumerada entre los contratos taxativamente excluidos en el artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01, ni advertirse norma alguna de naturaleza materialmente legislativa que la excluya del marco jurídico general propio de las contrataciones públicas a nivel nacional. Va de suyo que su sentido, alcance y contenido en el contexto del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su reglamentación no vienen dados por dichas normas sino que, como acertadamente señalara la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE: *“...prima facie el objeto de la contratación estaría sometido a un régimen de derecho privado, dado que: (a) el derecho de usufructo (con sus modos de constitución) está regido por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 2129-53); (b) la Ley General de Sociedades N° 19.550 (t.o. 1984) prevé el usufructo de acciones en sus normas (art. 218); y (c) la eventual cesión también está regida por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1614-31). En este sentido, por los artículos 2.6 y 3.8 de los términos propiciados para la contratación, se establece la aplicación del artículo 215 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1984), y, en su artículo 2.1, la aplicación de los artículos 996 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, se advierte que las normas del derecho privado frecuentemente suplen la ausencia de normas administrativas especiales y que, en concreto, las relativas a los contratos privados integran por analogía a las aplicables a contratos administrativos frecuentes. No obstante, se advierte que las normas del derecho privado frecuentemente suplen la ausencia de normas administrativas especiales y que, en concreto, las relativas a los contratos privados integran por analogía a las aplicables a contratos administrativos frecuentes. Ejemplos habituales en este sentido son los contratos de locación que celebra la Administración Nacional, los cuales están regidos por el RCAN por subsunción expresa [art. 4°, inc. a)], sin perjuicio de la tipificación de tal contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1187-226)...”*.

V) En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –expresamente receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que se trata de una atribución exclusiva de la autoridad competente del organismo que llevará adelante la contratación, quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto y en cuanto se cumplan, según cada caso, los presupuestos habilitantes (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 416/2008, 513/2009, 863/2012, 1005/2012, 1006/2012, 435/2012, 383/2013, 315/2015, IF-2017-33831646-APN-ONC#MM, entre muchos otros). Puntualmente, en los Dictámenes ONC Nros. 747/11 y 383/13 se sostuvo: *“...con la finalidad de evitar suplir la labor que compete a cada entidad contratante y de acuerdo a sus atribuciones, no atañe a este Órgano Rector determinar el procedimiento de selección a implementar, sino que corresponde a las unidades operativas de contrataciones llevar adelante la gestión de las contrataciones, lo cual conlleva determinar el tipo de procedimiento a utilizarse, conforme las*

*particularidades de cada contratación, de acuerdo a las definiciones establecidas por la normativa en cada caso.”.*

VI) Las jurisdicciones y entidades contratantes podrán apartarse de la regla general establecida en el citado artículo 24 del Decreto Delegado N° 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. Es decir, la propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, particularmente aplicables cuando las condiciones 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 (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 863/2012, 315/2015 e IF-2017-06324429-APN-ONC#MM). 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. 200/2006 y 205/2006, entre otros).

VII) Corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por el procedimiento –dentro de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, procurando en todo momento que las gestiones tendientes a satisfacer fines públicos se ajusten a las normas y principios generales que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2017-06324429-APN-ONC#MM).

VIII) La contratación propiciada presenta aristas singulares entre las que cabe remarcar que si bien en principio se celebrará un contrato de usufructo sobre los derechos políticos y económicos derivados de las acciones de NSSA, finalmente podrá realizarse una cesión de las mismas, por decisión unilateral del MINISTERIO DE TRANSPORTE, con el consecuente cambio de titularidad dominial. La finalidad subyacente de la contratación consistiría, esencialmente, en la simplificación del sistema denominado “SUBE”, reestructurar la infraestructura y los recursos dedicados al servicio de las políticas de transporte, disminuyendo el riesgo operacional. Finalidad que se traslada al medio jurídico por el cual tal proceder se instrumentaría (es decir, el usufructo de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A.).

IX) El hecho de que una contratación esté sometida, en lo sustancial, a un régimen jurídico de derecho privado no implica *per se* la inaplicabilidad del Régimen establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01. Por el contrario, cuando se trata de contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado, como mínimo la competencia y la forma se hallan regidas por el derecho administrativo, aunque lo medular del objeto se sujete a la regulación específica del Derecho Civil o Comercial mediante la técnica de la integración por analogía.

X) El usufructo de acciones es un tipo especial de usufructo previsto en el artículo 218 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 con las siguientes características: a) La posibilidad de desmembrar el derecho real de dominio, otorgando el usufructo a una persona distinta del titular de la nuda propiedad de las acciones de una sociedad anónima, es una herramienta que brinda la Ley 19.550 (LGS); b) En cuanto a la definición legal, el mencionado artículo 218 de la LGS no define el usufructo societario, por lo cual hay que remitirse a la definición contenida en el artículo 2129 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; c) de conformidad con la legislación vigente, el derecho real de usufructo de acciones puede constituirse por acuerdo de partes, dando lugar a un contrato por el cual se constituye el derecho real de usufructo; d) de tales normas se desprende que se admite la posibilidad de transmitir al usufructuario el derecho de cobro de los dividendos (percibir las ganancias) y, eventualmente, el ejercicio de los derechos políticos derivados de las acciones objeto del contrato, mientras el nudo propietario conserva la titularidad de las mismas y la calidad de socio.

XI) La transmisión de acciones nominativas o escriturales está prevista en el artículo 215 de la Ley N° 19.550, la cesión de derechos –en términos generales– se encuentra regulada en los artículos 1614 a 1631 del Código Civil y Comercial de la Nación, mientras que según las previsiones del artículo 996 del aludido cuerpo normativo: *“El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule.”*

XII) 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. En último lugar, 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.).

XIII) Tomando en consideración la plataforma fáctica que ha sido objeto de estudio, la documentación acompañada en las presentes actuaciones y los razonables motivos vertidos por el organismo de origen (de donde se extrae, concretamente, que las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A. son propiedad exclusiva del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y de NACIÓN SEGUROS S.A. y que no existirían sustitutos convenientes, toda vez que NACIÓN SERVICIOS S.A. es el único vehículo ejecutor del sistema “SUBE”), esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer frente al hipotético caso en que se opte por sustanciar un procedimiento de contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, en el entendimiento de que se encontrarían *prima facie* satisfechos los requisitos normativos reseñados.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-20811346-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 5 de abril de 2019.

**Referencias:** Elección del Procedimiento de Selección. Modalidades. Iniciativa privada. Concurso de proyectos integrales. Combinación de modalidades. Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 8 de agosto de 2018 la empresa ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS Y ACTIVOS FIDUCIARIOS S.A. (ANAF), realizó una presentación ante la COMISIÓN DE ENERGÍA ATÓMICA en la que manifestó su interés en producir y comercializar por si, o través de una empresa del Grupo ANAF, un Pan Nutricional con posterior proceso de irradiación por Co60, con el objeto de llegar a poblaciones nutricionalmente comprometidas en nuestro país y en el exterior con un producto de alto valor proteico y larga vida.
- Por su parte, la JEFATURA I de la GERENCIA DE ÁREA APLICACIONES DE LA TECNOLOGÍA NUCLEAR elevó a consideración del titular de dicha Gerencia, un informe técnico en respuesta a la consulta sobre permisos de orden sanitarios, bromatológicos u otros considerados necesarios para llevar a cabo el proyecto propuesto, a ser desarrollado en conjunto entre CNEA (Gerencia Aplicaciones y Tecnología de la Radiaciones) y la firma ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS Y ACTIVOS FIDUCIARIOS S.A. (ANAF).
- La GERENCIA DE ÁREA APLICACIONES DE LA TECNOLOGÍA NUCLEAR de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA brindó su conformidad al informe referenciado.

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

### **Normativa examinada:**

- Artículos 1º, 3º, 23, 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 10 y 25 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Capítulo I Título V y artículos 133 a 135 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

### **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 N° 1023/01– este Órgano Rector no posee facultades para determinar el procedimiento de selección que deberá

utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad competente del organismo que llevará adelante la contratación (Cfr. Dictamen ONC Nros. 416/08, 513/09, 863/12, 383/13, 435/13 entre muchos otros).

II) El Decreto Delegado N° 1023/01 prevé, en su artículo 1°, un principio directriz conforme al cual el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional tiene por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. El Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 ratifica –como no podía ser de otro modo– la prevalencia de la licitación pública o concurso público, pero sin desconocer que, dadas las particularidades de cada caso concreto, deberá aplicarse en cada ocasión el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.

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

IV) La modalidad de iniciativa privada se encuentra regulada como mayor detalle en el Capítulo I del Título V del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, bajo las siguientes características: a) La propuesta debe ser novedosa u original o implicar una innovación tecnológica o científica y debe contener los antecedentes del autor de la iniciativa, el plazo de ejecución, el monto estimado de la inversión, la fuente de recursos y financiamiento, los lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así como los elementos que permitan demostrar su viabilidad jurídica, técnica y económica (v. artículo 104 del Manual de Procedimiento). b) El área que corresponda de la jurisdicción o entidad con competencia en razón de la materia de la propuesta incluida en la iniciativa privada, una vez verificados los requisitos de admisibilidad, realizará la evaluación de la presentación efectuada, debiendo emitir un informe circunstanciado en el que recomiende la declaración de interés público o la desestimación de la propuesta, en el plazo de TREINTA (30) días, prorrogable por otros TREINTA (30) días, si la complejidad del proyecto lo exigiese, y lo elevará a la máxima autoridad (v. artículo 105 del Manual de Procedimiento). c) La máxima autoridad de la jurisdicción o entidad, en un plazo de TREINTA (30) días, prorrogable por otros TREINTA (30) días, si la complejidad del proyecto lo exigiese, deberá declarar de interés público la iniciativa reconociendo al proponente como autor de la iniciativa o bien desestimar la propuesta. En caso de desestimarse el proyecto, el autor de la iniciativa no tendrá derecho a percibir ningún tipo de compensación por gastos, honorarios u otros conceptos (v. artículo 105 del Manual de Procedimiento). d) Dentro del plazo de SESENTA (60) días de efectuada la declaración de interés público, la jurisdicción o entidad que la hubiese declarado deberá convocar a licitación o concurso público para la ejecución del proyecto, utilizando preferentemente la modalidad concurso de proyectos integrales y confeccionar el pliego de bases y condiciones particulares, conforme los criterios técnicos, económicos y jurídicos del proyecto de Iniciativa Privada (v. artículo 106 del Manual de Procedimiento); e) Si la diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese de hasta

en un VEINTE POR CIENTO (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas. Para ello se deberá fijar día, hora y lugar y comunicarse a los oferentes llamados a mejorar y se labrará el acta correspondiente. En los casos en que, recibidas dichas mejoras, las ofertas fueran de conveniencia

equivalente, será preferida la del autor de la iniciativa (v. artículo 107 del Manual de Procedimiento). f) El autor de la Iniciativa Privada, en el supuesto de no ser seleccionado, tendrá derecho a percibir de quien resultare adjudicatario, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del UNO POR CIENTO (1%) del monto de la oferta que resulta finalmente adjudicada. El ESTADO NACIONAL, en ningún caso, estará obligado a reembolsar gastos ni honorarios al autor del proyecto por su calidad de tal (v. artículo 108 del Manual de Procedimiento). g) El autor de la iniciativa privada conservará los derechos referidos por el plazo máximo de DOS (2) años a partir del primer día de la primera convocatoria efectuada para la ejecución del proyecto (v. artículo 109 del Manual de Procedimiento).

V) La modalidad de concurso de proyectos integrales se encuentra prevista en el artículo 25, inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en los artículos 133 a 135 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, con sujeción a las siguientes directrices: a) Los procedimientos de selección con modalidad concurso de proyectos integrales se podrán efectuar cuando la jurisdicción o entidad contratante no pueda determinar detalladamente en el pliego de bases y condiciones particulares las especificaciones del objeto del contrato y se propicie obtener propuestas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades. b) El procedimiento de selección para estos casos deberá ser siempre el de concurso o licitación pública y se deberán cumplir los siguientes requisitos: 1) Consignar previamente los factores que se considerarán para la evaluación de las propuestas y determinar el coeficiente de ponderación relativa que se asignará a cada factor y la manera de considerarlo; 2) Efectuar la selección del cocontratante tanto en función de la conveniencia técnica de la propuesta como de su precio.

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

VII) Si el organismo consultante pretendiera realizar la contratación con un proveedor determinado, existen procedimientos de excepción regulados por la normativa, los que serán de aplicación en los casos que se cumplimenten con los requisitos allí consignados, los que –en su caso– resultan de interpretación restrictiva. En tal sentido, las causales de contratación directa por adjudicación simple son aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto contratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

VIII) Para contratar con una persona determinada los organismos contratantes deberán cumplir con los requisitos establecidos en los citados apartados y en la reglamentación aplicable, así como en las normas complementarias. En cada caso corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante valorar las circunstancias particulares y optar por el procedimiento de selección que estime más apropiado para satisfacer el concreto interés público comprometido, dentro de las posibilidades que la normativa habilita de acuerdo a los requisitos exigidos y/o limitantes previstas en cada caso. En todos los casos deberá llevarse a cabo un procedimiento razonable –en términos de economía, eficacia y eficiencia–, atendiendo al fin público perseguido y a las particulares aristas que presente el objeto contractual. Se trata de armonizar los principios que informan las contrataciones estatales, para cumplir en forma adecuada con el interés público comprometido y el resultado esperado.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 5 de abril de 2019.

**Referencias/voces:** Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional / incumplimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional / Cláusulas que contravienen la normativa aplicable / Licencias.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 30 de septiembre de 2016 la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la sociedad italiana FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. suscribieron el Contrato N° 96/16, cuyo objeto incluía la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto, junto con el correspondiente licenciamiento del "know-how", capacitación, transferencia de tecnología y equipamiento para el montaje de una línea de ensamble de las aludidas armas en la Fábrica Militar "Fray Luis Beltrán" y su posterior comercialización.
- El contrato preveía el suministro de CIENTO CINCUENTA MIL (150.000) pistolas de calibre 9x19mm Modelo PX4 Storm y VEINTICINCO MIL (25.000) rifles de asalto de calibre 7.62X51 mm Modelo ARX 200 por la suma de EUROS OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO (€ 88.609.295,00.-). A su vez, contemplaba un cronograma conformado por CUATRO (4) entregas por año durante los Ejercicios 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, con más la transferencia del know-how y elementos de montaje para dichos bienes.
- Como modalidad de pago prevista se pautó que las entregas programadas para el año 2017 se afrontarían mediante un préstamo a otorgar, según las reglas financieras internacionales, por una institución bancaria presentada por FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A., extremo que permitiría a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES hacer frente a las primeras entregas programadas para ese ejercicio. El aludido préstamo debía estar afianzado por una garantía soberana emitida por autoridad competente de la REPÚBLICA ARGENTINA.

- El contrato contemplaba una duración de CINCO (5) años, a partir de la entrada de vigor del mismo, extremo que las partes supeditaron al cumplimiento de los siguientes requisitos previos: Firma del Contrato por las Partes; recepción del certificado de usuario final (CUF) debidamente legalizado por la Embajada de Italia en Argentina; recepción de la Licencia de Exportación por parte del Proveedor; obtención de autorizaciones por parte de las autoridades de los organismos de control Argentino; expedición de una garantía soberana emitida por el entonces Ministerio de Economía de la REPÚBLICA ARGENTINA o autoridad competente nacional aceptada por la Agencia de Exportación italiana (SACE) y por el banco financiador; emisión de la contra-garantía por parte de la Agencia de Exportación italiana SACE. De tal suerte, quedó expresamente establecido que el contrato entraría en vigor en oportunidad de cumplirse el último requisito.
- El mentado contrato –calificado por el organismo de origen como un acuerdo bilateral estratégico para la transferencia de tecnología armamentística–, había sido fruto de negociaciones de alto nivel entabladas entre los Gobiernos de la República Argentina y la República Italiana, en el contexto de cooperación mutua establecida en materia de Defensa a través del Convenio suscripto en Roma el 6 de octubre de 1992 (aprobado por Ley N° 24.843) y del Memorándum de Entendimiento entre los Ministerios de Defensa de ambos países, suscripto el 1° de octubre de 2010.
- La operación contó con el aval y/o respaldo del MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ITALIANA, quien habría autorizado la transferencia de tecnología y concesión de licencias relativas a equipamiento militar.
- La DIRECCIÓN DE ARMAMENTOS TERRESTRES DEL MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia asumió el rol de garante del control de calidad del material objeto del contrato.
- La Agencia de Créditos para la Exportación (SACE), organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas de esa República, se había comprometido a emitir un reaseguro por sobre la garantía soberana que debe emitir la República Argentina para garantizar el financiamiento que posibilite la operación.
- La institución bancaria especializada en banca corporativa y de inversión UNICREDIT S.P.A. manifestó oportunamente su interés en financiar la operación a través del otorgamiento de una línea de crédito a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES por un monto total de hasta EUROS VEINTIDOS MILLONES QUINIENTOS MIL (€ 22.500.000,00.-).

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que en el marco de su competencia opine si el Contrato N° 96, suscripto el 30 de septiembre de 2016 entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la sociedad comercial FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. se encuentra excluido del ámbito de aplicación objetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional instituido por el Decreto Delegado N° 1023/01 o si, por el contrario, no puede continuar bajo la forma en que fuera concebido. Se trataba, en definitiva, de dilucidar si la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto objeto del mismo, con el correspondiente “know-how”, transferencia de tecnología y equipamiento para el montaje de una línea de ensamble de las aludidas armas en la Fábrica Militar “Fray Luis Beltrán” debió efectuarse siguiendo alguno de los procedimientos de selección contemplados en el Decreto Delegado N° 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias o si, dadas las especiales características del contrato sometido a estudio, se subsume en alguno de los supuestos de exclusión contemplados en el artículo 5° del referido cuerpo normativo.

### Normativa examinada:

- Artículos 2º, 4º, 5º inciso c), 11, 12 inciso g) y 24 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 3 del Decreto N° 1030/16.
- Artículo 8º de la Ley N° 24.156.

### 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 de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y reglamentado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2018-22179850-APNONC# MM).

II) En cuanto concierne a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM), resulta oportuno mencionar que recientemente, a través del Decreto N° 104 de fecha 31 de enero de 2019, se dispuso su transformación bajo el régimen de la Ley N° 20.705 como: "FABRICACIONES MILITARES SOCIEDAD DEL ESTADO". Es decir, está claro que en la actualidad se trata de una Sociedad del Estado comprendida en el inciso b) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 y, por lo tanto, excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, más no es posible soslayar que a la fecha en que fue celebrado el Contrato N° 96 –30 de septiembre de 2016– la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES era una entidad descentralizada actuante en la órbita del MINISTERIO DE DEFENSA –v. artículo 8º del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 636 del 31 de mayo de 2013–, motivo por el cual ninguna duda cabe respecto a que se encontraba incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

III) En cuanto respecta al ámbito de aplicación objetivo, queda claro que el Decreto Delegado N° 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) (IF-2018-25541522-APN-ONC#MM). El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 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 (Cfr. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM e IF-2018-25541522-APN-ONC#MM).

IV) El principio desde el cual ha de partirse no puede ser otro que el de la aplicación del Régimen establecido por el Decreto N° 1023/01 a 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 N° 24.156. Sólo estarían excluidos aquellos acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos mencionados en el artículo 5º del Decreto Delegado N° 1023/01 (Cfr. IF-2018-25541522-APN-ONC#MM).

V) FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. debe ser considerada una compañía italiana de capitales privados. No es propiedad del Estado Italiano y ni siquiera presenta componentes estatales. La República Italiana no tendría participación en la misma –o cuanto menos no se trataría de una participación mayoritaria ni representativa del comúnmente denominado “paquete accionario de control”. Por el contrario, todo hace pensar que se trata de una sociedad comercial constituida en Italia con capitales privados.

VI) Desde el punto de vista societario, FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. sería una sociedad controlada por BERETTA HOLDING S.P.A., con proyección internacional en cuanto se refiere a la industria armamentística. Se trata de una compañía privada, pero con una particularidad a la que se le da una marcada entidad: Contar con el patrocinio o respaldo de la República Italiana.

VII) Sin desconocer la existencia de negociaciones entabladas en altos niveles gubernamentales entre la República Argentina y la República Italiana sobre cooperación en materia de defensa –con basamento en el Convenio de Cooperación que en dicha materia suscribieron ambos gobiernos en el año 1992, y que fuera posteriormente aprobado por Ley N° 24.843 en el año 1997–, cierto es que FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. no es una entidad pública estatal italiana, ni una empresa pública sino una sociedad por acciones integrada –presumiblemente en su totalidad o cuanto menos en su mayoría– por capitales privados. En conclusión, nos encontramos frente a un contrato celebrado entre un actor público estatal (DGFM) y una contraparte privada, condición que no puede verse alterada por estar “respaldada” y/o avalada por su propio Estado.

VIII) Es en ese entendimiento que no parece razonable ni ajustado a la normativa vigente asimilar el escenario descrito con el de una contratación entre Estados soberanos, a efectos de subsumir el caso en la causal de exclusión contemplada en el artículo 5° inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01. Ello así, por cuanto la interpretación de dicha causal de exclusión no puede llevarse a tal extremo de laxitud como para considerar que cualquier contratación que se proyecte celebrar con un proveedor extranjero que cuente con el patrocinio, promoción y/o aval de su país de origen estaría excluida –por esa sola circunstancia– del régimen vernáculo. Menos aún si se repara en que las normas que constituyen excepciones a un principio general no admiten aplicaciones analógicas y deben ser interpretadas restrictivamente (Dictámenes PTN 206:346).

IX) Los antecedentes que aquí se han escrutado impiden a esta Oficina concebir el presente acuerdo como realizado entre dos Estados, mientras que confundir los sujetos contratantes (es decir, quienes son parte del contrato) con quienes eventualmente se encuentran facultados para autorizar y/o controlar la operación o bien la fomentan, promueven, patrocinan o garantizan implicaría incurrir en un error conceptual. No es posible verificar la existencia de un verdadero acuerdo bilateral entre Estados soberanos, circunstancia que, en caso de configurarse, naturalmente se encontraría condicionada por cuestiones diplomáticas, geopolíticas y estratégico-militares, todo lo cual fundamenta la exclusión del régimen nacional cuando se trata de contratos Estado-Estado.

X) No se trata de un contrato perfeccionado ni con la República italiana, en sentido estricto, ni tampoco con una unidad empresarial en la que el Estado Italiano tenga participación mayoritaria,

sino con una sociedad mercantil privada, lo cual configura una diferencia sustancial que torna inaplicable la opinión vertida en el Dictamen ONC N° 444/13. En dicho precedente pudo compulsarse documentación oficial referida a reuniones mantenidas entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la empresa ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD. (IMI) –cuya propiedad era titularizada por el 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. Ese solo hecho demuestra a las claras que se trata de dos plataformas fácticas distintas, desde que en aquel entonces se propiciaba contratar con una sociedad CIEN POR CIENTO (100%) propiedad del ESTADO DE ISRAEL, siendo esto último lo verdaderamente determinante a la hora de establecer una diferencia categórica entre ambas consultas. La disparidad fáctica puesta de manifiesto no es una circunstancia que pueda obviarse sino que, por el contrario, debe ser subrayada.

XI) Tampoco puede pasarse por alto que en el artículo 3° del previamente citado “Convenio de Cooperación en Materia de Defensa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana”, vigente desde 1997, se estableció lo siguiente: “*De conformidad con las leyes y reglamentaciones vigentes en cada uno de los países, las Partes identificarán fórmulas de cooperación y de iniciativas conjuntas para la investigación y desarrollo de tecnologías para la defensa que, por su naturaleza, tengan particular importancia defensiva y ofrezcan posibilidades de aplicación civil.*”. Así, de las cláusulas citadas surge, con meridana claridad, que los propios Estados signatarios acordaron sujetar las iniciativas conjuntas de cooperación a las leyes y reglamentaciones vigentes en cada uno de los países.

XII) En concordancia con ello, es dable mencionar que a través del “Memorándum de Entendimiento entre el MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ITALIANA y el MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ARGENTINA” firmado el 1° de octubre de 2010 se establecieron los principios guía para la mutua cooperación en la producción y adquisición de las capacidades relacionadas con los equipos de defensa, habiéndose acordado en el artículo 1° que: “*...Las partes actuarán de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos vigentes para promover, facilitar y desarrollar la cooperación en materiales para la Defensa, basados sobre el principio de reciprocidad...*”. Incluso, en el punto 3 del “Memorando de Acuerdo” (MdA) suscripto el día 13 de septiembre de 2016 entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la firma FABBRICA D’ARMI PIETRO BERETTA, las partes signatarias acordaron que: “*...Este MdA estará sometido a las leyes de Argentina...*”. Con lo cual, tales documentos avalan la plena aplicación del Régimen instituido por el Decreto N° 1023/01.

XIII) Párrafo aparte merece lo atinente al financiamiento para la implementación del proyecto, el cual provendría de una institución bancaria privada, previa constitución de una garantía soberana emitida por autoridad competente de la REPÚBLICA ARGENTINA, además de un reaseguro adicional al aval nacional, en cabeza de la Agencia de Exportación italiana SACE. Con lo cual tampoco sería razonable afirmar que la operatoria financiera descrita se ajusta a la causal de exclusión contemplada en el inciso c) del artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01, en la parte en que se refiere a los contratos: “*...que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos.*”. En opinión de este Órgano Rector, el solo hecho de que se haya empleado el término “organismos” torna inaplicable esta causal de exclusión del régimen general tanto a los contratos

financiados por Estados extranjeros como así también –y con mayor razón– a los financiados por instituciones bancarias privadas.

XIV) Así las cosas, forzoso es concluir que la contratación analizada se encuentra subsumida en el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

XV) La contratación sometida a estudio debió regirse por el Decreto Delegado N° 1023/01 y por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

XVI) El artículo 3° del Decreto N° 1030/16 dispone que quedan excluidos, entre otros, los contratos de “licencias” o más precisamente, las “concesiones de servicios públicos y licencias”. Al respecto, si bien la “licencia” es una figura híbrida y ambigua de imprecisos contornos jurídicos, este Órgano Rector interpreta que lo que se excluye del ámbito de aplicación de la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional es la licencia entendida como modalidad para el otorgamiento de la explotación tanto de servicios públicos como de actividades de interés público – de ahí su equiparación con la concesión de servicios públicos–. En opinión de este Órgano Rector, las licencias sobre derechos de propiedad intelectual –es decir, aquellos contratos que tengan por objeto un bien inmaterial protegido por un derecho de propiedad industrial– deben reputarse comprendidos en el ámbito de aplicación objetivo del Decreto N° 1030/16.

XVII) En el caso *sub-examine* no se han seguido los procedimientos contemplados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; advirtiéndose incluso que se han previsto cláusulas que contravienen la normativa aplicable (v.g. la posibilidad de prorrogar el contrato por más de UN (1) año adicional contraviene lo dispuesto en el artículo 12, inciso g) del Decreto Delegado N° 1023/01).

XVIII) Es pacífica la doctrina de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en cuanto a la necesidad de que la Administración se conduzca –en la contratación administrativa– a través de procedimientos de selección “típicos”. Al respecto tiene dicho que: *“La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”* (v. Fallos 308:618; 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 326:3206; 327:84 y 329:809; Dictamen PTN 94/2013, 17/05/2013 (Dictámenes 285:156); CSJN, “Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 27/12/2006, Fallos 329:5976, entre muchos otros) y que: *“...la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que este queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia...”* (Mas consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía) – CSJN – 1/6/2000 – Fallos: 323:1515; Servicios Empresarios Wallabies SRL c/ Provincia de Salta – CSJN -11/7/2000 – Fallos 323:1841, entre otros).

XIX) Asimismo, respecto a la gravitación del principio de legalidad y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos, el Tribunal Cívero ha sentenciado en un célebre precedente que: *“En materia de contratos públicos, la Administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal...”* (Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos – CSJN 22/12/1993; Fallos: 316:3157).

XX) Las razones previamente expuestas llevan a esta Oficina a concluir que la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto, “know-how”, transferencia de tecnología y demás equipamiento por parte de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES a la sociedad comercial FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. con sustento en el Contrato N° 96/16 no puede continuar, siendo del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico de ese organismo evaluar las medidas a adoptar a tal efecto.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-44214517-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 13 de mayo de 2019.

**Referencias/voces:** Elección del procedimiento de selección / encuadre legal / Principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa / Contratación Directa por Especialidad.

### **Antecedentes:**

- La DIRECCIÓN NACIONAL ELECTORAL propició la contratación del servicio de logística general, transmisión electoral y de recuento provisional de resultados electorales de las Elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, Elecciones Generales y eventual Segunda Vuelta Electoral, correspondientes al año 2019, con la firma CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. (CORASA).
- A tales fines el organismo de origen puso de manifiesto que: *“... CO.RA.SA, es una sociedad anónima, creada de acuerdo con la Ley N° 19.550, Ley General de Sociedades, cuya participación societaria se encuentra integrada en un CIENTO POR CIENTO (100%) por el Estado Nacional; que conforme su objeto social, tiene la capacidad de la realización de actividades vinculadas a la prestación del Servicio Público Postal, Telegráfico, Nacional e Internacional de la República Argentina, para la admisión, recolección, transporte, transmisión y entrega de mensajes, información, fondos y bienes dentro de la República Argentina, y desde ésta hacia el*

*exterior como asimismo desde el exterior hacia la República Argentina, de acuerdo a las disposiciones que integren el régimen regulatorio de la actividad postal, y consecuentemente podrá desarrollar todas las actividad relacionadas directa o indirectamente a tal objeto. Asimismo, tiene a su cargo la prestación del servicio electoral establecido en el Código Electoral Nacional (v. arts. 27, 65, 66, 75, 80, 81, 82, 103, 104, 106, 109 y 168), en materia de distribución (despliegue y repliegue) de padrones, urnas, documentos y útiles electorales, comunicaciones cursadas a autoridades de mesa y otras requeridas para la adecuada organización de los procesos electorales, siendo además el responsable de la comunicación de los resultados provisorios de las mesas electorales al MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA, mediante la transmisión del despacho telegráfico establecido en el artículo 105 del Código Electoral Nacional. Lo expuesto en el párrafo precedente es relevante, toda vez que el objeto principal del contrato a que dará lugar el presente requerimiento, abarca las prestaciones electorales que están establecidas en el Código Electoral Nacional, como prestaciones a cargo del servicio oficial de correos; sin perjuicio de que a ellas se agregan otros servicios de naturaleza complementaria, que resultan ser prestaciones conexas al servicio electoral que se contrata. En este universo de prestaciones conexas al objeto electoral principal del contrato, puede incluirse, por ejemplo, el tratamiento de los datos contenidos en los telegramas de escrutinio de mesa a fin de procesarlos informáticamente para brindar a la ciudadanía un recuento provisional que, aunque carente de valor legal, proporcione información sobre el resultado de la elección en las horas posteriores al cierre de los comicios.”.*

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que se expida sobre la procedencia del encuadre legal del procedimiento de selección por el que se propiciaba contratar un servicio de Logística general, transmisión electoral y de recuento provisional de resultados electorales de las Elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, Elecciones Generales y eventual Segunda Vuelta Electoral a celebrarse con el Correo Oficial de la República Argentina (CORASA).

**Normativa examinada:**

- Artículos 4º, inciso a), 5º, 23, 24 y 25 inciso d) apartado 2º del Decreto Delegado N°1023/01.
- Artículos 10 y 16 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 51 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

**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 N° 1023/01, este Órgano Rector no posee facultades para determinar el procedimiento de selección que deberá utilizarse, puesto que dicha decisión se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad competente del organismo que llevará adelante la contratación (Cfr. Dictamen ONC Nros. 416/08, 513/09, 863/12, 383/13, 435/13 entre muchos otros).

II) La regla general en materia de procedimientos de selección del contratista es la licitación pública o concurso público, según corresponda. Tal es el criterio consagrado en el Decreto Delegado N°

1023/01, recogiendo además en su artículo 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. No obstante ello, –sin llegar al punto de provocar un menoscabo en la regla general– mantiene vigencia lo señalado por esta Oficina en reiteradas oportunidades, con respecto a que: “...*si bien la licitación o el concurso público constituyen la regla general, la selección del co-contratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente*” (v. Dictámenes ONC Nros. 200/06, 205/06, 747/11, entre muchos otros).

III) Si el organismo consultante pretendiera realizar la contratación con un proveedor determinado, existen procedimientos de excepción regulados por la normativa, los que serán de aplicación en los casos que se cumplimenten con los requisitos allí consignados, los que –en su caso resultan de interpretación restrictiva. En tal sentido, las causales de contratación directa por adjudicación simple son aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto contratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

IV) Para contratar con una persona determinada los organismos contratantes deberán cumplir con los requisitos establecidos en los citados apartados y en la reglamentación aplicable, así como en las normas complementarias. En cada caso corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante valorar las circunstancias particulares y optar por el procedimiento de selección que estime más apropiado para satisfacer el concreto interés público comprometido, dentro de las posibilidades que la normativa habilita de acuerdo a los requisitos exigidos y/o limitantes previstas en cada caso. 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.

V) Para que proceda una contratación directa por razones de especialidad deberán acreditarse los siguientes extremos: a) La unidad requirente deberá fundar en su requerimiento la necesidad de contratar específicamente los servicios de una persona humana o jurídica especializada para la realización o adquisición de una determinada obra científica, técnica o artística; b) A los efectos de acreditar la condición de “único proveedor”, deberá fundamentarse que la especialidad e idoneidad de la empresa, persona o artista en cuestión son características determinantes para el cumplimiento de la prestación, la necesidad de la especialización y acompañarse en el expediente 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; c) 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.

VI) A diferencia de la causal de contratación directa por exclusividad, esta causal recae sobre criterios subjetivos, toda vez que la circunstancia que habilita la restricción de la concurrencia es que sólo un oferente posee las características de especialidad e idoneidad determinantes para satisfacer la necesidad que da origen al procedimiento” (V. Dictamen ONC N° 863/2012).

VII) 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. En ese sentido la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha exigido en forma reiterada respecto de la especialidad: “...que se compruebe la capacidad científica, técnica o artística del contratado para que la causal sea admisible, pues la interpretación de las excepciones al requisito de la licitación pública debe ser estricta y considerarse limitada por los fines que la ley persigue al establecerla con carácter general...” (v. Dictámenes PTN 113:221; 122:255). Por su parte, el citado organismo legal, también ha sostenido que son presupuestos de la excepción de especialidad: a) la existencia de un ejecutor especializado; b) la fundamentación documentada de la necesidad de especialización para la prestación del servicio o ejecución de la obra, c) la demostración de la capacidad especial y que acrediten la profesionalización del cocontratante para la prestación concreta que se solicita y d) la responsabilidad propia y exclusiva del contratado (conf. Dict. 198:178) (Dictámenes 234:540).

VIII) Esta Oficina Nacional entiende que en el caso en análisis el organismo consultante fundó la necesidad de contratar específicamente los servicios del Correo Oficial de la República Argentina S.A. para la contratación del servicio de logística general, transmisión electoral y de recuento provisional de resultados electorales de las Elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, Elecciones Generales y eventual Segunda Vuelta Electoral, que tendrán lugar durante el año en curso. Asimismo, a los fines de acreditar la condición de “único proveedor”, se fundamentó que la especialidad e idoneidad de la empresa, son características determinantes para el cumplimiento de la prestación, y se acompañaron los antecedentes que acreditan la notoria capacidad técnica.

IX) En virtud de lo señalado, el organismo podría gestionar el procedimiento de selección encuadrándolo en la contratación directa por especialidad prevista el artículo 25, inciso d) apartado 2 del Decreto Delegado N° 1023/01.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-51190471-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 31 de mayo de 2019.

**Referencias/voces:** Ampliación del contrato.

### **Antecedentes:**

- En primer lugar cabe mencionar que mediante la Disposición DI-2018-09157847-APN-DGA#MHA, la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE HACIENDA dispuso autorizar un llamado a Licitación Pública para la contratación del servicio de certificación y asistencia técnica, mantenimiento correctivo y tareas de mantenimiento anual de la Planta Reguladora a realizar en las salas de calderas sitas en los edificios de las calles Hipólito Yrigoyen

N°250 – 2°SS (Grupos N°1 y 2), Paseo Colón N° 171-2° SS (Grupo N°4) y Alsina 470-3 SS (Grupo 5), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Luego, mediante la Resolución RESOL-2018-53-APN-SECLYA#MHA, se adjudicó la Licitación Pública N° 34-0004-LPU18 (Renglones Nros. 1 a 3), a la firma IDS BOILERS SRL (CUIT 30-71167640-2), por un monto total de PESOS TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (\$ 3.428.350), emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 34-1055-OC18.
- Durante el curso de la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria informó a la jurisdicción contratante que a partir de la apertura de las calderas había podido determinar la necesidad imperiosa de realizar otros trabajos distintos a los contratados, los cuales calificó de vital importancia para el normal funcionamiento de las calderas de los edificios. Acompañó un detalle de dichas tareas y presupuestó las mismas.
- A partir de la presentación efectuada por la empresa contratada –IDS BOILER S.R.L. en fecha noviembre de 2018– mediante la cual informa que durante el curso de ejecución del contrato surgieron tareas a realizar *“NO incluidas en la orden de compra las cuales (...) son de vital necesidad e importancia para el normal funcionamiento de las calderas centrales del edificio”*, la jurisdicción contratante propició la ampliación del Renglón N° 2 en los términos prescriptos en el artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, con la finalidad de llevar adelante las nuevas tareas definidas por la firma cocontratante.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión respecto de la viabilidad de la ampliación correspondiente al Renglón N° 2 de la Orden de compra N° 34-1055-OC18 de la Licitación Pública N° 34-0004-LPU18.

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 12 inc b) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) Tal como surge del Pliego, mediante el Renglón N° 2 se contrató el servicio de mantenimiento correctivo de calderas. Por otro lado, las nuevas tareas son distintas, en la medida en que se trata de objetos contractuales diferentes. La propia adjudicataria así lo señala al indicar que *“surgieron tareas a realizar NO incluidas en la presente Orden...”; así también lo refiere la DIRECCIÓN TÉCNICA OPERATIVA del MINISTERIO DE HACIENDA al señalar que “(...) en el marco de la Orden de Compra N° 34-1055-OC18, cuya adjudicataria es la firma “IDS BOYLER S.R.L.” y en virtud de los trabajos que se están ejecutando en los alcances del RENGLÓN N° 2 de la aludida contratación, surgieron algunas anomalías y desperfectos en las calderas y sistemas complementarios, que no estaban previstos en las Especificaciones Técnicas”*.

II) De la lectura de los detalles de las tareas contratadas a la firma y las nuevas tareas —distintas que la firma adjudicataria entendió necesarias para el normal funcionamiento de las calderas—, puede inferirse claramente que se trata de objetos contractuales diferentes, por lo tanto no se trataría en el

caso de una ampliación del Renglón N° 2 perfeccionado mediante la Orden de Compra 34-1055-OC18, sino de una nueva contratación –distinto objeto/condiciones y distintos precios–.

III) A los efectos de expedirse respecto de la procedencia de la facultad de la administración de ampliar un contrato –además atender al límite cuantitativo (monto) y al límite temporal (momento)– corresponde atenerse al límite cualitativo (objeto/condiciones/precio) establecido por la norma.

IV) En el caso, conforme ha quedado expuesto, la ampliación propiciada no es jurídicamente viable en tanto –así como está planteada– presupone la realización por parte del cocontratante de tareas distintas a las previstas en el Pliego, como así también contempla una variación de los precios oportunamente adjudicados, motivo por el cual no podría encuadrarse la misma en la facultad de ampliación prevista en el artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 ya que se estaría frente a una nueva contratación.

V) Al respecto esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES 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)”* (cfr. DICTAMEN ONC N° 176/2015).

## **Dictamen ONC N° IF-2019-56472357-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 21 de junio de 2019.

**Referencias/voces:** Vicio en la publicidad del pliego de bases y condiciones particulares / Revocación del procedimiento/ Publicidad y difusión.

### **Antecedentes:**

- La DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL advirtió que el pliego difundido a través del portal “COMPR.AR” y aplicado por la Comisión Evaluadora al ejercer sus competencias específicas no se correspondía con aquel oportunamente aprobado mediante Disposición N° DI-2018-604-APN-SPF#MJ, extremo que a la postre fue reconocido por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de dicho organismo.
- En efecto, el pliego de bases y condiciones particulares aprobado por la Disposición DI-2018-604-APNSPF#MJ era el PLIEG-2018-20927132-APN-DC#SPF, mientras que en el sistema electrónico de contrataciones -COMPR.AR- el organismo de origen cargó una versión diferente de aquél, identificada como PLIEG-2018-48111654-APN-DC#SPF.
- Ello así, al difundir la convocatoria correspondiente a la Licitación Privada N° 31-0006-LPR18 la unidad operativa de contrataciones del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL subió al Sistema

Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”, para la consulta y descarga por parte de los interesados, un pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2018-48111654-APN-DC#SPF) distinto al que fuera oportunamente aprobado por el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en ocasión de autorizar el llamado (PLIEG-2018-20927132-APN-DC#SPF). Con lo cual, el pliego de bases y condiciones particulares en función del cual los oferentes presentaron sus propuestas no se correspondía con el pliego que rige la contratación.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión sobre cómo proceder luego de verificar, en forma previa a la emisión del acto de conclusión del procedimiento, que el pliego de bases y condiciones particulares aprobado por la autoridad competente en ocasión de autorizar el llamado difiere del pliego de bases y condiciones particulares cargado y difundido en el Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”, habiendo sido este último el aplicado por la Comisión Evaluadora en oportunidad de evaluar la admisibilidad de las ofertas presentadas.

**Normativa examinada:**

- Artículos 3º, 7º, 9º, 11, 18 y 32 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 41 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Disposición ONC N° 65/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Tratándose de una licitación privada tramitada en forma electrónica, la aprobación del pliego de bases y condiciones particulares mediante acto administrativo emanado de autoridad competente y su difusión –en tiempo oportuno– a través del sitio de internet del Sistema “COMPR.AR” resultan ser exigencias inexcusables, en pos de tutelar los principios generales que informan las contrataciones públicas, muy especialmente los de publicidad, promoción de la concurrencia, igualdad y transparencia.

II) La correcta difusión del pliego de bases y condiciones particulares, aprobado por la autoridad competente de la contratación, forma parte indiscutible de los requisitos de transparencia, publicidad y difusión previa. Tales principios 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 N° 288/15, 4/16, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APNONC#MM e IF-2017-16335884-APN-ONC#MM, entre muchos otros).

III) En el acta de apertura consta que a través del portal del sistema “COMPR.AR” descendieron el pliego particular allí difundido VEINTITRES (23) participantes en calidad de interesados, mientras que las ofertas efectivamente confirmadas en la plataforma electrónica fueron QUINCE (15), con lo cual al menos OCHO (8) interesados evaluaron no participar. Si bien los motivos para no hacerlo pueden haber sido diversos y/o ajenos a la cuestión que aquí se ventila, no deja de ser relevante que a la hora de decidir entre ofertar o no hacerlo –bajo el riguroso estándar de diligencia y previsión que es esperable de parte de un proveedor del Estado– tuvieron a la vista los requisitos estipulados

en un pliego distinto del aprobado y con posterioridad el organismo pretende hacer valer el pliego no difundido.

IV) Las ofertas recibidas fueron evaluadas –en el marco del Dictamen de Evaluación N° IF-2019-03085823-APN-DC#SPF– con sujeción a exigencias contempladas en el pliego individualizado como

PLIEG-2018-48111654-APN-DC#SPF, que no se encontraban previstas en el pliego oportunamente aprobado por conducto del artículo 2º de la Disposición SPF N° DI-2018-604-APN-SPF#MJ. Lo expuesto hasta aquí cobra mayor relevancia si se repara en que la Comisión Evaluadora recomendó la desestimación de las propuestas correspondientes a las firmas comerciales MG INSUMOS S.A., FEDIMED S.A., FEAS ELECTRONICA S.A., PROPATO HERMANOS S.A.I.C. y UNIC COMPANY S.R.L. –es decir, aproximadamente el TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de las ofertas confirmadas– por incumplir, en cada caso, con la presentación del estatuto constitutivo de la sociedad y la declaración jurada de la composición societaria, siendo esta una exigencia receptada en el artículo 4, inc. e, ap. 3 del pliego difundido, que no sólo no guarda relación el mismo artículo del pliego aprobado sino que ni siquiera se encuentra prevista en él.

V) La publicidad y difusión de las actuaciones vienen a garantizar el adecuado conocimiento por parte de los eventuales interesados en participar de la compulsa, asegurando asimismo la correcta tramitación del procedimiento de selección (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-02153248-APNONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-16335884-APN-ONC#MM e IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM). 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).

VI) La publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la concurrencia, al mismo tiempo que tiene por objeto garantizar la transparencia de la actividad administrativa. En esta inteligencia, el artículo 9 del Decreto Delegado 1023/01, en su parte pertinente, prescribe: *“TRANSPARENCIA. 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 emergentes de la aplicación de este régimen...”*.

VII) Los pliegos particulares revisten una relevancia superlativa, ya que de ellos depende –en gran medida– el éxito o el fracaso de la contratación (conf. Dictámenes ONC Nros. 23/13, 157/14 y 353/14, entre otros). Tan es así que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho desde antaño 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). En sentido concordante se ha pronunciado la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al señalar que: *“El Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes...”* (conf. Dictámenes PTN 177:78) y que: *“La ley de licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario...”* (conf. Dictámenes PTN 202:151; 217:115).”.

VII) Autorizada doctrina ha afirmado que: *“Dentro de las etapas o requisitos que deben ser cumplidos por el sujeto licitante en forma previa al llamado a selección encontramos a los pliegos de condiciones, cuya confección y aprobación adquiere especial relevancia, puesto que será la norma fundamental que regirá en forma definitiva -y en principio inalterable- la preparación, celebración y ejecución del contrato en cuestión. Coincidiendo con la mayoría de los autores [...] podemos conceptualizar al pliego como el conjunto de cláusulas y documentos, elaborados unilateralmente por el licitante, que especifican el objeto a contratar, las pautas que regirán el procedimiento de selección, los derechos y obligaciones de las partes y el mecanismo a seguir en la preparación y ejecución del contrato.”* GÓMEZ SANCHIS, Daniel en *Pliego de Condiciones en Contratos Administrativos*. FARRANDO, Ismael (h) – Director. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 205.).

VIII) Siendo que “COMPR.AR” es un plataforma electrónica de gestión del procedimiento de contratación y que, en términos operativos, los interesados en participar en la Licitación Privada N° 31-0006-LPR18 han tenido necesariamente que descargar el pliego de bases y condiciones particulares del portal: <https://comprar.gob.ar/> (sitio en el que el organismo contratante difundió un documento distinto al aprobado por la autoridad competente), esta Oficina Nacional entiende que la irregularidad advertida reviste entidad suficiente como para afectar –cuanto menos– los principios de publicidad, igualdad y transparencia.

IX) 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. La importancia que las normas sobre contrataciones le otorgan al requisito de publicidad y difusión previas se ve reflejada en lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Delegado 1023/01, con lo cual queda descartada toda posibilidad de subsanación ulterior.

X) Toda medida de publicidad y difusión de la convocatoria a un procedimiento licitatorio deberá cumplimentarse en tiempo oportuno, a efectos de poder satisfacer los fines perseguidos por la normativa. 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 Privada N° 31-0006-LPR18. Máxime si se repara en que la igualdad tiende a asegurar que todos los participantes del procedimiento –en calidad de oferentes– así como aquellos que estaban en condiciones de presentarse pero no pudieron o decidieron no hacerlo en función de las normas que regirían el procedimiento de selección y/o el contrato –denominados autoexcluidos– gocen de las mismas oportunidades. Para eso, es preciso el debido respeto a las etapas del procedimiento, las que marcan hitos que una vez acaecidos impiden la retroacción a pasos anteriores.

XI) No se está frente a una deficiencia u omisión intrascendente, en los términos del artículo 17 del Decreto Delegado N° 1023/01, sino de un defecto en la publicidad y difusión de la convocatoria de un procedimiento licitatorio, atribuible en forma exclusiva al organismo licitante. Esto último reviste gravedad suficiente como para determinar la revocación inmediata del procedimiento *“...cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre...”* (v. art. 18 del Decreto Delegado N° 1023/01).

XII) En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de los principios y normas reseñadas, la Oficina Nacional de Contrataciones considera que deberá procederse a la revocación de la Licitación Privada N° 31-0006-LPR18 del registro de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.

### **Dictamen ONC N° IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 17 de julio de 2019.

**Referencias/voces:** Difusión y notificación a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "COMPR.AR". Notificaciones. Cómputo de plazos. Plazo de gracia. Sistema "JIRA Service Desk".

#### **Antecedentes:**

- Mediante la Resolución del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2018-137-APN-MDS, de fecha 20 de febrero de 2018, se autorizó la convocatoria correspondiente a la Licitación Pública N° 95-0125-LPU17, para adquisición de leche entera en polvo instantánea fortificada con hierro, zinc y ácido ascórbico, según Ley 25.459, necesaria para brindar asistencia inmediata a la población en situación de vulnerabilidad, solicitada por la SECRETARÍA DE ACOMPAÑAMIENTO Y PROTECCIÓN SOCIAL de esa cartera (v. artículo 1º).
- A través de la Decisión Administrativa N° DA-2018-1341-APN-JGM, de fecha 13 de julio de 2018, se aprobó el procedimiento de selección cumplido respecto de la Licitación Pública N° 125/17 del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y se adjudicaron los diversos Renglones, conforme el siguiente detalle: a) ALIMENTOS VIDA S.A., Renglones Nros. 1 y 2, por la suma total de PESOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTE (\$ 56.469.820.-); b) FABRICA DE ALIMENTOS SANTA CLARA S.A. Renglón N° 1, por la suma de PESOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL (\$51.370.000.-); c) SUCESORES DE ALFREDO WILLINER S.A., Renglón N° 1, por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL (\$154.125.000.-) (v. artículos 1º y 3º)
- Con fecha 19 de diciembre de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2018-475-APN-MSYDS, , por cuyo conducto se procedió a: 1) Rescindir totalmente la Orden de Compra N° 1183/18, por culpa del proveedor ALIMENTOS VIDA S.A., con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato por la suma de PESOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS (\$5.646.982,00.-) (v. artículos 1º y 2º); 2) Rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 1184/18, por culpa de la firma FÁBRICA DE ALIMENTOS SANTA CLARA S.A., con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato equivalente a la suma de PESOS TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS (\$3.595.900.-) (v. artículos 4º y 5º).

- Con fecha 22 de mayo de 2019 la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL puso de relieve lo siguiente: “...de la normativa aplicable no surge en forma precisa el significado de ‘difusión en el sitio de internet de COMPR.AR’. Sin perjuicio de ello, si bien no hay una definición de ‘difusión’, en atención a la distinción que se efectúa en el Dictamen ONC N° IF-2018-20043159-APN-ONC#MM respecto a difusión y notificación directamente al interesado, así como lo establecido en el artículo 31 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63/16 y sus modificatorias, se podría entender que mediante la difusión en el sitio de internet de COMPR.AR se da publicidad del acto en cuestión a toda la comunidad, pudiendo acceder a él cualquier interesado. Al respecto, corresponde señalar que (...) la información que surge de la documentación obrante en orden 509/510 respecto a la ‘Fecha de vinculación’ de la Resolución MSyDS N° 475/18 únicamente se puede visualizar si se ha ingresado al Sistema COMPR.AR con usuario y contraseña –y si el perfil de usuario con el cual se ingresó tiene habilitada la sección “Actos administrativos” dentro de la orden de compra–. Es decir que no resulta de acceso público, así como tampoco se desprende si el perfil de usuario del cocontratante a cuyo favor se emitió la orden de compra en cuestión tiene habilitada dicha sección y en consecuencia acceso al acto administrativo propiamente dicho. En consecuencia este órgano de asesoramiento jurídico entiende que el acto administrativo mediante el cuales se rescindieron las Órdenes de Compra N° 1183/18 y N° 1184/18, así como el acto mediante el cual se amplió de la Orden de Compra N° 1185/18, no fueron objeto de difusión en el Sistema COMPR.AR. De ser así, no resultaría aplicable el artículo 4 del Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16, toda vez que éste únicamente refiere a las notificaciones realizadas ‘a través de la difusión en el sitio de internet de COMPR.AR’...”.
- En otro orden de cosas, se observó que: “...en la sección ‘Avisos a Proveedores’ (v. IF-2019-45388135- APNDGAJMDS#MSYDS), a la cual únicamente se puede acceder si se ha ingresado al Sistema COMPR.AR con usuario y contraseña –y si el perfil de usuario con el cual se ingresó tiene habilitada dicha sección–, figura una columna con el nombre ‘Fecha y hora de envío’ relacionada con determinados actos (Dictamen de Evaluación, Acto de Adjudicación, Documento Contractual, Ampliación, Rescisión), sin tener indicios si la fecha que figura refiere a la notificación de éstos (es decir si en dicha fecha se remitió vía correo electrónico el acto en cuestión) o si refiere al envío de mensajería mediante COMPR.AR en forma automática, que sólo constituye un medio de aviso, conforme el artículo 4° del Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16. Al respecto, cabe señalar que respecto al envío de mensajería (o notificación) del acto de adjudicación así como de las órdenes de compra emitidas en consecuencia, coincide la ‘Fecha de envío’ –16/07/2018– (v. IF-2019-45388135-APN-DGAJMDS#MSYDS) con la ‘Fecha de perfeccionamiento’ que figura en las Órdenes de Compra N° 1183/18, N° 1184/18 y N° 1185/18 (v. orden 360/362), así como con la ‘Fecha de vinculación’ (v. IF 2019-45387235-APN-DGAJMDS#MSYDS). En consecuencia, se podría inferir que la ‘Fecha de vinculación’ y la ‘Fecha de envío’ resulta ser la fecha de notificación del acto, en atención a que, como se mencionó supra, coincide con la ‘Fecha de perfeccionamiento’ y, conforme el artículo 20 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios y el artículo 75 del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias, los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra. Por el contrario, si la ‘Fecha de vinculación’ y la ‘Fecha de envío’ resultase ser la fecha de difusión en el Sistema COMPR.AR, en las órdenes de compra como ‘Fecha de perfeccionamiento’ debería figurar el siguiente día hábil a su difusión – 16/07/2018– y no la misma fecha, conforme el artículo 4 del Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16. No obstante lo expuesto supra, en relación al Dictamen de Evaluación de ofertas, se observa que coincide la ‘Fecha de envío’ (que figura en la sección ‘Avisos a Proveedores’, v. IF-2019-45388135- APNDGAJMDS#MSYDS) con la fecha de difusión del Dictamen de Evaluación de Ofertas (v. orden 307), entendiéndose que la fecha que figura en el sector superior izquierdo

*(debajo del título 'Dictamen de Evaluación de Ofertas') resulta ser la fecha de difusión de éste. Por tal motivo, siendo que dependiendo de qué tipo de acto se trate la 'Fecha de envío' de la sección 'Avisos a Proveedores' coincide con la fecha de difusión o con la fecha de notificación de dicho acto, no resulta claro qué significa dicha fecha en la mencionada sección y, en consecuencia, no resulta posible determinar desde qué fecha deben comenzar a computarse los plazos para interponer recursos y/o considerar que un acto se encuentra firme en sede administrativa...".*

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que se sirva evacuar seis consultas relacionadas con el régimen de difusión y notificación mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "COMPR.AR. A saber:

*"1.- Se requiere contar con una definición del término 'difusión' así como también cuáles son los actos que se notifican mediante este medio y cómo se constata la fecha de difusión."*

*"2.- Se solicita tenga a bien aclarar si la 'Fecha de vinculación' de un acto administrativo en el Sistema COMPR.AR coincide con la fecha de 'difusión' o con la de 'notificación' o, en su defecto, cómo determinar la fecha de notificación a partir de la fecha de vinculación del acto en cuestión."*

*"3.- Se solicita tenga a bien aclarar a qué refiere la información que surge de la columna 'Fecha y hora de envío' que figura en la sección 'Avisos a Proveedores'."*

*"4.- Se solicita tenga a bien informar si los proveedores tienen acceso a la sección 'Actos administrativos' dentro de la orden de compra (v. orden 509/510) y si tienen la posibilidad de descargar el acto administrativo que allí se menciona, o bien, cómo es que se les notifica el acto en cuestión."*

*"5.- En otro orden de cosas, el artículo 25 inciso c) del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 establece que 'En los expedientes electrónicos se aplicarán los plazos establecidos en el artículo 30 inciso b) del presente Reglamento no siendo de aplicación el artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (...). En consecuencia, toda vez que si bien los expedientes mediante los cuales tramitan los procedimientos de selección que son llevados a cabo mediante el COMPR.AR son expedientes electrónicos, no obstante lo cual no tienen habilitado el ingreso de presentaciones mediante la plataforma electrónica TAD, así como tampoco los proveedores tienen habilitada la posibilidad de presentar los recursos de reconsideración y/o jerárquicos a través del Sistema COMPR.AR, se solicita tenga a bien informar si para efectuar dichas presentaciones los proveedores cuentan con el plazo de gracia establecido en el artículo 124 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación."*

*"6.- Finalmente, en relación a la consulta efectuada mediante el Ticket CONSD-18753 a través del sistema JIRA Service Desk, ... se solicita tenga a bien informar si la misma puede ser considerada como un antecedente válido para ser citada como opinión o doctrina de esa OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES y, en tal caso, cómo debe ser citada."*

**Normativa examinada:**

- Artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 1º, 6º, 7º, inciso h) y 32 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.

- Artículos 1º, 3º y 4º del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado como Anexo a la Disposición ONC Nº 65/16.
- Artículo 11 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549.
- Artículo 25 incisos b) *in fine* y c) y 40 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto 1759/72 (T.O. 2017).

### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) “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. La plataforma permite a los organismos tramitar y difundir sus procesos de compra y a los proveedores presentar sus ofertas de forma electrónica.

II) “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. Los usuarios habilitados por el proveedor tienen la posibilidad de editar los datos de la preinscripción, iniciar consultas, realizar ofertas mediante el formulario electrónico habilitado, recibir notificaciones, cargar observaciones e impugnaciones, entre otras cosas. c) El “ambiente ciudadano” cumple la función de página web oficial de la 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) La plataforma electrónica cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación. A su vez, el sistema refleja automáticamente la gestión de cada contratación en un expediente electrónico, integrándose con el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) aprobado por el Decreto Nº 561/16, con lo cual todo proceso de contratación iniciado en el portal genera de forma automática un expediente electrónico, en el que se reflejan mediante documentos oficiales las distintas etapas, documentos e intervenciones ocurridas en “COMPR.AR”.

IV) La reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse lisa y llanamente a la notificación válida y, en ese orden de ideas, el artículo 7º enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar notificaciones válidas en el ámbito que nos ocupa (Cfr. Dictamen ONC Nº IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM). Los mismos medios válidos se encuentran replicados en el artículo 6º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición Nº 63/16.

V) La “difusión” en la plataforma “COMPR.AR” puede definirse como un medio de notificación, específicamente habilitado por el artículo 7º, inciso h) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que presenta –entre otras– las siguientes características singulares: I) En el ámbito de las contrataciones públicas electrónicas de bienes y servicios, es un medio válido para efectuar todas las notificaciones que puedan y/o deban tener lugar entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes. II) La difusión a través del portal <https://comprar.gob.ar> puede instrumentarse mediante la actividad material de carga o “vinculación” de un determinado documento “externo” a la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones (en un sentido informal, entiéndase por externo a todo documento no generado en COMPR.AR, sino en el Sistema de Gestión Documental Electrónica “GDE”) o bien difundirse un documento que ha sido generado en el propio sistema “COMPR.AR” (v.g. dictamen de evaluación). III) Para visualizar determinados contenidos en la plataforma (v.g. la correspondiente a la sección denominada “avisos a proveedores” y las rescisiones de órdenes de compra, entre otros) se requiere ingresar con usuario y contraseña. IV) En principio, cabe tomar como fecha de difusión la indicada como “fecha de vinculación” en el portal (cuando se trata de un documento de los que hemos denominado “externos”) o la indicada en el propio documento (sin aclarar), cuando ha sido generado en el propio Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”. V) El acto o medida difundido a través de la plataforma electrónica debe reputarse notificado el día hábil siguiente al de su difusión en el portal. Ello así, en virtud de lo estipulado –con carácter de principio general– en el artículo 4º del manual del “COMPR.AR”, norma que establece expresamente que las notificaciones electrónicas que se realicen a través de la difusión en el sitio de internet <https://comprar.gob.ar> (o el que en un futuro lo reemplace) se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión.

VI) A los fines de su debida acreditación en el expediente electrónico, deviene indispensable distinguir entre las etapas que migran automáticamente de aquellas que no. 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 (v. Dictamen ONC N° IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM). la fecha, los documentos de migración automática al expediente son: 1) Creación del proceso de compra. Carátula. Pliego Único de Bases y Condiciones Generales. 2) Autorización del proceso de compra (estado del proceso: llamado autorizado). Anexos pliego. Solicitud de gasto. Vista previa del pliego. 3) Proceso Publicado. Documentación de invitación a proveedores. 4) Autorización de la circular. Circular. 5) Apertura. Acta de apertura. Constancia de consulta de proveedores. Cuadro ofertas del pliego. Ofertas. 6) Evaluación. Documentación complementaria. 7) Publicación del dictamen de evaluación. Dictamen de evaluación. Constancia de solicitud de documentación complementaria. 8) Autorización de las órdenes de compra. Documento contractual. Afectación definitiva.

VII) Por el contrario, respecto de los restantes documentos que aún no son objeto de migración automática al expediente electrónico, es parte de la responsabilidad de la UOC la tarea de verificar la efectiva, correcta y oportuna difusión en el portal web, así como también digitalizar y vincular las constancias pertinentes a las actuaciones (v.g. generar un informe gráfico y vincularlo en el expediente electrónico correspondiente); ello por aplicación de los principios de unidad del expediente y de transparencia, en la medida en que facilita la tarea de los órganos de contralor y

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 (v. IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM). Sin perjuicio de ello, en el Dictamen ONC N° IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM esta Oficina sugirió: “...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...” y “...tramitar la asignación de un perfil de usuario ‘CONSULTA COMPRADOR’ para el servicio jurídico, conforme lo establecido en los Anexos IV y V de la Disposición ONC N° 65/16, el cual le permitirá realizar consultas de los procesos de compra y documentos asociados de su jurisdicción...”.

VIII) La fecha de vinculación de un acto administrativo en el Sistema “COMPR.AR” coincide con la fecha de difusión en dicho portal o, expresado de otro modo, la fecha de difusión de un acto opera el mismo día de su vinculación en el sistema COMPR.AR. En dicho momento se envía, además, un “aviso de cortesía”. Luego, la notificación se entenderá realizada el día hábil siguiente al de su difusión. Esto es así porque el artículo 4° del Manual del “COMPR.AR” establece que las notificaciones electrónicas que se realicen a través de la difusión en el sitio de internet <https://comprar.gov.ar> (o el que en un futuro lo reemplace) se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión. Ergo, la fecha de notificación se determina del siguiente modo: Si un determinado acto es vinculado a la plataforma electrónica del Sistema “COMPR.AR” el día “x”, a partir de esa misma fecha debe reputarse difundido y se deberá tener por notificado el día hábil subsiguiente a “x”.

IX) Tratándose de actos administrativos individuales o plurindividuales de alcance particular adquieren eficacia mediante la notificación al/los interesados (y, como ya se explicó, la difusión en “COMPR.AR” es un medio de notificación). Todos los perfiles autorizados para operar en el “ambiente proveedor” tienen la posibilidad de visualizar y descargar los actos administrativos de penalidades (es decir: usuario lector, usuario editor, usuario administrador, administrador legitimado, conforme se encuentran regulados en el Anexo III de la Disposición ONC N° 65/16).

X) Se ha verificado, con respecto a las órdenes de compra, que el sistema plasma automáticamente como fecha de perfeccionamiento del contrato el día en que se genera dicho documento, que coincide con la fecha de difusión y no con la de notificación, con lo cual, no se condice con lo estipulado en el artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01 que prescribe que: “Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación.”. Siendo ello así, cabe indicar que se trata de una cuestión de semántica de la plataforma electrónica, motivo por el cual se deberá: a) tener por perfeccionado el contrato de que se trate el día de la notificación de la orden de compra, es decir, el día hábil siguiente al de su generación/difusión en “COMPR.AR”, independientemente de la fecha que aparezca plasmada como “fecha de perfeccionamiento”; b) En cuanto concierne al inicio del cómputo del plazo de cumplimiento del contrato, deberá estarse a lo previsto en el pliego de bases y condiciones particulares.

XI) La sección “Avisos a Proveedores”, a la que sólo se accede “logueado” con usuario y contraseña, refleja las fechas en que han sido enviados correos a proveedores, a los fines de anotarlos sobre la existencia de novedades atinentes a procedimientos de selección en los que participan o bien que

pueden resultar de su interés. No se trata de notificaciones en sentido estricto sino de avisos de cortesía; es un mero envío de mensajería al proveedor alertándolo que existe una novedad, por lo que solo constituye un medio de aviso. Dichos mensajes son cursados en forma automática por el sistema al momento de vincularse/difundirse un determinado documento y representan, como se dijo, simples avisos de cortesía; no constituyen notificaciones en sí mismos y carecen de todo efecto jurídicamente relevante a los fines del cómputo de plazos, tal como se indica en el artículo 4º, *in fine*, del Manual del “COMPR.AR”: “*El envío de mensajería mediante COMPR.AR en forma automática, sólo constituye un medio de aviso.*”.

XII) Un acto vinculado a la plataforma “COMPR.AR” debe tenerse por notificado el día hábil siguiente al de su difusión, acreditándose la fecha de esta última mediante informe gráfico que ha de ser generado en el Módulo GEDO y vinculado manualmente al expediente electrónico, en la medida en que actualmente dicha información no migra en forma automática desde el del Sistema Electrónico de Contrataciones.

XIII) En el caso puntual de los actos de penalidades, cuando son vinculados por el organismo a los fines de su difusión y posterior notificación al/los interesado/s, no son de acceso público, razón por la cual no se encuentran disponibles en el denominado “ambiente ciudadano” (como sí lo están otro tipo de actos, tales como la autorización del llamado y la adjudicación), sino que se requiere ingresar a la plataforma con usuario y contraseña. Respecto de esto último, cabe informar que los proveedores tienen acceso a la sección “Actos Administrativos” en el sitio de internet de COMPR.AR, cuya dirección es <https://comprar.gob.ar>, pudiendo asimismo descargar los correspondientes actos administrativo vinculado a las respectivas órdenes de compra. Todos los perfiles autorizados para operar en el “ambiente proveedor” tienen la posibilidad de visualizar y descargar los actos administrativos de penalidades (es decir: usuario lector, usuario editor, usuario administrador, administrador legitimado, conforme se encuentran regulados en el Anexo III de la Disposición ONC N° 65/16).

XIV) Dicha operatoria se corresponde con lo establecido en el artículo 11 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 respecto de los actos administrativos de alcance particular, los cuales para adquirir eficacia deben ser objeto de notificación al/los interesado/s.

XV) La posibilidad de descargar el documento tiene por objeto garantizar al interesado la posibilidad de tomar efectivo conocimiento del acto, no obstante lo cual la notificación no depende de que el acto sea descargado ni de la recepción o no del aviso de cortesía cursado por correo electrónico, sino que la penalidad se tendrá por notificada –sin más– el día hábil siguiente al de su difusión en la plataforma del Sistema “COMPR.AR”.

XVI) Cuando los antecedentes de penalidades son remitidos a la ONC por parte de las Unidades Operativas de Contrataciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, esta Oficina procede a publicarlos en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) asociado al Portal “COMPR.AR”, siempre y cuando se trate de antecedentes válidos, se encuentren firmes en sede administrativa y configuren el antecedente de

alguna de las causales de sanción normativamente previstas. En tales casos, a partir del momento en que la ONC publica los antecedentes que servirán de causa a futuras sanciones, los mismos pasan a ser de acceso público e irrestricto para cualquier interesado en consultarlos a través del portal <https://comprar.gob.ar/>.

XVII) El artículo 6º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 prescribe la aplicación directa de la Ley Nacional de Procedimientos administrativos y de su Reglamento.

XVIII) El plazo de gracia para la presentación de escritos –incluyendo a aquellos por los cuales se interpongan recursos contra actos administrativos– es un instituto contemplado en el artículo 25 inciso b) *in fine* del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto 1759/72 (T.O. 2017) en los siguientes términos: “*El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, solo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las DOS (2) primeras horas del horario de atención de dicha oficina.*”.

XIX) En materia de recursos que se deduzcan contra actos administrativos que se dicten en procedimientos de selección y/o durante la ejecución contractual –ya sea que tales procedimientos se sustancien en soporte papel o a través de una plataforma electrónica–, los artículos 25, 30 y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos resultan de aplicación directa (v. artículo 6º del Anexo al Decreto N° 1030/16), no obstante lo cual dilucidar el recto sentido y alcance de tales normas procedimentales excede las competencias específicas de esta Oficina Nacional en tanto Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

XX) Si bien en el marco de la Comunicación General ONC N° 102/12 se ha emitido opinión en torno al plazo de DOS (2) horas de gracia previsto en el artículo 25, *penúltimo párrafo*, del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017), cierto es que esta Oficina lo ha hecho exclusivamente en el marco de las impugnaciones al dictamen de evaluación, por tratarse de un medio de impugnación específico del Régimen de Contrataciones y cuyo ejercicio sólo puede tener lugar a través de la etapa habilitada al efecto en la plataforma electrónica del Sistema “COMPR.AR”. Fuera de tal supuesto excepcional, la interpretación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y/o de su reglamento compete, en primera medida, al servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo de origen o bien, llegado el caso, a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en tanto máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL.

XXI) A través del denominado sistema “JIRA Service Desk” se procura satisfacer requerimientos simples (v.g. pedidos de dictámenes, cuestiones eminentemente operativas de la plataforma electrónica, referencias normativas, etc.), en pos de orientar y/o asistir a los organismos contratantes en forma eficiente, con un grado de fluidez y practicidad que no es dable esperar de los pronunciamientos formales. El sistema de tickets en cuestión cumple una función de singular relevancia al facilitar una mayor inmediatez entre la ONC y las UOC’s, posibilitando un marco de interacción (*feedback*) a partir de preguntas que se procura responder en el menor tiempo posible y

sobre la exclusiva base de lo informado por el consultante; ello así, como parte del servicio de asesoramiento y asistencia técnica que esta Oficina está llamada a brindar a las diversas jurisdicciones y entidades que integran la Administración Pública Nacional.

XXII) Por el contrario, los dictámenes representan con mayor fidelidad la postura del Órgano Rector por la circunstancia –no menor– de que se encuentran sometidos a un proceso de elaboración/revisión más rigurosa en la que intervienen agentes con diversos roles y, en todos los casos, son suscriptos por el titular de esta Oficina Nacional. Va de suyo que el cumplimiento de tales extremos permite un estudio más minucioso y, como contracara, demanda mayores tiempos. Ciertamente, un dictamen supone una opinión técnica-jurídica fundada, como resultado del análisis exhaustivo de una situación concreta y específica, efectuado mediante la compulsión de los respectivos antecedentes y a la luz de las normas que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, rigor que –por obvias razones– no es dable exigir a las respuestas que se evacúan por el sistema “JIRA” de consultas por ticket.

XXIII) Por su propia naturaleza y dinámica, el sistema JIRA Service Desk no resulta ser el medio idóneo para canalizar aquellas consultas específicas que revistan aristas complejas o cuando involucren cuestiones novedosas que demanden un análisis detenido. Justamente, por los motivos apuntados, no sería razonable desconocer la utilidad que brindan las respuestas por JIRA, como tampoco pretender asignarles la misma entidad que revisten los dictámenes formales, so pena de cercenar la celeridad del sistema de consultas por ticket y con ella su razón de ser.

XXIV) Los plazos se computan a partir del día siguiente al de la notificación. Con lo cual, si se trata –por caso– de computar el plazo para recurrir un acto administrativo de rescisión, lo hasta aquí explicado puede ejemplificarse del siguiente modo: 1) “Día 1”: vinculación y difusión del documento en el portal web del sistema COMPR.AR. 2) Día hábil subsiguiente o “Día 2”: se entiende notificado el respectivo acto de penalidad. 3) Día hábil subsiguiente o “Día 3”: comienzan a correr los plazos para interponer los recursos pertinentes. En el Dictamen ONC N° IF-2018-34606045-APNONC#MM, se afirmó lo siguiente: *“...el artículo 1º inciso d) de la Ley N° 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.*

XXV) Cuando la notificación de un acto administrativo tenga lugar mediante la difusión en el Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”, deberán indicarse en la parte dispositiva del propio acto los recursos que se puedan interponer y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos o en su caso si el acto agota las instancias administrativas, a los fines de dar cumplimiento a la exigencia del artículo 40 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto 1759/72 (T.O. 2017). De omitirse dicho recaudo, corresponderá al servicio permanente de asesoramiento jurídico, en oportunidad de expedirse sobre la firmeza del acto, contemplar la extensión de plazos para recurrir que prevé el citado artículo (v. Puntos 3.2 y 4.1. de la Comunicación General ONC N° 74/17).

## **Dictamen ONC N° IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 19 de julio de 2019.

**Referencias/voces:** Contratos Interadministrativos – Renegociación – Compensación de deudas.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 9 de agosto de 2017 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2017-604-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos (CONVE-2017-12816783-APN-SECCTYPD#MD) suscripto con fecha 25 de abril de 2017, entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA) cuyo objeto es la Prestación de Servicios Aeronáuticos, por un monto total de PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$ 1.587.683.582.-), correspondiente al período 2017- Diciembre de 2018.
- Con fecha 23 de febrero de 2018 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2018-185-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo para la certificación de configuración PAMPA III, el completamiento de aeronaves PAMPA III, la provisión por parte de FAdeA a FAA de las mismas y la provisión de estaciones de planificación de misión (IF 2017-33047441-APN-SEMG#FAA), suscripto con fecha 14 de diciembre de 2017 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SEISCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 612.128.970), correspondiente al período 2018.
- Con fecha 18 de abril de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N.º RESOL-2018-344-APN-MD, por cuyo conducto se aprobó el Contrato Interadministrativo para la Prestación de Servicios de Horas de Vuelo GROB G120-TP (IF-2018-09678217-APN-DGM#FAA) suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000,00.-), correspondiente al período 2018.
- Con fecha 21 de diciembre de 2018, el Presidente de FAdeA solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA la renegociación del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos entre la Fuerza Aérea Argentina (FAA) y Fábrica Argentina de Aviones suscripto con fecha 25 de abril de 2017; del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III suscripto con fecha 14 de Diciembre de 2017 y del Contrato de Prestación de Servicios de Horas de Vuelo Grob suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018.
- Con fecha 23 de mayo de 2019, el Presidente de FAdeA solicitó al Jefe del Estado Mayor General de la FUERZA AÉREA ARGENTINA la instrumentación del “cierre” del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia 1º de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, presuntamente prorrogado por CIENTO CINCUENTA (150) días corridos cumplidos el 30 de mayo del corriente.
- Con fecha 30 de mayo de 2019, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. suscribieron un documento intitulado “Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de

Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina” (IF-2019-50990957-APN-DGM#FAA).

- El aludido acuerdo entre FAA y FAdeA tenía por objeto “...identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes de las PARTES, como así también proceder a la compensación de distintos rubros y su metodología” (cláusula primera), acordándose al efecto que, una vez ratificado el Acuerdo por el Jefe de Gabinete de Ministros, nada se adeudarán entre sí las partes (cláusula octava).
- Con posterioridad a la suscripción de la aludida acta acuerdo, se expidió la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA mediante Dictamen N° IF2019-52951644-APN-DGAJ#MD, de fecha 6 de junio de 2019. Luego de hacer un análisis pormenorizado de los antecedentes obrantes en las presentes actuaciones, la aludida instancia letrada efectuó una serie de observaciones de diversa índole, no obstante, lo cual señaló que: “...por la complejidad de la cuestión, su carácter excepcional y la intención de no alcanzar un supuesto de conflicto interadministrativo, es opinión de este Servicio que debe consultarse a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de evaluar la posibilidad de excepcionar el vínculo contractual de exigencias jurídicas tradicionales por tratarse de una relación interadministrativa.

**Normativa examinada:**

- Artículos 12 y 13 del Decreto Delegado N° 1023/01.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) En todo contrato administrativo –en sentido estricto– le asisten al Estado prerrogativas de poder público –v. artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01– y, como contrapartida, existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares (v. artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/01).

II) Teniendo en mente el llamado de la Administración a satisfacer el interés general, es que a la misma se le otorgan potestades exorbitantes para que, dentro de la esfera de sus atribuciones y en el marco de la contratación, se asegure el cumplimiento de sus funciones y por tanto, la satisfacción del bien de la comunidad. De ahí que el régimen administrativo, en tanto derecho común de la Administración, contiene como rasgo típico una compleja gama de prerrogativas de poder público a disposición de la Administración y de garantías en favor de los administrados, todo lo cual conforma el denominado “régimen exorbitante del derecho privado” (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 266/07, 1048/12, 1049/12, 1050/12, 1051/12 y 205/13, entre otros). El contenido del régimen exorbitante incluye, como se advirtiera, no sólo las potestades que reflejan el *imperium* estatal, sino también las garantías que el derecho público consagra en resguardo de los derechos de los particulares. Y esta ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7° Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 16 a 18).

III) El régimen exorbitante se nutre de un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías en favor de los particulares, que se integran a través de una serie de principios (buena fe, razonabilidad, igualdad, transparencia, confianza legítima, esfuerzo compartido, etc.).

IV) El presente asunto versa sobre contrataciones de carácter interadministrativo y, como tales, presentan notas particulares que difieren de la regulación típica que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional prevé respecto de los contratos administrativos *stricto sensu*. En contraste con lo anteriormente expuesto respecto de los contratos administrativos, la relación jurídica “inter-administrativa” es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación, Provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las Personas Públicas Estatales que constituyen Entidades Descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia (v. Dictámenes PTN 234:645; 263:395; entre otros).

V) En materia de contrataciones Interadministrativas, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: “...*lejos de tratarse de contratos entre particulares o entre la Administración Pública y particulares, los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado y no el afán de lucro de una de las partes (conf. Dict. 263:395)...*” (v. Dictámenes PTN 279:286).

VI) El Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética (v. Dictámenes 263:395). Justamente, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado “...*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 252:209; entre otros) y que: “...*la característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno; por ello, virtualmente, se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. La ausencia de un régimen exorbitante y el principio de la unidad administrativa se erigen como las características preponderantes de tales relaciones...*” (v. Dictámenes PTN 279:286).

VII) En esa misma línea argumental, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha opinado que: “...*las vinculaciones de carácter contractual entre organismos que integran la Administración se rigen por normas de Derecho Público administrativo, aunque su régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al 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...*” (v. Dictámenes PTN 279:286. En igual sentido Dictámenes 263:395).

VIII) En el marco de una relación interadministrativa la Administración carece de las prerrogativas que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (Cfr. Dictamen ONC N° 224/15).

IX) La vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395).

X) Las pautas referenciadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en relación con los Dictámenes ONC Nros. 205/13, 446/13 y 36/14 – respecto de las cuales se consulta si es posible apartarse en el supuesto de marras–, resultan aplicables a las renegociaciones de contratos administrativos *stricto sensu*, no así a los contratos interadministrativos. Ello en la medida en que, ante la ausencia de prerrogativas, las garantías que el ordenamiento prevé para resguardar a los administrados en sus relaciones asimétricas con el Estado se tornan inaplicables en las relaciones interadministrativas, en tanto carecen de razón de ser.

XI) Las potestades exorbitantes se enmarcan en un contexto de desigualdad con respecto al cocontratante, extremo que –al menos formalmente– no se verifica en los contratos interadministrativos. Ergo, si el vínculo interadministrativo implica dejar de lado el régimen exorbitante de la Administración en materia de prerrogativas, también corresponde que se dejen de lado las garantías. Dicho en otros términos: si no hay prerrogativas tampoco tiene sentido que existan garantías, con lo cual no hay “régimen exorbitante”.

XII) La renegociación y/o recomposición del contrato no es otra cosa que una garantía que el ordenamiento jurídico prevé en favor del administrado, en tanto colaborador de la Administración en la satisfacción de un fin público y bajo determinados requisitos y límites que apunta, esencialmente, a rencauzar el contrato a su alea “normal”, recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar, pero cuidando de no anular el riesgo empresario que debe asumir el cocontratante ni convertir al Estado en garante de un nivel de ganancia asegurado frente a malos negocios (Cfr. Dictámenes PTN 298:159).

XIII) Si las relaciones interadministrativas se caracterizan por la ausencia de un régimen exorbitante y la renegociación y/o recomposición del contrato es –ciertamente– una garantía, cabe colegir que los criterios hermenéuticos establecidos por esta Oficina en los Dictámenes ONC Nros. 205/13, 446/13 y 36/14 no resultan de aplicación a los contratos que aquí se analizan.

XIV) Asimismo, se entiende que no estaríamos frente a una renegociación de contratos en sentido estricto, sino que se trataría, en su caso, de un acuerdo tendiente a extinguir obligaciones mediante la compensación de débitos y créditos que las partes entienden recíprocos, residuales de los contratos oportunamente suscriptos.

XV) Por todo lo expuesto, como parte de la dinámica propia de una relación interadministrativa, corresponde a las partes involucradas concertar una acción a seguir, 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).

XVI) Determinados principios generales de raigambre constitucional, tales como los de razonabilidad y transparencia, resultan plenamente aplicables aun tratándose de relaciones interadministrativas, todo lo cual contribuye al control ciudadano como así también tiende a facilitar las tareas de los órganos con competencias específicas para ejercer el control de legalidad del procedimiento contractual, incluyendo su ejecución y extinción.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-68549571-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 30 de julio de 2019.

**Referencias/voces:** Contratos Interadministrativos – Moneda de cotización – Certificados de conformidad y aceptación - Constancias de ejecución contractual.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 9 de agosto de 2017 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2017-604-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos (CONVE-2017-12816783-APN-SECCTYPD#MD) suscripto con fecha 25 de abril de 2017, entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA) cuyo objeto es la Prestación de Servicios Aeronáuticos, por un monto total de PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$ 1.587.683.582.-), correspondiente al período 2017- Diciembre de 2018.
- Con fecha 23 de febrero de 2018 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2018-185-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo para la certificación de configuración PAMPA III, el completamiento de aeronaves PAMPA III, la provisión por parte de FAdeA a FAA de las mismas y la provisión de estaciones de planificación de misión (IF 2017-33047441-APN-SEMG#FAA) suscripto con fecha 14 de diciembre de 2017 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SEISCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 612.128.970), correspondiente al período 2018.
- Con fecha 18 de abril de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N.º RESOL-2018-344-APN-MD, por cuyo conducto se aprobó el Contrato Interadministrativo para la Prestación de Servicios de Horas de Vuelo GROB G120-TP (IF-2018-09678217-APN-DGM#FAA) suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la

FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000,00.-), correspondiente al período 2018.

- Con fecha 21 de diciembre de 2018, el Presidente de FAdeA solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA la renegociación del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos entre la Fuerza Aérea Argentina (FAA) y Fábrica Argentina de Aviones suscripto con fecha 25 de abril de 2017; del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III suscripto con fecha 14 de Diciembre de 2017 y del Contrato de Prestación de Servicios de Horas de Vuelo Grob suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018.
- Con fecha 23 de mayo de 2019, el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA) solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA (FAA) la instrumentación del “cierre” del Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo Grob para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia periodo 2018.
- Con fecha 30 de mayo de 2019, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. suscribieron un documento intitulado “Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de prestación de servicios de horas de vuelo Grob para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia período 2018”.
- El aludido acuerdo entre FAA y FAdeA tenía por objeto “...identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes de las PARTES, como así también proceder a la compensación de distintos rubros y su metodología” (cláusula primera), acordándose al efecto que, una vez ratificado el Acuerdo por el Jefe de Gabinete de Ministros, nada se adeudarán entre sí las partes (cláusula octava).
- Con posterioridad a la suscripción de la aludida acta acuerdo, se expidió la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA mediante Dictamen N° IF2019-53978244-APN-DGAJ#MD, de fecha 11 de junio de 2019, que efectuó una serie de observaciones de diversa índole, no obstante, lo cual señaló que: “...por la complejidad de la cuestión, su carácter excepcional y la intención de no alcanzar un supuesto de conflicto interadministrativo, es opinión de este Servicio que debe consultarse a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de se expida respecto de: “...i. los documentos probatorios en el marco de la ejecución de un contrato, ii. la moneda del precio contractual que debe tomarse como regla, iii. si existe alguna modulación de esas exigencias en orden a la calidad interadministrativa del vínculo...”.

**Normativa examinada:**

- Artículo 25, inciso d) apartado 8° del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 9, 25, inciso f) y 58 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado Anexo I a la Disposición ONC N.º 62/16.

### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Los contratos interadministrativos son aquellos en los que el vínculo se anuda entre entes estatales, el Estado Nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas, y, con algunas modulaciones, también las empresas del Estado y otras personas privadas en las que el Estado tenga participación mayoritaria (v. MONTI, Laura M. *Los contratos interadministrativos*. El Derecho Administrativo, [2015] - (07/10/2015, nro 13.828). Dicha especie de contrato se caracteriza por configurar un modo de vinculación jurídica específica y, tal como se recordó recientemente en el Dictamen ONC N° IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM, presentan notas particulares que difieren de la regulación típica que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional prevé respecto de los contratos administrativos *stricto sensu*.

II) Autorizada doctrina tiene dicho que 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 proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; y d) no rige el 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 respecto de los actos de ejecución de un contrato administrativo (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2005. Págs. 37-38).

III) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contempla una causal de contratación directa específica (v. artículo 25, inciso d) apartado 8° del Decreto Delegado N° 1023/01), cuyo trámite procedimental se encuentra detallado en el artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

IV) Resulta particularmente destacable que al regularse –por ejemplo– los trámites correspondientes a las causales de contratación directa por monto, especialidad, exclusividad, por licitación o concurso desierto o fracasado, urgencia, emergencia, desarme, traslado o examen previo y con efectores de desarrollo local y economía social, los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57 y 60 del Manual de procedimiento culminan en cada caso aclarando que, luego del acto administrativo de finalización del procedimiento, el mismo: “...continuará de acuerdo al procedimiento básico.”. Es decir que, en todos esos procedimientos de selección singulares, una vez dictada la adjudicación, resultarán aplicables las normas generales sobre perfeccionamiento del contrato, cumplimiento del contrato, intervención de la Comisión de Recepción, facturación, pago, etc. Nótese, al respecto, que la prescripción por la cual la ejecución contractual debe ceñirse a las normas generales no se encuentra contemplada en el artículo 58 previamente transcrito, circunstancia que encuentra explicación en lo sostenido por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, con respecto a que la vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395). De tal modo, una vez celebrado el acuerdo de voluntades, no caben dudas en cuanto a que las prestaciones deben ser ejecutadas y acreditadas conforme lo pactado, sin desconocer que determinados principios generales de raigambre constitucional, tales como los de razonabilidad y transparencia, resultarán plenamente aplicables.

V) Siendo que las partes establecieron en el marco contractual el modo en que debía realizarse y documentarse la recepción de los servicios, este Órgano Rector entiende –en un todo de acuerdo con lo manifestado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA- que a) las horas prestadas, recibidas de conformidad, facturadas y pagadas deben ser acreditadas mediante los Certificados de Conformidad y Aceptación suscriptos por la Comisión de Recepción, como así también mediante las facturas y los órdenes de pago correspondientes, b) las horas prestadas y facturadas pero no pagadas, deben ser acreditadas mediante los Certificados de Conformidad y Aceptación suscriptos por la Comisión de Recepción y por las facturas correspondientes y c) las horas prestadas y no facturadas ni pagadas por los Certificados de Recepción y Aceptación firmados por la Comisión de Recepción. La agregación de dicha documentación al presente expediente deviene imprescindible a los fines de que las áreas competentes de los organismos firmantes efectúen la verificación de las obligaciones cumplidas e incumplidas por las partes a los fines de establecer de un modo claro y transparente las obligaciones pendientes entre los contratantes que pretenden ser compensadas.

VI) Ello, sin perjuicio de lo señalado en el dictamen ONC N° IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM, de fecha 19 de julio de 2019, donde se destacó respecto de los mismos expedientes que aquí se ventilan que: *“...no estaríamos frente a una renegociación de contratos en sentido estricto, sino que se trataría, en su caso, de un acuerdo tendiente a extinguir obligaciones mediante la compensación de débitos y créditos que las partes entienden recíprocos, residuales de los contratos oportunamente suscriptos.”* Por todo lo expuesto, como parte de la dinámica propia de una relación interadministrativa, corresponde a las partes involucradas concertar una acción a seguir, 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).

VII) En principio, la relación jurídica interadministrativa que vincula a las partes –FUERZA AEREA ARGENTINA y FAdA– se sujeta al documento contractual suscripto entre las mismas.

VIII) En lo que atañe concretamente a la consulta vinculada a la moneda del contrato, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA advirtió que el artículo 7 del contrato suscripto oportunamente por las partes da cuenta de un valor de hora de PESOS QUINCE MIL (\$15.000), como resultado de dividir el precio total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000) por la cantidad de horas de vuelo (4.000). Este dato se confirma en la cláusula segunda (Precio del Contrato) del Acta Acuerdo de Cierre suscripta entre las partes, la cual indica que: *“Conforme a lo establecido en el Artículo 7 del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios que debieron ser prestados por FAdA durante la vigencia del mismo, ascendía a PESOS SESENTA MILLONES (\$60.000.000) correspondientes a CUATRO MIL (4.000) Horas de vuelo”*. Sin perjuicio de ello, el servicio jurídico consultante trae a colación que: *“...existe en el ANEXO I del contrato originario una mención a un valor hora de dólares setecientos cincuenta (USD 750)...”*, motivo por el cual, frente a esta discordancia, solicita opinión respecto de la moneda del contrato.

IX) En opinión de esta Oficina no queda del todo claro que la divergencia deba atribuirse necesariamente a un error involuntario y no, por ejemplo, a una adenda modificatoria del contrato principal celebrada con posterioridad, aunque al no tener el anexo fecha ni firma sino sólo iniciales, la segunda hipótesis parece ser, ciertamente, poco probable. Ante la posibilidad de que se trate

efectivamente de una discrepancia entre la moneda pautaada en el cuerpo principal del contrato (PESOS ARGENTINOS) y la prevista en uno de los Anexos del mismo (DOLARES ESTADOUNIDENSES), esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende que deberá estarse al principio general establecido en el artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 el cual, en su parte pertinente, prescribe: *“La moneda de cotización de la oferta deberá fijarse 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”*.

X) En tanto no consta a este Órgano Rector la existencia de fundamentación alguna que haya sido consensuada por las partes y plasmada en el contrato para admitir la cotización en dólares estadounidenses, deberá estarse al principio general establecido en la norma citada que estipula que la moneda de cotización es la moneda nacional. Máxime tomando en consideración que es la moneda (pesos argentinos) fijada en el cuerpo principal del contrato suscripto por las partes en fecha 5 de marzo de 2018, dato que se ratifica en el artículo segundo del Acta de Cierre suscripta por las mismas autoridades en fecha 30 de mayo de 2019.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-68549765-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 30 de julio de 2019.

**Referencias/voces:** Contratos Interadministrativos – Compensación de deudas – Ejecución contractual – Contragarantía por anticipo financiero.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 9 de agosto de 2017 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2017-604-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos (CONVE-2017-12816783-APN-SECCTYPD#MD) suscripto con fecha 25 de abril de 2017, entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA) cuyo objeto es la Prestación de Servicios Aeronáuticos, por un monto total de PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$ 1.587.683.582.-), correspondiente al período 2017- Diciembre de 2018.
- Con fecha 23 de febrero de 2018 se emitió la Decisión Administrativa N.º DA-2018-185-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo para la certificación de configuración PAMPA III, el completamiento de aeronaves PAMPA III, la provisión por parte de FAdeA a FAA de las mismas y la provisión de estaciones de planificación de misión (IF 2017-33047441-APN-SEMG#FAA), suscripto con fecha 14 de diciembre de 2017 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SEISCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO

VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 612.128.970), correspondiente al período 2018.

- Con fecha 18 de abril de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N.º RESOL-2018-344-APN-MD, por cuyo conducto se aprobó el Contrato Interadministrativo para la Prestación de Servicios de Horas de Vuelo GROB G120-TP (IF-2018-09678217-APN-DGM#FAA) suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000,00.-), correspondiente al período 2018.
- Con fecha 21 de diciembre de 2018, el Presidente de FAdeA solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA la renegociación del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos entre la Fuerza Aérea Argentina (FAA) y Fábrica Argentina de Aviones suscripto con fecha 25 de abril de 2017; del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III suscripto con fecha 14 de Diciembre de 2017 y del Contrato de Prestación de Servicios de Horas de Vuelo Grob suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018.
- Con fecha 23 de mayo de 2019, el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA) solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA (FAA) la instrumentación del cierre acordado entre FAdeA y FAA del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 (EX-2017-06656885- APN-DGM#FAA, aprobado por DA-2017-604-APN-JGM).
- Con fecha 30 de mayo de 2019, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. suscribieron un documento intitulado “Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de prestación de servicios aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia período 2017 –diciembre 2018”.
- El aludido acuerdo entre FAA y FAdeA tenía por objeto: “...identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes de las PARTES, como así también proceder a la compensación de distintos rubros y su metodología” (cláusula primera), acordándose al efecto que, una vez ratificado el Acuerdo por el Jefe de Gabinete de Ministros, nada se adeudará entre sí las partes (cláusula octava).
- Finalmente, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA mediante dictamen N°IF-2019-54676933-APN-DGAJ#MD, de fecha 13 de junio de 2019, efectuó una serie de observaciones de diversa índole, no obstante, lo cual señaló que: “...por la complejidad de la cuestión, su carácter excepcional y la intención de no alcanzar un supuesto de conflicto interadministrativo, es opinión de este Servicio que debe consultarse a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de se expida respecto de la ejecución de la contragarantía y de las constancias de recepción y aceptación correspondientes a la etapa de ejecución del contrato, en orden a la naturaleza interadministrativa del vínculo. Concretamente, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE DEFENSA consulta: “i- si es admisible jurídicamente la constatación del estado de ejecución del contrato por medio de otros documentos que no sean los Certificados de Aceptación firmados por la Comisión de Recepción; ii- si corresponde excepcionar el vínculo contractual de exigencias jurídicas tradicionales de ejecución de la contragarantía por tratarse de un vínculo interadministrativo.”

### Normativa examinada:

- Artículos 29 y 31 del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 78, 80 y 106 inciso b) apartado 1.2 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículos 58 inciso f) del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 62/16.
- Artículos 39, 40 y 47, *in fine*, del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.

### Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) La relación jurídica “interadministrativa” es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación, Provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las Personas Públicas Estatales que constituyen Entidades Descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia (v. Dictámenes PTN 234:645; 263:395; entre otros). Sabido es que: “...*lejos de tratarse de contratos entre particulares o entre la Administración Pública y particulares, los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado y no el afán de lucro de una de las partes (conf. Dict. 263:395)...*” (v. Dictámenes PTN 279:286).

II) El Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética (v. Dictámenes 263:395). Justamente, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado “...*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 252:209; entre otros) y que: “...*la característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno; por ello, virtualmente, se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. La ausencia de un régimen exorbitante y el principio de la unidad administrativa se erigen como las características preponderantes de tales relaciones...*” (v. Dictámenes PTN 279:286).

III) El máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha opinado que: “...*las vinculaciones de carácter contractual entre organismos que integran la Administración se rigen por normas de Derecho Público administrativo, aunque su régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al 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...*” (v. Dictámenes PTN 279:286. En igual sentido Dictámenes 263:395). En sentido concordante, autorizada doctrina tiene dicho que 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 proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones

pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; y d) no rige el 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 respecto de los actos de ejecución de un contrato administrativo (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2005. Págs. 37-38).

IV) La vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395). Luego, una vez celebrado el acuerdo, las relaciones jurídicas surgidas del contrato interadministrativo deben reputarse de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas; es decir, tienen plenos efectos jurídicos entre las partes, como todo contrato, en el sentido de que las prestaciones deben ser ejecutadas. El principio no puede ser otro que el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*). Desde dicha perspectiva corresponde abordar la temática atinente a la contragarantía y la posibilidad o imposibilidad de ejecutarla cuando ha sido constituida en el contexto de un contrato interadministrativo.

V) Las contragarantías se deben constituir por el equivalente a los montos que reciba el cocontratante como adelanto. Es decir, por el CIEN POR CIENTO (100%) de la suma recibida en concepto de anticipo financiero.

VI) En términos generales, 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 de 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).

VII) Si bien en el marco de las contrataciones interadministrativas los oferentes y adjudicatarios están, por regla, exceptuados de la obligación de presentar garantías –tal como lo confirma el inciso f) del artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16– dicha excepción no alcanza a las contragarantías por anticipos otorgados por la Administración Nacional. Ergo, aun en el marco de relaciones interadministrativas, de establecerse el pago por adelantado, el cocontratante debe constituir una contragarantía por el equivalente al CIEN POR CIENTO (100%) de los montos que reciba como adelanto, conforme lo establecido en el artículo 47, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

VIII) Ello así, por cuanto la función de la contragarantía por anticipo financiero es asegurar al organismo que adelanta fondos que le han sido presupuestariamente asignados, la restitución de los mismos cuando su contraparte (ya sea un proveedor u otra repartición pública) no los hubiera utilizado para los fines previstos en el contrato. En efecto, la jurisdicción o entidad que anticipa fondos, cuando la ejecución contractual amerite dicho financiamiento, asegura a través de esta garantía el recupero del dinero adelantado para el caso en que se incumpla lo convenido (v. Dictamen ONC N° IF-2016-00438198-APN-ONC#MM). De ahí que, en el marco de una contratación interadministrativa, los anticipos financieros también deban ser garantizados con la constitución de la contragarantía.

IX) En lo que atañe concretamente a la consulta que ahí se ventila es menester señalar que, tal como surge del Acta de Cierre del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, quedaría un remanente en concepto de devolución de anticipo no efectivizado de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS CON CERO CINCO CENTAVOS (\$ 297.785.972,05). Consecuentemente, si se concluye que, en este caso FAdeA, no ha restituido la totalidad de las sumas oportunamente anticipadas a través de prestaciones pertinentes, la FAA se encuentra facultada para requerir su restitución y, en caso de incumplimiento, correspondería *a priori* instrumentar las medidas conducentes que fueren menester a los fines de ejecutar la contragarantía que eventualmente haya constituido. De lo contrario, carecería de sentido exigir la presentación de la contragarantía contra entrega de las sumas en concepto de anticipo financiero si esta no fuere efectivamente un canal para asegurar el recupero del dinero adelantado en el marco de un contrato incumplido.

X) El incumplimiento de restitución de las sumas no ejecutadas del adelanto financiero oportunamente entregado, no es un supuesto típico pasible de ser sancionado a la luz de la normativa vigente, como tampoco lo era durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-00021530-APN-ONC#MM, IF-2016-00438198-APNONC#MM e IF-2016-00438178-APN-ONC#MM).

XI) Es contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades pueden aplicarse recíprocamente sanciones, ya que el Estado es uno sólo y por consiguiente un razonamiento como el indicado implicaría que éste se aplique sanciones a sí mismo, lo que constituye un verdadero despropósito que la correcta hermenéutica no debe aceptar (Dictámenes PTN 279:286). Empero, esta Oficina Nacional considera particularmente relevante distinguir dos supuestos diferentes: Una cosa es la inaplicabilidad de multas de carácter penal o administrativo y/o de penalidades y/o sanciones, en general, entre organismos estatales –desde que no es admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público ni el sometimiento de uno de ellos a la situación de sujeción que supone el ejercicio de la potestad estatal en detrimento del otro– y otra distinta es la posibilidad de ejecutar, frente a

un eventual incumplimiento contractual, la contragarantía que haya sido constituida por anticipos financieros adelantados (y no aplicados a la consecución del objeto contractual), cuya correcta administración y deber de recupero está en cabeza de aquella jurisdicción o entidad a quien le hayan sido presupuestariamente asignados y cuyo patrimonio se vería perjudicado de no poder perseguir su restitución.

XII) Cabe distinguir entonces, entre las garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato, cuya pérdida por incumplimiento es una penalidad en los términos del artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01, mientras que el incumplimiento de pago de las mismas dentro del plazo fijado al efecto acarrea una sanción (así lo establece el artículo 106 inciso b) apartado 1.2 de Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16) y la contragarantía, cuya pérdida no es considerada una penalidad ni reviste carácter punitivo ni sancionatorio.

XIII) Así las cosas, cabe reafirmar que la contragarantía es pasible de ser ejecutada –de lo contrario carecería de sentido su constitución–, más si no fuera posible, el incumplimiento de pago de las sumas equivalentes no será considerado causal para sancionar. Va de suyo que, en términos prácticos, la viabilidad de la ejecución de una contragarantía dependerá, en buena medida, de la forma en que haya sido instrumentada (v.g. si se trata de una póliza de caución, depósito bancario, títulos públicos, aval bancario, cheque, etc.).

### **Dictamen ONC N° IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 15 de agosto de 2019.

**Referencias/voces:** Garantía de impugnación - Determinación del monto a afectar de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación.

#### **Antecedentes:**

- Mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE ESTRATEGIA Y ASUNTOS MILITARES del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2017-46-APNSECEYAMI#MD, de fecha 17 de octubre de 2017, a través de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 35-0005-LPU17, para la “Contratación del Servicio de Limpieza Integral de Edificio Libertador General José de San Martín, sede del MINISTERIO DE DEFENSA, de distintas dependencias y organismos desconcentrados que le dependen”, por el término de DOCE (12) meses con opción a prórroga”.
- Mediante informe de fecha 29 de enero de 2018, la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE DEFENSA concluyó que las empresas oferentes, en cuanto a la parte técnica, cumplían con lo solicitado para la realización del servicio de limpieza de edificios del MINISTERIO DE DEFENSA, Jardín Maternal y Taller de automotores.
- El día 22 de febrero de 2018 se difundió, a través del Portal “COMPR.AR”, el Dictamen de Evaluación, en cuyo marco la Comisión Evaluadora recomendó adjudicar a la firma DISTRIBON S.R.L. los Renglones Nros. 1 a 9 por el monto total de PESOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL (\$ 36.888.000,00.-), mientras que –en cuanto aquí interesa– la propuesta de la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. quedó segunda en orden de mérito, respecto de cada uno de los citados renglones.
- El día 27 de febrero de 2018 la sociedad comercial LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. acompañó la Póliza de Seguro de Caución N° 9/29.743 por la suma de

PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS (\$ 1.438.200,00.-), constituida en favor del MINISTERIO DE DEFENSA y, en esa misma fecha, impugnó el dictamen de evaluación: “...por resultar sus conclusiones violatorias a los principios consagrados por el Artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 (...) la presentación formulada de parte de la oferente DISTRIBON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (...) debería de declararse como inadmisibles con motivo de los incumplimientos que en cuanto a las cláusulas de los documentos su oferta adolece y que resultan de imposible subsanación ulterior...”. En esa línea argumental alegó respecto de DISTRIBON S.R.L. –que, como ya se dijo, era la firma recomendada para ser adjudicataria del total de los renglones (1 a 9)–, lo siguiente: a) Incumplió con las visitas técnicas y/o los certificados de visita presentados ostentan vicios; b) No acompañó certificados de entrega de muestras; c) incumplió con certificaciones de Normas ISO 9001, ISO 14001 y OHSAS 18001 dado que no contemplan el total del objeto de la contratación; d) no acreditó la experiencia necesaria en tanto no acompañó los contratos tendientes a acreditar sus antecedentes empresarios; e) incumplió con la infraestructura exigida, en tanto que no cuenta con la superficie necesaria para áreas administrativas y depósito; f) no presentó la cantidad de supervisores requeridos; g) su ecuación económico financiera es inconsistente; h) no cumple con los sueldos básicos del Convenio Colectivo del sector; i) tiene sanciones impuestas por el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA en el marco de otras contrataciones que la tornan inelegible.

- Al emitirse la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2018-360-APN-MD, de fecha 23 de abril de 2018, la máxima autoridad del organismo de origen rechazó la impugnación planteada e instruyó a la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de esa cartera ministerial, para que lleve adelante la ejecución de la garantía de impugnación oportunamente constituida. Contra dicho acto, LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. interpuso recurso de reconsideración, el que a la postre fue desestimado mediante Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2018-1332-APN-MD, de fecha 25 de octubre de 2018, junto con el pedido de suspensión de los efectos del acto recurrido.
- Finalmente, en ocasión de ampliar los fundamentos del recurso jerárquico en subsidio, la agraviada cuestionó el monto que, en concepto de pérdida de garantía de impugnación, el organismo pretende ejecutar a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución N° RESOL-2018-360-APN-MD. En concreto, LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. arguye que la suma que se le exige (\$ 1.438.200,00): “...surge de una errónea aplicación de la normativa surgiendo un monto que se contradice con las previsiones detalladas expresamente en las Cláusulas Particulares que rigen y rigen la compulsión de que se trata, y que resultan con privilegio en el orden de prelación respecto de la normativa que rige la licitación que nos ocupa (...) el mero hecho de haber presentado un póliza por una suma superior, no faculta a su ejecución total en forma discrecional, sino, por el contrario, solamente debe ejecutarse la parte proporcional que se determine en los Pliegos de Bases y Condiciones (...) En la prelación de la normativa aplicable, las condiciones particulares siempre se encuentran por sobre las condiciones generales...”.
- Ergo, la quejosa pretendía que se le aplique el monto fijo establecido en la cláusula 12.1.4. del pliego de bases y condiciones particulares (\$ 300.000,00.-), en lugar de una suma equivalente al monto de la garantía por ella constituida (\$ 1.438.200,00.-).

**Objeto de la consulta:** Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión en torno al monto por el cual correspondía afectar la garantía de impugnación al dictamen de evaluación, oportunamente constituida por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A., en el marco de la Licitación Pública N.º 35-0005-LPU17. Ello así, teniendo en cuenta que mediante la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N.º RESOL-

2018-360-APN-MD, de fecha 23 de abril de 2018, se desestimó la impugnación planteada por la sociedad comercial de que se trata contra el dictamen de evaluación y se instruyó a la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN de esa cartera ministerial para que proceda a la ejecución de la correspondiente garantía.

#### **Normativa examinada:**

- Artículos 12 y 13 del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 2º, 73, 74 y 78 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículos 29, 30, 31 y 43 inciso d) del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 62/16.
- Artículos 32 y 39 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Punto 28 del Anexo II a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Artículo 13 del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N.º 65/16.

#### **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 por la vía correspondiente, previa integración –en ambos casos– de la garantía de impugnación, la que deberá constituirse de conformidad con las exigencias contempladas en la normativa vigente (Cfr. artículos 73 y 78 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16, 32 y 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16 y 13 del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo de la Disposición ONC N.º 65/16).

II) 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 (v. Dictamen ONC N.º IF-2017-22702545-APN-ONC#MM).

III) La oportuna y adecuada integración de la garantía prevista en el artículo 78 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 es un presupuesto de admisibilidad de la impugnación al dictamen de evaluación; no obstante lo cual, si la misma no se hubiese constituido o no lo estuviera en la forma debida, cualquiera fuera la omisión o defecto, el organismo deberá intimar al impugnante a subsanarla dentro del término mínimo de DOS (2) días hábiles administrativos de notificado. Si dicha omisión o defecto no fuera subsanado en el plazo establecido, la impugnación deberá rechazada sin más trámite (Cfr. artículos 73 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16, 29 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N.º 62/16, 31 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N.º 63/16 y 13 del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo de la Disposición ONC N.º 65/16).

IV) La garantía objeto de análisis deberá constituirse de acuerdo con alguna de las formas contempladas en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y, en principio, por la suma que represente el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato. Va de suyo que si se impugnan varios renglones específicos, el monto a constituir se calculará acumulando los importes que surjan de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) sobre la cotización que para cada renglón impugnado se propicie adjudicar (Cfr. artículos 78, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 32 y 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16).

V) La regla es, por consiguiente, que si el dictamen de evaluación aconseja adjudicar el renglón o renglones de que se trate a un determinado competidor o a varios, el TRES POR CIENTO (3%) deberá calcularse sobre tales ofertas y no sobre la propia del impugnante. Queda claro entonces –valga la reiteración– que la garantía a constituir no es por el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta del propio impugnante, sino respecto de la oferta de aquel competidor que la Comisión Evaluadora haya ubicado primero en el orden de mérito y a quien se propicie adjudicar.

VI) Eventualmente, si el dictamen de evaluación no recomendare adjudicar el renglón o renglones en cuestión a ningún competidor –es decir, no se aconsejare la adjudicación a ninguna oferta–, el TRES POR CIENTO (3%) deberá calcularse sobre la base del monto de la oferta del renglón o renglones del propio impugnante. En este supuesto la garantía sí deberá integrarse por el monto que represente el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta que el propio impugnante haya cotizado para el renglón o renglones de que se trate (Cfr. artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16).

VII) Frente al hipotético caso en que el interesado en impugnar el dictamen de evaluación no revista la calidad de oferente en el procedimiento (o bien que no haya cotizado para el renglón o los renglones en discusión) y el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, la garantía de impugnación deberá constituirse por el monto fijo que a tal efecto se haya estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares (Cfr. artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y punto 28 del Anexo II a la Disposición ONC N° 63/16).

VIII) El cuarto escenario posible ha sido descrito en la normativa vigente del siguiente modo: Cuando lo que se impugne no sea uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, la garantía que aquí se analiza deberá ser constituida por el monto fijo que a tal efecto se haya estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares (Cfr. artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y punto 28 del Anexo II a la Disposición ONC N° 63/16).

IX) La quinta y última hipótesis contemplada en el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Particulares se encuentra planteada así: cuando se impugne tanto la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos, como así también cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación se calculará

acumulando los importes que surjan de aplicar los criterios estipulados con anterioridad. Es decir, en los casos de impugnaciones que presenten aristas “híbridas” o complejas (v.g. se pone en tela de juicio la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos y, además, cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación), el monto total que deberá afectarse en garantía se determinará adicionando los resultados que se hayan obtenido al aplicar los criterios estipulados para cada uno de tales supuestos.

X) Las impugnaciones al dictamen de evaluación de las ofertas –que hayan sido interpuestas en tiempo y forma– deberán ser resueltas en el acto de conclusión del procedimiento por la autoridad que resulte competente para emitirlo (artículos 9 y 74 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 31 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16).

XI) La devolución o no de esta clase de garantías dependerá de la suerte que corran las impugnaciones al ser tratadas en el acto administrativo de conclusión del procedimiento. Dicho en otros términos: únicamente serán reintegradas en aquellos casos en que las impugnaciones al dictamen de evaluación sean resueltas favorablemente en ocasión de emitir el acto de conclusión del procedimiento (Cfr. 32, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16).

XII) Para el caso en que la impugnación al dictamen de evaluación sea rechazada, corresponderá al organismo verificar, en primer lugar, si existen facturas al cobro emergentes del contrato o de otros contratos de la jurisdicción o entidad contratante y en caso afirmativo, el importe de la garantía deberá deducirse de las mismas, en forma previa a su pago. De no existir facturas al cobro –o de resultar insuficientes– deberá intimarse al oferente para que, en un plazo no menor a DIEZ (10) días hábiles administrativos proceda a depositar el importe pertinente en la cuenta de la jurisdicción o entidad contratante; en caso de no efectuarse el depósito en el plazo fijado al efecto, se deberá afectar la correspondiente garantía (Cfr. artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 43, inciso d) del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16).

XIII) Si, por el contrario, el organismo hace lugar a la impugnación, la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) deberá notificar al oferente para que retire la correspondiente garantía dentro de los DIEZ (10) días hábiles administrativos, computables desde el dictado del acto administrativo que haya hecho lugar a la impugnación presentada (Cfr. artículo 43, inciso d) del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16).

XIV) Por último, no resulta ocioso recordar que: *“...existe la posibilidad de resolver una impugnación haciendo lugar parcialmente a la misma, por cuanto en dicha presentación será posible que los interesados realicen planteos diversos que en consecuencia podrán dar lugar a soluciones jurídicas también diversas. Ahora bien, en cuanto a la devolución parcial de las garantías, por las dificultades que puede implicar el cálculo del monto que correspondería devolver o bien por la problemática que puede traer aparejada la ejecución parcial de cierto tipo de garantías, y considerando que la normativa nada aclara al respecto y que en caso de duda corresponde estar a favor del administrado,*

*se entiende que en aquellos casos en que se hiciera lugar a la impugnación –aunque sea en parte– corresponderá la devolución íntegra de la correspondiente garantía de impugnación...” (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2019-08246420-APNONC#JGM).*

XV) El artículo 2º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece que, en caso de existir discrepancias se seguirá el siguiente orden de prelación: a) Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios; b) Las disposiciones del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional; c) Las normas que se dicten en consecuencia del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional; d) El Manual de Procedimientos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; e) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales; f) El pliego de bases y condiciones particulares aplicable.

XVI) No ha de pasarse por alto que los preceptos que integran el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, así como también los que forman parte del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, revisten mayor jerarquía normativa que el pliego de bases y condiciones particulares. Tan es así que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho desde antaño: “...*En virtud del principio de legalidad debe entenderse que el sentido, la validez e incluso la eficacia de las previsiones de los pliegos de condiciones queda subordinada a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato, que los pliegos tienen por finalidad reglamentar*” (Fallos 316:3157). Con lo cual, las normas que integran el régimen general prevalecen sobre las cláusulas del pliego, a menos que sea la propia norma de mayor jerarquía la que, respecto de una cuestión puntual, reenvíe o remita a lo que se haya previsto en la norma inferior, como sucede con algunos de los supuestos contemplados en el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en los cuales, frente a ciertos escenarios hipotéticos que han sido previstos en la norma jerárquicamente superior –Pliego Único– el importe de la garantía de impugnación a constituir queda supeditado al monto fijo que se haya previsto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

XVII) El pliego de bases y condiciones particulares (IF-2017-24275209-APN-SECEYAM#MD) por el cual se rigió la Licitación Pública N° 35-0005-LPU17 contempló la siguiente cláusula: “...12.1. **CLASES DE GARANTÍAS.** Los oferentes o los cocontratantes deberán constituir garantías: (...) 12.1.4. *De impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas: TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato (...)* Cuando lo que se impugne no fuere uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación será equivalente al monto de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000,00.-)...”.

XVIII) Pues bien, tanto el artículo 78 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 como el artículo 32 del Pliego de Bases y Condiciones Generales prevén que en los casos en los cuales se impugne uno o varios renglones específicos, la garantía de impugnación debe constituirse por la suma correspondiente al TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato. Además, el artículo 32 del Pliego de Bases y Condiciones Generales prevé un supuesto diferente para el cual habilita al organismo a introducir en su pliego particular un monto fijo de garantía de impugnación, tal es el caso, cuando lo que se

impugnare no fuere uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación.

XIX) El MINISTERIO DE DEFENSA estableció en el punto 12.1.4 del pliego de bases y condiciones particulares, el monto fijo de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000,00.-) para aquellos casos en los cuales se impugnare cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación. Consecuentemente, en cuanto concierne específicamente a la garantía de impugnación al dictamen de evaluación, no se advierten contradicciones ni cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares que se hallen en contraposición con la normativa general; por el contrario, el punto 12.1.4 del pliego particular debe entenderse como complementario del artículo 32 del Pliego de Bases y Condiciones Generales.

XX) A los fines determinar el importe concreto por el cual corresponde afectar la garantía de impugnación presentada por la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A., la clave de bóveda pasa por determinar el objeto de la impugnación de la empresa, conforme los supuestos previstos en el artículo 32 del Pliego de Bases y Condiciones Generales y en el punto 12.1.4 del pliego de bases y condiciones particulares.

XXI) En oportunidad de constituir la garantía de impugnación, LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. presentó una póliza de seguro de caución por la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS (\$ 1.438.200,00.-) que, casualmente, equivale al TRES POR CIENTO (3%) de su propia oferta para los Renglones Nros. 1 a 9. Frente a dicha circunstancia, por aplicación de la regla general, la garantía de impugnación se debe integrar por un importe que represente el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato, cuando la impugnación esté dirigida a cuestionar la recomendación sobre uno o varios renglones específicos; sólo si no hubiera un potencial adjudicatario para los renglones específicos que se impugnan, el importe de la garantía habrá de calcularse sobre la base del monto de la oferta del renglón o renglones del propio impugnante.

XXII) A priori la plataforma fáctica traída a estudio permitiría presumir que la impugnante incurrió en un error, en la medida en que sólo para los casos en que se impugnen uno o varios renglones específicos y, a su vez, el dictamen de evaluación no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el TRES POR CIENTO (3%) se calcula sobre la base del monto de la oferta del propio impugnante. No parece dudoso, a *contrario sensu*, que si la Comisión Evaluadora ubicó –renglón por renglón– primera en el orden de mérito a la propuesta de una firma competidora de la impugnante, la garantía a constituir por esta última no debía serlo por el importe resultante de calcular el TRES POR CIENTO (3%) de su propia oferta, sino con respecto a la cotización de su competidora, en cuyo favor se recomendó adjudicar los renglones. Esa sería la forma correcta de calcular el importe siempre y cuando, va de suyo, se recomiende adjudicar los renglones a un competidor y quien se agravie de ello sólo impugne renglones específicos y no, alternativa o simultáneamente, cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación.

XXIII) El presunto error en el que habría incurrido LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. de ningún modo hubiese justificado la desestimación de su impugnación porque, a fin de cuentas, habría presentado una garantía por un monto superior que en nada afecta a los fines perseguidos por esta clase de garantías.

XXIV) Los razonamientos esbozados en torno al hipotético error no van más allá de ser una mera conjetura y no corresponde avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dado efectuar a esta Oficina, dado que por aplicación 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 N° 1023/01–, la verificación de tales extremos concierne al organismo contratante, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones. Empero, en el hipotético caso en que la interpretación sobre el presunto error sea acertada, esta Oficina Nacional opina que la determinación del monto que ha de afectarse no puede ser discrecional.

XXV) Por el contrario, la afectación debe llevarse a cabo por la suma que en virtud de la normativa aplicable corresponda. La afectación de la garantía por un monto mayor al debido implicaría incurrir en un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y en detrimento del particular. De ahí que el mero hecho de que un proveedor constituya –conscientemente o fruto de un error de interpretación– la garantía de impugnación por un monto superior al debido no faculta a su ejecución total por parte de la Administración, sino hasta la suma que en virtud de la normativa aplicable corresponda. Siendo ello así, huelga reiterar que, por aplicación del principio de centralización normativa y de descentralización de la gestión operativa receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01, es competencia del organismo de origen determinar –en concreto– el objeto y alcances de la impugnación al dictamen de evaluación presentada por LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A.

XXVI) Una impugnación al dictamen de evaluación puede estar dirigida –sin pretender enumerar la totalidad de combinaciones posibles– a: 1) Cuestionar la recomendación efectuada por la Comisión Evaluadora sobre uno o varios renglones específicos que se propician adjudicar a un determinado oferente que compite con el impugnante; 2) cuestionar el criterio de la Comisión Evaluadora con relación a uno o varios renglones específicos que no se recomiendan adjudicar a ninguno de los participantes del procedimiento de selección; 3) Impugnar cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación; 4) Impugnar la recomendación efectuada por la Comisión Evaluadora sobre uno o varios renglones específicos

y, simultáneamente, atacar cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación.

XXVII) Esta Oficina entiende que bajo la premisa: “cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación” quedan comprendidos aquellos cuestionamientos vinculados con la verificación de determinados requisitos que deben satisfacer los competidores, tales como los presupuestos de habilidad para contratar con la Administración Nacional, no hallarse incursos en causales de inhabilidad y/o de inelegibilidad, acreditar en la forma debida los antecedentes que den cuenta de la idoneidad y/o experiencia en el rubro (esto último cuando así haya sido exigido en las cláusulas particulares que sean comunes a todos los renglones); en tanto que el incumplimiento de dichos

extremos conlleva la desestimación íntegra de la oferta, independientemente de los renglones cotizados.

XXVIII) Atento a ello, el escenario que se ha configurado en estos actuados debiese poder subsumirse en alguna de las siguientes soluciones que brinda el mentado artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales. A saber: a) Afectar la suma de PESOS UN MILLÓN CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA (\$ 1.106.640,00.-) equivalente al TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta de la firma que resultó adjudicataria (DISTRIBON S.R.L.) para los Renglones Nros. 1 a 9. Esta solución sería la indicada en la medida en que se interprete que la impugnación versó únicamente sobre renglones específicos; tal parece ser el criterio propiciado por la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES del MINISTERIO DE DEFENSA en su Dictamen N° IF-2019-16860209-APN-DAJUD#MD, de fecha 20 de marzo de 2019, en el entendimiento de que: *“No aparecen impugnadas cuestiones generales o particulares del dictamen, ajenas a los específicos renglones que se adjudicarían a una contrincante”*. b) Afectar la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000,00) estipulada en la cláusula 12.1.4., únicamente para el hipotético caso en que el organismo concluya que la impugnación se limitó a reprochar cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, tal como aduce en su propio interés LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. De seguirse esta línea, la garantía debió haber sido constituida por la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000) por ser ese el monto fijo estipulado en el pliego particular y tal sería el importe cuyo cobro debería perseguir el organismo de origen si se enrola en esta interpretación. c) Afectar la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA (\$ 1.406.640,00), como resultado de adicionar los importes indicados en los literales a) y b), si y sólo si el organismo de origen forma convicción en cuanto a que los agravios vertidos por LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. en su impugnación abarcaron tanto la recomendación efectuada sobre renglones específicos (1 a 9), como así también cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación.

XXIX) Habiendo brindado las interpretaciones y lineamientos que competen a este Órgano Rector, corresponderá al organismo de origen determinar, en concreto, el objeto y alcances de la impugnación al dictamen de evaluación presentada por LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. en el Licitación Pública N° 35-0005-LPU17. Una vez dilucidado el importe objeto de controversia, deberá seguirse el orden de afectación establecido en el artículo 104 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tal como fuera oportunamente señalado por el servicio jurídico preopinante.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 28 de agosto de 2019.

**Referencias/voces:** Subsanación de ofertas. Funcionalidad del botón “Reiterar Solicitud” en “COMPR.AR” – Plazo para subsanar deficiencias formales no esenciales. Posibilidad de conceder

un nuevo plazo de subsanación. Principios de igualdad y juridicidad. Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (COMPR.AR).

#### Antecedentes:

- La POLICÍA FEDERAL ARGENTINA sustanció la Licitación Pública N.º 30-0001-LPU19, tendiente a la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de CUATRO (4) VIDEO ESPECTRO COMPARADORES, destinados a los Gabinetes Científicos de COMODORO RIVADAVIA, RIO GALLEGOS, NEUQUEN y la División SCOPOMETRIA.
- Sobre el particular, la aludida instancia informó que: *“...Las firmas cotizantes al momento de la Apertura de Ofertas, fueron las siguientes: RESAICAR S.R.L., HK SYSTEMS S.R.L. y BIO-OPTIC S.R.L. Respecto de la Documentación presentada oportunamente, se pudo determinar que RESAICAR S.R.L. ‘Beneficiario Local’, en su oferta estipuló el pago mediante ‘Carta de Crédito’ previsto en el Pliego únicamente para los beneficiarios extranjeros, por lo que su oferta no sería objeto de subsanación. En tanto a las dos firmas restantes, se solicitó con fecha 12 de junio del corriente año, a través de la Plataforma COMPR.AR, la Documentación Complementaria, otorgándole el plazo perentorio conforme lo estipulado en el Artículo 67, párrafo 3, del Decreto Reglamentario Nro. 1030/16. En vista de ello, y transcurridos los TRES (3) días de intimación, la cual caducó con fecha 19 de junio del actual, horas 10:00, se pudo determinar que las Firmas HK SYSTEMS S.R.L. y BIOOPTIC S.R.L., NO presentaron la documentación a través del sitio COMPR.AR...”*
- A mayor abundamiento, se indicó que: *“...Con fecha 19 de junio del 2019, la firma HK SYSTEMS S.R.L., hizo saber a través de un correo electrónico remitido a esta Dependencia, que el día 13/6/2019, esa Firma envió un Ticket mediante la Mesa de Ayuda de la Plataforma COMPR.AR solicitando prórroga; la cual le informó ese mismo día a la Firma requirente, que ‘lo solicitado debe ser realizado a través del sitio COMPR.AR, antes de la fecha de vencimiento’ (...). Por su parte, se observa en la plataforma del COMPR.AR que bajo el título ‘DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA’ actualmente existe la posibilidad de seleccionar TRES (3) acciones: ‘CUMPLE’, ‘NO CUMPLE’ y ‘REITERAR SOLICITUD’, esta última anteriormente no estaba disponible. Atento a ello, y a fines de dilucidar el procedimiento técnico que ofrece la Plataforma COMPR.AR, se envió un Ticket al Centro de Ayuda de la Oficina Nacional de Contrataciones, planteando esta situación; en respuesta personal del Centro de Ayuda respondió ‘La acción ‘reiterar solicitud’ está para ello que consultan. En tal caso consulte con su servicio jurídico si corresponde realizarla (...). Anterior a la existencia de esta nueva posibilidad en el sistema, transcurrido el plazo establecido en el artículo 67 del D.R. N° 1030/16, se cerraba en forma automática la posibilidad de ingresar documentación, igual temperamento se adoptaba en las tramitaciones en papel (...). Con fecha 12 de julio del 2019, y a fines de evacuar dudas, se envió un nuevo Ticket al Centro de Ayuda de la Oficina Nacional de Contrataciones, planteando respecto del botón ‘reiterar solicitud’ obrante en Documentación Complementaria, si el mismo es aplicable únicamente a los fines de mantener el Principio de Igualdad y Transparencia, en los supuestos en que aún vigente el plazo de intimación para subsanar los defectos formales, el oferente intimado incorpora documentación y clickea en aceptar, no pudiendo en consecuencia seguir anexando documental pese a estar aún en término. Por lo que a través de esta vía se lo habilita para continuar con su presentación por el plazo que le resta hasta el vencimiento originario. O en caso contrario, es aplicable para los supuestos que se han vencido el plazo y no hubo presentación alguna o que la misma fue parcial. Y por último, se informe la fecha aproximada en la que se incorporó dicha posibilidad en el sistema COMPR.AR. En respuesta a ello, la Mesa de Ayuda, informó que puede ser aplicado para ambos casos, de acuerdo a la consideración propia del organismo...”*

**Objeto de consulta:** La DIVISIÓN COMPRAS Y CONTRATACIONES de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA consultó al Órgano Rector: *“...si correspondería volver a intimar a los oferentes para que presenten la misma documental para la cual ya fueron intimados, otorgándosele un nuevo plazo de igual período, debiéndose contemplar la existencia de una tercera firma, en el presente Expediente, cuya oferta no resultaría subsanable; y si de aplicar dicho criterio, no implicaría una ventaja para la que cumple con relación a aquella que no lo haga y no habilitaría a esta última a solicitar un nuevo reitero o incluso solicitarse a la que presentara documentación (un nuevo reitero) por no ser la solicitada; todo ello sin perjuicio que tal actitud lesione derechos de aquellas empresas que hubiesen querido ofertar pero no lo hicieron por lo perentorio de los plazos para subsanar los defectos formales y de haber tenido la posibilidad de un reitero lo hubiesen hecho”.*

**Normativa examinada:**

- Artículos 3 y 17 del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos u omisiones no sustanciales de las ofertas es una herramienta válida y necesaria para satisfacer el interés público comprometido en la contratación, a través de la elección de la propuesta más conveniente para el Estado (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2018-02008922-APN-ONC#MM).

II) Por supuesto que existen límites que no deben ser franqueados. En primera medida, el artículo 17 del Decreto Delegado N° 1023/01, al prescribir que la posibilidad de subsanar deficiencias insustanciales no puede alterar los principios de igualdad y transparencia. Luego, con mayor detalle, el artículo 67, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 añade 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.

III) Queda claro, entonces, que la mentada regla cede frente a los siguientes límites: a) No procede respecto de deficiencias sustanciales, entendiendo por tales a aquellas que impliquen una modificación de la oferta en aspectos esenciales como ser el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente, etcétera (v. Dictamen ONC N° 2/13); b) La subsanación de las deficiencias en que haya incurrido un oferente no puede alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

IV) La normativa prevé que, cuando así corresponda, las Comisiones Evaluadoras, por sí o a través de la unidad operativa de contrataciones deberán intimar al oferente a que subsane los errores u omisiones dentro del término de TRES (3) días hábiles administrativos, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara un plazo mayor. Es decir, que el organismo contratante tiene la posibilidad de fijar un plazo mayor, siempre que el interés público comprometido y la complejidad de la contratación lo ameriten.

V) Esta Oficina ha exhortado a evitar actitudes formalistas propiciando interpretaciones razonables en pos de permitir que sigan en competencia la mayor cantidad posible de oferentes, pero velando, al mismo tiempo, por el tratamiento igualitario de quienes pretendan constituirse en cocontratantes de las jurisdicciones y entidades que integran la Administración Nacional.

VI) Justamente, una de las principales manifestaciones del principio de igualdad radica en el acatamiento de lo establecido en el pliego de bases y condiciones particulares. De ahí que no deba confundirse una posición proclive a la subsanación de defectos u omisiones insustanciales con la posibilidad de admitir, sin reparos, el incumplimiento de los plazos fijados en la normativa y/o en el pliego particular, según el caso.

VII) El pliego de bases y condiciones particulares de una licitación es la ley del contrato y sus cláusulas son obligatorias para todos, incluso para la Administración (Cfr. Dictámenes PTN 230:67; 232:27; 269:9).

VIII) El principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige –entre otros extremos– el respeto de cláusulas particulares contempladas en los pliegos, en la medida en que su seguimiento está comprometida la transparencia de la contratación y, sustancialmente, la garantía de igualdad.

IX) En el caso concreto traído a estudio, no se advierte que en el pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2018-63533590-APN-J#PFA vinculado en el orden 3 del EX-2019-03487690- -APN-DGF#PFA) se haya estipulado –pudiendo hacerlo– un plazo mayor al previsto en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16; con lo cual, frente a dicha omisión, las cláusulas particulares deben reputarse integradas con la normativa general, resultando de aplicación el plazo de TRES (3) días hábiles administrativos, previsto reglamentariamente por defecto, para que los oferentes subsanen los errores u omisiones no esenciales en que pudieren haber incurrido.

X) Esta Oficina entiende que el plazo en cuestión tiene, por regla, carácter preclusivo: fenecido el mismo, ninguna presentación y/o solicitud podría ser válidamente aceptada, salvo las circunstancias excepcionales. Ello así desde que en el estricto cumplimiento de dicho plazo están comprometidos los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, igualdad y transparencia.

XI) De ahí que la normativa brinde al organismo la posibilidad de establecer uno mayor, cuando así lo estime razonable y conveniente, acorde con la complejidad de la contratación de que se trate. Esto último es una facultad que cada organismo deberá ejercer con responsabilidad, so pena de atenerse a las consecuencias que puedan derivarse de una falta de previsión adecuada.

XII) La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene 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, ni tampoco importen modificaciones en los pliegos de bases y condiciones”* (Dictámenes PTN 249:592).

XIII) Todo trámite tendiente a posibilitar la subsanación de deficiencias formales no esenciales con miras a maximizar la competencia debe poder conjugarse armónicamente con los restantes principios generales, especialmente con los de legalidad, igualdad, razonabilidad y transparencia. Va de suyo que los citados principios no son absolutos ni rigen en forma excluyente: no podría admitirse la aplicación irrestricta de un principio frente a la afectación grave de otro de ellos. Al interrelacionarse entre sí estos mandatos rigen en forma complementaria y es deber del ente administrativo lograr un justo equilibrio que permita el cumplimiento armónico de estas directrices (Cfr. Dictamen ONC N° 602/10).

XIV) En términos operativos del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (COMPR.AR), la función “solicitar documentación complementaria” durante la etapa de evaluación permite requerir a uno o más competidores las aclaraciones que fuere menester y/o solicitar la subsanación de deficiencias formales no esenciales –es decir, insustanciales–, en los términos de los citados artículos 17 del Decreto Delegado N° 1023/01 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. A tales fines deberá colocarse un título al pedido y un detalle de la documentación complementaria que se solicite. Asimismo, la plataforma requiere colocar la fecha y hora límite para presentar la documentación, la que deberá ser consistente con las previsiones del pliego o, en su defecto, con el plazo reglamentariamente previsto al efecto. Luego, en la vista previa del proceso de compra, el usuario podrá visualizar el listado de los pedidos de documentación complementaria. Se visualizará, además, una opción para evaluar la documentación que eventualmente haya enviado el proveedor, pudiendo aceptarla, rechazarla o reiterar la solicitud.

XV) La acción “reiterar solicitud” disponible en COMPR.AR puede ser aplicada frente a los siguientes escenarios excepcionales: 1) en los supuestos en que, encontrándose vigente el plazo otorgado para subsanar los defectos u omisiones de que se trate, el oferente haya “clickeado” en aceptar, pese a no haber terminado de cumplir el requerimiento en su totalidad. Frente a dicha hipótesis, la plataforma electrónica impide continuar anexando documental, no obstante estar vigente el plazo concedido al efecto; de ahí que a través de la mentada función el organismo podrá “rehabilitar” la etapa para que el interesado continúe con su presentación por el plazo remanente que le quede hasta la extinción del mismo; 2) También resulta aplicable para los supuestos en, luego de cursada la intimación, sea el propio organismo el que advierta que ha incurrido en un error u omisión al individualizar los extremos a subsanar, en cuyo caso podrá reiterar la solicitud con las adecuaciones y/o rectificaciones del caso.

XVI) Frente a tales supuestos, ambos de carácter excepcional, el organismo deberá tener especial cuidado de no afectar el pie de igualdad en que deben encontrarse todos los competidores. Por lo expuesto, a la luz de los hechos vertidos por el organismo en su nota de consulta, esta Oficina Nacional opina que en el marco de la Licitación Pública N° 30-0001-LPU19 no resultaría viable volver

a intimar a los oferentes, otorgándoles un nuevo plazo para que presenten la documentación para la cual ya fueron oportunamente intimados con resultado infructuoso.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-77675604-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 28 de agosto de 2019.

**Referencias/voces:** Garantía de mantenimiento de la oferta - Presentaciones realizadas por correo.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Disposición DI-2018-61057701-APN-DGAMDS#MSYDS, se autorizó a efectuar una Licitación Pública con el objeto de lograr la adquisición de pallets, con la finalidad de mitigar las necesidades de la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL.
- Por su parte, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, estipuló: *“Los oferentes constituirán su garantía, de corresponder, de acuerdo a lo dispuesto en el Título III, Capítulo Único del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas complementarias y modificatorias. En caso de presentar como GARANTÍA de mantenimiento de OFERTA y/o ADJUDICACION Pólizas de Caución, las mismas deberán ser CERTIFICADAS y/o LEGALIZADAS por la Entidad que las otorga, los citados documentos deberán confeccionarse a nombre del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. La presentación de las mismas se realizará en la Dirección de Compras y Contrataciones, Avda. 9 de Julio 1925, piso 19 - C.A.B.A., dentro del plazo de 24 horas contado a partir del Acto de Apertura, según lo dispuesto en el artículo 10° del Manual de Procedimiento del COMPR.AR – Anexo a la Disposición ONC N° 65/16.”*
- La firma C.G.B. S.A. constituyó como garantía de mantenimiento de la oferta un pagaré a la vista fechado el día 11 de diciembre de 2018. Asimismo, se adjuntó el sobre del correo postal mediante el cual se remitió la misma al organismo contratante, del cual se desprendía que la garantía fue presentada por la firma en la oficina del correo OCA el día 12 de diciembre de 2018.
- Mediante dictamen evaluación, IF-2019-07671808-APN-DCYC#MSYDS, de fecha 7 de febrero de 2019 se recomendó declarar fracasadas todas las ofertas presentadas. Específicamente, en lo que respecta a la consulta de marras, se recomendó desestimar la oferta presentada por la firma C.G.B. S.A. *“Por no presentar el original de la garantía de mantenimiento de oferta constituida según lo dispuesto en el artículo 10° del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N° 65/16”*.

**Objeto de la Consulta:** Ingresaron los actuados a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida respecto de la desestimación de la oferta presentada por la firma C.G.B. S.A. recomendada por la Comisión Evaluadora, por no haber presentado el original de la garantía de mantenimiento de oferta dentro del plazo establecido en el artículo 10 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N° 65/16.

En relación con ello, se señaló que dicha firma constituyó como garantía de mantenimiento de oferta un pagaré de fecha 11 de diciembre de 2018, remitido a través de la oficina de correo postal OCA el día 12 de diciembre de 2018 (según fecha interpuesta en sobre), habiendo ingresado a esa jurisdicción el 14 de diciembre de 2018.

Por tal motivo, se solicitó al Órgano Rector expedirse respecto de la validez de la desestimación citada, considerando lo previsto en la cláusula 8° del pliego de bases y condiciones particulares y en el artículo 10 del Manual de Procedimientos del COMPR.AR aprobado por Disposición ONC N° 65/16; o si –en cambio– correspondería considerar que la garantía de la firma C.G.B. S.A. fue presentada dentro del plazo establecido, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017).

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 51 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.
- Artículo 22 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 13 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63/16.
- Artículo 10 del Manual del COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N° 65/2016.
- Artículo 25 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017).

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) La consulta de marras obedece puntualmente a determinar, si para el caso de autos, resulta aplicable el artículo 10 de la Disposición ONC N° 65/2016 o si, en su defecto, correspondería aplicar el artículo 25 del del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017).

II) Así las cosas, cabe señalar que en el marco Licitación Pública autorizada por la Disposición DI-2018-61057701-APN-DGAMDS#MSYDS, presentó su oferta –mediante el sistema COMPR.AR– la empresa C.G.B. S.A. En esa línea, y conforme lo establecido en el artículo 10 de la Disposición ONC N° 65/16 y en la Cláusula 8° del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, la firma debió haber presentado el original o el certificado pertinente de la garantía constituida ante la Unidad Operativa de Contrataciones dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, contado a partir del acto de apertura. Sin embargo, la firma C.G.B. S.A., no presentó el original de la garantía en la sede de la Unidad Operativa de Contrataciones del organismo contratante, si no que –dentro del plazo previsto en la normativa (12 de diciembre de 2019)– presentó el original de la garantía en la oficina de correo postal OCA, habiendo sido recepcionada por la jurisdicción contratante en fecha 14 de diciembre de 2019. Así las cosas, la Comisión Evaluadora recomendó la desestimación de la oferta presentada por la firma C.G.B. S.A. *“Por no presentar el original de la garantía de mantenimiento de oferta constituida, según lo dispuesto en el artículo 10° del Manual de Procedimiento del COMPR.AR aprobado por Disposición N.º 65/16.”*

III) Ahora bien, llegado a este punto, y previo a suscribir el acto administrativo de finalización del procedimiento, el organismo contratante consulta a esta instancia si –por caso– podría considerarse que la garantía fue presentada en término en función de lo establecido en el artículo 25 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017), el cual estipula que las presentaciones realizadas por correo se tendrán por efectuadas en la fecha de imposición en la oficina de correos.

IV) La normativa de contrataciones regula especialmente la cuestión en los siguientes artículos: Artículo 10 del Manual del COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N° 65/16, que establece que el original o el certificado pertinente de la garantía constituida deberá ser entregada a la Unidad Operativa de Contrataciones dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, contado a partir del

acto de apertura, en el lugar que se indique en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares. Artículo 22 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16 que dispone que en las ofertas que se reciban por correo postal (en el caso la garantía de mantenimiento como parte de la propia oferta), la jurisdicción o entidad contratante deberá consignar fecha y hora de recepción y se considerarán presentadas en ese momento.

V) Siendo que el Régimen Normativo de las Contrataciones Públicas regula específicamente la cuestión, resulta de aplicación al caso en razón del “principio de especialidad normativa” que establece que frente a un caso de controversia entre las normas, la ley especial prima sobre ley general. En este sentido se ha expedido la PROCURACIÓN GENERAL DEL TESORO al señalar que La regla de interpretación para las leyes especiales indica que la solución de las situaciones que puedan presentarse en su marco de aplicación, debe buscarse en las normas y principios especialmente sancionados para ese ámbito (v. Dictámenes 231:237; 246:54; 260:294; 270:200).

VI) Por los motivos expuestos, resultan aplicables al caso los artículos 22 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16 y 10 del Manual del COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N° 65/2016, por lo que cabe entender que el original de la garantía de mantenimiento de oferta correspondiente a la firma C.G.B. S.A., fue presentado en la sede de la Unidad Operativa de Contrataciones de la jurisdicción contratante el día 14 de diciembre de 2018 – por ser esa la fecha de recepción en el organismo–. En consecuencia, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en consonancia con lo dictaminado por la Comisión Evaluadora interviniente, entiende que corresponde desestimar la oferta presentada por la empresa C.G.B. S.A.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-80937524-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 6 de septiembre de 2019.

**Referencias/voces:** Falta de aprobación del pliego de bases y condiciones particulares – Autoridad competente para el saneamiento – Autoridad competente para dictar el acto de adjudicación – Avocación.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en el marco de la Licitación Privada de Etapa Única Nacional N° 31-0022-LPR17 para que emita opinión con respecto a: “1. *Cuál es el Pliego de Bases y Condiciones Particulares que debe aprobarse mediante el saneamiento del acto administrativo contemplado en el artículo 19 inc. b), de la Ley de Procedimiento Administrativo N.º 19.549.* 2. *Cuál es la Autoridad competente para el dictado del acto administrativo de adjudicación.* 3. *En caso de estimarse oportuno y conforme a los principios de jerarquía, celeridad, eficacia, eficiencia y transparencia que deben regir en todos los procedimientos administrativos, correspondería que la instancia ministerial mediante el principio de avocación resuelva las cuestiones aquí planteadas.* 4. *Se deben tener presentes los alcances contemplados en el Dictamen N° IF-2016-00073953-APN-ONC#MM, mencionado “ut supra” en las presentes actuaciones.”.*

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 2º, 4º y 11 inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01
- Artículos 9º y 36 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 19, inc. b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.
- Decreto N° 336/19.
- 

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Tanto el artículo 11, inciso b) del Decreto Delegado N.º 1023/01, como así también los artículos 9º y 36 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 exigen que el pliego de bases y condiciones particulares sea aprobado mediante acto emanado de autoridad competente para cada procedimiento de selección, excepto en los casos expresamente exceptuados por la normativa aplicable, entre los que no se encuentra la licitación privada. Por el contrario, tratándose de una licitación privada, la oportunidad procedimental para aprobar el pliego es, naturalmente, en ocasión de autorizar la convocatoria, con lo cual ninguna duda cabe en cuanto a que en el caso que nos ocupa estamos frente a una omisión sustancial. Máxime si se repara en que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN tiene dicho desde antaño 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).

II) Las instancias letradas preopinantes son contestes en admitir la posibilidad de sanear la omisión en cuestión mediante la aprobación del pliego de bases y condiciones particulares con efecto retroactivo a la fecha de emisión de la Disposición N° DI-2018-3-APNSPF#MJ, mediante el mecanismo previsto en el art. 19, inc. b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

III) Ninguno de los dos pliegos en pugna ha sido previamente aprobado. En forma previa al dictado del acto de autorización del llamado, la unidad requirente brindó conformidad respecto del pliego vinculado en el orden 64 con carácter de versión final y unificada de las Solicitudes de Contratación Nros. 31-57-SCO17, 31-168-SCO17 y 31-172-SCO17, mientras que *a posteriori* en la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” fue difundido el pliego glosado en el orden 89. Por otra parte, se advierte –como diferencia entre uno y otro pliego– que en la carátula del documento incorporado en el orden 89 se indicaron el día y hora límite para presentar ofertas y día y hora de celebración del acto de apertura de ofertas, circunstancia que debe reputarse irrelevante, en la medida en que la información correspondiente al día y hora del acto de apertura de ofertas son requisitos propios de la difusión de la convocatoria plasmada en los anuncios, invitaciones y difusión en el portal web, pero no necesariamente del pliego. Tan es así que dicha información no se encuentra contemplada entre los denominados “REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CONTENER LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES PARTICULARES” estipulados en el Anexo II de la Disposición 63/16.

IV) Si se considera viable el saneamiento retroactivo de una omisión sustancial –tal como han dictaminado los servicios jurídicos preopinantes– esta Oficina es de la opinión que en este caso, en la medida en que ambos pliegos sean idénticos, en cuanto a sustancia, no se advierte en qué medida la aprobación de uno u otro podría colocar en un cono de incertidumbre a oferentes y/o a aquellos potenciales interesados que eventualmente puedan haberse “autoexcluido”. Desde ese punto de vista, no parece aventurado afirmar que la aprobación del pliego vinculado en el orden 64 o bien del que se encuentra en el orden 89 sería indistinta, siempre y cuando sean sustancialmente idénticos

y se correspondan con el difundido en el Portal "COMPR.AR". Caso contrario, se encontraría seriamente comprometido el principio de transparencia.

V) Con respecto a cuál es la autoridad competente para el dictado del acto administrativo de adjudicación, no resulta ocioso recordar que las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones de la APN se encuentran determinadas en el artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y su respectivo Anexo, a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsas abreviadas 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).

VI) 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; Secretario de Gobierno, Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministro, máximas autoridades de los organismos descentralizados y Jefe de Gabinete de Ministros.

VII) En pos de determinar la autoridad competente para emitir el acto administrativo de conclusión del procedimiento se deberá efectuar el siguiente cálculo: al importe que corresponda a los renglones cuya adjudicación se propicia deberá adicionarse el valor de los renglones que resulten fracasados, tomando en este caso el monto estimado por el organismo (por renglón). Es decir, al importe total por la cual se propician adjudicar los Renglones Nros. 1, 2, 5 y 6 al señor Marcelo Rubén AQUINO, se debe adicionar el monto de los Renglones Nros. 3 y 4 (que se propicia declarar fracasados), tomando el monto estimado por el organismo para cada uno de estos renglones.

VIII) En el caso objeto de consulta el valor del módulo que resulta de aplicación no es el que rige en la actualidad sino aquel que estaba vigente al momento de autorizarse el llamado. Por el contrario, sí resulta de aplicación el Anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 actualmente vigente. Esto último es así, en la medida en que con fecha 7 de mayo de 2019 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA) el Decreto N° 336/19, por cuyo conducto se sustituyó el Anexo al artículo 9° del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1030/16, sus modificatorios y normas complementarias (v. artículo 1°). A su vez, el artículo 2° del Decreto N° 336/19 establece expresamente que dicha medida: *"...comenzará a regir a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a todos los procedimientos de selección, aún a aquellos autorizados con anterioridad a esa fecha..."*.

IX) Consecuentemente, en la medida en que la Licitación Privada N° 31-0022-LPR17 fue autorizada mediante la Disposición SPF N° DI-2018-3-APN-SPF#MJ, de fecha 4 de enero de 2018, resulta de aplicación al caso el valor del módulo de PESOS UN MIL (\$ 1.000), más no el cuadro de competencias anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 en su versión original, sino el introducido por el DECTO-2019-336-APN-PTE en sustitución al anterior.

X) En cuanto al instituto de la avocación, se ha mencionado en el Dictamen IF-2016-00073953-APNONC#MM, que la misma funciona como técnica que hace a la dinámica de toda organización

administrativa, con carácter transitorio y para actuaciones determinadas y se produce cuando el órgano superior asume el ejercicio temporal de competencias que titulariza el inferior, resultando ello –en principio– procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario o bien cuando una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior en virtud de una idoneidad técnica específica. Excede las facultades de esta Oficina Nacional abrir juicio en torno a la procedencia o improcedencia de la avocación; ello así pues su ponderación resulta ser del resorte exclusivo del superior jerárquico del funcionario con competencia para emitir el acto de conclusión del procedimiento, siendo a dicha autoridad a quien eventualmente corresponderá evaluar su mérito, oportunidad y/o conveniencia.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-88940219-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 30 de septiembre de 2019.

**Referencias/voces:** Solicitud de Contratación - Precio vil o no serio - Garantía de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas - Precio o valor de mercado.

### **Antecedentes:**

- Mediante Disposición de la JEFATURA DE MANTENIMIENTO Y ARSENALES DE LA ARMADA N° DI-2019-120-APN-JEMA#ARA, de fecha 21 de junio de 2019, se autorizó la Licitación Pública N° 38/1-0118-LPU19, bajo la modalidad orden de compra abierta, para contratar los servicios de preparación de superficie y pintado de obra viva, faja de flotación, incluyendo aletas estabilizadoras, aletas de roldo, pie de gallo, timones, guardacabos, cajas de mar con sus rejillas, demás apéndices y obra muerta en Unidades/Artefactos Navales.
- El pliego de bases y condiciones particulares se componía de SEIS (6) renglones, habiéndose estipulado expresamente en el mismo que la adjudicación sería en forma conjunta (es decir, todos los renglones a un mismo adjudicatario).
- No se requirió “Precio Testigo” a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN) por entender que se trata de servicios que no responden a condiciones de “normalizados o de características homogéneas” o “estandarizados o de uso común”, quedando alcanzados por la exclusión del “Control de Precios Testigo” prevista en el inciso e) del Anexo I a la Resolución SIGEN N° 36/17, modificada por su similar N° 226/18.
- Siendo ello así, para estimar el costo de la contratación propiciada se solicitaron DOS (2) presupuestos: 1) Presupuesto acompañado por la sociedad comercial SERVICIO INDUSTRIAL NAVAL S.A., fechado el 11 de marzo de 2019, por la suma total de PESOS VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL (\$ 29.602.000,00). 2) Presupuesto elaborado por la Sección Presupuestación y Control de Obra del DEPARTAMENTO TALLER NAVAL del ARSENAL NAVAL PUERTO BELGRANO, del 22 de mayo de 2019, por la suma total de PESOS TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL (\$ 35.373.000,00.-).
- Los valores presupuestados por la firma SERVICIO INDUSTRIAL NAVAL S.A. fueron los que, en definitiva, se tuvieron en cuenta a la hora de elaborar la Solicitud de Contratación N 38/1-290-SCO19.

- Luego, en cuanto a las DOS (2) ofertas confirmadas (ECOPETROL S.H. y SERVICIO INDUSTRIAL NAVAL S.A.), se advierte que ambas cotizaron precios totales inferiores al precio estimado en la referida solicitud de contratación.
- Al ser consultada sobre la ostensible diferencia de precios entre lo presupuestado (valor unitario \$ 170.000) y lo cotizado en la oferta (valor unitario \$ 100) para el Renglón N° 4, la sociedad comercial SERVICIO INDUSTRIAL NAVAL S. A. (SINSA) explicó que, al tratarse de una adjudicación global por los SEIS (6) renglones, el costo del Renglón N° 4 había sido distribuido/compensado en los otros renglones.
- En otro orden de cosas, el pliego particular establecía: “...17.3. GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN: (...) La misma será del TRES POR CIENTO (3%), del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato, en el caso en que la impugnación se efectúe por una persona que no invista la calidad de oferente en el procedimiento de selección de cocontrantes, deberá constituir el monto fijo que en este procedimiento de selección será de PESOS OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SESENTA (\$ 888.060,00)...”.
- En relación con ello, se señaló que: “...el monto fijo estipulado corresponde en la mayoría de los casos al 3% de la solicitud del proceso, el cual, a nuestro entender puede ser deducido por el oferente antes del acto de apertura e influir en su oferta”. Por los motivos expuestos, se requiere la opinión de este Órgano Rector, a fin de determinar si se ha publicado información que pudiera afectar la transparencia del proceso.

**Objeto de la Consulta.** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en el marco de la Licitación Pública N° 38/1-0118-LPU19, a fin de evacuar consultas vinculadas con: 1) la determinación de un precio vil o no serio; 2) La garantía de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas.

**Normativa examinada:**

- Artículos 66; 69; 78 inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Inciso e) del Anexo I a la Resolución SIGEN N° 36/17, modificada por su similar N° 226/18.
- Artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16.
- Punto 28 del Anexo II a la Disposición ONC N° 63/16.
- Artículo 6° del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N.º 62/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) En cuanto a la noción de precio o valor de mercado, esta Oficina Nacional tiene dicho que: “...la normativa hace alusión a aquel precio representativo de plaza, vinculado directa o indirectamente con el principio general de la razonabilidad (...) el precio de mercado es el aquel valor estimativo/promedio al cual se arriba mediante una comparación de los distintos precios que se encuentran en plaza, del bien o servicio que se estima adquirir. Empero (...) 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 (...) en casos como el presente, en los que se propicia celebrar una contratación cuya complejidad y/o especificidad la excluyen 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: 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 (...) 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 N° 249/15).*

II) Es dable traer a colación el Dictamen ONC N° IF-2017-06755277-APNONC#MM, en el cual se fijaron las siguientes pautas interpretativas: I. El precio cotizado por el oferente debe considerarse el precio final que deba pagar el organismo contratante por todo concepto. II. 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. III. 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 1° del Decreto Delegado N° 1023/01). IV. Si bien la normativa 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. V. El precio de mercado puede no ser el mismo en un marco de libre juego de oferta y demanda que en el ámbito de los contratos administrativos, pero cierto es que por debajo del valor de plaza 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.

III) Deberá tenerse presente lo señalado por la Asesoría Jurídica del COMANDO DE ADIESTRAMIENTO Y ALISTAMIENTO DE LA ARMADA en cuanto opinó con razón que: “...*si del informe técnico emitido por el área competente no surge que la oferta no podrá ser cumplida por el oferente [o bien que no se haya podido corroborar competencia desleal], entonces no corresponde su desestimación...*”.

IV) Esta Oficina no se encuentra facultada para hacer apreciaciones de orden económico, por cuanto 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).

V) Huelga recordar que la facultad de determinar la admisibilidad y conveniencia de una oferta es de la Comisión Evaluadora y, en última instancia, de la autoridad competente para decidir.

VI) En cuanto concierne a la forma y monto por el cual ha de constituirse la garantía de impugnación al dictamen de evaluación de ofertas, el artículo 78, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 se limita a indicar que deberá integrarse por la suma que represente el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato, aclarando en el último párrafo que: “...Las formas en que podrán constituirse estas garantías será determinada en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales que dicte la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.” No obstante el laconismo de dicha norma, el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16 explica, con mayor nivel de detalle, la forma en que se debe calcular el importe de la garantía de impugnación ante diversos escenarios.

VII) En un pronunciamiento reciente se efectuaron -entre otras- las siguientes consideraciones generales: “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 por la vía correspondiente, previa integración –en ambos casos– de la garantía de impugnación, la que deberá constituirse de conformidad con las exigencias contempladas en la normativa vigente (...). II. 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 (...). IV. La garantía objeto de análisis deberá constituirse de acuerdo con alguna de las formas contempladas en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y, en principio, por la suma que represente el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato. Va de suyo que si se impugnan varios renglones específicos, el monto a constituir se calculará acumulando los importes que surjan de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) sobre la cotización que para cada renglón impugnado se propicie adjudicar (...). V. La regla es, por consiguiente, que si el dictamen de evaluación aconseja adjudicar el renglón o renglones de que se trate a un determinado competidor o a varios, el TRES POR CIENTO (3%) deberá calcularse sobre tales ofertas y no sobre la propia del impugnante. Queda claro entonces –valga la reiteración– que la garantía a constituir no es por el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta del propio impugnante, sino respecto de la oferta de aquel competidor que la Comisión Evaluadora haya ubicado primero en el orden de mérito y a quien se propicie adjudicar. VI. Eventualmente, si el dictamen de evaluación no recomendare adjudicar el renglón o renglones en cuestión a ningún competidor –es decir, no se aconsejare la adjudicación a ninguna oferta–, el TRES POR CIENTO (3%) deberá calcularse sobre la base del monto de la oferta del renglón o renglones del propio impugnante. En este supuesto la garantía sí deberá integrarse por el monto que represente el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta que el propio impugnante haya cotizado para el renglón o renglones de que se trate (...). VII. Frente al hipotético caso en que el interesado en impugnar el dictamen de evaluación no revista la calidad de oferente en el procedimiento (o bien que no haya cotizado para el renglón o los renglones en discusión) y el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, la garantía de impugnación deberá constituirse por el monto fijo que a tal efecto se haya estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares (Cfr. artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y punto 28 del Anexo II a la Disposición ONC N° 63/16). VIII. El cuarto escenario posible ha sido descrito en la normativa vigente del siguiente modo: Cuando lo que se impugne no sea uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, la garantía que aquí se analiza deberá ser constituida por el monto fijo que a tal efecto se haya estipulado en el pliego de bases y condiciones particulares (...). IX. La quinta y última hipótesis contemplada en el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Particulares

*se encuentra planteada así: cuando se impugne tanto la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos, como así también cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación se calculará acumulando los importes que surjan de aplicar los criterios estipulados con anterioridad. Es decir, en los casos de impugnaciones que presenten aristas 'híbridas' o complejas (v.g. se pone en tela de juicio la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos y, además, cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación), el monto total que deberá afectarse en garantía se determinará adicionando los resultados que se hayan obtenido al aplicar los criterios estipulados para cada uno de tales supuestos..." (v. Dictamen ONC N° IF-2019-73063008-APN-ONC#JGM).*

VIII) De lo expuesto se desprende que en determinados supuestos la normativa previamente citada establece que la garantía de impugnación deberá constituirse por el monto fijo que se haya estipulado en el pliego. En tanto y en cuanto los montos fijos que se establezcan en los pliegos particulares se ajusten al principio de razonabilidad que debe regir la totalidad del procedimiento de selección, la determinación de dicha suma es del resorte exclusivo del organismo de origen y, a priori, no se advierte que se afecte el principio de transparencia por el hecho de que represente el TRES POR CIENTO (3%) de la solicitud de contratación, en tanto esta última pieza no reviste –por si misma– carácter de reservada o secreta.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de octubre de 2019.

**Referencias/voces:** Prórroga del contrato – Adecuación de los precios adjudicados cuando los precios de mercado hubieren variado – Consulta sobre la aplicación de los límites previstos para los aumentos y disminuciones – Precio o valor de mercado.

### **Antecedentes:**

- Mediante Memorando N° ME-2019-78512945-APN-GAF#ENOHSA, de fecha 30 de agosto de 2019, la Unidad Operativa de Contrataciones del ENTE NACIONAL DE OBRAS HÍDRICAS DE SANEAMIENTO informó lo siguiente: "...Se encuentra próximo el vencimiento (31-11-2019) correspondiente a la Orden de Compra N° 90-1014- OC17, emitida en favor de la empresa SUMPEX TRADE S.A. cuya finalidad es la prestación del servicio de alquiler de 10 equipos multifunción para ser utilizado en la labor cotidiana del Organismo (...) siendo que la Orden de Compra en cuestión contempla tal posibilidad -prórroga-, se remitió a la empresa proveedora NO-2019-75445110-APN-GAF#ENOHSA, mediante la cual se le comunica la intención del Ente de prorrogar el servicio. Por nota de fecha 22 de agosto de 2019 (IF-2019-78043563-APNGAF#ENOHSA), la empresa responde indicando que les resulta imposible dar continuidad a la nueva Orden de Compra en las mismas condiciones pactadas originalmente. Argumenta que los valores actuales corresponden al año 2017 (dado que la contratación fue por dos períodos), que los productos son íntegramente importados y que el tipo de cambio ha variado considerablemente. No obstante, indica que estarían dispuestos a mantener el servicio, si a partir del inicio del período de prórroga el valor mensual asciende a \$33.000 (hoy se abona \$16.524)..."

- A mayor abundamiento, se indicó que: *“...ante una nueva licitación, la orden de compra resultante rondaría los \$68.000 mensuales. Ante esta situación (...) se solicitaron presupuestos alternativos a los efectos de tener valores que nos permitan evaluar lo indicado por la empresa SUMPEX TRADE S.A. en su misiva. Se obtuvieron dos cotizaciones por prestaciones similares los que ascienden a \$63.300 (American Vart) y \$60.500 (QSC). Ahora bien, con toda esta información se concluye que a pesar que el costo del abono por prorrogar el servicio prácticamente duplica al valor actual; continuaría siendo conveniente en función a los valores que implicaría una nueva contratación. Por lo tanto (...) este Dto. de Compras sugiere avanzar con las gestiones pertinentes para el otorgamiento de la prórroga a la empresa SUMPEX TRADE por los próximos 12 meses, a partir del 1-12- 2019. Tal cual lo indicado, el costo total por el plazo adicional ascendería a \$396.000.”*
- Mediante Memorando N° ME-2019-82149887-APN-AJ#ENOHSA, de fecha 11 de septiembre de 2019, la ASESORÍA JURÍDICA del ENO HSA opuso reparos a la prosecución del trámite tendiente a prorrogar el servicio de alquiler de DIEZ (10) equipos multifunción brindado por la firma SAMPEX TRADE S.A. -desde el 1° de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020 por un total de PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL (\$396.000)-, por entender que: *“...el incremento propuesto por la Firma SUMPEX TRADE S.A. para aceptar la prórroga del servicio conforme lo dispuesto en los Documentos Licitatorios, supera los límites establecidos por el Artículo 100 del Decreto N° 1030/2016.”*
- Mediante Nota N° NO-2019-82949695-APN-GAF#ENOHSA, de fecha 13 de septiembre de 2019, a la GERENCIA ADMINISTRATIVA FINANCIERA del ENO HSA remarcó: *“...que tal cual lo indicado en la reglamentación, tales limitaciones se corresponden para ‘Aumentos y Disminuciones’ pero que no aplica para ‘Prórrogas’. Para contextualizar, le informo que la gestión de prórroga iniciada se corresponde con el servicio de ‘Alquiler de Fotocopadoras’ cuya orden de compra es del año 2017. El valor que la empresa cobraría por el nuevo documento contractual duplica el abono actual. No obstante, representa la mitad del costo (de acuerdo a los valores que hoy se manejan en el mercado), que implicaría una nueva licitación y adjudicación. Nuestra posición se basa en lo indicado por la misma normativa, que como primera medida separa las ‘Opciones a favor de la administración’ en dos apartados (a y b) mostrando que son cosas distintas. Continuando con el análisis y siempre referido al Art 100 del Dec. 1030/16, en el pto. 4 del inc. b) indica que si bien la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originalmente, pueden readecuarse los precios estipulados para el plazo original, en caso que los valores de mercado hubieren variado. Pero en ningún momento especifica límites a tal readecuación ni tampoco nos remite al punto a) del mismo Artículo.”*

**Objeto de Consulta:** Se consultó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES si los límites cuantitativos contemplados en el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 para los “aumentos y disminuciones” del contrato, resultan aplicables –o no– al trámite de adecuación del importe adjudicado, cuando los precios de mercado hubieren variado, en los términos del artículo 100, inciso b) apartado 4° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Concretamente, se consultó sobre la posibilidad de prorrogar el servicio de alquiler de equipos multifunción: *“...readecuando la nueva Orden de Compra (por la variación de precios) por encima de los límites referidos en el Decreto 1030/16 art. 100 inc. a).”*

**Normativa examinada:**

- Artículo 12, incisos b) y c) del Decreto Delegado N° 1023/01.

- Artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) La normativa distingue entre el aumento/disminución del monto total del contrato y la prerrogativa de prorrogar suministros de cumplimiento sucesivo o contratos de prestación de servicios, subordinando el ejercicio de tales facultades, en uno y otro caso, a la verificación de presupuestos y/o a límites distintos. Es decir que, tal y como surge del aludido artículo 100, se trata de dos institutos diferentes. De tal manera, el régimen normativo del caso regula, por una parte, el aumento o disminución del monto total del contrato— inciso a)- y sus requisitos de admisibilidad —apartados 1° a 6°-; y por otra, de manera independiente, regula la prórroga —inciso b)- cuyos requisitos de admisibilidad se encuentran detallados en los apartados 1° a 5° de dicho inciso.

II) Conceptualmente, tales institutos no deben confundirse. En ese orden de ideas, esta Oficina Nacional ha sostenido, por caso, que la prerrogativa de ampliar 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” (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-00074070-APN-ONC#MM e IF-2017-21210001-APN-ONC#MM).

III) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y su reglamentación prevén algunas limitaciones específicas para aquellos supuestos particulares en que se combinen prórrogas con ampliaciones y/o disminuciones. Por ejemplo, a partir de una lectura atenta del artículo 12 inciso g) del Decreto Delegado N° 1023/01 y el artículo 100 inciso b) apartado 2° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, es posible colegir que la prórroga del contrato —en tanto prerrogativa unilateral de la Administración— no procede si la jurisdicción o entidad contratante hizo previo uso de la facultad de ampliar o disminuir el contrato de que se trate en más de un VEINTE POR CIENTO (20%).

IV) Ahora bien, siendo que en el caso, el organismo consultante se encuentra tramitando la prórroga del contrato originariamente perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 90-1014- OC17, deberá atender exclusivamente a lo establecido en los apartados 1° a 5° del inciso b) del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

V) 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 prerrogativa 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. Dictámenes ONC Nros. 74/14 y 453/14).

VI) Una interpretación armónica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado N° 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: a) Debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo. b) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares. c) 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. d) 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. e) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante realizar una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. f) 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 N° 1023/01.

VII) La prórroga debe ser instrumentada -por regla- en las mismas condiciones pactadas originariamente, no obstante lo cual el artículo 100 inciso b) apartado 4° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 prevé expresamente 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.

VIII) *A priori*, 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 100 contempla una excepción o salvedad, que no es más que un supuesto específico de renegociación contractual que se traduce en la posibilidad de que las partes “adecuen” los guarismos oportunamente adjudicados, de modo previo al perfeccionamiento de la prórroga, cuando los precios de mercado hayan variado (aumentado o disminuido).

IX) En cuanto a la noción de precio o valor de mercado, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *“...la normativa hace alusión a aquel precio representativo de plaza, vinculado directa o indirectamente con el principio general de la razonabilidad (...) el precio de mercado es el aquel valor estimativo/promedio al cual se arriba mediante una comparación de los distintos precios que se encuentran en plaza, del bien o servicio que se estima adquirir. Empero (...) 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 (...) 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: 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 (...) 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 N° 249/15).

X) 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 de mercado. Ello presupone la elaboración de un informe técnico al efecto. El área con competencia específica del organismo de origen deberá, como primera medida y, va de suyo, antes de emitir la orden de compra de prórroga, elaborar un informe técnico que permita cuantificar la variación de los precios de mercado, extremo que resulta ser ni más ni menos que el presupuesto habilitante de la adecuación pretendida por SAMPEX TRADE S.A.

XI) En el marco del referido informe técnico deberá determinarse el grado de incidencia de los aumentos verificados en la estructura de costos del proveedor y sus consecuencias en la economía del contrato en ejecución, 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. El organismo podrá, a tales fines, requerir al proveedor la información y/o documentación que estime corresponder.

XII) 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.

XIII) La normativa vigente diferencia entre el aumento/disminución del monto total del contrato y la prerrogativa de prorrogar contratos de suministro de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, subordinando el ejercicio de tales facultades, en uno y otro caso, a la verificación de presupuestos y/o a límites distintos. Siendo que en el caso, el organismo consultante se encuentra tramitando la prórroga del contrato originariamente perfeccionado mediante la Orden de Compra N° 90-1014- OC17, deberá atenerse exclusivamente a los requisitos y/o limitaciones contemplados en los apartados 1° a 5° del inciso b) del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

XIV) Los límites cuantitativos previstos en el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 para los supuestos de aumentos/ampliaciones y/o disminuciones del contrato, no resultan aplicables al trámite contemplado en el citado artículo 100, inciso b) apartado 4° para poder ejercer la prórroga, previa adecuación del importe adjudicado, cuando los precios de mercado hubieren variado.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de octubre de 2019.

**Referencias/voces:** Fechas de notificación de la adjudicación y de la orden de compra a través del sistema electrónico de contrataciones "COMPR.AR" - Cómputo del plazo de mantenimiento de la oferta.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Resolución del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2018-223-APN-MSYDS, de fecha 7 de noviembre de 2018, se autorizó la Licitación Pública N° 54/18 (95-0054-LPU18), con el objeto de lograr la adquisición de leche entera en polvo, instantánea, fortificada con hierro, zinc y ácido ascórbico, necesaria para atender a la población en situación de vulnerabilidad.
- El 11 de diciembre de 2018 tuvo lugar –en la plataforma "COMPR.AR"–, el acto de apertura de ofertas de la Licitación Pública N 95-0054-LPU18, entre cuyos oferentes se encontraba la firma TIAGRO S.R.L.

- El 28 de febrero de 2019 la firma TIAGRO S.R.L. presentó una nota ante la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) del MINISTERIO DE MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, en la que manifestó literalmente: *“TIAGRO S.R.L. (CUIT 33-71106847-9) no mantiene su oferta a partir de la fecha de su vencimiento...”*.
- Mediante la Decisión Administrativa N° DA-2019-152-APN-JGM, de fecha 7 de marzo de 2019, se aprobó lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 54/18 del registro del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL y, en cuanto aquí interesa, se adjudicó - parcialmente- el Renglón N° 1 a la firma TIAGRO S.R.L., por la suma de PESOS CIENTO UN MILLONES CUATROCIENTOS MIL ( \$101.400.000,00.-).
- El 10 de mayo de 2019 la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del organismo de origen informó: *“...la notificación de la Adjudicación efectuada mediante Decisión Administrativa N 152/2019, ocurrió el día 08/03/2019 (...) junto con la autorización de la Orden de Compra N° 1077/2019”*.
- Mediante IF-2019-38595252-APN-CRDBYS#MSYDS- rolaba una nota suscripta por el señor apoderado de la firma TIAGRO SRL, con sello de ingreso al organismo de fecha 17 de abril de 2019, mediante la cual el referido proveedor rechazó la intimación del organismo de origen a dar cumplimiento con la Orden de Compra N° 95-1077-OC19.

**Objeto de Consulta:** Se consultó a este Órgano Rector sobre la fecha efectiva de notificación de la Decisión Administrativa N.º 152/19, así como también de la Orden de Compra N° 95-1077-OC19 y los efectos de dichas notificaciones con relación a los plazos de mantenimiento de la oferta y la manifestación de la empresa de que su propuesta no estaba vigente al tiempo de la notificación de la orden de compra.

**Normativa examinada:**

- Artículo 32 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16.
- Disposición ONC N° 65/16.
- Artículos 54 y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 12 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16.
- Artículos 2º, 3º y 4º del Manual del COMPR.AR aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 65/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) “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. De hecho, la plataforma electrónica de que se trata cumple la doble función de ser un portal de difusión y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

II) A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante la utilización del medio electrónico se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el sistema electrónico (v. artículo 32 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16 y artículo 2º del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR”).

III) Es dable traer a colación el Dictamen ONC N° IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, en el cual esta Oficina ha tenido oportunidad de expedirse recientemente con respecto al régimen de difusión y notificación mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “COMPR.AR”. En el aludido precedente se efectuaron –entre otras– las siguientes interpretaciones generales: a) “...la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse lisa y llanamente a la notificación válida y, en ese orden de ideas, el artículo 7º enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar notificaciones válidas...”. b) “...la ‘difusión’ en la plataforma ‘COMPR.AR’ puede definirse como un medio de notificación, específicamente habilitado por el artículo 7º, inciso h) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que presenta –entre otras– las siguientes características singulares: I) En el ámbito de las contrataciones públicas electrónicas de bienes y servicios, es un medio válido para efectuar todas las notificaciones que puedan y/o deban tener lugar entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes. II) La difusión a través del portal <https://comprar.gob.ar> puede instrumentarse mediante la actividad material de carga o ‘vinculación’ de un determinado documento ‘externo’ a la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones (en un sentido informal, entiéndase por externo a todo documento no generado en COMPR.AR, sino en el Sistema de Gestión Documental Electrónica ‘GDE’) o bien difundirse un documento que ha sido generado en el propio sistema ‘COMPR.AR’ (v.g. dictamen de evaluación) (...) IV) En principio, cabe tomar como fecha de difusión la indicada como ‘fecha de vinculación’ en el portal (cuando se trata de un documento de los que hemos denominado ‘externos’) o la indicada en el propio documento (sin aclarar), cuando ha sido generado en el propio Sistema Electrónico de Contrataciones ‘COMPR.AR’. V) El acto o medida difundido a través de la plataforma electrónica debe reputarse notificado el día hábil siguiente al de su difusión en el portal. Ello así, en virtud de lo estipulado –con carácter de principio general– en el artículo 4º del Manual del ‘COMPR.AR’, norma que establece expresamente que las notificaciones electrónicas que se realicen a través de la difusión en el sitio de internet <https://comprar.gob.ar> (o el que en un futuro lo reemplace) se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión.” c) “...La fecha de vinculación de un acto administrativo en el Sistema ‘COMPR.AR’ coincide con la fecha de difusión en dicho portal o, expresado de otro modo, la fecha de difusión de un acto opera el mismo día de su vinculación en el sistema COMPR.AR (...) Luego, la notificación se entenderá realizada el día hábil siguiente al de su difusión (...) Ergo, la fecha de notificación se determina del siguiente modo: Si un determinado acto es vinculado a la plataforma electrónica del Sistema ‘COMPR.AR’ el día ‘x’, a partir de esa misma fecha debe reputarse difundido y se deberá tener por notificado el día hábil subsiguiente a ‘x’...” d) “...La sección ‘Avisos a Proveedores’ (...) refleja las fechas en que han sido enviados correos a proveedores, a los fines de anotarlos sobre la existencia de novedades atinentes a procedimientos de selección en los que participan o bien que pueden resultar de su interés. No se trata de notificaciones en sentido estricto sino de avisos de cortesía; es un mero envío de mensajería al proveedor alertándolo que existe una novedad, por lo que solo constituye un medio de aviso. Dichos mensajes son cursados en forma automática por el sistema al momento de vincularse/difundirse un determinado documento y representan, como se dijo, simples avisos de cortesía; no constituyen notificaciones en sí mismos y carecen de todo efecto jurídicamente relevante a los fines del cómputo de plazos...”.

IV) Dada la normativa vigente y las interpretaciones efectuadas por esta Oficina en cuanto a su alcance y aplicación, al ingresar al sitio de internet <https://comprar.gob.ar> y buscar el proceso N° 95-0054-LPU18 es posible corroborar –en forma pública, libre e irrestricta– que la Decisión Administrativa N° DA-2019-152-APN-JGM, de fecha 7 de marzo de 2019, fue vinculada a la mentada plataforma el día viernes 8 de marzo de 2019, fecha que se corresponde con la difusión en el portal

web. Luego, ha de reputarse notificada el día hábil siguiente, es decir, el día lunes 11 de marzo de 2019. Va de suyo que tratándose de actos administrativos individuales o plurindividuales de alcance particular adquieren eficacia mediante la notificación al/los interesados (y, como ya se explicó, la difusión a través de “COMPR.AR” es un medio de notificación).

V) La correcta determinación de la fecha en que ha de tenerse por notificada la Orden de Compra N° 95-1077-OC19 amerita una aclaración previa, no menor, que surge del referido Dictamen ONC N° IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM y es la siguiente: *“...se ha verificado, con respecto a las órdenes de compra, que el sistema plasma automáticamente como fecha de perfeccionamiento del contrato el día en que se genera dicho documento, que coincide con la fecha de difusión y no con la de notificación, con lo cual, no se condice con lo estipulado en el artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01 que prescribe que: ‘Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra (...) Siendo ello así, cabe indicar que se trata de una cuestión de semántica de la plataforma electrónica, motivo por el cual se deberá (...) tener por perfeccionado el contrato de que se trate el día de la notificación de la orden de compra, es decir, el día hábil siguiente al de su generación/difusión en ‘COMPR.AR’, independientemente de la fecha que aparezca plasmada como ‘fecha de perfeccionamiento’...”*.

VI) A la luz de todo lo señalado previamente cabe colegir que, en puridad, la Orden de Compra N° 95- 1077-OC19 debe entenderse notificada el día 11 de marzo de 2019, asistiéndole razón en este punto a la firma TIAGRO S.R.L.

VII) Los oferentes deben mantener sus ofertas –como mínimo– por el plazo que se haya establecido en el pliego de bases y condiciones particulares, el que comenzará a computarse desde el día del acto de apertura y al finalizar se renovará en forma automática por un lapso igual al inicial o por el que se fije en el respectivo pliego particular, y así sucesivamente, salvo que el oferente manifieste en forma expresa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento con una antelación no menor a DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo. Es decir, el oferente puede, por caso, manifestar (directamente en su oferta o bien cumpliendo con la debida antelación) que no renueva el plazo de mantenimiento al segundo período y en ese supuesto, el organismo debe tenerla por retirada a la finalización del período en curso, excluyendo al proveedor de la compulsa pero sin pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta.

VIII) Aun cuando el oferente manifieste con la antelación exigida en la normativa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento para el siguiente período, si el organismo le notifica el acto de adjudicación en forma previa a que el período en curso concluya, por imperio de lo establecido en los artículos 75, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 12, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el plazo de mantenimiento de oferta se renovará automáticamente por un plazo adicional de DIEZ (10) días hábiles administrativos, dentro del cual la notificación de la orden de compra al adjudicatario perfeccionará válidamente el contrato. Por el contrario, si dicho plazo expira sin que se hubiese notificado la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, éste podrá desistir de su oferta sin que le sea aplicable ningún tipo de penalidad ni sanción.

IX) En el caso que nos ocupa, la Cláusula 9º del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2018-53903301-APN-DCYC#MSYDS) contempla lo siguiente: “*PLAZO DE MANTENIMIENTO DE OFERTA: NOVENTA (90) días corridos; dicho plazo será prorrogado automáticamente por sucesivos lapsos iguales al inicial en caso que el oferente no manifieste en forma expresa su voluntad de no renovar la oferta con una antelación mínima de DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo.*”. De tal suerte, el plazo de mantenimiento de las ofertas fue fijado en el pliego particular en NOVENTA (90) días corridos.

X) Siendo ello así, el aludido plazo de NOVENTA (90) días corridos debe computarse desde el día martes 11 de diciembre de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto de apertura (el día de la apertura se computa como el día uno de los noventa), concluyendo el primer período de mantenimiento de la oferta el día domingo 10 de marzo de 2019, tal como lo señalara la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN en su Dictamen N° IF-2019-63890451-APNDGAJ#SLYT.

XI) El día jueves 28 de febrero de 2019 la firma TIAGRO S.R.L. presentó una nota por la cual expresó su voluntad de “no mantener su oferta a partir de la fecha de su vencimiento”, lo cual cabe –razonablemente– interpretar como su intención de no renovar el plazo de mantenimiento de la misma al segundo período. Con respecto a dicha nota, se comparte lo dictaminado por las instancias letradas preopinantes en cuanto a que el proveedor cumplió con el recaudo de presentarla en el plazo de antelación correspondiente y, asimismo, que la voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento se tornó operativa el día posterior al vencimiento del primer período, es decir, el lunes 11 de marzo de 2019. Por consiguiente, la oferta de la firma TIAGRO S.R.L. estuvo vigente desde el 11 de diciembre de 2018 hasta el 10 de marzo de 2019. Cabe interpretar que desde esa fecha ya no había oferta vigente. En otras palabras, el 11 de marzo de 2019, la firma TIAGRO se encontraba excluida del procedimiento de selección sin merecer penalidad alguna, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

XII) En esta línea de pensamiento, si se entiende –como fue explicado *ut supra*– que tanto el acto de adjudicación como así también la Orden de Compra N° 95-1077-OC19 fueron notificadas el día 11 de marzo de 2019, no puede más que admitirse que asiste razón al proveedor TIAGRO S.R.L. al esgrimir en su defensa que: “...*oportunamente notificamos al Ministerio de Salud y Desarrollo Social con la antelación debida, que no mantendríamos la oferta en el caso de una renovación automática. -La notificación de la OC N° 95-1077-OC19 fue posterior al vencimiento del plazo original de mantenimiento de oferta. En consecuencia, la intimación enviada se encuentra inhabilitada por haberse notificado la OC con posterioridad al vencimiento de plazo original de mantenimiento de oferta...*”.

XIII) Se concluye, en suma, que las notificaciones de la adjudicación y de la orden de compra tuvieron lugar con posterioridad al vencimiento del plazo del mantenimiento de oferta de TIAGRO S.R.L., es decir, cuando ya no estaba vigente la propuesta de la firma en cuestión.

XIV) La Decisión Administrativa N° DA-2019-152-APN-JGM fue notificada a través de la plataforma electrónica "COMPR.AR" el día 11 de marzo de 2019. De igual modo, la Orden de Compra N° 95-1077-OC19 debe considerarse notificada a través de la plataforma electrónica "COMPR.AR" el mismo día (11 de marzo de 2019), independientemente de que en el sistema aparezca plasmada como "fecha de perfeccionamiento" el "08/03/2019". A raíz de la nota presentada por la firma TIAGRO S.R.L. el día 28 de febrero de 2019, su oferta debió reputarse válidamente retirada el día posterior al vencimiento del primer período, es decir, el día lunes 11 de marzo de 2019. Esta Oficina es de la opinión que desde esa fecha ya no había oferta vigente. Como corolario de las premisas expresadas en los literales a) y b) se desprende que las notificaciones de la adjudicación y de la orden de compra tuvieron lugar, a través de la plataforma electrónica "COMPR.AR", con posterioridad al vencimiento del plazo del mantenimiento de oferta de TIAGRO S.R.L.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-98579432-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 1º de noviembre de 2019.

**Referencias:** Mantenimiento de la oferta. Penalidades. Aplicación de Intereses. Persecución Judicial de lo adeudado.

### **Antecedentes:**

- Mediante Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL del SERVICIO ADMINISTRATIVO FINANCIERO del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA N° DI-2017-585-APN-DGSAF#MI, del 5 de diciembre de 2017, se autorizó el segundo llamado a Licitación Privada N° 81-0014-LPR17, para la contratación de un servicio de provisión, instalación y puesta en marcha de un sistema fijo de red hidrante de protección contra incendios, que incluye un servicio de mantenimiento, por un período de DOCE (12) meses destinado al depósito de la calle Ancaste 3701/91.
- Fue confirmada electrónicamente a través de la plataforma del Sistema "COMPR.AR" una única oferta, correspondiente a la firma ASBA SERVICIOS INTEGRALES S.R.L. (CUIT N° 30-71241143-7) por la suma total de PESOS NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS (\$951.322,00);
- Con fecha 9 de marzo de 2018 la firma ASBA SERVICIOS INTEGRALES S.R.L. manifestó: *"...debido al tiempo transcurrido desde la presentación del presupuesto se nos hace imposible mantener la oferta por el pedido de compra 81-0014LPR17..."*.
- Mediante Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA N° RESOL-2018-122-APN-SC#MI, de fecha 18 de julio de 2018, se excluyó la oferta presentada por la firma ASBA SERVICIOS INTEGRALES S.R.L. (C.U.I.T. 30-71241143-7), se declaró fracasado el segundo llamado a Licitación Privada Nro. 81-0014-LPR17 y se resolvió aplicar a la firma ASBA SERVICIOS INTEGRALES S.R.L. (C.U.I.T. 30-71241143-7), la penalidad de pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta, por la suma de PESOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS CON DIEZ CENTAVOS (\$ 47.566,10).

**Objeto de la consulta:** Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión con respecto a si, en el marco de la Licitación Privada N° 81-0014-LPR17: “...corresponde la aplicación de la multa establecida y en caso afirmativo, informar la normativa que le da marco al inicio del proceso judicial y la fórmula de cálculo de interés que se debe utilizar para establecer el monto final a abonar por el proveedor.”. (v. PV-2019-90214031-APN-DCYS#MI).

**Normativa examinada:**

- Artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 102, 105 y 106 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículo 12 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 63/16.
- Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 65/16.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) Si un proveedor manifiesta su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retira su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, corresponde excluirlo del procedimiento y ejecutar la garantía de mantenimiento de la oferta equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la oferta. En el caso concreto objeto de consulta, la firma ASBA SERVICIOS INTEGRALES S.R.L retiró su propuesta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, extremo que motivó su exclusión de la Licitación Privada N° 81-0014-LPR17, junto con la penalidad de pérdida de garantía de mantenimiento de la oferta por la suma de PESOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS CON DIEZ CENTAVOS (\$47.566,10), de conformidad con lo dispuesto en los artículo 1° y 3° de la de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA N° RESOL-2018-122-APN-SC#MI, de fecha 18 de julio de 2018.

II) Frente al incumplimiento de pago y amén de las sanciones aplicadas, cobra relevancia lo ordenado a través del artículo 4°, *in fine*, de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA N° RESOL-2018-122-APN-SC#MI, de fecha 18 de julio de 2018, donde se instruyó: “...De verificarse el incumplimiento del pago ordenado, dese intervención a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS para perseguir judicialmente el cobro de lo adeudado.”. Así las cosas, resta aclarar que lo atinente a la persecución judicial de lo adeudado y “...a la normativa que le da marco al inicio del proceso judicial” resulta ser ajeno a las competencias de esta Oficina Nacional, desde que la decisión de iniciar acciones judiciales constituye una medida reservada a la autoridad política con competencia para resolver y al servicio permanente de asesoramiento jurídicos de la jurisdicción de origen.

III) Esta Oficina Nacional no posee facultades para expedirse respecto al proceso judicial y/o la fórmula de cálculo de intereses que se debe utilizar para establecer el monto final a abonar por el

proveedor, por cuanto dichas cuestiones son del resorte exclusivo del servicio jurídico del organismo licitante, máxime cuando el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional vigente no contempla previsiones al respecto, más allá del artículo 105 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el cual estipula: “*RESARCIMIENTO INTEGRAL. La ejecución de las garantías o la iniciación de las acciones destinadas a obtener el cobro de las mismas, tendrán lugar sin perjuicio (...) de las acciones judiciales que se ejerzan para obtener el resarcimiento integral de los daños que los incumplimientos de los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes hubieran ocasionado*”.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-101367464-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 12 de noviembre de 2019.

**Referencias:** Habilidad para contratar. Existencia de deudas tributarias y/o previsionales. Oportunidad en que deben verificarse.

### **Antecedentes:**

- La Licitación Pública N° 43/17 fue autorizada mediante Resolución N° RESOL-2017-136-ANSES#ANSES, de fecha 30 de junio de 2017. Dicho procedimiento, tenía por objeto contratar el “*servicio integral de limpieza, su mantenimiento y servicios eventuales para edificios de ANSES: Jefaturas Regionales Norte, Noroeste y Noreste y sus dependencias, con provisión de insumos de higiene y limpieza, por un período de DOCE (12) meses...*”.
- El acto de apertura de ofertas tuvo lugar el 12 de septiembre de 2017.
- El día 29 de septiembre de 2017 el expediente fue remitido a la Comisión Evaluadora, dando inicio a la etapa de evaluación de las ofertas, en los términos del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Con fecha 23 de enero de 2018, durante la etapa de evaluación de las ofertas, la Comisión Evaluadora verificó a través del sitio de internet de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) que la firma REX ARGENTINA S.A. contaba con el Certificado Fiscal para Contratar vigente al momento del acto de apertura de ofertas, no obstante lo cual el mismo expiró el día 9 de enero de 2018.
- Con fecha 2 de febrero de 2018 se emitió el Dictamen de Evaluación de Ofertas, en cuyo marco el órgano evaluador recomendó adjudicar la totalidad de los renglones a la firma REX ARGENTINA S.A. Dicho dictamen fue notificado a los oferentes, por correo electrónico, el día 6 de febrero de 2018, dando fin a la etapa de evaluación de las ofertas, en los términos del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- El 20 de abril de 2018 se procedió a efectuar nueva consulta sobre la situación de la sociedad comercial REX ARGENTINA S.A. ante el portal web de la AFIP, arrojando como resultado la existencia de deuda. En esa misma fecha, la Comisión Evaluadora intimó al oferente de que se trata, por correo electrónico, a regularizar su situación ante el organismo recaudador en el plazo de CINCO (5) días, bajo apercibimiento de desestimar su oferta.
- Mediante nota fechada el 25 de abril de 2018, la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. efectuó una presentación denunciando –entre otras irregularidades– la falta

de aptitud fiscal de la firma REX ARGENTINA S.A., en virtud de mantener deuda con el fisco, razón por la cual solicitó se deje sin efecto lo actuado.

- Con fecha 15 de mayo de 2018 se efectuó una nueva consulta a través del sitio de internet [www.afip.gob.ar](http://www.afip.gob.ar), verificándose la subsistencia de la deuda ante AFIP por parte de la firma REX ARGENTINA S.A.
- Con fecha 22 de mayo de 2019 se emitió la Resolución N° RESOL-2019-134-ANSES-ANSES, por medio de la cual se aprobó lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 43/17 y se adjudicaron los Renglones Nros. 1 a 92 a la firma REX ARGENTINA S.A., por la suma total de PESOS SETENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL CUATROCIENTOS CATORCE CON NOVENTA CENTAVOS (\$ 72.402.414,90). El acto de adjudicación fue notificado a los oferentes el día 24 de mayo de 2019.
- Con fecha 28 de mayo de 2019 la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. realizó una presentación solicitando la nulidad de la adjudicación, mientras que con fecha 30 de mayo de 2019 dicha empresa acompañó constancias extraídas del “COMPR.AR”, de donde surgen dictámenes de evaluación –emitidos en distintos procedimientos de selección entre el 28 de diciembre de 2018 y el 12 de marzo de 2019–, en los que se recomendó desestimar las propuestas de la sociedad REX ARGENTINA S.A. por poseer deuda líquida y exigible ante AFIP.
- Con fecha 4 de junio de 2019 la UOC de ANSES procedió a efectuar nueva consulta sobre la situación de la sociedad comercial REX ARGENTINA S.A. ante la AFIP, arrojando como resultado la subsistencia de la deuda.
- Con fecha 11 de junio de 2019 LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° RESOL-2019-134-ANSES-ANSES, donde – en lo sustancial– se reiteran los cuestionamientos que oportunamente efectuara respecto de la oferta de REX ARGENTINA S.A.
- Con fecha 11 de julio de 2019 –en forma previa a emitir la orden de compra en favor de REX ARGENTINA S.A.–, el organismo de origen procedió a efectuar una última consulta sobre la situación de la adjudicataria ante la AFIP, arrojando como resultado la subsistencia de la deuda en cuestión.
- Con fecha 1° de agosto de 2019, la DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS confirmó, mediante Nota N° 1339/19 (DG IMPO) que la contribuyente REX ARGENTINA S.A.: “...registraba deuda impositiva y/o previsual, líquida y exigible al 20/4/2018; 15/5/2018; 04/06/2019 y 11/07/2019...”.
- Finalmente, con fecha 21 de agosto de 2019, el organismo acompañó al expediente la constancia extraída del portal de internet <https://comprar.gob.ar/>, a través de la cual se corrobora la inexistencia –respecto de REX ARGENTINA S.A. de deuda líquida y exigible ante el Fisco.

**Objeto de la consulta:** Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención con el fin de que se pronuncie respecto del alcance del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 –habilidad para contratar–, en el marco de la situación descripta precedentemente. Más precisamente, se consulta: “...*Cuál es el criterio del Órgano Rector en relación a la verificación de la habilidad para contratar requerida por el Artículo 28 inciso f) del Decreto N° 1023/01, en las distintas instancias del procedimiento, y puntualmente con posterioridad a la notificación del acto administrativo de adjudicación.*”.

**Normativa examinada:**

- Artículos 27 y 28 inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 66 y 67 -versión original y modificada por el Decreto N° 356/19 (B.O. 15/05/2019)- del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

- Artículo 27 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Resolución General AFIP N° 1814 de fecha 11 de enero de 2015.
- Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Inciso a) del artículo 8° de la Ley 24.156.
- Comunicación General ONC N° 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.

### **Análisis y opinión del órgano rector:**

l) Desde la entrada en vigencia de la Resolución AFIP N° 4164 –el 1° de diciembre de 2017, pero aplicable incluso a procedimientos autorizados con anterioridad a dicha fecha– hasta el dictado del Decreto N° 356/19 –por el cual se modificaron los artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16– este Órgano Rector ha atendido diversas consultas sobre esta materia, dando lugar a las pautas interpretativas generales que se expondrán a continuación: a) La existencia de deudas tributarias o previsionales es un requisito que necesariamente debe ser verificado por la Comisión Evaluadora 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 N° 1030/16, precepto que se encuentra inserto –no por azar– dentro del Capítulo VII bajo el título “Evaluación de las Ofertas” (Cfr. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM, IF-2018-42576661-APN-ONC#MM e IF-2019-10375472-APNONC#JGM); b) El procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 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, la ocasión en la cual los organismos verifican el cumplimiento de los requisitos a que deben ajustarse tanto las ofertas como los oferentes es en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación, momento en el cual se determina el orden de mérito de las ofertas admisibles y convenientes y se recomienda la desestimación de una oferta, 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 (Cfr. IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM); c) Al existir procedimientos en los cuales se puede válidamente prescindir de la Comisión Evaluadora –y, por añadidura, de la etapa de evaluación de ofertas, entendida, de acuerdo con la letra del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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–, la verificación de que se trata deberá efectuarse al momento de la apertura de ofertas o bien al momento de la adjudicación. En ese orden de ideas esta Oficina Nacional tiene dicho 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, 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 (v. IF-2018-42576661-APNONC#

MM, IF-2018-65673860-APN-ONC#JGM e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM); d) La Comisión Evaluadora o bien la Unidad Operativa de Contrataciones, según corresponda, verificarán la habilidad para contratar de los oferentes a través de las herramientas informáticas implementadas por la Resolución General AFIP N° 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 N° 90–. Se deberá ingresar la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) de la persona humana o jurídica de que se trate y el resultado de la consulta informará sobre la existencia o no de incumplimientos ante el organismo recaudador, no incluyendo detalle de los mismos (Cfr. IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM); e) Al simplificarse la verificación de

los incumplimientos del proveedor ante la AFIP en una consulta a través del 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, IF-2018-34606045-APN-ONC#MM, IF-2018-42576661-APN-ONC#MM e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM); f) 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 (\$1.500,00.-) el sistema informará que no tiene deuda (v. NO-2017-35762612-APN-ONC#MM e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM); g) En aquellos casos en los que el sistema de consulta arroja los resultados: *"Error al consultar Deuda de Proveedor en AFIP No se pudo consultar el estado de deuda del proveedor con CUIT: 30715505998. El Proveedor para ese CUIT se encuentra sin inscripción en impuestos en AFIP"* o *"Error al consultar Deuda de Proveedor en AFIP No se pudo consultar el estado de deuda del proveedor con CUIT: 30707872000. CUIT pasiva por decreto 1299/98"*, se debe considerar que el contribuyente registra algún incumplimiento que le impide estar habilitado para contratar con el Estado (v. Comunicación General ONC N° 122/19); h) En aquellos casos en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta web 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 3° de la aludida resolución general (v. IF-2018-42576661- APNONC#MM e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM).

II) En torno a la primera cuestión consultada, esta Oficina entiende que en todos los procedimientos en los que necesariamente deba intervenir la Comisión Evaluadora –incluso en aquellos que hayan sido autorizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 356/19– el momento en el cual debe verificarse si los oferentes se encuentran incurso en la causal de inhabilitación para contratar establecidas en el artículo 28, inc. f) del Decreto Delegado N° 1023/01 es en la etapa de evaluación de las ofertas.

III) La diferencia sustancial existente a partir de la modificación del inciso b) del artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 es que, si corresponde la aplicación de la versión original de dicho precepto –es decir, sin las modificaciones introducidas por el mencionado Decreto N° 356/19, por tratarse de un procedimiento autorizado con anterioridad, como sucede con la Licitación Pública N° 43/17– y se verifica 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 N° 1030/16.

IV) Con sujeción a esto último, el día 23 de enero de 2018 la Comisión Evaluadora consultó el estado del Certificado Fiscal para Contratar, a raíz de lo cual pudo constatar que el mismo había expirado el 9 de enero de 2018, es decir, durante la etapa de evaluación de las ofertas que se encontraba en curso. En relación con ello, si bien esta Oficina supo decir en pretéritos pronunciamientos que resultaba un excesivo rigor formal exigir que el Certificado Fiscal para Contratar se encuentre vigente durante todo el tiempo en que se encuentra tramitando un procedimiento de selección, lo que sucedió en este caso –y lo diferencia de otros– es que durante la sustanciación de la compulsa cambió el régimen jurídico aplicable.

V) No ha de perderse de vista que desde el 1° de diciembre de 2017 se encontraba vigente la Resolución General AFIP N° 4164/17, cuyo artículo 7° establece que los certificados que 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 lo dispuesto por la nueva normativa. Si bien desde la aludida fecha se encontraba derogada la Resolución General AFIP N° 1814/05, correspondía igualmente reconocer validez a dichos certificados fiscales hasta su vencimiento, independientemente de la información que arrojará el nuevo sistema de consulta previsto en el artículo 2° de la Resolución General AFIP N° 4164/17. Esto último presupuso una suerte de ultraactividad de la norma derogada hasta tanto fueran expirando uno a uno tales certificados. Sin embargo, la expresión: “...independientemente del resultado de la consulta que el organismo contratante pudiera efectuar conforme a lo dispuesto por la presente” cobra adecuado sentido y aplicación respecto de las consultas que eventualmente pudieran haberse efectuado durante la vigencia residual del certificado válidamente otorgado al abrigo de la normativa anterior, pero luego de su expiración, resultaba plenamente aplicable el nuevo procedimiento de la Resolución General AFIP N° 4164/17.

VI) El día 29 de septiembre de 2017 pasaron las actuaciones a la Comisión Evaluadora, dando inicio a la etapa de evaluación de las ofertas. En ese momento y hasta el 9 de enero de 2018 el proveedor tenía un Certificado Fiscal vigente, lo cual lo habilitaba a contratar; pero una vez vencido, correspondía a la Comisión Evaluadora verificar su estado en el sitio <https://comprar.gov.ar> para determinar su situación.

VII) De ahí que la habilidad del proveedor en cuestión debía evaluarse hasta el 9 de enero de 2018 por el Certificado Fiscal, pues conservaba su validez hasta su vencimiento y luego de esa fecha por las consultas efectuadas en el sitio mencionado. Una vez vencido el certificado fiscal de REX ARGENTINA S.A., pasó a cobrar relevancia el resultado que arrojará la consulta conforme la nueva regulación; por ello, a partir de que la Comisión Evaluadora corroboró la extinción del certificado fiscal, debió haber acompañado al expediente el resultado de la consulta acorde a las nuevas reglas y en forma previa a emitir el dictamen de evaluación.

VIII) Valga reiterarlo por última vez: hasta el 9 de enero de 2018, la firma REX ARGENTINA S.A. contaba con la cobertura del certificado fiscal oportunamente emitido al amparo de la normativa anterior, pero desde esa fecha la existencia de deudas tributarias y/o previsionales debió ser verificada por la Comisión Evaluadora –antes de la clausura de dicha etapa– con sujeción al procedimiento previsto en la Resolución AFIP N° 4164/17, extremo que no se encuentra acreditado. Esto es, el 2 de febrero de 2018 se emitió el Dictamen de Evaluación, pieza que fue notificada a los oferentes el día 6 de febrero de 2018, sin que conste a ciencia cierta si REX ARGENTINA S.A. se encontraba habilitado o no en ese momento, desde que no se acompañó constancia alguna que sirva para determinar si tenía o no tenía deuda fiscal y/o previsional antes de que se cierre la etapa de evaluación.

IX) La falta de verificación del estado de deuda de la empresa adjudicataria –en la etapa pertinente, que era la de evaluación– no puede reputarse una omisión intrascendente. Muy por el contrario, a la

luz de la normativa aplicable al procedimiento traído a estudio, el supuesto de inhabilidad para contratar contemplado en el inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 se enrola entre las causales de desestimación no subsanables (artículo 66, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16) que, eventualmente, resulta susceptible de acarrear una sanción grave, en los términos del artículo 106 inciso b) apartado 2.4 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16).

X) De ahí que, si como resultado de la consulta omitida se hubiese corroborado la existencia de incumplimientos ante la AFIP, hubiese correspondido la desestimación de la propuesta de REX ARGENTINA S.A., sin posibilidad de subsanación. Claro que en esta instancia resulta infructuoso elucubrar conjeturas y ahondar en un análisis contrafáctico por ser meramente especulativo; desde que la Comisión Evaluadora omitió dicha verificación en tiempo oportuno.

XI) Así las cosas, siendo que no le resulta fácticamente posible a esta Oficina 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 puedan 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 N° IF-2019-103912555-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de noviembre de 2019.

**Referencias:** Habilidad para contratar. Alcances de la sanción de suspensión aplicada a la firma local que actúa en carácter de representante del oferente extranjero.

### **Antecedentes:**

- Por la Licitación Pública Internacional N° 39-0007-LPU19 se procuraba adquirir componentes mayores para las aeronaves CASA 212.
- El acto de apertura de ofertas tuvo lugar el día 24 de junio de 2019, habiendo sido confirmadas electrónicamente TRES (3) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) NORTRUM S.A. (NIT N° 21 610880 0015) (USD 482.618,40); 2) AVCOS LLC (NIT N° 46-0588233) (USD 754.549,91) y 3) AIRBUS DEFENCE AND SPACE S.A. (NIT N° A28006104) (USD 539.921,59).
- AVCOS LLC (NIT N° 46-0588233) es una firma extranjera, con domicilio legal en “...BLOUNT ROAD 1791 UNIT1010, localidad POMPAÑO BEACH, departamento FLORIDA, provincia

*MIAMI, EEUU..”, sin sucursal en la República Argentina, sin perjuicio de lo cual participaba del procedimiento licitatorio de marras a través de un representante, la sociedad AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. (CUIT N° 33-67774696-9).*

- En cuanto respecta a AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. (33-67774696-9), ha de mencionarse que por el artículo 1° de la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° DI-2019-90-APNONC#JGM, de fecha 30 de septiembre de 2019, se aplicó a dicho proveedor UNA (1) sanción de suspensión por el plazo de UN (1) año y UN (1) día, en los términos del artículo 106, inciso b), apartado 2.3 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16, como consecuencia de la desestimación de la oferta presentada en el marco de la Licitación Pública N° 39-0017-LPU18 del registro de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA.
- La aludida sanción de suspensión fue publicada en el SIPRO asociado al portal web del Sistema “COMPR.AR” el día 11 de octubre de 2019, iniciando su vigencia en dicha fecha por todo el plazo indicado en la disposición reseñada.

**Objeto de la consulta:** Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención, a fin de determinar si correspondía desestimar la oferta presentada por el proveedor extranjero AVCOS LLC en la Licitación Pública Internacional N° 39-0007-LPU19 del registro de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, en razón de la suspensión para contratar con el Estado Nacional que pesaba sobre la sociedad comercial AMERICAN CONSULTING GROUP S.A., quien actuaba en el aludido procedimiento de selección como representante de AVCOS LLC.

En efecto, se consultó respecto del alcance de la sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional aplicada por la ONC al proveedor AMERICAN CONSULTING GROUP S.A., en atención a que dicha empresa se presentó en la Licitación Pública Internacional N° 39-0007-LPU19 como representante del oferente AVCOS LLC a quien se propicia adjudicar la totalidad de los renglones que integran el objeto contractual.

**Normativa examinada:**

- Artículos 28 y 29 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 1°, 68, 106 y 108 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 31 y 35 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017).
- Artículos 358, 359, 360, 366, 1319 y 1320 del Código Civil y Comercial de la Nación.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. (33-67774696-9) no se encuentra habilitado -en los términos del artículo 28 inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01- para resultar adjudicatario de nuevos contratos, desde el día 11 de octubre de 2019 y hasta el vencimiento de la sanción de suspensión aplicada por Disposición ONC N° DI-2019-90-APN-ONC#JGM. Ahora bien, desde que en la Licitación Pública Internacional N° 39-0007-LPU19 la sociedad comercial AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. no interviene en calidad de oferente sino de representante de la firma extranjera AVCOS LLC –pudiendo ser esta última la eventual adjudicataria–, impera la necesidad de analizar las normas que regulan los alcances de dicha representación.

II) En tanto el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional no contiene normas específicas que determinen los alcances y efectos en materia de actuación por poder y representación legal, deviene necesario aplicar supletoriamente el Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto N° 1759/72 (T.O. 2017) y, por analogía, los preceptos normativos pertinentes receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación.

III) Pues bien, dado el plexo normativo que resulta de aplicación –ya sea en forma directa, subsidiaria o mediante la técnica de integración por analogía– puede afirmarse que la representación, entendida como el instituto por el cual una persona, llamada representante, actúa en nombre de otra, llamado representado, es autónoma del contrato de mandato, no obstante lo cual, en virtud de la remisión del artículo 1320 del Código Civil y Comercial de la Nación se aplican al contrato de mandato con representación, las normas de la parte general relativas a la representación voluntaria (artículos 362 a 381 del CCyCN).

IV) Efectuada dicha salvedad, no parece dudoso afirmar –a la luz de las normas del Código Civil y Comercial– que el efecto propio de la representación es la imputación directa de lo actuado por el representante al representado, siempre que el representante actúe dentro de las facultades que le otorga el acto de apoderamiento. Dicho en otros términos, la nota sustancial de la figura no parece ser otra que la imputación de lo actuado por el representante de manera directa al representado, considerando a este último como parte del acto otorgado por el representante. Es el elemento caracterizante más trascendente.

V) El efecto normal de la representación es la imputación directa de las consecuencias al representado. El efecto del poder es la eficacia directa, es decir, que las consecuencias de la declaración de voluntad del representante emitida en nombre del representado se imputan a este último, siempre que se haya actuado dentro de los límites de la representación (Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *Contratos*. Rubinzal-Culzoni Editores. Parte especial cit., t. I, p. 443).

VI) La firma AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. se presentó en el procedimiento de selección que nos ocupa como apoderada de la empresa oferente AVCOS LLC, a quien representa frente a la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA. Es decir que, en principio, todos los actos que AMERICAN CONSULTING GROUP S.A realice en el marco del procedimiento contractual obligan directamente a su representada. Desde esa óptica, va de suyo que el eventual contrato a celebrarse lo será con la firma AVCOS LLC y no con la empresa AMERICAN CONSULTING GROUP S.A.

VII) Dicho en otros términos, no es AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. quien resultaría cocontratante del Estado Nacional, sino que el contrato se perfeccionará, eventualmente, con su representada, AVCOS LLC. Por ello, el hecho de que la firma AMERICAN CONSULTING GROUP S.A. haya sido suspendida para contratar con el Estado Nacional durante la sustanciación del procedimiento de selección de que se trata en nada afecta a su representada, a menos que el organismo contratante constatare la configuración de alguna causal de inelegibilidad, en los términos del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

VIII) En razón de las consideraciones vertidas *ut supra*, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina que no correspondería desestimar la oferta presentada por AVCOSS LLC con motivo de la suspensión de su representante, a menos que el organismo contratante constataste la configuración de alguna causal de inelegibilidad como, por ejemplo, si existiesen indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media en el caso una simulación tendiente a eludir los efectos de las causales de inhabilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, de acuerdo a lo prescripto en el inciso e) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-103912613-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de noviembre de 2019.

**Referencias:** Contratación Directa Interadministrativa. Habilidad para contratar. Obligaciones tributarias y previsionales. Relaciones Interadministrativas.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Contratación Directa por Adjudicación Simple Interadministrativa N° 63-0027-CDI19 se procuraba contratar la concesión de uso de inmuebles situados en la Autopista Ricchieri y Boulogne Sur Mer, Localidad de Tapiales, Provincia de Buenos Aires, para el funcionamiento de una Unidad de Atención Integral (UDAI) de ANSES dentro del predio del Mercado Central, a fin de mejorar la calidad de atención de los beneficiarios.
- En ese sentido, se acompañó un proyecto de convenio interadministrativo, a ser suscripto entre ANSES y la CORPORACIÓN MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES (CUIT N° 30546659743), por el cual: *“LA CORPORACION” cede y entrega a través de una concesión de uso a ‘ANSES’ y ésta acepta, los locales situados en la Autopista Ricchieri y Boulogne Sur Mer, Localidad de Tapiales, Provincia de Buenos Aires, identificados según croquis adjunto como ANEXO II con la siguiente denominación: CAS 018, CAS 019, CAS 024, CAS 025, CAS 030, CAS 031, CAS 034, CAS 035 y CAS 040, que conforman una superficie total de 452 m2, Nomenclatura Catastral: Circunscripción I, Sección A, Manzana 66, Parcela 2, el cual será destinado por ‘ANSES’ a su uso como sede de la UDAI Mercado Central...”.*
- Con fecha 7 de mayo de 2019 se cursó invitación a cotizar a la CORPORACIÓN MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES, mientras que el acto de apertura tuvo lugar el día 10 de mayo de 2019.
- Con fecha 29 de mayo de 2019, la UOC de ANSES verificó, a través de la plataforma web del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (“COMPR.AR”) <https://comprar.gob.ar>, el estado de deuda del oferente ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP), arrojando como resultado que a la fecha de consulta la CORPORACIÓN MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES (CUIT N° 30-54665974-3) poseía deuda líquida y exigible tributaria y/o previsional.

**Objeto de la consulta:** Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención con el fin de que se pronuncie sobre la interpretación del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 –habilidad para contratar–, en el marco de la situación descripta precedentemente, teniendo en consideración la particular naturaleza jurídica e institucional que reviste la CORPORACIÓN MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES, con quien se pretendía contratar.

**Normativa examinada:**

- Artículos 25, inciso d), apartado 8º, 27 y 28 inciso f) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 5º, 14, 22, 44, 61, 66, 67 -versión original y modificada por el Decreto N° 356/19 (B.O. 15/05/2019)- y 115 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 27, inciso 3) y 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Resolución General AFIP N° 4164 de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Comunicación General ONC N° 90 de fecha 15 de diciembre de 2017.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) En cuanto concierne a la naturaleza jurídica de la CORPORACIÓN MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES (CMCBA), la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha afirmado: *“...Que, de acuerdo con su convenio de creación ratificado por la ley nacional 17.422, por la ley de la Provincia de Buenos Aires 7310 y por la ordenanza de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires 22.817, la Corporación del Mercado Central es una entidad interestadual integrada -en partes iguales- por el Gobierno de la Nación, la provincia y el municipio citados; y por cuyas operaciones responden sus integrantes (Arts. 1º, 5º y 10 del convenio)”*. (CSJN, CASIER, Miguel Angel c./ Corporación del Mercado Central de Bs. As. S./ empleo público, 3 de septiembre de 1995, C.22.XXX.). La PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha pronunciado en sentido concordante, al decir que, de acuerdo con el convenio de creación, ratificado por la Ley N° 17.422, por la Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 7310 y por la ordenanza de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires N° 22.817, es una entidad interestadual integrada –en partes iguales– por el Gobierno de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La lectura integrada de los artículos 3º y 34 de la Ley N° 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 N° 13.653 (v. Dictamen N° 37/03, 16 de enero de 2003. Dictámenes PTN 244:151).

II) A su vez, de la Clasificación Institucional para el Sector Público Nacional establecida en las planillas anexas a Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA del entonces MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS N° 179/16 se desprende lo siguiente: *“4. Catálogo de Cuentas CLASIFICADOR INSTITUCIONAL (...) 1.3.0.00.00.000 - Entes Interestaduais 1.3.1.00.00.000 - Empresas Interestaduais (...) 1.3.1.50.00.751 - Mercado Central.”*

III) En el Dictamen ONC N° 1006/12 este Órgano Rector opinó: “...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 interestadales”, 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.

*Ahora bien, considerando que el artículo 25, inciso d) apartado 8° 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 interestadales, 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...”.*

IV) En tanto el trámite previsto para la adjudicación simple interadministrativa no exige el dictado de un acto de autorización del llamado, así como tampoco exige la difusión de la convocatoria, cobra relevancia la fecha en que se cursó la invitación a cotizar, extremo que en el proceso N° 63-0027-CDI19 tuvo lugar el día 7 de mayo de 2019, es decir, en forma previa a la publicación del Decreto N° 356/19 en el Boletín Oficial. Ergo, en el presente caso resulta de aplicación el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, en su versión original.

V) El día 1° de diciembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA) 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. En paralelo, 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 de sus oferentes, en los términos del inciso f) del artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01.

VI) En el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la Resolución AFIP N° 4164/17 hasta el dictado del Decreto N° 356/19 –modificatorio de los artículos 66 y 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16– se suscitaban diversas consultas, las cuales dieron lugar a las pautas interpretativas que se exponen a continuación: a) La existencia de deudas tributarias o previsionales es un requisito que necesariamente debe 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 (v. IF-2018-11054228-APN-ONC#MM e IF-2018-42576661-APN-ONC#MM); b) El procedimiento previsto en el artículo 2° de la Resolución AFIP N° 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 la ocasión en la cual los organismos verifican el cumplimiento de los requisitos a que deben ajustarse, tanto las ofertas como los oferentes, es en oportunidad de emitir el dictamen de evaluación. Empero, al existir procedimientos en los cuales se puede válidamente prescindir de la Comisión Evaluadora –y, por añadidura, de la etapa de evaluación de ofertas,

entendida, de acuerdo con la letra del artículo 61 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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–, la verificación de que se trata deberá efectuarse al momento de la apertura de ofertas o bien al momento de la adjudicación (v. IF-2018-42576661-APN-ONC#MM y IF-2018-65673860-APN-ONC#JGM); c) En aquellos casos en los cuales se produzca una contradicción entre la información arrojada como resultado de la consulta web 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 3° de la aludida resolución general (v. IF-2018-42576661-APN-ONC#MM).

VII) Las denominadas “contrataciones directas interadministrativas” se encuentran reguladas en el artículo 25, inciso d), apartado 8° del Decreto Delegado N° 1023/01, artículos 14, 22 y 44 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en el artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, y se caracterizan –conceptualmente y/o en términos generales– por ser un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado (Cfr. Dictámenes PTN 263:395). Más precisamente, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: “...La relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia. Estas relaciones pueden ser de dos tipos diferentes, a saber: 1) relaciones entre entidades estatales pertenecientes a una misma esfera de gobierno y 2) relaciones entre distintas esferas de competencia constitucional [...] Los contratos que se celebren entre sujetos estatales, son denominados interadministrativos. La categorización jurídica de estos contratos tiene su razón de ser en las particularidades que ofrecen y que son consecuencia de las características de la vinculación que se señaló precedentemente...” (Cfr. Dictámenes PTN 234:645; 244:129; 241:227). A mayor abundamiento, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha sostenido en reiteradas oportunidades que: “...la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado [...] El Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética...” (Cfr. Dictámenes PTN 279:286).

VIII) La contratación a la que refiere la normativa reseñada *ut supra* tiene como sustrato material una relación interadministrativa. A raíz de ello, el régimen jurídico difiere del propio de los contratos administrativos *stricto sensu*, dado que la presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos le imprime a la contratación una modulación especial (v. Dictámenes PTN 263:395 y Dictámenes ONC Nros. 174/14 e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM, entre otros).

IX) Pese a que la Resolución General AFIP N° 4164/17 no contempla excepciones en forma explícita, parece razonable que en las contrataciones interadministrativas, supuestos en los que en definitiva es el Estado –en sentido lato– 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 (Cfr. IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM).

X) En suma, en atención a la realidad de derecho público que presenta la CORPORACIÓN DEL MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES (CMCBA) esta Oficina Nacional entiende que, en este caso puntual, el procedimiento previsto en la RESOG-2017-4164-APN-AFIP tendiente a corroborar la habilidad para contratar respecto de la mentada corporación, en los términos del inciso f) del Artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01, resulta inoficioso. En idéntico sentido se ha expresado este Órgano Rector en el marco de los Dictámenes ONC Nros. IF-2018-42576661-APN-ONC#MM e IF-2019-10375472-APN-ONC#JGM.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de noviembre de 2019.

**Referencias:** Reconocimiento de gastos o “pago de legítimo abono”. Características y alcances.

### **Antecedentes:**

- La DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” propiciaba dejar sin efecto el llamado a la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 por razones de conveniencia económica, bajo el entendimiento de que la eventual adjudicación y perfeccionamiento del contrato con la firma LA MANTOVANA SERVICIOS GENERALES S.A. –en tanto oferta más conveniente en el contexto del procedimiento licitatorio– resultaba ser más onerosa para los intereses de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA que el prestador actual.
- Ello así, en tanto que el servicio de limpieza integral hospitalaria, tal como lo estaría prestando la firma ALPHA CYGNUS S.R.L., resultaría ser más económico para el organismo, con la nota particular que el mismo afrontaba el costo de dicho servicio –según se explicó– mediante la modalidad conocida como “reconocimiento de gastos” o “legítimo abono” en favor de la firma aludida.
- En esa inteligencia la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” estimaba más conveniente para ese organismo, desde el punto de vista presupuestario, dejar sin efecto el procedimiento en trámite –que se encontraba en condiciones de ser adjudicado–, y continuar retribuyendo las prestaciones a cargo de ALPHA CYGNUS S.R.L. por la vía del “legítimo abono”, hasta tanto se llame a una nueva licitación que permitiese, eventualmente, formalizar un nuevo contrato.
- En esa línea argumental, el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la entidad de origen, en su Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO, de fecha 28 de octubre de 2019, luego de un pormenorizado análisis del tema en cuestión, recomendó enfáticamente: “...no proceder a la suscripción del Acto Administrativo en análisis, ya que obrar en consecuencia implicaría apartarse del régimen legal vigente en materia de contrataciones por cuenta del

*Estado previsto por el Decreto Nro.1023/2001, su reglamentario 1030/2016 y normas modificatorias y complementarias...*

**Objeto de la consulta:** Se solicitó a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención para que emita opinión en el marco de la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, con motivo de las conclusiones a las que arribara el servicio permanente de asesoramiento jurídico de esa entidad en el Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO.

**Normativa examinada:**

- Artículos 3º, 20, 24 y 25, inciso d) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.
- Artículo 14, inciso a) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

**Análisis y opinión del órgano rector:**

I) El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional –instituido por el Decreto Delegado N° 1023/01– y su reglamentación, junto con las diversas normas modificatorias y complementarias, regulan los procedimientos de contrataciones a los cuales las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 deben ceñirse para efectuar la compra de bienes y/o contratar servicios. Al respecto, esta Oficina tiene dicho que: *“...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...”* (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12).

II) Cuando la Administración contrata, lo hace utilizando recursos públicos, por lo que el ordenamiento jurídico exige al funcionario competente tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado. En ese orden de ideas, un buen planeamiento, una buena administración y logística posibilita –en términos generales– que las diversas jurisdicciones y entidades se abastezcan de los bienes y/o obtengan los servicios que requieran en tiempo oportuno.

III) El artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece que la selección del cocontratante para la ejecución de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación deberá hacerse, por regla general, mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, sin perjuicio de la existencia de diversas causales de contratación directa que resultarán de aplicación en los casos taxativamente previstos en el artículo 25, inciso d) del mencionado cuerpo normativo. En sentido concordante, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN puso de resalto que: *“El requisito previo de la licitación en los contratos públicos tiene fundamento en razones elementales de*

*conveniencia y ética administrativa, por lo que la interpretación de las excepciones a ese requisito debe ser estricta y considerarse limitada a los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general...” (Dictámenes PTN 89:260; 235:446).*

IV) No debe perderse de vista que de no respetarse los procedimientos de selección establecidos por la normativa de contrataciones, no sólo se afectará la transparencia en el manejo de fondos públicos, sino que además, al no propiciar la concurrencia y competencia de todos los posibles interesados en presentar ofertas, en pie de igualdad, la Administración se verá imposibilitada de verificar si la opción que elija es la más conveniente, en términos de precio, calidad, idoneidad del proveedor, etc.; todo lo cual repercutirá negativamente en el interés público comprometido. Por consiguiente, cuando la Administración –ya sea central o descentralizada– se aparta de los procedimientos establecidos para la selección de su cocontratante y adquiere bienes o contrata servicios sin seguir la normativa aplicable, nos encontramos ante supuestos no contemplados por la norma y, por tanto, pasibles de la sanción de nulidad o considerados, incluso, inexistentes (Cfr. Dictámenes PTN 238:9; 241:115; 247:116; 248:43; 251:751; 285:156, entre otros.).

V) Tal es la importancia del cumplimiento de las formas –procedimientos esenciales– en materia de contratos administrativos, que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha consolidado una copiosa jurisprudencia –seguida por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN– en el sentido de que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes, en cuanto a la forma y procedimiento de contratación (cfr. Fallos CSJN: 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515, 1518, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84 y 329:809). Más aún, el más encumbrado Tribunal de la Nación llegó a afirmar categóricamente en numerosos precedentes que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. De ahí que, cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos CSJN: 179:246; 310:2278; 311:2831; 323:1515, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84 y 329:809 y Dictámenes PTN 303:131, entre otros).

VI) Autorizada doctrina ha observado que: *“La declaración de inexistencia del contrato y la consecuente inexistencia de derechos que pudieran pretenderse con base en él cuando se han vulnerado los procedimientos esenciales de la contratación ejerce un claro efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares, pues ningún contratista querrá verse expuesto al futuro desconocimiento judicial de sus derechos una vez cumplida la prestación.” (CANDA, Fabián O.; La importancia del elemento forma en el contrato administrativo (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) en Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 51.).*

VII) En situaciones en que no existe un contrato que vincule a las partes o bien cuando aquél ha sido irregularmente celebrado –usualmente por no haberse respetado el procedimiento de selección del contratista estipulado obligatoriamente por las normas–, nos encontramos, como mínimo, ante la nulidad de la contratación y en principio no corresponde que sea abonada suma alguna a quien proveyó los bienes o servicios, puesto que no existe, precisamente, contrato válido que respalde el pago de los bienes o servicios prestados. Sin perjuicio de lo expuesto, no es posible soslayar la

existencia de circunstancias en las cuales la Administración resulta beneficiaria de bienes o usufructúa servicios, habiéndose omitido o encontrándose gravemente viciado el procedimiento de selección que hubiese correspondido efectuar de acuerdo al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública aprobado por el Decreto N° 1023/01.

VIII) Si pese a la nulidad o inexistencia del contrato, se verifica el cumplimiento de determinada prestación y su aceptación de conformidad por parte de la autoridad administrativa, corresponderá al organismo de que se trate meritar sí, en el caso, ha existido un enriquecimiento injustificado por parte del Estado a costa del empobrecimiento de un tercero. En caso afirmativo, a los efectos del pago resultará –en principio– procedente el reconocimiento de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, siempre y cuando se verifiquen los requisitos que tornan viable la acción de restitución o *actio in rem verso* (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12). De no ser ello así, el Estado se beneficiaría ilegítimamente de bienes o servicios útiles, sin contraprestación alguna, causando como correlato el empobrecimiento del proveedor, motivado precisamente por la falta de contraprestación.

IX) La ausencia de un procedimiento regular de contratación obsta a que se apliquen al caso normas de carácter contractual. El contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo –o inexistente– por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quien prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo (Cfr. Dictámenes PTN 241:115; 247:116; 249:86 y 679; 265:105). En tal caso, queda claro que la fuente de la obligación no radicará en el contrato sino en la situación de enriquecimiento sin causa señalada.

X) La figura del “legítimo abono” no está contemplada formalmente en el plexo normativo vigente a nivel nacional, sino que resulta ser una solución basada en la equidad frente a una circunstancia que en su génesis constituye una irregularidad administrativa (v. Dictamen ONC N° 55/04), ya que se trata de la aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones, pero que frente a la efectiva prestación del servicio y/o entrega de los bienes por parte de la persona interesada, se ha dicho que resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración. Desde esa óptica, no es otra cosa que el pago ordenado para que no se produzca un enriquecimiento sin causa de la Administración, ante la comprobación de que el particular ha entregado bienes o prestado servicios que fueron recibidos de conformidad por la autoridad administrativa.

XI) Justamente, se entiende por “legítimo abono” al acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor, no existiendo contrato válido que pueda servir como fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente– pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (v. MARCHIETTI, Luciano “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho, 2005. P. 706.). Por ello, en las contrataciones apartadas del Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamento, el pago que pudiera corresponder por las prestaciones efectivamente cumplidas debe realizarse en el marco del mentado instituto del

enriquecimiento sin causa que, si bien es de carácter civilista, se aplica al derecho administrativo por analogía.

XII) Cuando la Administración contrata a través de un procedimiento no contemplado en la legislación vigente, es decir, apartándose del procedimiento previsto para la selección del cocontratante, la contratación de que se trata estará viciada de nulidad absoluta (en los términos del artículo 14 inc. a) de la Ley Nº 19.549), por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación. Dicha nulidad obsta a que el pago reclamado pueda fundarse en la contratación tal como fue realizada (Cfr. Dictámenes 251:751, entre otros).

XIII) No obstante la nulidad o eventual inexistencia del contrato, si tuvo lugar el efectivo cumplimiento de la prestación por parte del particular y su aceptación de conformidad por parte de la Administración, cobra relevancia el instituto del enriquecimiento sin causa, que permite hacer uso de la acción de restitución (*actio in rem verso*). A tales fines, deberá analizarse en cada caso si se encuentran configurados los presupuestos para proceder al pago de legítimo abono (Cfr. Dictámenes PTN 241:115, entre otros).

XIV) La viabilidad de la acción de enriquecimiento sin causa se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción *in rem verso*: 1) Enriquecimiento por parte del Estado, comprensivo de toda ventaja susceptible de apreciación pecuniaria; 2) Empobrecimiento del particular, motivado precisamente por la falta de contraprestación; 3) Relación causal entre las situaciones mencionadas en los puntos 1 y 2; esto es, correlación entre el enriquecimiento de la Administración y el empobrecimiento del particular; 4) Ausencia de causa justificante del desplazamiento patrimonial: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente. Es decir, se ha de verificar la inexistencia de un título válido o causa legal que justifique ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la otra parte; 5) Carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley– para remediar el perjuicio (la inexistencia de otra vía legal, derivada del contrato o norma que lo regule para reparar la situación de desequilibrio es una consecuencia de la subsidiariedad de la acción) (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12 y Dictámenes PTN 241:115; 247:038; 265:105; 280:107, 285:156, entre otros).

XV) Con respecto a los conceptos que deberían pagarse a través del legítimo abono ha de tenerse presente que, pese al reconocimiento de la prestación y la solución favorable para la procedencia de su pago, el monto que se abone bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir al interesado. En efecto, la teoría bajo análisis solo habilita el pago del enriquecimiento en la medida del empobrecimiento, es decir el costo del bien o el servicio y no el lucro, con lo cual quedará excluido del cómputo todo margen de ganancia o beneficio que se haya incluido en la factura.

XVI) La jurisprudencia administrativa de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sido constante en este sentido, al dictaminar reiteradamente que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento del Estado, estando por tanto

sometido siempre al límite menor (Cfr. Dictámenes PTN 238:9; 239:017; 247:116; 248:43; 249:37; 251:751; 280:107; 285:156, 303:131, entre muchos otros). De tal suerte, el pago de legítimo abono exige regular el desembolso de las facturas reclamadas observando los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa (v. IF-2017- 25289113-APN-PTN). En razón de ello, previo a disponerse el pago de suma alguna, la persona interesada deberá probar la medida del empobrecimiento como condición del derecho a repetir, debiendo presentar –a tal fin– un estudio técnico referido a su estructura de costos, que establezca únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar margen de ganancia o beneficio alguno.

XVII) Esta Oficina Nacional comparte los fundamentos y la conclusión a las que ha arribado el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, en el marco del Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO, de fecha 28 de octubre de 2019, a cuyos términos corresponde remitir. Ello así, en el entendimiento de que la medida propiciada por la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” implicaría apartarse del régimen legal vigente; el que como ya fuera dicho, impone a las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional la obligación de sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

XVIII) Para el hipotético caso en que se continúe con la práctica del legítimo abono, deberá tenerse presente que el monto que se abone a ALPHA CYGNUS S.R.L. por las prestaciones que sean reconocidas al amparo de la figura del enriquecimiento sin causa –como ya fuera dicho– no podrá comprender lucro ni ganancia alguna, sino que el eventual crédito no podrá exceder del empobrecimiento que pruebe dicha firma ni tampoco del enriquecimiento del organismo de origen, estando por tanto sometido siempre al límite menor. Asimismo, deberán iniciarse las acciones sumariales pertinentes a los funcionarios responsables, a fin de investigar los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger en razón de no haberse observado las normas propias de las contrataciones del Estado, tal como reiteradamente lo sostuvo la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, más aun considerando que en el presente caso la firma que brinda el servicio mediante legítimo abono se presentó en el proceso de selección que se presente fracasar y no resultó ser la primera en orden de mérito.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-107776372-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 4 de diciembre de 2019.

**Referencias:** Cotización total y adjudicación parcial en un procedimiento de selección.

**Antecedentes:**

- La DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL remitió a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES el expediente EX-2019-17306270- -APN-DCYCMS#MSYDS, a los efectos de pronunciarse sobre el artículo 31 del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado mediante la Disposición ONC N° 62/16.
- La DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL emitió un informe referido a la tramitación de la Licitación Pública N° 80-0004-LPU19, llevada a cabo para la adquisición de medicamentos destinados al tratamiento de la hepatitis B. Sobre el particular, formuló las siguientes aclaraciones: *“FORMA DE COTIZACIÓN: Para el renglón 34, se solicitaban de manera preliminar, y mediante el documento licitatorio obrante a orden 46 la cantidad de 144.000 unidades, previéndose en el Punto 4 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares como forma de cotización: Parcial. De ello se colige, que los oferentes podían realizar ofertas por todo o parte del renglón en cuestión. FORMA DE ADJUDICACIÓN A orden 281, durante el período de evaluación y en oportunidad de emitir los informes de su competencia, la DIRECCION DE SIDA, ENFERMEDADES DE TRANSMISION SEXUAL, HEPATITIS Y TBC decide adjudicar parcialmente el citado renglón por la cantidad de 72000 unidades por registrarse un menor consumo de este medicamento que está indicado para hepatitis B crónica, existiendo una migración de pedidos de tratamientos para hepatitis B hacia el tenofovir que cumple la misma función terapéutica. Además el tenofovir está autorizado para su uso en el embarazo para prevenir la transmisión materno infantil de Hepatitis B mientras que el entecavir no. Esto hizo una mayor demanda del tenofovir en detrimento del entecavir. Por su parte, el Art. 31 de la Disposición ONC N° 62/2016 dispone ‘La Unidad Operativa de Contrataciones proyectará el acto administrativo de finalización del procedimiento de selección, en el que se aprobará el procedimiento, y según el caso, se declarará desierto, cuando no se presentaren ofertas; y/o fracasado, cuando éstas resultaren inadmisibles o inconvenientes; y/o se dejará sin efecto el procedimiento o alguno de los renglones; o bien se adjudicará total o parcialmente. (...) En los casos en que existan cotizaciones parciales, la adjudicación podrá ser parcial, aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón.’ Ésta última oración, ha sido interpretada por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, mediante la aprobación del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales con fecha de 1° de noviembre del corriente, manifestado mediante el Art 34 del citado pliego: ‘En los casos en que se PERMITA la cotización parcial (en el pliego de bases y condiciones particulares, valga de redundancia se prevé en El Punto 4 ), la adjudicación podrá ser parcial aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón’.*

**Objeto de la consulta:** Se solicita a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES su intervención para que se expida respecto de los alcances del artículo 31 del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado mediante la Disposición ONC N° 62/16. Concretamente se consulta al Órgano Rector si resulta factible adjudicar en forma parcial un renglón cuando en el mismo no se han recibido cotizaciones parciales.

**Normativa examinada:**

- Artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 31 del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.

- Artículos 16, punto 4 y 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16.
- Punto 18 del Anexo II de la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 63/16 “REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CONTENER LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES PARTICULARES”.

### **Análisis y opinión del órgano rector:**

I) La previsión contenida en el artículo 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63/16 cuando dice: *“En los casos en que se permita la cotización parcial, la adjudicación podrá ser parcial, aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón”* no puede interpretarse en forma aislada y sin considerar lo previsto en el artículo 31 del Manual de procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16 cuando dispone: *“En los casos en que existan cotizaciones parciales, la adjudicación podrá ser parcial, aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón.”*.

II) La posibilidad que la normativa otorga al organismo contratante de adjudicar parcialmente un renglón, lo es a los fines de posibilitar la adjudicación total del mismo. Es decir, existe la posibilidad de adjudicar parcialmente, sólo en los casos en que existieran cotizaciones parciales, para que la sumatoria de las adjudicaciones parciales, permitan la adjudicación total del renglón, o bien, la adjudicación de la cantidad máxima a la que se llegue de acuerdo a las cotizaciones parciales obtenidas.

III) La normativa habilita la adjudicación parcial de un renglón, a un oferente que hubiere cotizado el total del renglón, para el caso en que el organismo propiciara en ese mismo renglón una adjudicación parcial para otro proveedor, a fin de llegar de esta forma a la cantidad total requerida en el pliego. De esta forma, el organismo contratante tiene la posibilidad, por ejemplo, de adjudicar un 20% del renglón a un oferente que hubiere cotizado ese porcentaje y cuya oferta se hubiera considerado conveniente y el 80 % restante a otro oferente de ese mismo renglón, aunque este hubiere cotizado por el total del mismo.

IV) Esa posibilidad sólo se habilita por existir la cotización parcial en ese renglón y con el objeto de adjudicar el total del renglón. Por el contrario, cuando para un mismo renglón, sólo se reciben cotizaciones totales, la adjudicación parcial deja de tener el sentido buscado por la normativa, por cuanto el organismo mediante la adjudicación a un único proveedor llegará a obtener el total solicitado.

V) La herramienta que otorga la normativa –adjudicar parcialmente–, se estaría utilizando para otros fines, y para los cuales el régimen de contrataciones brinda otras soluciones, como por ejemplo, la posibilidad de realizar una disminución del contrato o bien la posibilidad de dejar sin efecto renglones o en su caso rescindir parcialmente el contrato por razones de interés público (es decir, sin culpa del proveedor).

VI) La previsión contenida en el artículo 34 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63/16 cuando dice *“En los casos en que se permita la cotización parcial, la adjudicación podrá ser parcial, aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón”* no puede interpretarse en forma aislada y sin considerar lo previsto en el artículo 31 del Manual de procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16 cuando dispone: *“En los casos en que existan cotizaciones parciales, la adjudicación podrá ser parcial, aun cuando el oferente hubiere cotizado por el total de la cantidad solicitada para cada renglón.”*

VII) La normativa habilita la adjudicación parcial de un renglón a un oferente que hubiere cotizado el total del mismo, para el caso en que el organismo propiciara, en ese mismo renglón, una adjudicación parcial a otro proveedor que hubiere cotizado parcialmente, a fin de llegar de esta forma a la cantidad total requerida en el pliego, o bien, a la máxima cantidad posible de acuerdo a las cotizaciones obtenidas.

## **Dictamen ONC N° IF-2019-107778736-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 4 de diciembre de 2019.

**Referencias/voces:** Contrataciones interadministrativas. Perfeccionamiento del vínculo.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 1° de noviembre de 2018 se celebró un convenio interadministrativo entre el MINISTERIO DE DEFENSA y la EMPRESA ARGENTINA DE SOLUCIONES SATELITALES SOCIEDAD ANONIMA - ARSAT, en los términos del artículo 25, inciso d) apartado 8) del Decreto Delegado 1023/01 y del artículo 22 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16, para la prestación de: *“...Servicios de Telecomunicaciones para brindar conectividad satelital y acceso a internet a las bases antárticas, Base Orcadas (ARA), Base Esperanza, Base San Martín y Base Belgrano 2 (EA) y Base Marambio (FAA)...”*.
- Luego, mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE GESTIÓN PRESUPUESTARIA Y CONTROL del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2018-29-APN-SGPYC#MD, de fecha 5 de diciembre de 2018, se aprobó lo actuado en el Proceso de Compra N° 340/1-0039-CDI18 y el Convenio Interadministrativo suscripto con la firma EMPRESA ARGENTINA DE SOLUCIONES SATELITALES S.A. –AR-SAT (CONVE-2018-62998365-APN-DGD#MD) con el objeto de contratar el “SERVICIO DE COMUNICACIONES SATELITALES PARA LAS BASES ANTÁRTICAS – CAV 2018/2019”, por un monto total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CON 00/100 (USD 571.200,00).

- Ello así, tomo intervención el COMANDO CONJUNTO ANTÁRTICO del ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS y solicitó la revocación del convenio interadministrativo de que se trata, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, sustentadas en: *“...un cambio en las ‘circunstancias de hecho’, operado con ‘posterioridad’ a la suscripción del Convenio y el acto administrativo que adjudicó la contratación con la firma ‘EMPRESA ARGENTINA DE SOLUCIONES SATELITALES S.A. – AR-SAT’.* Luego, la instancia mencionada anteriormente agregó: *“...ampliando lo expresado en la Nota Nro NO-2019-50986547-APN-COCOANTAR#EMCO de fecha 31 de mayo de 2019, cabe mencionar que, con posterioridad a la aprobación del Convenio Interadministrativo mencionado, y previo a la emisión de la Orden de Compra respectiva, esta Unidad Requirente fue afectada por importantes restricciones presupuestarias. La falta de disponibilidad de crédito y cuota presupuestaria imposibilitó le emisión de la Orden de Compra respectiva, razón por la cual no se ha perfeccionado el contrato. En virtud de lo expuesto solicito que, mediante los conductos que se estimen corresponder, se proceda a dejar sin efecto el procedimiento de Contratación Directa Interadministrativa Nro 39/18, considerando lo establecido por el Artículo 20 último párrafo del Decreto 1023/2001 - “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” y Artículo 75 del Decreto 1030/2016 – “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”.*
- Finalmente, mediante el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA N° IF-2019-95584676-APN-DGAJ#MD, de fecha 23 de octubre de 2019, la referida instancia letrada efectuó -entre otras- la siguiente consideración: *“...es necesario dilucidar dos cuestiones relevantes desde un punto de vista jurídico: a saber, por una parte, el momento en que se perfecciona el contrato y si, en el caso, tal situación operó; por otra parte, el curso de acción que debería seguirse en función de la información expuesta por el área requirente (informes del COCOANTAR).*

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que: *“...dé su interpretación del Régimen en cuanto al perfeccionamiento del contrato. Específicamente, cuándo debe operar con la emisión de la Orden de Compra y cuándo con la firma del contrato.”.*

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 75 y 76 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1.030/16.
- Disposición N° 62/16.
- Artículos 49 y 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición N° 62/16.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

l) Al regularse –por ejemplo– los trámites correspondientes a las causales de contratación directa por monto, especialidad, exclusividad, por licitación o concurso desierto o fracasado, urgencia, emergencia, desarme, traslado o examen previo y con efectores de desarrollo local y economía social, los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57 y 60 del Manual de procedimiento culminan en cada caso aclarando que, luego del acto administrativo de finalización del procedimiento, el mismo: *“...continuará de acuerdo al procedimiento básico.”.* Es decir que, en todos esos procedimientos de selección singulares que han sido mencionados, una vez dictada la adjudicación, resultarán

aplicables las normas generales sobre perfeccionamiento del contrato (Cfr. IF-2019-68549571-APN-ONC#JGM).

II) Nótese, en contraste, que dicha directiva no se encuentra contemplada en el artículo 58 previamente transcrito, circunstancia que encuentra explicación en lo sostenido por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, con respecto a que la vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395). De tal modo, no caben dudas en cuanto a que el trámite de la adjudicación simple interadministrativa receptado en el artículo 58, previamente transcrito, no contempla la emisión y posterior notificación de una orden de compra – como requisito para perfeccionar el acuerdo de voluntades –, no por considerarlo innecesario, sino porque ello sería lisa y llanamente improcedente, en razón de la singular naturaleza que reviste esta clase de vinculación entre jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado.

III) Consecuentemente, queda claro que para el supuesto de las contrataciones interadministrativas – como la de marras – los convenios se perfeccionan en oportunidad de ser suscriptos por las autoridades competentes de ambas partes intervinientes; es decir, por la autoridad competente para adjudicar y por la autoridad que fuera competente de la contraparte que reviste naturaleza pública.

## **Dictamen ONC Nº IF-2019-107806226-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 4 de diciembre de 2019.

**Referencias/voces:** Acto administrativo de autorización / Error del encuadre legal.

**Antecedentes:** En el caso, se dictó el acto administrativo de autorización de la convocatoria y elección del procedimiento por autoridad competente, pero se consignó en forma errónea el encuadre legal del procedimiento de selección.

En tal sentido, el artículo 1º de la Disposición DI-2019-485-APN-DGA#SGP estableció: *“Autorízase el procedimiento de selección del contratista mediante Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N° 23-0028-CDI19, con el objeto de provisionar de agua destilada, cloro en estado líquido, alguicida y regulador de ph, destinados al lavadero, servicios generales, espejos de agua, piscina y lago de la Residencia Presidencial de Olivos, sito en Carlos Villate 1000, Olivos, Provincia de Buenos Aires, por DOCE (12) meses o agotamiento de las cantidades establecidas en la Orden de Compra,*

*lo que ocurra primero, conforme lo establecido en los artículos 25 inciso c) y 26 inciso a) apartado 1 e inciso b) apartado 1, del “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios y los artículos 12, 13 25 inciso c) y 27 inciso b) del “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, aprobado por Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias.”.*

Como puede advertirse, mediante la Disposición N° DI-2019-485-APN-DGA#SGP se autorizó el procedimiento de Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N° 23-0028-CDI19, pero el encuadre legal consignado corresponde a una licitación o a un concurso privado, de etapa única, nacional, y con modalidad orden de compra abierta.

Consulta: Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a efectos de que emita opinión sobre cómo se debería proceder en el presente caso, en que el encuadre jurídico consignado en el acto administrativo de autorización del llamado fue erróneo.

La cuestión a dilucidar consistía en determinar si se había incurrido en una irregularidad o vicio menor –entendiendo por tal a aquel que no llega a impedir la existencia de alguno de los elementos o requisitos esenciales del acto– susceptible de ser saneado o si, por el contrario, cabía calificarlo de vicio grave que torna al acto administrativo como nulo, de nulidad absoluta e insanable.

#### **Normativa examinada:**

- Artículos 11, inciso b), 25 inciso c) y 26, inciso a), apartado 1° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 9°, 12, 13, 25 y 27 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Art. 19, inc. b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) De las constancias obrantes en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "COMPR.AR" se desprende que el procedimiento fue encuadrado como contratación directa, asignándosele el número de proceso 23-0028-CDI19, y de la información básica del proceso se observa que la modalidad consignada es la de orden de compra abierta y el encuadre jurídico es el que corresponde a una contratación directa por monto. Por su parte, del cronograma del proceso surge que el plazo de antelación otorgado excede tanto el que establece la normativa vigente para los procedimientos de contratación directa por monto, como para los de licitación o concurso privado, mientras que las invitaciones realizadas exceden con creces el número mínimo obligatorio que la normativa fija para cualquiera de los procedimientos citados.

II) En principio se entiende que podría tratarse de un defecto sustancial, por cuanto el error se produjo en un dato que forma parte integrante de la etapa de convocatoria del procedimiento.

III) No obstante lo expuesto, cabe señalar que lo que corresponde interpretar en el presente caso es si existe la posibilidad de sanear el error mediante el mecanismo previsto en el art. 19, inc. b) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549. En tal sentido, se entiende que corresponde a los servicios jurídicos interpretar tanto la Ley de Procedimiento Administrativo como su reglamento, no siendo esta Oficina Nacional el organismo competente para interpretar el régimen aludido.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-03371860-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 15 de enero de 2020.

**Referencias/voces:** Impugnación al Pliego Único de Bases y Condiciones Generales / Reclamo impropio / Habilidad para contratar / Elegibilidad / Pautas para la inelegibilidad / Principio de razonabilidad / Principios de concurrencia y competencia / Ética / Eficiencia.

### **Antecedentes:**

- La firma LOMAS DEL SOL S.R.L. interpuso un reclamo impropio contra el artículo 24 del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS) aprobado por el artículo 2º de la Resolución N° RESOL-2019-215-APNSCO#MSYDS, el cual fue rechazado por Resolución de la entonces SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2019-323-APN-SCO#MSYDS, de fecha 28 de agosto de 2019.
- Siendo ello así, se requirió la intervención de esta Oficina Nacional en virtud de la impugnación subsidiaria –en los términos del artículo 24 inciso a) de la Ley N° 19.549– de lo dispuesto en el inciso g) del artículo 27 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en virtud de la impugnación al artículo 27 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales – aprobado por Disposición ONC N° 63/16–, efectuada por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L., en el marco de la Licitación Pública N° 95-0024-LPU1 del registro del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL (actual MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL).

Ello, a fin de dar trámite al reclamo impropio incoado contra el aludido acto general de naturaleza reglamentaria, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y los artículos 73 y 75 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017).

### Normativa examinada:

- Inciso a) del artículo 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.
- Artículos 73 y 75 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017).
- Artículos 3º, 16, *in fine*, 28 y 29 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 68, inc. g) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 27 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –aprobado por Disposición ONC N° 63/16.

### Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Se ha señalado jurisprudencialmente que los pliegos de cláusulas generales tienen naturaleza reglamentaria (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 22 de diciembre de 1993 en la causa "ESPACIO SA v. FERROCARRILES ARGENTINOS s/ cobro de pesos", Fallos, 3162:3157); de allí que la impugnación de dichos pliegos deba articularse a través del denominado "reclamo impropio" que contempla el art. 24, inc. a), Ley N° 19.549, o en su caso a través de las vías recursivas contra los eventuales actos particulares de aplicación.

II) En tanto el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales es un acto general de naturaleza reglamentaria –integra el ordenamiento jurídico– que fue aprobado por Disposición ONC N° 63/16, esta Oficina Nacional sería *a priori* el órgano competente para resolver el reclamo impropio incoado contra el inciso g) del artículo 27 de la norma referida. Sin perjuicio de ello, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha admitido que en determinadas circunstancias y si lo estimare conveniente, el PODER EJECUTIVO NACIONAL bien puede avocarse al conocimiento de la cuestión planteada y resolver en forma definitiva (v. Dictámenes PTN 192:28). Tomando en consideración esto último y, fundamentalmente, que el precepto normativo impugnado del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales –inciso g) del artículo 27– es sustancialmente análogo o, más aún, no hace más que reproducir lo regulado en el inciso g) del artículo 68 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (que ha sido simultáneamente cuestionado junto con el Pliego Único), esta Oficina es de la opinión que correspondería al PODER EJECUTIVO NACIONAL, de estimarlo oportuno y conveniente, resolver el reclamo impropio incoado contra ambas normas, en tanto máxima autoridad jerárquica y, a su vez, órgano emisor del Decreto N° 1030/16.

III) A la luz de la normativa actualmente vigente, no es dable confundir la inhabilidad de un determinado oferente para contratar con la Administración Nacional, el régimen de penalidades y sanciones del que podrán ser pasibles oferentes o cocontratantes frente a determinados incumplimientos, con la condición de inelegible que pueda revestir una persona humana o jurídica, aun cuando –eventualmente– puedan acarrear similares consecuencias prácticas.

IV) La habilidad para contratar se rige por lo establecido en los artículos 27 y 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 y se resume en los siguientes requisitos: 1) Ser una persona humana o jurídica con

capacidad para obligarse; 2) Encontrarse preinscripta 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 en oportunidad de emitirse el dictamen de evaluación (v. Comunicación General ONC N° 63/17) y 3) No estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 28 (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2018-01958585-APNONC#MM).

V) Entre las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 únicamente la primera de ellas se refiere a las personas que se encontraren sancionadas por este Órgano Rector (v. inciso a), a partir de lo cual es posible colegir que determinadas sanciones (v.g. suspensiones) acarrearán la inhabilidad para contratar con el Estado Nacional, pero no todas (el apercibimiento, por caso, no conlleva *per se* una inhabilidad para contratar).

VI) El régimen perfilado por el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones: la aplicación de penalidades –que son únicamente las siguientes: pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato, multas y rescisiones contractuales por culpa del proveedor– 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, las cuales exhiben una finalidad punitiva, es una prerrogativa exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, de acuerdo con lo establecido en el inciso a) del artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01 y en el inciso i) del artículo 115 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.

VII) El ordenamiento jurídico vigente en materia de contrataciones públicas de bienes y servicios a nivel nacional contempla: “...*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...*” (v. BALBIN, Carlos F., “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 -596).

VIII) A los fines de facilitar su conocimiento por parte de interesados y oferentes, la causal de inelegibilidad prevista en el inciso g) del artículo 68 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 fue reproducida en forma literal en el artículo 27 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16.

IX) Los supuestos de inelegibilidad positivizan y singularizan exigencias de la ética de la contratación estatal que, en su mayoría, no pueden ser determinadas en abstracto, sino a la luz de las circunstancias concretas que enmarcan el caso.

X) Asimismo, se ha reparado en que: “...*El artículo [16 del Decreto Delegado N° 1023/01] obedece a la siguiente lógica: la Administración Pública procura seleccionar al contratista que se presente como la opción más favorable, en tanto éste presenta la oferta más conveniente. Previamente, y*

*como parte del procedimiento de selección, se debe recabar toda información útil sobre los oferentes, requiriendo de ellos el cumplimiento de ciertos requisitos formales (...). Esta información permitirá, entonces, en forma paralela a la evaluación sobre las calidades técnicas y económicas de la oferta en sí, analizar la capacidad y confiabilidad del oferente. Ante ello, se podrán descartar aquellos oferentes con los cuales, o bien se han tenido malas experiencias en contrataciones previas, o bien no cumplen con la suficiente idoneidad técnica...” (v. CORMICK, Martín en REJTMAN FARAH, Mario (Director). *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*. 1era. Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012. Pág. 170 y ss).*

XI) Asiste razón al servicio jurídico preopinante al remarcar, ante todo, que tanto la cláusula 24 del pliego de bases y condiciones particulares de la Licitación Pública N° 95-0024-LPU19 como así también el inciso g) del artículo 27 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales encuentran su fundamento en el criterio de elegibilidad del artículo 16 *in fine* del Decreto N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios, reglamentado por el artículo 68 inciso g) del Anexo al Decreto N° 1030/16 y no en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto Delegado N° 1023/01.

XII) El tema traído a estudio se incardina dentro de las denominadas “pautas para la inelegibilidad” y no en las causales de inhabilidad para contratar, así como tampoco guarda vinculación directa con el régimen sancionatorio, como parece confundir la reclamante; con lo cual, mal puede afirmarse que los preceptos normativos impugnados por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contrariarían o bien desnaturalizan lo establecido en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto N° 1023/01. Por el contrario, la posibilidad de incluir en los pliegos particulares una cláusula que tome en consideración incumplimientos anteriores con miras a permitir la desestimación por inelegibles de aquellos proveedores que revistan determinados antecedentes negativos –en la medida en que dicha restricción sea objetiva, razonable y adecuada al fin perseguido– ha de reputarse habilitada por el plexo normativo vigente y se complementa con el régimen de habilidad para contratar, en pos de permitir al Estado Nacional seleccionar la oferta más conveniente en términos, no sólo de precio y calidad del bien y/o servicio, sino también de idoneidad ética del oferente y del aseguramiento de la concreta, eficaz, eficiente y oportuna satisfacción del interés público comprometido que, a no dudarlo, es el fin último de toda contratación administrativa.

XIII) Así lo ha entendido este Órgano Rector en el Dictamen ONC N° 564/10 donde se hizo especial hincapié en que: *“...el artículo 16 del Decreto N° 1023/01 permite al organismo incluir como criterio para evaluación de las ofertas a la información contenida en bases de datos de otros organismos públicos. Se establece por tanto que si el oferente incurrió en reiterados incumplimientos en sus obligaciones, ello podría configurar una causa válida de desestimación de la oferta en las condiciones que establezca la reglamentación (...) En virtud de lo expuesto, esta Oficina Nacional de Contrataciones concluye que si el organismo contratante hubiese determinado en el pliego particular que para evaluar la idoneidad del oferente se considerarán sus incumplimientos como un antecedente negativo (...) el organismo podrá desestimar la oferta en los términos del artículo 16 del Decreto N° 1023/01...”*

XIV) Toda actividad estatal debe no solamente ser legal sino también razonable, de donde se desprende que el mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en el procedimiento de selección no podrá conllevar una decisión irrazonable (Cfr. CASSAGNE, Juan

Carlos. *El Contrato Administrativo*. Tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009. Pág. 59.)

XV) El principio de razonabilidad –receptado en el artículo 3º del Decreto Delegado N° 1023/01– obliga a la Administración a que exista una relación proporcional entre los medios utilizados y el fin buscado, que en todos los casos será satisfacer la necesidad que dio origen al procedimiento bajo el mandato del artículo 1º del Decreto Delegado N° 1023/01. Justamente, esta Oficina Nacional ha tenido oportunidad de recordar que: “...*Tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello, 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 N° 492/09). De ahí que la garantía de razonabilidad, que deriva del artículo 28 de la Constitución Nacional, opera, por una parte, como dique de contención al proscribir excesos y/o exigencias arbitrarias en los pliegos particulares y, por otra parte, legitima las medidas que cuentan con una adecuada y suficiente fundamentación por parte de los órganos competentes.

XVI) En todos los casos, la legitimidad de dichas cláusulas quedará supeditada a la razonabilidad de sus alcances y fundamentos, tomando en consideración, por ejemplo, su adecuación en relación con la criticidad del objeto contractual, la relevancia de la necesidad pública que la contratación tiende a satisfacer, la clara determinación de los incumplimientos que serán considerados –y, eventualmente, la delimitación de un límite temporal–, junto con sus consecuencias, etc. Así, por caso, en el Dictamen ONC N° 32/15 se indicó que: “...*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 desestimaré la oferta...*”.

XVII) La razonabilidad como principio, representa un “concepto jurídico indeterminado”, es decir, un concepto amplio cuyo significado preciso se determina caso por caso (Cfr. NIELSEN, Federico. “*La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa*” en “*Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*”. Ediciones RAP. Año 2007. Pág. 567).

XVIII) Este Órgano Rector comparte las conclusiones expuestas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del organismo de origen en su Dictamen N° IF-2019-75210197-APN-DGAJMDS#MSYD, de fecha 21 de agosto de 2019, especialmente en cuanto concierne a que el artículo 16, *in fine*, del Decreto Delegado N° 1023/01 establece que se desestimarán, con causa, las presentaciones u ofertas de aquellas personas humanas o jurídicas que exhiban reiterados “incumplimientos” de sus obligaciones; es decir, no sólo no exige la firmeza de tales incumplimientos, sino que ni siquiera circunscribe su aplicación –entre el universo de posibles incumplimientos– a los actos que configuren en sentido estricto “penalidades” y/o “sanciones”, clasificación utilizada por la propia norma en su artículo 29, con lo cual la interpretación amplia sustentada por el organismo de origen se presenta como la más razonable, desde que no cabe atribuir al legislador inconsistencia o falta de previsión (conf. Dictámenes PTN 213:209).

XIX) Si el artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 habilita la posibilidad de desestimar “...*las presentaciones u ofertas de aquellas [personas humanas o jurídicas] que exhiban reiterados incumplimientos de sus obligaciones, en las condiciones que establezca la reglamentación...*” sin fijar restricciones ni exigir la firmeza de tales antecedentes –como sí lo exige la propia norma en el caso de las penalidades–, no corresponde al intérprete hacerlo.

XX) La interpretación propiciada, lejos de desnaturalizar el contenido o espíritu del artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01, se ajusta a su recto sentido, y en nada afecta al principio de presunción de inocencia, en la medida en que –como ya se explicara– la cuestión no se incardina en el ámbito del derecho administrativo sancionador, donde dicho principio de raigambre constitucional cobra un rol sustancial, sino en el terreno de la elegibilidad, instituto que no implica una manifestación del *ius puniendi*, en tanto no persigue una finalidad punitiva sino la satisfacción del interés público que subyace a toda contratación administrativa, bajo pautas de idoneidad ética del cocontratante estatal, eficacia y eficiencia. Tan es así que de la mera lectura del artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 se desprende que –en términos generales– las desestimaciones de ofertas no son *stricto sensu* penalidades.

XXI) Por penalidades solo pueden entenderse las previstas en el inciso a) del artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 y por sanciones las contempladas en el inciso b. Por tanto, la desestimación de una oferta en un procedimiento de selección con sustento en una cláusula del pliego particular que prevea dicha consecuencia cuando se verifiquen determinados incumplimientos anteriores no constituye una penalidad ni mucho menos una sanción, es decir, no es una pena en sentido lato, sino un antecedente que eventualmente podrá dar lugar a una sanción (v. art. 106, inciso b) apartado 2° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16), siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Comunicación General ONC N° 130/19, entre los cuales sí se encuentra prevista la firmeza de dicho acto en sede administrativa, como condición previa para que el Órgano Rector pueda ejercer su competencia sancionatoria, en concordancia con lo dispuesto en el aludido artículo 29, *in fine*, del Decreto Delegado N° 1023/01.

XXII) La ética como instrumento de desarrollo social reclama el respeto por los procedimientos, pero también el interés por los resultados y consecuencias de la actividad administrativa, con el claro objetivo del logro de los intereses colectivos (RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Ábaco. 1° Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2013. Págs. 59/60). De ahí que cláusulas como la contemplada en el artículo 24 del pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS se presenten *a priori* como idóneas a la hora de evitar las perniciosas consecuencias descriptas por la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL en su Informe N° IF-2019-70312011-APN-SSCAMDS#MSYDS, de fecha 7 de agosto de 2019; máxime cuando se trata de contrataciones sensibles, como ciertamente lo es la adquisición de alimentos para cubrir las necesidades básicas de sectores vulnerables de la población.

XXIII) En cuanto a los principios generales que informan las contrataciones públicas, entre los que se encuentran los de concurrencia y competencia, este Órgano Rector sostuvo en un pretérito pronunciamiento que: “...*estos principios -en este caso el de eficiencia, concurrencia, e igualdad- no son absolutos ni rigen en forma excluyente: no podría admitirse la aplicación irrestricta de un principio frente a la afectación grave de otro de ellos. Al interrelacionarse entre sí estos mandatos rigen en forma complementaria y es deber del ente administrativo lograr un justo equilibrio que permita el cumplimiento armónico de estas directrices.*” (Dictamen ONC N° 602/10). En efecto, en opinión de esta Oficina 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 (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. ).

XXIV) Los principios de concurrencia de interesados y competencia entre oferentes se entrelazan y deben armonizarse –entre otros– con los principios de razonabilidad, ética, eficacia y eficiencia (v. artículos 1º y 3º del Decreto Delegado N° 1023/01 y Considerandos del Decreto N° 1030/16), así como también con el criterio de selección de la oferta más conveniente, plasmado en el artículo 15 del Decreto Delegado N° 1023/01, de donde surge explícitamente que deberá tenerse en cuenta no sólo precio y la calidad del bien o servicio, sino además la idoneidad del oferente, lo cual resulta comprensivo de su idoneidad ética, sus antecedentes previos, etc., con las modulaciones propias que amerite cada contratación, reflejadas en los pliegos de bases y condiciones particulares.

XXV) Una exégesis armónica y equilibrada de los principios en juego 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.

XXVI) A nadie escapa la enorme trascendencia que reviste el principio de concurrencia en los procedimientos de selección competitivos, pero ello no implica que sea un valor absoluto en sí mismo sino, por el contrario, en la medida en que coadyuve a la obtención de la propuesta más conveniente para la satisfacción del interés público. Desde esa atalaya difícilmente pueda sostenerse, sería y razonablemente, que la oferta más conveniente –bajo el prisma de los principios de ética, eficacia y eficiencia de la contratación– puede surgir entre oferentes que presentan una foja de servicio teñida de incumplimientos recientes. O dicho en los términos en que se expidiera la DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS JURÍDICOS del organismo de origen: “*De nada sirve recibir ofertas de oferentes con un historial de incumplimientos, toda vez que se podría ver afectado el fin último de la licitación, esto es, la adquisición de un bien o servicio por parte de la*

*Administración para atender a la satisfacción del interés público.*”.

XXVII) En esta misma línea de pensamiento se ha pronunciado autorizada doctrina, al poner de relieve que: “...*en la valoración social, política, práctica y también de la Administración Pública como parte de la estructura de los Poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y de la eficacia. De aquella se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo, resuelva los problemas sociales, es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, una obra, cabalmente pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el*

*problema de que se trate. Surge así la efectividad o, si se prefiere, el éxito como criterio de legitimidad de la Administración Pública” (PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración – Tres Estudios, Madrid, MAP-INAP, 1995. Pág. 89). Por su parte, esta Oficina ha señalado en su momento que: “Lamentablemente, la eficiencia no ha sido asimilada aún como pauta que integra una noción más amplia de la juridicidad o razonabilidad de la contratación. No obstante ello, la eficiencia impone en cabeza de los órganos intervinientes en la contratación una verdadera obligación de resultados...” (Dictamen ONC N° 995/12).*

XXVIII) En suma, pese a los esfuerzos de la reclamante, su argumentación, sólo demuestra su discrepancia con la reglamentación vigente, pero ello no implica que ésta configure un exceso reglamentario que la torne ilegítima.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-03606084-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 16 de enero de 2020.

**Referencias/voces:** Prórroga del contrato.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Resolución del entonces MINISTERIO DE HACIENDA N° RESOL-2018-62-APN-MHA, de fecha 15 de febrero de 2018, se autorizó la Licitación Pública de Etapa Múltiple Nacional N° 34-0002-LPU18, para la contratación del servicio de limpieza integral a ser prestado en diversos edificios de esa cartera ministerial y se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2018- 04467737-APN-DGA#MHA).
- En las cláusulas 13.1 y 13.2 del pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2018-04467737-APN-DGA#MHA se estableció lo siguiente: “...13.1.- **VIGENCIA:** El plazo de vigencia será por el término de doce (12) meses con opción a prórroga por hasta doce (12) meses más. 13.2.- **INICIO DE LAS PRESTACIONES:** Al iniciar la prestación del servicio en cuestión, se suscribirá y rubricará un (1) Acta de Inicio de Servicio, a fin de registrar y acreditar su comienzo. La suscripción de esta última deberá ser realizada dentro del plazo de sesenta (60) días corridos de recepcionada la Orden de Compra entre la Dirección Técnica Operativa y un Representante de la Cocontratante con poder suficiente a tal efecto...”.
- En la cláusula 13.3 del aludido pliego se estipuló lo siguiente: “...**USO DE LA FACULTAD DE PRÓRROGA:** El uso de la opción a prórroga será facultad exclusiva del Ministerio. En el caso de ejercerla, el Ministerio comunicará con un plazo de treinta (30) días corridos de anticipación a la finalización inicial del contrato, mediante alguno de los medios enumerados en el artículo 7° del decreto 1030/2016, su voluntad al contratante. En tal caso, el precio del contrato podrá ser adecuado tomando en consideración la incidencia asignada por el oferente a cada uno de los rubros que integran su estructura de costos (...) y la variación anual de los índices respectivos (...) Para calcular esa variación se utilizarán los valores de los índices correspondientes a dos

*(2) meses antes del Acta de Inicio de Servicio y a dos (2) meses antes de la finalización del contrato original.”*

- Las Órdenes de Compra Nros. 34-1091-OC18 y 34-1092-OC18 fueron difundidas a través del Portal “COMPR.AR” el día 14 de diciembre de 2018, con lo cual los respectivos contratos deben reputarse perfeccionados el día hábil siguiente, es decir, el día 17 de diciembre de 2018.
- De conformidad con lo informado por el organismo de origen, el comienzo de la prestación efectiva de los servicios adjudicados tuvo lugar –en ambos casos– el día 2 de enero de 2019.
- El día 2 de octubre de 2019 la unidad requirente (UR) solicitó a la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) la prórroga de los servicios oportunamente contratados mediante Orden de Compra N° 34-1091-OC18, mientras que con fecha 6 de noviembre de 2019 efectuó un pedido análogo en relación con los servicios contratados por Orden de Compra N° 34-1092-OC18.
- El día 6 de noviembre de 2019 se notificó a UADEL S.R.L. la sustanciación del trámite correspondiente a la prórroga de la Orden de Compra N° 34-1092-OC18, mientras que el día 7 de noviembre de 2019 se notificó a LIMPIOLUX S.A. la tramitación de la prórroga relativa a la Orden de Compra N° 34-1091-OC18. Luego: *“...Las respuestas de Limpiolux S.A. y Uadel S.R.L. recién se presentaron, el 4/12/2019 la de la primera empresa y el 09/12/2019 la de la segunda (...) requiriendo, en ambas presentaciones, un aumento del precio que supera el 80% del precio de adjudicación.”*
- El 27 de diciembre de 2019 la DIRECCIÓN TÉCNICA OPERATIVA del MINISTERIO DE ECONOMÍA efectuó un análisis técnico de los incrementos solicitados y con fecha 30 de diciembre de 2019 se cursaron a las firmas UADEL S.R.L. y LIMPIOLUX S.A. propuestas de incremento –sustancialmente menores a los solicitados–, las que fueron aceptadas en esa misma fecha.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en el marco de la Licitación Pública de Etapa Múltiple Nacional N° 34-0002-LPU18 del registro del MINISTERIO DE ECONOMÍA, a efectos de que emita opinión sobre la posibilidad de prorrogar los contratos celebrados con las empresas LIMPIOLUX S.A. y UADEL S.R.L. mediante las Órdenes de Compra Nros. 34-1091-OC18 y 34-1092-OC18, para la prestación de servicios de limpieza en diversos edificios que componen esa cartera ministerial, tomando en consideración que: *“...los servicios comenzaron a ser prestados en ambos casos el 2 de enero de 2019 (...) encontrándose a la fecha vencido y sin que a la fecha se haya podido emitir el acto administrativo de prórroga de la contratación y sus respectivos perfeccionamientos, a pesar de haber iniciado las gestiones con anticipación al vencimiento...”*

Siendo ello así, correspondía dilucidar si resultaba jurídicamente viable, en este caso, proseguir con las prórrogas proyectadas, aun con posterioridad al vencimiento de la vigencia de las órdenes de compra originales.

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 12, inciso g) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 100, inciso b) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) En un dictamen reciente este Órgano Rector señaló que: *“...una interpretación armónica de las normas receptadas tanto en el Decreto Delegado N° 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: I) Debe tratarse de un contrato de prestación de servicios o bien de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo. II) La opción de prórroga debe hallarse prevista en el pliego de bases y condiciones particulares. III) 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. IV) 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. V) En principio, la prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, corresponderá a la jurisdicción o entidad contratante realizar una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. VI) 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 N° 1023/01...”* (v. Dictamen ONC N° IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM).

II) Corresponde computar la vigencia de los contratos originales desde el 2 de enero de 2019 hasta el 2 de enero de 2020, circunstancia de la cual se desprende que las Órdenes de Compra Nros. 34-1091-OC18 y 34-1092-OC18 vencieron antes de que sean emitidas y notificadas las respectivas Órdenes de Compra de prórroga. En efecto, el límite temporal, contemplado en el artículo 100 inciso b) apartado 5 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, expiró el día 2 de enero de 2020, al culminar el término original de DOCE (12) meses de duración de los contratos bajo análisis.

III) Resulta útil tener presente el criterio adoptado en el marco del Dictamen ONC N° 742/11, oportunidad en la que este Órgano Rector entendió que deben contemplarse las particularidades que puedan presentarse en cada caso concreto, con el objeto de no incurrir en un exceso de formalismo y, bajo tal prisma, concluyó que no resultaba razonable dejar de lado la posibilidad de la prórroga de un contrato, donde el organismo contratante había cumplido los pasos previstos por la normativa vigente para llevar a buen término la medida solicitada *“...pero que no pudo finalizarlos en tiempo oportuno por motivos originados en decisiones políticas y burocráticas ajenas a su gestión procedimental...”*. Para así opinar, en el citado precedente se tomó especialmente en consideración que: *“...el organismo consultante inició formalmente el proceso tendiente a dictar el acto administrativo que prorroga el contrato (...) poco más de CUATRO (4) meses antes del vencimiento de la vigencia de la orden de compra (...) luego de haber obtenido dictámenes e informes favorables, tanto jurídicos como presupuestarios, se producen cambios en el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD y Derechos Humanos produciendo la creación del MINISTERIO DE SEGURIDAD y cambios a nivel de autoridades en el ámbito de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, lo que generó demoras propias de la lógica burocrática del aparato estatal (...) En tercer lugar, el proveedor en nota del 29 de junio de 2011 ratifica su aceptación de la prórroga contractual, instada por el organismo consultante...”*.

IV) De igual modo, en el Dictamen ONC N° 205/13 se admitió la posibilidad de proseguir con el trámite de la prórroga, pese a haberse agotado en forma previa el contrato original, tomando en consideración: *“...que el organismo consultante actuó con diligencia al impulsar la prórroga antes del vencimiento del contrato (...) poco más de TRES (3) meses antes del vencimiento de la vigencia de la orden de compra...”* y haciendo especial hincapié en que: *“...la prórroga propiciada por el organismo de origen resulta razonable en la medida en que cumple con las reglas de eficacia y eficiencia, y se constituye en el mejor medio posible para el caso concreto. La alternativa sería iniciar un nuevo procedimiento tendiente a contratar un servicio que, por cuestiones burocráticas –propias de la tramitación de un proyecto de decisión administrativa– no pudo llevarse a término en tiempo y forma, con el ingente dispendio de tiempo y recursos humanos y económicos que implica llevar adelante un procedimiento como el requerido para la contratación de marras.”*

V) En esta línea de pensamiento, debe ponderarse que el organismo consultante actuó con diligencia al impulsar las prórrogas con adecuada antelación al vencimiento de los respectivos contratos, habiendo obtenido la conformidad de los cocontratantes luego de sustanciar el trámite de adecuación de precios contemplado en el artículo 100 inciso b) apartado 4 *in fine* del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. Justamente, dicho procedimiento permitió que los proveedores brinden su conformidad.

VI) Este Órgano Rector entiende que deben contemplarse las particularidades que puedan presentarse en cada caso concreto, con el objeto de no incurrir en un excesivo formalismo. De ahí que no resulte razonable pasar por alto que la unidad requirente impulsó los trámites de las prórrogas con adecuada antelación al vencimiento de los contratos que se encontraban en curso, con lo cual, a la luz de los principios generales de razonabilidad, eficacia y eficiencia, no se advierten reparos que oponer a la prosecución del trámite. Máxime si se repara en que, tal como fuera expuesto por la DIRECCIÓN TÉCNICA OPERATIVA del MINISTERIO DE ECONOMÍA: *“...La alternativa de iniciar un nuevo procedimiento administrativo a fin de contratar un nuevo servicio que, por cuestiones propias de la tramitación de un proyecto de la magnitud del requerido en la contratación de marras, no se formalizaría hasta dentro de un plazo de 6 a 8 meses, significaría un dispendio de tiempo, recursos humanos y económicos, colocando a la Administración durante el tiempo que demore la hipotética nueva contratación, en un régimen de pago por legítimo abono o reconocimiento del gasto...”* (v. IF-2020-01375559-APN-DTO#MHA).

VII) A lo expuesto, cabe agregar lo indicado en el Informe de la SUBSECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN Y NORMALIZACIÓN PATRIMONIAL del MINISTERIO DE ECONOMÍA N° IF-2020-01387309-APNSSADYNP# MHA, de fecha 7 de enero de 2020, en donde se puso de manifiesto que *“... el cambio de autoridades que sucederían unos días después de las respuestas, lo que conlleva necesariamente, como es de sentido común, a una puesta en conocimiento de lo actuado a los nuevos funcionarios encargados de la gestión administrativa del Ministerio de Economía...”*, destacando asimismo que: *“Debe agregarse a esta situación, aunque es de público y notorio, que con el fin del Ejercicio 2019, había caducado el presupuesto para ese Ejercicio y no fue sancionado el pertinente para año en curso, ni, obviamente, dispuesto su distributiva, por lo que no podía, ni puede al día de la fecha, contarse con reflejo presupuestario para proceder a la adjudicación de marras.”*

## Dictamen ONC Nº IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 16 de enero de 2020.

**Referencias/voces:** Pago de facturas a una persona distinta del cocontratante. Cesión del contrato. Nulidad. Legítimo abono/Reconocimiento de gastos.

### Antecedentes:

- Mediante la Disposición N.º 300 de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL del 23 de mayo de 2018, se autorizó a efectuar una Licitación Pública con el objeto de lograr la adquisición de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido y se aprobó el correspondiente Pliego de Bases y Condiciones Particulares.
- El Acta de Apertura de ofertas tuvo lugar con fecha 15 de junio de 2018, donde se presentaron las firmas BENEDETTI S.A.I.C., CONSTRUCCIONES PARQUE S.A., MASIDER S.A., ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. y MARIO COCO.
- Posteriormente, mediante la Resolución N.º 243 de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL del 7 de septiembre de 2018, se aprobó lo actuado y se adjudicó a la firma MARIO COCO la cantidad de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido por la suma total de PESOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$25.875.000.-).
- Con fecha 21 de septiembre de 2018, se perfeccionó la Orden de Compra N.º 1289/18 emitida a favor de la firma MARIO COCO, en el marco de la Licitación Pública N.º 144/17, por la cantidad de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido por la suma total de PESOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$25.875.000).
- Finalmente, el señor Mario COCO, efectúa una presentación por derecho propio, así como en representación de la firma ACEROS COCO S.A., en su carácter de presidente de ésta, mediante la cual reclama el pago de facturas emitidas por la firma ACEROS COCO S.A. en el marco de la Licitación Pública N.º 144/17, en donde resultó adjudicada la firma COCO MARIO, en atención a la transferencia del fondo de comercio de este último hacia el primero.
- Se incorporaron las Actas de Recepción Definitiva correspondientes a la Orden de Compra N.º 1289/18, emitida a favor de la firma COCO MARIO.
- Por último, la Dirección de Programación y Ejecución Presupuestaria informó que se encuentran *“imposibilitados de emitir las Ordenes de Pago correspondientes a la Orden de Compra 95-1289-OC18 adjudicada a la Razón Social: MARIO COCO - Número de Ente: 187588 - CUIT N° 20-15257968-4 pues las facturas y remitos contenidos en los mismos corresponden a la firma ACEROS COCO S.A. - Número de Ente:667396 - CUIT N° 30- 71570344-7, quedando en claro que son dos entes distintos”*.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que determine la forma de proceder en el presente caso, en el que quien resultó adjudicatario en un procedimiento de selección no coincide con quien presenta las facturas para el cobro de los bienes entregados y recibidos de conformidad por el organismo contratante.

### Normativa examinada:

- Artículo 13 del Decreto N.º 1023/01
- Artículos 101 y 102 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.

### Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En principio, el cocontratante tiene la obligación de ejecutar el contrato por sí. La cesión solo puede operar mediando autorización expresa de la autoridad competente, verificando previamente que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento y al momento de la cesión.

II) De las constancias obrantes en autos, se desprende que tal autorización no operó, y que el contrato fue cumplido por una persona (ACEROS COCO S.A., CUIT N° 30-71570344-7) diferente a quien ofertó, resultó adjudicataria y con la que se perfeccionó el respectivo contrato (MARIO COCO, CUIT N° 20-15257968-4). No puede dejar de advertirse que la persona humana que presentó la oferta, forma parte integrante de la persona jurídica que finalmente termina cumpliendo el contrato, no obstante, esta cuestión no implica que puedan sortearse las formalidades requeridas por la normativa para modificar la persona del cocontratante. Más aun teniendo en cuenta el carácter intrasferible de los contratos administrativos, por ser uno de sus caracteres tradicionales su naturaleza *intuitu personae*, o en su caso, por considerar que la persona seleccionada es siempre de importancia.

III) La persona del contratista no resulta indiferente en cuanto al cumplimiento del contrato y por ello para su selección se deben seguir una serie de procedimientos y recaudos mediante los que se busca otorgar la mayor transparencia y objetividad. Oportunamente esta Oficina sostuvo: *“En primer lugar, cabe advertir que, 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 N° 1023/2001.”* (Dictamen ONC 808/12).

IV) A la luz de la normativa aplicable se desprende que, se podría optar por autorizar la cesión convalidando lo actuado y saneando por confirmación los actos efectuados durante la ejecución contractual, siempre y cuando se pueda verificar el cumplimiento de los parámetros requeridos por la normativa, es decir que el cesionario cumpliera con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento, como al momento de la cesión, o bien, rescindir de pleno derecho el contrato por culpa del cocontratante con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato.

V) Ahora bien, en el caso en análisis, se verifica que la primera de las soluciones planteadas no resulta factible, por cuanto el cesionario en el Sistema de Información de Proveedores la empresa ACEROS COCO S.A., CUIT N° 30-71570344-7, se encuentra en estado pre-inscripto, cuando de

acuerdo con la normativa vigente, los oferentes deben encontrarse inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación.

VI) Nos encontramos frente a una provisión de bienes (ya que los bienes fueron entregados y recibidos de conformidad), sin contrato que vincule a las partes, motivo por el cual, en principio, no corresponde que sea abonada suma alguna a quien proveyó los bienes, puesto que no existe, precisamente, contrato válido que respalde el pago de los mismos. No es posible soslayar que si pese a la nulidad o inexistencia del contrato, se verifica el cumplimiento de determinada prestación y su aceptación de conformidad por parte de la autoridad administrativa, corresponderá al organismo de que se trate meritar si, en el caso, ha existido un enriquecimiento injustificado por parte del Estado a costa del empobrecimiento de un tercero.

VII) En caso afirmativo, a los efectos del pago resultará –en principio– procedente el reconocimiento de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, siempre y cuando se verifiquen los requisitos que tornan viable la acción de restitución o *actio in rem verso* (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 887/12, 888/12 e IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM). De no ser ello así, el Estado se beneficiaría ilegítimamente de bienes o servicios útiles, sin contraprestación alguna, causando como correlato el empobrecimiento del proveedor, motivado precisamente por la falta de contraprestación.

VIII) En tal caso, queda claro que la fuente de la obligación no radicará en el contrato sino en la situación de enriquecimiento sin causa señalada.

IX) El instituto comúnmente conocido como “reconocimiento de gastos” o “pago de legítimo abono” no está contemplado formalmente en el plexo normativo vigente a nivel nacional, sino que resulta ser una solución basada en la equidad frente a una circunstancia que en su génesis constituye una irregularidad administrativa (v. Dictamen ONC N° 55/04), ya que se trata de la aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones, pero que frente a la efectiva prestación del servicio y/o entrega de los bienes por parte de la persona interesada, se ha dicho que resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración. Desde esa óptica, no es otra cosa que el pago ordenado para que no se produzca un enriquecimiento sin causa de la Administración, ante la comprobación de que el particular ha entregado bienes o prestado servicios que fueron recibidos de conformidad por la autoridad administrativa. Justamente, se entiende por “legítimo abono” al acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor, no existiendo contrato válido que pueda servir como fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente– pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (v. MARCHIETTI, Luciano “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en *El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho*, 2005. P. 706.).

X) En las contrataciones apartadas del Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamento, el pago que pudiera corresponder por las prestaciones efectivamente cumplidas debe realizarse en el marco del

mentado instituto del enriquecimiento sin causa que, si bien es de carácter civilista, se aplica al derecho administrativo por analogía. En materia de contratos administrativos, la doctrina ha señalado: “...*la acción de enriquecimiento sin causa sólo puede entablarse cuando los hechos o situaciones que genera el desplazamiento patrimonial sin causa no acuerdan, a quienes la invocan, la posibilidad de la restitución o solución por otras vías legales derivadas del contrato administrativo o de las normas que lo regulan...*” y, asimismo, que ésta: “...*Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa legal a costa de otro*” (v. HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A.; *El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos; en Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p.114.). Lo cual lleva a concluir que: “...*el principio de enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso, de aplicación subsidiaria, están previstos para impedir que, ante la ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, una persona –entre ellas, la Administración – pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otra. Pero no funciona como un medio de rectificar el derecho aplicable, pensado por el legislador como justa solución para los intereses en juego, ni puede ser una solución cómoda e indiscriminada que ponga en peligro y trastorne el orden institucional y jurídico establecido.*” (HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *op. cit.*, p. 114.).

XI) Esta acción tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido. Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro.

XII) Con base en el criterio sostenido por el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL en los citados dictámenes –entre muchos otros–, el razonamiento sería el siguiente: a) Como regla, cuando la Administración contrata a través de un procedimiento no contemplado en la legislación vigente, es decir, apartándose del procedimiento previsto para la selección del cocontratante, la contratación de que se trata estará viciada de nulidad absoluta (en los términos del artículo 14 inc. a) de la Ley N° 19.549), por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación. Dicha nulidad obsta a que el pago reclamado pueda fundarse en la contratación tal como fue realizada (Cfr. Dictámenes 251:751, entre otros); b) No obstante la nulidad o eventual inexistencia del contrato, si tuvo lugar el efectivo cumplimiento de la prestación por parte del particular y su aceptación de conformidad por parte de la Administración, cobra relevancia el instituto del enriquecimiento sin causa, que permite hacer uso de la acción de restitución (*actio in rem verso*). A tales fines, deberá analizarse en cada caso si se encuentran configurados los presupuestos para proceder al pago de legítimo abono (Cfr. Dictámenes PTN 241:115, entre otros). En este orden interpretativo, no parece dudoso afirmar que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN habilita el pago de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, solo en la medida en que se verifiquen determinados presupuestos.

XIII) La viabilidad de la acción de enriquecimiento sin causa se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción in rem verso: 1) Enriquecimiento por parte del Estado, comprensivo de toda ventaja susceptible de apreciación pecuniaria; 2) Empobrecimiento del particular, motivado precisamente por la falta de contraprestación; 3) Relación causal entre las situaciones mencionadas en los puntos 1 y 2; esto es, correlación entre el enriquecimiento de la Administración y el empobrecimiento del particular; 4) Ausencia de causa justificante del desplazamiento patrimonial: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer

desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente. Es decir, se ha de verificar la inexistencia de un título válido o causa legal que justifique ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la otra parte; 5) Carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley– para remediar el perjuicio (la inexistencia de otra vía legal, derivada del contrato o norma que lo regule para reparar la situación de desequilibrio es una consecuencia de la subsidiariedad de la acción) (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12 y Dictámenes PTN 241:115; 247:038; 265:105; 280:107, 285:156, entre otros).

XIV) Con respecto a los conceptos que deberían pagarse a través del legítimo abono ha de tenerse presente que, pese al reconocimiento de la prestación y la solución favorable para la procedencia de su pago, el monto que se abone bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir al interesado. En efecto, la teoría bajo análisis solo habilita el pago del enriquecimiento en la medida del empobrecimiento, es decir el costo del bien o el servicio y no el lucro, con lo cual quedará excluido del cómputo todo margen de ganancia o beneficio que se haya incluido en la factura.

XV) La jurisprudencia administrativa de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sido constante en este sentido, al dictaminar reiteradamente que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento del Estado, estando por tanto sometido siempre al límite menor (Cfr. Dictámenes PTN 238:9; 239:017; 247:116; 248:43; 249:37; 251:751; 280:107; 285:156, 303:131, entre muchos otros). De tal suerte, el pago de legítimo abono exige regular el desembolso de las facturas reclamadas observando los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa (v. IF-2017-25289113-APN-PTN).

XVI) En razón de ello, previo a disponerse el pago de suma alguna, la persona interesada deberá probar la medida del empobrecimiento como condición del derecho a repetir, debiendo presentar –a tal fin– un estudio técnico referido a su estructura de costos, que establezca únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar margen de ganancia o beneficio alguno.

## **Dictamen ONC Nº IF-2020-08701333-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 7 de febrero de 2020.

**Referencias/voces:** Renegociación de contratos – Posibilidad de incluir cláusulas de actualización de precios en los pliegos – Prohibición de indexar.

#### **Antecedentes:**

- La COORDINACIÓN OPERATIVA de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE instó el inicio de un procedimiento de selección tendiente a contratar un servicio de mantenimiento preventivo para la flota automotor de la aludida jurisdicción, integrada por CINCUENTA Y SIETE (57) vehículos oficiales.
- Posteriormente, la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y RACIONALIZACIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE, unidad requirente del servicio, puso de resalto que habiendo tomado conocimiento de que los concesionarios automotrices actualmente proceden a actualizar los precios de sus servicios de forma TRIMESTRAL, se consulta de qué forma podrían instrumentarse dichas variaciones de precios en las Especificaciones Técnicas.

**Objeto de la consulta:** Ingresaron los presentes actuados a fin de que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES brinde los lineamientos a tener presente para la elaboración de la documentación licitatoria del servicio de mantenimiento preventivo para la flota automotor del MINISTERIO DE TRANSPORTE considerando la dinámica del mercado en cuestión.

#### **Normativa examinada:**

- Artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículo 55 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Ley de Convertibilidad N.º 23.928 y sus modificatorias.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Resulta menester distinguir –ante todo– entre 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 y un supuesto distinto, que es el 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.

II) La renegociación de un contrato administrativo es una garantía que asiste al administrado frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de un modo decisivo la equivalencia de las prestaciones. En ese marco conceptual, para que la referida renegociación proceda debe tratarse, en principio, de un contrato de servicios o suministro de cumplimiento sucesivo y verse afectado el equilibrio contractual, por una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por el cocontratante estatal (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2019-68548975-APN-ONC#JGM e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre otros). Siendo ello así, no es posible soslayar que al tomar intervención la DIRECCIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA JURÍDICA del MINISTERIO DE TRANSPORTE, compartió el criterio propiciado por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC), en cuanto a que la actualización trimestral de los precios de los servicios que prestan los concesionarios automotrices –advertida por la unidad requirente– formaría parte del funcionamiento habitual de dicho mercado,

con lo cual no sería susceptible de encuadrar en el concepto de “acontecimiento extraordinario y/o imprevisible” propio de la teoría de la imprevisión, como así tampoco podría encuadrarse –en opinión de las instancias mencionadas– en los supuestos del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

III) A través de la Ley de Convertibilidad N° 23.928, modificada por su similar N° 25.561, se prohibió toda forma de indexación, variación o cualquier tipo de repotenciación de deudas. Con respecto a la prohibición de indexar, esta Oficina Nacional ha sostenido invariablemente en numerosas oportunidades –siguiendo los dictámenes de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN– que la estipulación en los pliegos particulares de cláusulas por medio de las cuales se incorporen *ab initio* mecanismos que permitan la actualización de precios, se encuentra vedada (v. Dictámenes ONC Nros. 996/12, 1048/12, 1051/12, 205/13, IF-2019-03867563-APN-ONC#JGM e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre muchos otros y Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros). Impedimento que, valga recordar, no viene dado por el plexo normativo que está llamado a interpretar este Órgano Rector –Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias–, 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 4° de la Ley N° 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5° del Decreto N° 214/02 (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 227/07, 531/09, N° 552/10, N° 996/12, N° 1048/12, N° 1049/12, N° 1050/12, N° 1051/12, N° 176/13, 205/13, 36/14, 286/15, entre otros).

IV) En ese orden de ideas, se sostuvo: “...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. Dictamen ONC N° 286/15).

V) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Chiara Diaz" (fallos: 329:385) afirmó que la aplicación de cláusulas de actualización monetaria "significaría traicionar el objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas (leyes 23.928 y 25.561) mediante la prohibición genérica de la 'indexación', medida de política económica cuyo acierto no compete a esta Corte evaluar" (considerando 10°). En sentido concordante se pronunció la PROCURACIÓN GENERAL de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, al considerar que: “... Tanto la Ley N° 23.928 (Convertibilidad) como la Ley N° 25.561 (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario) son de orden público, razón por la cual sus disposiciones no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes. Las precitadas leyes federales, a través de la prohibición de indexar, persiguen un objetivo antiinflacionario (con cita del fallo de la CSJN "Massolo", sentencia del 14/07/2010) (...). La prohibición de indexación constituye una medida de política económica con la que se procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (CSJN, Fallos

329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional...” (v. Dictamen N° IF-2013-04188857-PG, del 4 de septiembre de 2013. EX N° 3614819-2013).

VI) Más allá de los precedentes de esta Casa traídos previamente a colación, la imposibilidad de incluir en los pliegos particulares cláusulas que conlleven mecanismos indexatorios no es inherente al ámbito competencial de esta Oficina, sino que, como ha sido puesto de relieve en su momento: “...la prohibición de indexar exorbita el bloque normativo de las contrataciones públicas...” (v. Dictamen ONC N° IF-2017-02684423- APN-ONC#MM). Teniendo en consideración esto último, se requirió opinión a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, con respecto a si se encuentra vigente el plexo normativo del cual deriva la prohibición de introducir mecanismos indexatorios en los pliegos particulares, tales como -por ejemplo- la utilización de un índice de referencia para que el valor pactado inicialmente se vaya actualizando en forma automática, conforme evoluciona dicho indicador, obteniendo por resultado el reajuste automático del contrato.

VII) En virtud de ello, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL emitió el Dictamen N° IF-2020-07576220-APN-PTN, de fecha 3 de febrero de 2020, oportunidad en la cual concluyó: “...las cláusulas por medio de las cuales se incorporan ab initio en los pliegos particulares mecanismos que permitan la actualización de precios ... resultan inaplicables y deben considerarse como no escritas, tal como sostuvo este Organismo Asesor en Dictámenes MIV N.° 153/00, N.° 329/00 y N.° 426/00. Esta doctrina, aplicada en contratos de concesión de obra, se hizo extensiva a los supuestos de contrataciones de suministros, como la que trata estas actuaciones (v. Dictámenes 278:133, entre otros)...”. Más aún, en relación con el caso concreto que aquí nos ocupa la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN dictaminó categóricamente que: “...la actualización de los precios en forma trimestral de los servicios que prestan los concesionarios, es un dispositivo que resulta incompatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse (...) A tenor de lo establecido por la Ley N.° 23.928, modificada por la Ley N.° 25.561, no corresponde la inclusión de cláusulas de actualización de precios en forma trimestral en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, destinados a regir la contratación del servicio de mantenimiento preventivo para los vehículos que integran la flota del parque automotor del Ministerio de Transporte...”.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-13166284-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 28 de febrero de 2020.

**Referencias/voces:** Contratación directa interadministrativa - Alcance del término Logística - Contratación de seguros — NACIÓN SEGUROS S.A.

### Antecedentes:

- Mediante IF-2020- 09103071-APN-FGAJ#MRE, la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, opinó lo siguiente: *“1. De lo expuesto en memorándum ME-2020-05567851-APN-DGA#MRE se desprende el requerimiento formulado por las distintas áreas del Ministerio solicitando la contratación de seguros que hacen al desarrollo de su tarea y responsabilidades. 2. Recepcionadas las actuaciones en la Dirección de Compras y Contrataciones, y frente al encuadre del procedimiento, destacó una variación en la doctrina sentada por el Órgano Rector en cuanto al concepto logística aplicable en la contratación interadministrativa, que en el dictamen 142 resultaba aplicable al ámbito de los servicios de seguros y que conforme lo expresado en la nota NO-2019-66357170-APN-ONC#JGM, no resulta aplicable el encuadre como contratación interadministrativa a la contratación de seguros de responsabilidad civil. 2.1. Si bien al momento de la emisión del Dictamen 142/ 2014 se encontraba vigente el Decreto N° 893/12, el concepto de logística fue receptado en el mismo sentido en el Decreto N° 1030/16. 3. Cabe destacar que la Real Academia Española en su Diccionario, dentro de las definiciones para el término seguro indica “Contrato por el que alguien se obliga mediante el cobro de una prima a indemnizar el daño producido a otra persona, o a satisfacerle un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. El seguro del coche, de accidentes, del hogar.” 3.1. La cuestión aquí se orienta a determinar si los seguros que se pretenden contratar responden a la definición de logística contenida en el Decreto N° 1030 artículo 22 “in fine” donde expresa “...conjunto de medios y métodos que resultan indispensables para el efectivo desarrollo de una actividad”. 3.1.1. Resulta entonces apropiado, reflexionar acerca de la función de los seguros. En el caso de automotores, los mismos no pueden circular si no tienen seguro contratado, lo cual indica claramente que no cumplirían con los objetivos para los cuales se adquirieron. En ese sentido, cada uno de los seguros en cuestión, tiene por finalidad mantener indemne el patrimonio del Ministerio, lo que permite cumplir de manera adecuada, eficaz y eficientemente las funciones asignadas. 3.2. No caben dudas, que esta interpretación se enrola en el criterio amplio de encuadre de las relaciones alcanzadas por la normativa referida a Adjudicación Simple Interadministrativa. 3.3. En virtud de lo expresado, y en mérito a las funciones atribuidas por el artículo 115, incisos d) y e) al Órgano Rector, ésta Asesoría Legal, estima procedente girar las actuaciones a la Oficina Nacional de Contrataciones a los fines de que la misma determine la extensión de término “logística” e indique si resulta aplicable a la contratación de seguros en forma genérica o si deberá determinarse en cada caso la aplicación del término logística conforme el objeto asegurado.”.*

**Objeto de la consulta:** Ingresaron los actuados a fin de que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES determine la extensión y alcance del término “logística” e indique si resultaba aplicable a la contratación de seguros en forma genérica o si debía determinarse en cada caso la aplicación del término logística conforme el objeto asegurado. Por otra parte, también se requirió a la Oficina que se expida en relación a la viabilidad de realizar una Adjudicación Simple Interadministrativa con la firma NACIÓN SEGUROS S.A., a efectos de contratar los seguros Integral de Comercio, Fine Art, Robo de Valores en Caja, Equipos Técnicos, Automotores, Responsabilidad Civil por la guarda y/o depósito de vehículos en garaje y otras actividades similares, y de Obras de Arte del Palacio San Martín.

### Normativa examinada:

- Artículos 24 y 25 inciso d) apartado 8° del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 10 y 22 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 62/16.

### Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) Considerando que el organismo requiere que se determine la extensión de término “logística” e indique si resulta aplicable a la contratación de seguros en forma genérica o si deberá determinarse en cada caso la aplicación del término logística conforme el objeto asegurado, cabe aclarar que esta Oficina Nacional coincide con el criterio de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en el sentido que los dictámenes deben recaer sobre casos concretos y circunstanciados, toda vez que la opinión sobre cuestiones abstractas conlleva el riesgo de hacer extensivas las conclusiones a una diversidad de situaciones sin la necesaria y debida ponderación de las particularidades de cada una de ellas (conf. Dictámenes PTN 205:139; 174:113; 199:115; 203:193; 255:390; 256:415). Es por el motivo expuesto, que esta Oficina emitirá opinión sobre el caso concreto sometido a consulta en la presente oportunidad.

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, lo que no implica perder de vista lo dispuesto en el citado artículo 10, *in fine*, 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 N° 1.023/01 y que se presente como el más apropiado para satisfacer los intereses públicos.

III) La contratación propiciada se enmarcaría –cuanto menos en principio– en la esfera de las denominadas “contrataciones interadministrativas”. En tal sentido, se ha señalado 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) En materia de excepciones a la licitación pública se debe procurar la armonización interpretativa entre normas y principios generales. Para la viabilidad de la contratación directa interadministrativa deberán reunirse los siguientes requisitos (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 1006/12, 454/13, 452/2014, 237/2015 entre muchos otros): 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.

V) En el caso bajo análisis debería evaluarse, en forma previa, la naturaleza pública de las partes contratantes o, en su defecto, que la firma proveedora se encuentre constituida como una sociedad bajo las formas del derecho privado (como en el caso, una sociedad anónima), pero cuyas acciones estén total o mayoritariamente en poder del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 308 y siguientes de la Ley N° 19.550.

VI) En pretéritas intervenciones este Órgano Rector ha señalado que del Clasificador Institucional para el Sector Público Nacional, (actualmente aprobado como Anexo a la Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA 179/2016), se desprende que la firma NACIÓN SEGUROS S.A. es una empresa pública del Sector Público Nacional Financiero no Bancario (Cfr. Dictamen ONC N° 446/14), motivo por el cual se encontraría satisfecho dicho extremo.

VII) Resulta aplicable al contrato en estudio la limitación del objeto establecida en el artículo 22 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, 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

NACIÓN SEGUROS S.A. deberá inexcusablemente limitarse a la prestación de servicios de seguridad, de logística o bien de salud.

VIII) Corresponde analizar la viabilidad de incluir a las contrataciones de seguros dentro del término “logística”, recordando al respecto que, conforme lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, debe entenderse por servicios de logística al conjunto de medios y métodos que resultan indispensables para el efectivo desarrollo de una actividad, incluyéndose la organización y/o sistemas de que se vale el emprendimiento para alcanzar los objetivos indispensables para su sustentación, por lo que también cabría encuadrarlo dentro de dicho término. Asimismo, corresponde señalar que en anteriores pronunciamientos la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES 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. Dictámenes ONC N° 841/12 y N° 454/13, entre otros).

IX) En ese marco, el Órgano Rector puso de manifiesto que: *“La comprensión del Estado como generador de bienes públicos requiere de una reinterpretación dinámica de sus formas de organización, que también se traducen en nuevos procesos, circuitos, en la definición de pautas de interrelación entre organismos y empresas públicas y en el alcance de sus instituciones (...) debe entenderse 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 con aras al bienestar general...”* (conf. Dictamen ONC N° 479/09).

X) Considerando la definición del término logística que aporta la normativa vigente en la materia, a los fines de incluir a determinado objeto contractual dentro de dicho concepto, resulta necesario que el servicio a contratar resulte indispensable para el efectivo desarrollo de la actividad que deba llevar adelante el propio organismo contratante para alcanzar sus objetivos. Ello así, dicha apreciación resulta ser de resorte exclusivo del propio organismo, por cuanto es en dicho ámbito en el que podrá determinarse cuáles son las prestaciones indispensables para llevar adelante los cometidos que le son propios.

XI) En el presente caso, el organismo ha puesto de manifiesto que cada uno de los seguros en cuestión, tienen por finalidad mantener indemne el patrimonio del Ministerio, lo que permite cumplir de manera adecuada, eficaz y eficientemente las funciones asignadas. Por lo expuesto, esta Oficina entiende que en el presente caso y de conformidad con lo manifestado por el propio organismo, en cuanto al cumplimiento del requisito material, no existen objeciones legales para encuadrar la contratación que se propicia como una adjudicación simple interadministrativa.

XII) Se deberá seguir el trámite para la gestión del procedimiento regulado en el artículo 58 del "Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" aprobado mediante la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 62/2016.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-18787886-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 25 de marzo de 2020.

**Referencias/voces:** Autoridad competente para suscribir el acto de conclusión del procedimiento. Valor módulo.

### **Antecedentes:**

- Mediante la Disposición de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N.º DI-2018-606-APN-SPF#MJ, de fecha 25 de septiembre de 2018, se autorizó el llamado a Licitación Privada N.º 31-0017-LPR18, tendiente a resolver la adquisición de elementos de bioseguridad y se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares.
- Se incorporó luego un proyecto de Disposición (IF-2019-48651840-APN-DC#SPF) a ser firmado por el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL por el cual se propiciaba aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Privada de Etapa Única Nacional N° 31-0017-LPR18; desestimar la oferta de la firma INTER LIFE S.R.L. para los renglones Nros 1, 3, 4, 5, 6, 12, 14 y 15 por resultar sus precios excesivos, declarar fracasados los Renglones Nros. 1, 3, 4, 5, 6, 12, 14 y 15 y adjudicar los Renglones Nros. 2, 7, 8, 9, 10, 11 y 13 a la sociedad comercial INTER LIFE S.R.L. por un importe de PESOS TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE (\$ 3.232.819,00) respectivamente.
- Con posterioridad a la intervención de la Dirección de Auditoría General del Servicio Penitenciario Federal se incorporó un nuevo proyecto de Disposición modificando la autoridad

suscriptora del mismo, en este caso la entonces Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios y la Comunidad Académica del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

**Objeto de la consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en el marco de la Licitación Privada N.º 31-0017-LPR18 del registro de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, para que emita opinión con respecto a: “...1. *Cuál es el valor del módulo que se debe aplicar a los presentes actuados.* 2. *Quien resulta ser la autoridad competente para el dictado de acto administrativo de conclusión del procedimiento.* 3. *Si se deben tener presentes los alcances del Dictamen de Firma Conjunta ut-supra e identificado como IF-2019-80937524-APN-ONC#JGM en el marco del EX-2017-07986854-APN-DC#SPF, tanto para las presentes actuaciones como para situaciones análogas que se susciten a futuro.* 4. *Cuál es el cálculo que se debe realizar para determinar la competencia a fin de concluir el procedimiento.* 5. *En base a los distintos decretos que reglamentan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, cómo deben interpretarse los mismos tanto para el presente, como para casos análogos...*”.

**Normativa examinada:**

- Artículos 2º, 4º y 8º del Decreto N.º 963/18.
- Artículo 2º del Decreto N.º 336/19.
- Artículos 9 y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Comunicación General ONC N.º 118/18.
- Comunicación General ONC N.º 129/19.
- Decreto N.º 963, de fecha 26 de octubre de 2018 (B.O. 29/10/18).
- Decreto N.º 336, de fecha 6 de mayo de 2019 (B.O. 7/5/19).

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Mediante el Decreto N.º 1030, de fecha 15 de septiembre de 2016 –B.O. 16/9/16–, se aprobó el “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” actualmente vigente y que, tal como se indicó oportunamente en la Comunicación General ONC N.º 51, de fecha 19 de septiembre de 2016, los procedimientos autorizados a partir del día 3 de octubre de 2016 en adelante se rigen por el mentado Reglamento.

II) En el artículo 9º del citado cuerpo reglamentario se encuentra regulada la cuestión relativa a las autoridades competentes para la suscripción de los actos administrativos que se dicten durante la sustanciación de los procedimientos de selección comprendidos en su ámbito de aplicación. En el cuadro anexo al artículo 9º se detallan las competencias según los montos de las contrataciones –medidos en módulos– y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos públicos y/o privados y subastas públicas o compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando en cada caso las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

III) El artículo 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 instituye como unidad de medida el valor “módulo” para determinar –entre otros supuestos– la autoridad competente para

emitir el acto administrativo de conclusión del procedimiento. Téngase presente que, en su redacción original, la norma que se analiza establecía un valor módulo (M) de PESOS UN MIL (\$ 1.000). En este orden de ideas se ha explicado en anteriores pronunciamientos que: *“...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)...”* (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2017-35757379-APN-ONC#MM, IF-2018-03147498-APN-ONC#MM e IF-2019-80937524-APNONC#JGM, entre otros).

IV) Tanto el artículo 9º (junto con su Anexo) como el artículo 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 han sido objeto de modificaciones, mediante decretos que establecieron en cada caso diferentes ámbitos de aplicación temporal. Por consiguiente, dada la sucesión de normas acaecida entre los años 2018 y 2019 deviene imperioso, por una parte, dilucidar cuál es el valor módulo (M) que resulta de aplicación a la Licitación Privada N° 31-0017-LPR18 y, por otra parte, es menester determinar si el cuadro anexo al artículo 9 que debe utilizarse es o no el actualmente vigente.

V) Mediante el Decreto N° 963, de fecha 26 de octubre de 2018 (B.O. 29/10/18), se sustituyó el Anexo al artículo 9º del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, con el objeto de incorporar la figura de “Secretario de Gobierno” (v. artículo 2º) y, en otro orden de cosas, se sustituyó el artículo 28, elevando el valor módulo (M) a la suma de PESOS UN MIL SEISCIENTOS (\$ 1.600), a fin de dotar de mayor operatividad la gestión de los procedimientos de selección (v. artículo 4º).

VI) Respecto de ambas modificaciones, cobra relevancia el artículo 8º del Decreto N° 963/18, en la medida en que dispone: *“El presente decreto comenzará a regir a los CINCO (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen.”* En concordancia con ello, al emitirse la Comunicación General ONC N° 118, de fecha 30 de octubre de 2018, esta Oficina hizo hincapié en que: *“En relación a la vigencia de la (...) medida, su artículo 8º dispone que comenzará a regir a los CINCO (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen. Ello así, la presente medida comenzará a regir el día 5 de noviembre de 2018 para los procedimientos que a partir de esa fecha se autoricen o a los que a partir de esa fecha se convoquen cuando no se requiera autorización previa.”*

VII) El Decreto N° 963/18 no tiene efectos retroactivos con respecto a un procedimiento de selección autorizado en forma previa a su entrada en vigencia, como es el caso de la Licitación Privada N° 31-0017-LPR18, en tanto dicha autorización –vulgarmente conocida como “acto 1”– tuvo lugar mediante la Disposición de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° DI-2018-606-APN-SPF#MJ, de fecha 25 de septiembre de 2018.

VIII) Por el Decreto N° 336, de fecha 6 de mayo de 2019 (B.O. 7/5/19) se sustituyó nuevamente el Anexo al artículo 9° del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Adviértase que, a diferencia de su similar N° 963/18, el Decreto N° 336/19 determinó expresamente su aplicación en forma retroactiva. En tal sentido el artículo 2° estipula: “...*La presente medida comenzará a regir a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a todos los procedimientos de selección, aún a aquellos autorizados con anterioridad a esa fecha.*”.

IX) A la Licitación Privada N° 31-0017-LPR18 le es aplicable el Anexo al artículo 9° del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional actualmente vigente, es decir, con la modificación introducida por el Decreto N° 336/19, en consonancia con lo oportunamente informado mediante Comunicación General ONC N° 129/19 en los siguientes términos: “*El aludido decreto, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 2, comenzará a regir el día 8/5/2019 y resultará de aplicación a todos los procedimientos de selección, aún a aquellos autorizados o convocados con anterioridad a esa fecha.*”.

X) Esta Oficina Nacional entiende que en el presente caso debe tomarse el valor módulo (M) fijado en la versión original del artículo 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 –no siendo aplicable el Decreto N° 963/18–. Es decir, de PESOS UN MIL (\$ 1.000). Luego, con respecto al cuadro de competencias Anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, rige el sustituido por Decreto N° 336/19, el cual contempla para una licitación privada como la que nos ocupa las siguientes competencias: a) Hasta el importe que represente TRES MIL MÓDULOS (M 3.000) (que en este caso sería equivalente a la suma de \$ 3.000.000,00.-), es competente para aprobar procedimiento y adjudicar y/o declarar fracasado un Director Nacional, Director General o funcionario de nivel equivalente. b) Por encima del importe que represente TRES MIL MÓDULOS (M 3.000), hasta los QUINCE MIL MÓDULOS (M 15.000), es competente para aprobar procedimiento y adjudicar y/o declarar fracasado un Subsecretario o funcionario de nivel equivalente.

XI) En cuanto a la consulta atinente al cálculo que se debe realizar para determinar la competencia a fin de concluir el procedimiento, dicho cálculo sería el siguiente: al importe que corresponda a los renglones cuya adjudicación se propicia deberá adicionarse el valor de los renglones que resulten fracasados, tomando en este caso el monto estimado por el organismo (por renglón). Es decir, al importe total por la cual se propician adjudicar los Renglones Nros. 2, 7, 8, 9, 10, 11 y 13 a la sociedad comercial INTER LIFE S.R.L. (\$ 3.232.819,00), se debe adicionar el monto de los Renglones Nros. 1, 3, 4, 5, 6, 12, 14 y 15 (que se proyecta declarar fracasados), tomando el monto estimado por el organismo para cada uno de estos renglones.

XII) De la Solicitud de Contratación N° 31-38-SCO18 se desprenden los guarismos que se detallan a continuación en carácter de montos estimados: I) Renglón N° 1: \$ 15.217,50; II) Renglón N° 3: \$ 45.287,40; III) Renglón N° 4: \$ 199.850,00; IV) Renglón N° 5: \$ 22.060,00; V) Renglón N° 6: \$ 118.680,00; VI) Renglón N° 12: \$ 124.777,50; VII) Renglón N° 14: \$ 22.098,00 y VIII) Renglón N° 15: \$ 11.102,00. En suma, en la medida en que el monto correcto a considerar ascienda a la suma de PESOS TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UNO CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 3.791.891,40), resultará competente para suscribir el acto administrativo de conclusión del procedimiento el titular de la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS

PENITENCIARIOS dependiente de la SECRETARÍA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, por exceder la suma que representan TRES MIL MÓDULOS (M 3.000), tomando como valor módulo (m) la suma de PESOS UN MIL (\$ 1.000,00).

XIII) Valga reiterar que en el caso objeto de consulta el valor del módulo que resulta de aplicación no es el que rige en la actualidad sino aquel que estaba vigente al momento de autorizarse el llamado. Por el contrario, sí resulta de aplicación el Anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 actualmente vigente, por las razones previamente apuntadas.

### **Dictamen ONC N° IF-2020-18826635-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 25 de marzo de 2020.

**Referencias/voces:** Distinción entre difusión y notificación de actos a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR". Cómputo de plazos – Mantenimiento de oferta.

#### **Antecedentes:**

- El acto de apertura de ofertas correspondiente a la Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N.º 14/1-0234-CDI19 tuvo lugar –a través de la plataforma del sistema "COMPR.AR"– el día viernes 9 de agosto de 2019. En dicho acto fue confirmada a través del Sistema Electrónico de Contrataciones "COMPR.AR" una única oferta, correspondiente a la firma SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A.
- En el pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2019-64383207-APNGASNYA#CNEA) no se estipuló un plazo de mantenimiento de oferta específico, con lo cual resultaba de aplicación el plazo genérico de SESENTA (60) días corridos, contados a partir de la fecha del acto de apertura (v. artículo 54 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16).
- En su oferta, la firma SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A. (CUIT N.º 33-70929439-9) indicó: "Validez de la Oferta: 60 días corridos a partir del acto de apertura."
- El lapso de SESENTA (60) días corridos estipulados en la oferta, computable desde el día en que tuvo lugar el acto de apertura de ofertas (viernes 9 de agosto de 2019) feneció el día lunes 7 de octubre de 2019.
- El acto administrativo de conclusión del procedimiento (DI-2019-756-APN-GAYF#CNEA), por el cual se adjudicó el objeto contractual al único oferente, fue emitido el día 11 de diciembre de 2019 y difundido a través del Portal del Sistema "COMPR.AR" el día 16 de diciembre de 2019.
- La Orden de Compra N.º 14/1-1918-OC19 fue difundida a través del Portal del Sistema "COMPR.AR" el día 17 de diciembre de 2019.
- Por último, con fecha 23 de diciembre de 2019 el proveedor SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A. presentó un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Disposición N.º DI-2019-756-APN-GAYF#CNEA, alegando que al momento de emitirse la adjudicación su oferta ya no se encontraba vigente.

**Objeto de la consulta:** Se solicitó opinión a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES con respecto al mantenimiento –o no– de la oferta presentada por la empresa SOLUCIONES ANALITICAS S.A. al momento de la notificación del acto de adjudicación N° DI-2019-756-APNGAYF#CNEA, considerando lo indicado por el aludido proveedor en su oferta y lo normado en el artículo 54 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo al Decreto N.º 1030/16.

**Normativa examinada:**

- Artículos 32, 54 y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículo 12 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Artículos 2º, 3º y 4º del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 65/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) “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. De hecho, la plataforma electrónica de que se trata cumple la doble función de ser un portal de difusión, y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación.

II) A partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante la utilización del medio electrónico se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el sistema electrónico (v. artículo 32 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16 y artículo 2º del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR”).

III) Es dable traer a colación el Dictamen ONC N° IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, en el cual esta Oficina ha tenido oportunidad de expedirse recientemente con respecto al régimen de difusión y notificación mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “COMPR.AR”. En el aludido precedente se efectuaron –entre otras– las siguientes interpretaciones generales: a) “...la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional abandonó el concepto de notificación fehaciente para referirse lisa y llanamente a la notificación válida y, en ese orden de ideas, el artículo 7º enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar notificaciones válidas...”. b) “...la ‘difusión’ en la plataforma ‘COMPR.AR’ puede definirse como un medio de notificación, específicamente habilitado por el artículo 7º, inciso h) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que presenta –entre otras– las siguientes características singulares: I) En el ámbito de las contrataciones públicas electrónicas de bienes y servicios, es un medio válido para efectuar todas las notificaciones que puedan y/o deban tener lugar entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes. II) La difusión a través del portal <https://comprar.gob.ar> puede instrumentarse mediante la actividad material de carga o ‘vinculación’ de un determinado documento ‘externo’ a la

*plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones (en un sentido informal, entiéndase por externo a todo documento no generado en COMPR.AR, sino en el Sistema de Gestión Documental Electrónica 'GDE') o bien difundirse un documento que ha sido generado en el propio sistema 'COMPR.AR' (v.g. dictamen de evaluación) (...) IV) En principio, cabe tomar como fecha de difusión la indicada como 'fecha de vinculación' en el portal (cuando se trata de un documento de los que hemos denominado 'externos') o la indicada en el propio documento (sin aclarar), cuando ha sido generado en el propio Sistema Electrónico de Contrataciones 'COMPR.AR'. V) El acto o medida difundido a través de la plataforma electrónica debe reputarse notificado el día hábil siguiente al de su difusión en el portal. Ello así, en virtud de lo estipulado –con carácter de principio general– en el artículo 4° del Manual del 'COMPR.AR', norma que establece expresamente que las notificaciones electrónicas que se realicen a través de la difusión en el sitio de internet <https://comprar.gov.ar> (o el que en un futuro lo reemplace) se entenderán realizadas el día hábil siguiente al de su difusión.” c) “...La fecha de vinculación de un acto administrativo en el Sistema 'COMPR.AR' coincide con la fecha de difusión en dicho portal o, expresado de otro modo, la fecha de difusión de un acto opera el mismo día de su vinculación en el sistema COMPR.AR (...) Luego, la notificación se entenderá realizada el día hábil siguiente al de su difusión (...) Ergo, la fecha de notificación se determina del siguiente modo: Si un determinado acto es vinculado a la plataforma electrónica del Sistema 'COMPR.AR' el día 'x', a partir de esa misma fecha debe reputarse difundido y se deberá tener por notificado el día hábil subsiguiente a 'x'...” d) “...La sección 'Avisos a Proveedores' (...) refleja las fechas en que han sido enviados correos a proveedores, a los fines de anotarlos sobre la existencia de novedades atinentes a procedimientos de selección en los que participan o bien que pueden resultar de su interés. No se trata de notificaciones en sentido estricto sino de avisos de cortesía; es un mero envío de mensajería al proveedor alertándole que existe una novedad, por lo que solo constituye un medio de aviso. Dichos mensajes son cursados en forma automática por el sistema al momento de vincularse/difundirse un determinado documento y representan, como se dijo, simples avisos de cortesía; no constituyen notificaciones en sí mismos y carecen de todo efecto jurídicamente relevante a los fines del cómputo de plazos...”.*

IV) Dada la normativa vigente y las interpretaciones efectuadas por esta Oficina en cuanto a su alcance y aplicación, al ingresar al sitio de internet <https://comprar.gov.ar> y buscar el proceso N° 14/1-0234-CDI19 es posible corroborar que la Disposición de la GERENCIA ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA N° DI-2019-756-APN-GAYF#CNEA, de fecha 11 de diciembre de 2019 fue vinculada a la mentada plataforma el día lunes 16 de diciembre de 2019, fecha que se corresponde con la difusión en el portal web. Luego, ha de reputarse notificada el día hábil siguiente, es decir, el día martes 17 de diciembre de 2019, por aplicación de lo normado en el artículo 4° del “Manual de Procedimiento del COMPR.AR” aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 65/16.

V) Tratándose de actos administrativos individuales o plurindividuales de alcance particular adquieren eficacia mediante la notificación al/los interesados y, como ya se explicó, la difusión en el sitio de internet: <https://comprar.gov.ar/> no es sólo un medio de publicación de actos de alcance general (v.g. pliegos) sino, también, un medio válido de notificación de actos particulares, en consonancia con lo exigido por el artículo 11 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

VI) La correcta determinación de la fecha en que ha de tenerse por notificada la Orden de Compra N° 14/1-1918-OC19 amerita una aclaración previa, no menor, que surge del referido Dictamen ONC N° IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM y es la siguiente: *“...se ha verificado, con respecto a las órdenes de compra, que el sistema plasma automáticamente como fecha de perfeccionamiento del contrato el día en que se genera dicho documento, que coincide con la fecha de difusión y no con la de notificación, con lo cual, no se condice con lo estipulado en el artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01 que prescribe que: ‘Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra (...) Siendo ello así, cabe indicar que se trata de una cuestión de semántica de la plataforma electrónica, motivo por el cual se deberá (...) tener por perfeccionado el contrato de que se trate el día de la notificación de la orden de compra, es decir, el día hábil siguiente al de su generación/difusión en ‘COMPR.AR’, independientemente de la fecha que aparezca plasmada como ‘fecha de perfeccionamiento’...”*

VII) Se advierte que la Orden de Compra N° 14/1-1918-OC19 fue autorizada y difundida a través de dicho sitio de internet el día martes 17 de diciembre de 2019. Con lo cual, a la luz de lo señalado previamente y por aplicación de lo normado en el artículo 4° del “Manual de Procedimiento del COMPR.AR” aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 65/16, la misma debe reputarse notificada el día miércoles 18 de diciembre de 2019.

VIII) 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. En efecto, el organismo contratante se encuentra facultado para estipular en el pliego particular el plazo de mantenimiento de las ofertas que estime oportuno y/o conveniente, en tanto y en cuanto resulte razonable, a la luz del tipo de procedimiento de que se trate, características del objeto contractual y demás circunstancias. De no hacerlo, resultará de aplicación el plazo contemplado en el artículo 54 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

IX) El mantenimiento de la oferta durante el plazo indicado en el pliego de bases y condiciones particulares o, en su defecto, en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (el que puede identificarse, con fines prácticos, como el “primer período”) es una obligación del oferente, asegurando dicha exigencia por medio de una garantía que avala la seriedad de la cotización. De ahí que los oferentes deben mantener sus ofertas –como mínimo– por dicho plazo, el que comenzará a computarse desde el día del acto de apertura, en todos los casos.

X) El plazo de mantenimiento de la oferta que se exige como mínimo (individualizado aquí como “primer período”), tiene una doble finalidad: por un lado, permite al organismo licitante contar con el tiempo necesario para tramitar el procedimiento de selección con el objeto de adjudicar la contratación del bien o servicio oportunamente requerido a la oferta más conveniente a fin de alcanzar los resultados requeridos por la sociedad, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración; y, por el otro, asegura al proponente que podrá quedar desafectado del procedimiento de selección, sin penalidad alguna, si adecua su conducta al mecanismo establecido en la citada norma, a fin de no comprometer *sine die* su voluntad de contratar (v. en sentido

concordante: Dictamen N° IF-2017-0148530-APN-PTN, 2 de febrero 2017. Dictámenes PTN 300:166).

XI) Al operar el vencimiento del plazo de SESENTA (60) días corridos al que alude la norma o el plazo mayor o menor que eventualmente se haya establecido en el pliego particular (primer período), el mismo se renovará en forma automática por un lapso igual al inicial o por el que se fije en el respectivo pliego particular, y así sucesivamente (en tal caso, tendrán lugar períodos sucesivos y concatenados de mantenimiento de oferta), a menos que el oferente manifieste en forma expresa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento con una antelación no menor a DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo (lo cual presupone completar el ciclo/lapso en curso, durante el cual su oferta seguirá siendo válida).

XII) Si el oferente indica 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.

XIII) Si el oferente manifiesta su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retira su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, corresponderá excluirlo del procedimiento y ejecutar la garantía de mantenimiento de la oferta, siguiendo el orden de afectación establecido en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. Asimismo, en tal supuesto deberá darse oportuna intervención a esta Oficina Nacional –previo cumplimiento de los extremos exigidos en la Comunicación General ONC N° 130/19– a fin de que se evalúe la aplicación de las sanciones que pudieren corresponder.

XIV) No ha de perderse de vista que, siempre y en todos los casos, asiste al oferente el derecho a no renovar el mantenimiento de su oferta para el segundo período o para cualquiera de los subsiguientes, comunicando tal decisión con la antelación mínima que establece la norma o, incluso, manifestándolo *ab initio* al momento de presentar su oferta. Es decir, nada obsta a que el oferente haga constar en forma expresa, directamente en su oferta, que no renueva el plazo de mantenimiento de su cotización más allá del mínimo obligatorio (primer período) y, en ese supuesto, el organismo deberá tenerla por retirada a la finalización del mentado período (v.g. al finalizar los sesenta días corridos desde el acto de apertura de ofertas), sin aplicación de penalidad alguna.

XV) Ninguna duda cabe en cuanto a que, al momento de presentar la oferta, el proveedor puede válidamente informar que el plazo de mantenimiento no se renovará por el siguiente período. Ello implica el ejercicio de la opción de no renovar el plazo de mantenimiento de la oferta que tiene el oferente y dentro del plazo en que está habilitado a ejercerlo; en estos casos el particular se obliga a mantener su oferta solo por el primer período, que es el único estrictamente obligatorio.

XVI) Aun cuando el oferente manifieste con la antelación exigida en la normativa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento para el siguiente período, si el organismo le notifica el acto de adjudicación en forma previa a que el período en curso concluya, por imperio de lo establecido en

los artículos 75, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 12, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el plazo de mantenimiento de oferta se renovará automáticamente por un plazo adicional de DIEZ (10) días hábiles administrativos, dentro del cual la notificación de la orden de compra al adjudicatario perfeccionará válidamente el contrato. Por el contrario, si dicho plazo expira sin que se hubiese notificado la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, éste podrá desistir de su oferta sin que le sea aplicable ningún tipo de penalidad ni sanción.

XVII) En este caso, el plazo de mantenimiento de la oferta debe computarse desde el día 9 de agosto de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto de apertura (el día de la apertura se computa como “día uno”), concluyendo el primer período de mantenimiento de la oferta el día lunes 7 de octubre de 2019. Ergo, el proveedor SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A. tenía la obligación de mantener su oferta, como mínimo, hasta esa fecha. Luego, cabe interpretar que desde el martes 8 de octubre de 2019 ya no había oferta vigente susceptible de ser adjudicada, razón por la cual el organismo de origen debió haber tenido por retirada la oferta en forma temporánea –sin penalidad alguna– y, frente a la inexistencia de otras ofertas, hubiese correspondido declarar fracasado el llamado. En lugar de ello, el miércoles 11 de diciembre de 2019 se emitió la Disposición N° DI-2019-756-APNGAYF#CNEA, mediante la cual la GERENCIA ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS de la COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ATÓMICA procuró adjudicar los Renglones Nros. 1 a 10 a la firma SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A. cuando, a esa altura, la oferta de dicha firma había perdido vigencia en el mismo momento en que expiró el primer período de mantenimiento de la misma.

XVIII) Se concluye, en suma, que las notificaciones de la adjudicación y de la orden de compra tuvieron lugar con posterioridad al vencimiento del plazo del mantenimiento de oferta de SOLUCIONES ANALÍTICAS S.A., es decir, cuando ya no estaba vigente la propuesta de la firma en cuestión.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-24254798-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 6 de abril de 2020.

**Referencias/voces:** Programa de ordenamiento de las contrataciones. Decreto N° 1189/12. Adquisición de gas licuado a granel. Obligatoriedad de contratar con YPF S.A.

### **Antecedentes:**

- Se acompañó un proyecto de Convenio (CONVE-2019-14115481-APN-DC#SPF), a ser suscripto entre el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL y la empresa YPF GAS S.A. (CUIT N°: 30-51548847-9), para la provisión de gas licuado mediante la modalidad a granel durante un periodo de DOCE (12) meses, a los efectos de cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO”

(U.35), en el marco de lo establecido en el artículo 25, inciso d), apartado 8) del Decreto N° 1023/01 y en el artículo 58 “trámite de adjudicación simple interadministrativa”, del Manual de Procedimiento aprobado por Disposición ONC N° 62/16 y sus modificatorios.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que indique si el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se encontraba obligado a contratar en forma directa con YPF S.A. –o eventualmente con YPF GAS S.A.– la provisión de gas licuado mediante la modalidad a granel, a los efectos de cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL “COLONIA PINTO” (U.35)

**Normativa examinada:**

- Decreto N° 1189/12.
- Artículo 25, inciso d), apartado 8°, del Decreto N° 1023/01.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) En relación a la consulta efectuada –la cual se vincula con la provisión de gas licuado a granel– resulta oportuno traer a colación que el Decreto N° 1189/12 establece que las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8°, inciso a) de la Ley N° 24.156 deberán contratar con YPF SOCIEDAD ANÓNIMA la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales, debiendo utilizar a tales fines el procedimiento de selección previsto en el artículo 25, inciso d), apartado 8°, del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios e instrumentar la relación entre las partes mediante un convenio interadministrativo (v. artículos 1° y 3°).

II) La citada norma establece un ámbito de aplicación subjetivo que comprende a toda la Administración Nacional, central y descentralizada, con lo cual el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL se encuentra claramente alcanzado por las prescripciones del referido Decreto. Sin perjuicio de ello, no es posible soslayar que el Decreto N° 1189/12 circunscribe su ámbito de aplicación material u objetivo exclusivamente a la adquisición de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales.

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

IV) En sentido concordante, resulta ilustrativo traer a colación lo señalado en el Dictamen ONC N° 272/2013, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación, para mejor ilustrar: “...en el presente caso no resultaría de aplicación el referido Decreto [1189/12], por cuanto la contratación

*propiciada por el organismo de origen no encuadra dentro de su ámbito de aplicación material u objetivo, en la medida en que se pretende la adquisición de gas propano a granel para ser utilizado en las instalaciones de los cuarteles, como por ejemplo, en cocinas, casinos de oficiales y/o suboficiales, alojamientos de soldados, sistemas de calefacción, entre otros (v. fs. 88) y no para ser utilizado por la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales del organismo consultante...". De ahí que no pueda encuadrarse la contratación para la adquisición de gas propano a granel bajo el régimen del Decreto N° 1189/12, en virtud de que el fin para el cual se adquirirá el combustible difiere del previsto en dicha normativa.*

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

VI) En razón de lo previamente expuesto, el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL no se encuentra obligado a contratar en forma directa con YPF S.A. ni con YPF GAS S.A. la provisión de gas licuado a granel, a los efectos de cubrir las necesidades de la PRISIÓN REGIONAL DEL NORTE (U.7), COLONIA PENAL DE PRESIDENCIA ROQUE SAENZ PEÑA (U.11), COLONIA PENAL DE CANDELARIA (U.17) e INSTITUTO PENAL FEDERAL "COLONIA PINTO" (U.35). Siendo ello así, el organismo de origen podrá elegir el procedimiento de selección que le resulte más conveniente y eficaz en cuanto concierne al cumplimiento de sus objetivos institucionales, teniendo en cuenta que la regla general en materia de selección del cocontratante estatal es la licitación pública.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 27 de abril de 2020.

**Referencias/voces:** Renegociación del contrato frente a incrementos salariales. Teoría de la imprevisión.

### **Antecedentes:**

- Con fecha 25 de octubre de 2019 se emitió la Disposición de la JEFATURA DEL DEPARTAMENTO DE CONTRATACIONES CÓNDOR de la FUERZA AÉREA ARGENTINA N° DI-2019-846-APN-DCON#FAA, por cuyo conducto se autorizó la Licitación Privada N° 40/39-0141-LPR19, con el objeto de contratar el "Servicio de Limpieza del Edificio Alas". Asimismo, mediante la aludida disposición se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2019-96406066-APN-DCON#FAA y que como Anexo forma parte integrante de la misma (v. artículos 1° y 2°). De la lectura del PLIEG-2019-96406066-APN-DCON#FAA se desprendía, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: a) Objeto: "...servicio de limpieza que se contratará para el "Edificio Alas", inmueble ubicado en Av. Leandro N. Alem 719 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; b) duración del contrato: "A partir del día hábil

*inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato y por el término de DOCE (12) meses.”.*

- Con fecha 30 de diciembre de 2019 se emitió la Disposición de la JEFATURA DEL DEPARTAMENTO DE CONTRATACIONES CÓNDROR de la FUERZA AÉREA ARGENTINA N° DI-2019-1154-APN-DCON#FAA, por la cual se aprobó lo actuado en el marco de la Licitación Privada N° 40/39-0141-LPR19 y se adjudicó el objeto contractual a la firma UNIVERSAL LIMPIEZA S.A., por la suma total de PESOS TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO TREINTA Y TRES CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 3.324.133,46). En esa misma fecha se difundió en el Portal web del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” la Orden de Compra N° 40/39-2395-OC19 emitida en favor de la sociedad comercial de que se trata, con lo cual el contrato debe reputarse perfeccionado el día hábil siguiente, esto es, el 2 de enero de 2020, misma fecha en que inició o debió haber iniciado – extremo que a esta Oficina no le consta– la prestación del servicio de limpieza a cargo de la cocontratante.
- Con fecha 4 de enero de 2020, el PODER EJECUTIVO NACIONAL emitió el Decreto N° 14/20, teniendo en consideración que: *“...la crisis económica que atraviesa nuestro país ha deteriorado sensiblemente el poder adquisitivo de los salarios perjudicando a los trabajadores y a las trabajadoras, acentuando así aún más la grave situación social (...) Que resulta urgente y necesario adoptar las medidas pertinentes para que, con la celeridad del caso, se mantengan los estándares adquisitivos de las remuneraciones acordadas oportunamente en el marco de las negociaciones colectivas...”*. En concreto, por el artículo 1° del referido decreto se dispuso un incremento salarial mínimo y uniforme para todos los trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia del Sector Privado, equivalente a la suma de PESOS TRES MIL (\$) 3.000 desde el mes de enero de 2020 y, a partir del mes de febrero de ese año, se deberá adicionar a dicho incremento la suma de PESOS UN MIL (\$) 1.000. A su vez, en el artículo 2° del Decreto N° 14/20 se estipuló que tal incremento debe sujetarse a las siguientes reglas: *“...a. Deberá ser absorbido por las futuras negociaciones paritarias. b. No deberá ser tenido en cuenta para el cálculo de ningún adicional salarial previsto en el convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo, en tanto no sea pactado específicamente para este incremento, un criterio distinto mediante negociación colectiva. c. Para facilitar el control por parte de los trabajadores y trabajadoras, deberá consignarse en el recibo de haberes, como un rubro independiente denominado ‘incremento solidario’. d. Cuando la prestación de servicios fuere inferior a la jornada legal o convencional, los trabajadores y trabajadoras percibirán el incremento en forma proporcional, de acuerdo a las pautas del convenio colectivo aplicable o, supletoriamente, según las reglas generales contenidas en la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias...”*.
- Los días 6 y 26 de febrero de 2020, respectivamente, la firma UNIVERSAL LIMPIEZA S.A. cursó correos electrónicos al organismo requirente con el objeto de solicitar la renegociación de los precios adjudicados, con motivo del incremento salarial establecido por Decreto N° 14/20 para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado. Como único sustento documental respaldatorio de su reclamo, la firma UNIVERSAL LIMPIEZA S.A. acompañó una nota con membrete de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ADEL), sin fechar, en donde la aludida entidad habría indicado que el incremento salarial establecido por el decreto en cuestión tiene un impacto directo sobre el principal componente de la estructura de costos del servicio contratado y representaría incrementos en el salario de los trabajadores del DOCE COMA NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (12,98%) para enero 2020 y del DIECISIETE COMA TREINTA POR CIENTO (17,30%) a partir de febrero, considerando los salarios básicos vigentes según el Acta Acuerdo Salarial SOMRA-ADEL de noviembre de 2019.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES a fin de que se expida en relación con la solicitud de “renegociación de precios” realizada por la firma UNIVERSAL LIMPIEZA S.A., en el marco de la Licitación Privada N° 40/39-0141-LPR19, a raíz del incremento salarial establecido por Decreto N.º 14/20 para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado.

**Normativa examinada:**

- Artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) De la compulsa del expediente, se desprende, en primera medida, que la empresa reclamante no ha acompañado documentación idónea que permita tener por acreditados los extremos que invoca como fundamento de su petición, resultando –a tales fines– insuficiente la nota membretada atribuible a ADEL.

II) Va de suyo que para que resulte procedente el mero análisis de la renegociación contractual solicitada deviene indispensable, ante todo, la presentación ante el organismo de origen, por parte del reclamante, de una descripción pormenorizada del impacto producido por el Decreto N° 14/20 en su estructura de costos. Ello así, por cuanto en el caso traído a estudio, el cocontratante se limitó a esbozar algunas afirmaciones genéricas que en modo alguno alcanzan para cumplir con la exigencia reseñada.

III) Asimismo, el interesado tampoco acompañó originales ni copias certificadas de los recibos de sueldo de sus dependientes afectados al servicio de limpieza del “Edificio Alas”, con el objeto de acreditar el efectivo pago de los incrementos salariales establecidos por Decreto N° 14/20 (los que según se indica en dicha norma deben consignarse en los recibos de haberes, como un rubro independiente denominado “incremento solidario”), en los que sustenta el reclamo de renegociación contractual. Una vez satisfechos tales extremos, corresponderá a las áreas pertinentes del organismo girante determinar si los hechos alegados por el requirente provocaron una alteración significativa en la economía del contrato.

IV) Dicho en otros términos, el impacto que el incremento salarial establecido por el Decreto N° 14/20 haya tenido en la estructura de costos del proveedor deberá ser evaluado 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 decisivo, susceptible de dar lugar a su renegociación por aplicación de la teoría de la imprevisión.

V) En fecha reciente la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN se ha pronunciado sobre la materia que nos ocupa, a requerimiento de este Órgano Rector, en el marco del Dictamen N° IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13 de abril de 2020. Pese a la extensión de la cita, la importancia del pronunciamiento de que se trata justifica su transcripción literal en sus partes pertinentes: “...*la teoría de la imprevisión (...) es el medio que el Derecho proporciona para que ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, es decir, posteriores a la celebración del contrato y que alteran su ecuación económico-financiera, el contratista pueda solicitar la ayuda pecuniaria de la Administración (...) Se trata de un paliativo frente al alea anormal, también llamada alea económica que pueda sufrir el particular pero que solo puede dar lugar a un resarcimiento parcial (...) la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones (...) no*

*se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese alea económica entre ambas (...). Como tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que proceda la renegociación ...resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia (Fallos, 313: 376 Dulcamara S.A. c/ ENTEL s/cobro de pesos; en sentido similar, Fallos 316:729, 319:1681 y 321:2473) (...) el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto N.º 1023/16, y su reglamentación, prevén el derecho del contratista a solicitar la recomposición de los precios adjudicados frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, cada vez que ello acontezca durante la vigencia del contrato y sin sujeción a plazos predeterminados ni a metodologías de cálculo específicas, sino en base al espíritu del sacrificio compartido; esto último, a la luz de los principios en los que se sustenta el instituto de la teoría de la imprevisión...”.*

VI) En ese orden de ideas, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL concluyó: *“...la renegociación resulta jurídicamente viable tanto si se trata de un contrato administrativo perfeccionado como si se refiere al reajuste de los precios adjudicados en un procedimiento bajo la modalidad acuerdo marco, ya que, tanto en uno como en otro, está presente, a tenor de la normativa en juego, la garantía reconocida al contratista frente a posibles desequilibrios, sin que ello implique excluir el riesgo empresario, ni asegurar al cocontratante un nivel de rentabilidad predeterminado, o convertir al Estado en garante de malos negocios.*

*Así lo entendió este Organismo Asesor al sostener que: “...quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc. (...) la solución ante las eventuales solicitudes de renegociación, fundadas en desequilibrios externos y sobrevinientes que pudieran afectar la ecuación económico-financiera, se encuentra prevista en el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto N.º 1023/01). De esa norma y de la doctrina que la informa, surge que, de acreditarse la ruptura en el equilibrio entre las prestaciones, el afectado podrá ser compensado por la Administración sólo en forma parcial, con sustento en el espíritu del sacrificio compartido, que impera en las contrataciones administrativas ante acontecimientos ajenos a las partes que introduzcan un alea anormal durante la ejecución del contrato...”.*

VII) La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES entiende necesario apartarse del criterio vertido en el Dictamen ONC N° IF-2020-08701333-APN-ONC#JGM, de fecha 7 de febrero de 2020 –en donde se interpretó, entre otros precedentes, que la normativa vigente habilita la renegociación contractual frente a circunstancias externas y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, aunque las mismas no sean extraordinarias ni imprevisibles– y, adherir, en cuanto concierne al tema objeto de consulta, al criterio de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN sobre la interpretación de las normas en juego, en virtud de la jerarquía del máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL y de la armonía que debe reinar entre los distintos órganos del Estado Nacional, entre otras razones.

VIII) Como corolario de lo expuesto, este Órgano Rector opina que la renegociación solicitada por la firma UNIVERSAL LIMPIEZA S.A., en el marco de la Licitación Privada N° 40/39-0141-LPR19, quedará supeditada a la previa verificación, por parte del organismo de origen, de los extremos definidos en el Dictamen N° IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13 de abril de 2020 y con las

limitaciones y alcances establecidos en dicho pronunciamiento, a cuyos términos deberá el organismo de origen ceñir su accionar.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-31460742-APN-ONC#JGM.**

**Fecha de emisión:** 12 de mayo de 2020.

**Referencias/voces:** Ampliación del contrato. Posibilidad de reconocer efectos retroactivos a la ampliación del contrato.

### **Antecedentes:**

- Mediante Nota N° NO-2018-52185495-APN-DGPYD#MHA, de fecha 17 de octubre de 2018, la DIRECCIÓN GENERAL DE PRENSA Y DIFUSIÓN del ex MINISTERIO DE HACIENDA solicitó: *“...se dé trámite favorable a la contratación directa del servicio de auditoría de medios nacionales e internacionales, gráficos, radiales, televisivos, agencias de noticias y portales de internet brindado por la firma EJES S.A., por el término de UN (1) año...”*. Entre otras cosas, la aludida instancia puso de relieve que el servicio debía incluir la: *“...Provisión del servicio de auditoría de medios nacionales. b) La cobertura de medios tiene alcance diarios nacionales, radios AM y FM, canales de televisión abierta y por cable, portales de internet y agencias de noticias (...) c) Los contenidos alcanzan toda la mención a este ministerio, el ministro y funcionarios de su gabinete, temática económica del ámbito nacional e internacional, según la agenda de gestión económica del gobierno nacional (...) j) La cobertura se realiza durante las 24 horas de lunes a viernes y se mantiene una guardia los días Sábados, domingos y feriados...”*.
- Por Disposición de la SUBSECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN Y NORMALIZACIÓN PATRIMONIAL del ex MINISTERIO DE HACIENDA N° DI-2018-68-APN-SSADYNP#MHA, de fecha 14 de diciembre de 2018, se aprobó lo actuado en el marco de la Contratación Directa por Adjudicación Simple por Especialidad N° 34-0020-CDI18 para la: *“...contratación del servicio de auditoría de medios nacionales e internacionales, gráficos, radiales, televisivos, agencias de noticias y portales de internet (...) por el término de un (1) año a partir de la recepción de la respectiva Orden de Compra...”*, se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares N° PLIEG-2018-51599392-APNDCPYS#MHA y se adjudicó dicho servicio a la firma EJES S.A. (CUIT N° 33-66341994-9) *“...de conformidad con su respectivo presupuesto, el que se acepta en la siguiente forma: Precio Mensual: cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000). Precio total de la suscripción por un (1) año: quinientos cuarenta mil pesos (\$ 540.000)...”* (v. artículos 1º y 2º).
- Del pliego de bases y condiciones particulares N° PLIEG-2018-51599392-APN-DCPYS#MHA, se desprendía, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: *“El servicio deberá ser prestado por un plazo de un (1) año contados a partir del día hábil siguiente a la notificación de la orden de compra mediante el Sistema Compr.Ar...”* (v. artículo 10). No se advierte que en dicho documento se haya contemplado opción a prórroga en favor de la Administración.
- La Orden de Compra N° 34-1099-OC18 fue difundida en el Portal web del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” el día 18 de diciembre de 2018, motivo por el cual el contrato debe reputarse perfeccionado el día hábil siguiente.

- Mediante Nota N° NO-2019-49568476-APN-DGPYD#MHA, de fecha 27 de mayo de 2019, la DIRECCIÓN GENERAL DE PRENSA Y DIFUSIÓN del ex MINISTERIO DE HACIENDA, en su carácter de unidad\_requerente, solicitó la ampliación de la Orden de Compra N° 34-1099-OC18, fundando su requerimiento en que: *“...Con el dictado del Decreto Nro 802/2018 el Ministerio de Energía pasó a ser Secretaría de Gobierno con dependencia en el Ministerio de Hacienda lo que trajo aparejado la unión de las oficinas de prensa de la Secretaría de Energía y el Ministerio de Hacienda. En función a ello, la Secretaría de Energía había iniciado la contratación de un servicio de monitoreo de medios masivos de comunicación lo que trajo aparejado que mediante la Nota NO-2018-60143326-APNUCGMEN#MHA la Unidad de Coordinación General de la citada Secretaría solicitara dejar sin efecto el tramite iniciado. Que subsistiendo la necesidad de la Secretaría de Gobierno de Energía y estando en vigencia la Orden de Compra Nro 34-1099-OC18 emitida por el Ministerio de Hacienda, se considera necesario que dicho requerimiento sea cubierto por la misma. En la actualidad, por el mayor trabajo demandado, surge la necesidad de ampliar la cantidad original de usuarios originalmente contratados a Ejes SA en la precitada Orden de Compra 34-1099-OC18 (...) para generar así informes diarios para las autoridades del Ministerio y de la Secretaría de Gobierno de Energía. En función a ello, corresponde ampliar el servicio mensual en la suma de nueve mil pesos (9.000) hasta la culminación del servicio...”*.
- Mediante Nota N° NO-2019-59372885-APN-DGPYD#MHA, de fecha 3 de julio de 2019, la DIRECCIÓN GENERAL DE PRENSA Y DIFUSIÓN del ex MINISTERIO DE HACIENDA hizo constar que: *“...la empresa EJES S.A comenzó a prestar el servicio de auditoría de medios, según orden de compra 34-1099-OC18, a partir de enero 1-1-2019 hasta el 31-12-19...”*.
- Por Disposición de la SUBSECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN Y NORMALIZACIÓN PATRIMONIAL del ex MINISTERIO DE HACIENDA N° DI-2019-44-APN-SSADYNP#MHA, de fecha 6 de septiembre de 2019 se resolvió: *“...Ampliar el contrato celebrado con Ejes SA (CUIT 33-66341994-9), instrumentado mediante la Orden de Compra N° 34-1099-OC18 correspondiente a la Contratación Directa Adjudicación Simple por Especialidad N° 340020-CDI18 para la contratación del servicio de auditoría de medios nacionales e internacionales, gráficos, radiales, televisivos, agencias de noticias y portales de internet por el monto total de cincuenta y cuatro mil pesos (\$ 54.000), servicio mensual por la suma de nueve mil pesos (\$ 9.000) hasta la culminación del servicio.”*.
- Finalmente, la Orden de Compra de Ampliación N° 34-1080-OC19, emitida en favor de la sociedad\_comercial EJES S.A. por la suma de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL (\$ 54.000,00.-), fue difundida en el Portal web del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” el día 9 de septiembre de 2019, motivo por el cual debe reputarse notificada el día hábil siguiente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4 del “Manual del COMPR.AR” aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16.

**Objeto de consulta:** Se solicitó a la ONC que se expida sobre la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a la ampliación del contrato.

**Normativa examinada:**

- Artículo 12, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 100, inciso a) del Anexo al Decreto N° 1030/16.

### **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. Se trata, en tales casos, de una prerrogativa “exorbitante” que encuentra justificativo, en materia de contratos administrativos, en las necesidades públicas que mediante estos últimos se busca satisfacer. No obstante ello, la potestad bajo análisis se encuentra limitada por la propia normativa.

II) La Orden de Compra N° 34-1099-OC18 fue difundida en el Portal web del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” el día 18 de diciembre de 2018, con lo cual debe reputarse notificada el día hábil siguiente, es decir, el día 19 de diciembre de 2018 y, a su vez, el año de duración del contrato perfeccionado entre el ex MINISTERIO DE HACIENDA y la firma EJES S.A. –mediante Orden de Compra N° 34-1099-OC18– debe computarse desde el día hábil siguiente a la notificación de la orden de compra, en tanto así fue estipulado en el artículo 10 del pliego de bases y condiciones particulares N° PLIEG-2018-51599392-APNDPYS#MHA. Luego, si la Orden de Compra de Ampliación N° 34-1080-OC19 fue difundida en el Portal web del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” el día 9 de septiembre de 2019, debe reputarse notificada el día hábil siguiente, con lo cual la ampliación del contrato tuvo lugar durante la vigencia del contrato original, cumpliendo con el requisito previsto en el apartado 4° del inciso a) del artículo 100 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (límite temporal).

III) La Orden de Compra N° 34-1099-OC18 se emitió oportunamente en favor de la firma EJES S.A. por la suma de PESOS QUINIENTOS CUARENTA MIL (\$ 540.000,00.-), mientras que la Orden de Compra N° 34-1080-OC19 asciende a la suma de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL (\$ 54.000,00.-), con lo cual cabe colegir que la ampliación tramitada equivale al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato original –Renglón Único–, cumpliéndose así con lo previsto en los apartados 1° y 3° del inciso a) del artículo 100 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (límite cuantitativo).

IV) Finalmente, la ampliación tuvo lugar en los términos de los apartados 2° y 6° del inciso a) del artículo 100 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; es decir, sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicados y sin que tenga por objeto aumentar el plazo de duración del contrato, sino que se trató de aumentar determinadas prestaciones del servicio de auditoría de medios. Según interpreta esta Oficina, se habrían ampliado las mismas prestaciones oportunamente contratadas, a fin de dar cobertura a las nuevas necesidades y mayores destinatarios del servicio brindado por EJES S.A., debido al dictado del Decreto N° 802 del 5 de septiembre de 2018, por el cual –en cuanto aquí concierne– se unificaron las Oficinas de Prensa del ex MINISTERIO DE ENERGÍA y del ex MINISTERIO DE HACIENDA (límite cualitativo: objeto/condiciones/precio).

V) Ahora bien, en las presentes actuaciones tramita el pago de la Factura B N° 0003-00027868, de fecha 30 de septiembre de 2019, emitida por la firma EJES S.A. por la suma de PESOS DIECIOCHO MIL (\$ 18.000), en concepto de servicios correspondientes a los períodos de julio y agosto de 2019. Como puede advertirse, los servicios en cuestión habrían sido prestados por el proveedor de que se trata en forma previa a que tenga lugar la ampliación resuelta por Disposición de la SUBSECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN Y NORMALIZACIÓN PATRIMONIAL del ex MINISTERIO DE HACIENDA N° DI-2019-44-APN-SSADYNP#MHA, de fecha 6 de septiembre de 2019, la cual dispuso, como ya fuera citado, “...Ampliar el (...) servicio mensual por la suma de nueve mil pesos (\$ 9.000) hasta la culminación del servicio.”

VI) Si bien la unidad requirente brindó conformidad para que se proceda al pago de la citada factura, no consta a esta Oficina que los aludidos servicios se correspondan efectivamente con las tareas y destinatarios adicionales, fruto de la incorporación del ex MINISTERIO DE ENERGÍA –devenido luego en SECRETARÍA DE GOBIERNO DE ENERGÍA–, a la estructura del ex MINISTERIO DE HACIENDA, actual MINISTERIO DE ECONOMÍA; así como tampoco que los mismos hayan sido efectivamente prestados, en tanto no lucen agregadas las actas de recepción correspondientes.

VII) Se requiere la opinión de este Órgano Rector, en concreto, sobre la posibilidad de aplicar retroactivamente la ampliación que nos ocupa, habiendo sostenido al respecto el servicio jurídico preopinante que: *“...la posibilidad de aprobar aumentos o disminuciones hasta tres meses posteriores al cumplimiento del plazo del contrato podría configurar una excepción al principio de irretroactividad que el ordenamiento jurídico consagra...”*.

VIII) Del artículo 100, inciso a) apartado 4) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional surge con claridad que la ampliación puede tener lugar: a) en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación; b) durante la ejecución del contrato, incluida la prórroga, en su caso o c) hasta TRES (3) meses después de cumplido el plazo del contrato, como máximo. Sin embargo, el supuesto individualizado en el literal c), esto es, la ampliación que puede tener lugar: *“...como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el plazo del contrato”* no representa, en opinión de esta Oficina, un supuesto de retroactividad de los efectos del acto por el cual se instrumenta la misma sino que, por el contrario, se trataría de un caso de ultraactividad del contrato vencido que, no obstante haber llegado a su fin, por imperio de la normativa vigente se habilita igualmente al organismo contratante a ejercer la prerrogativa de ampliación durante un lapso adicional, posterior a su fenecimiento, hasta el límite de TRES (3) meses.

IX) Una vez notificado el acto de ampliación y notificada la correspondiente orden de compra, sus efectos operarán –normalmente– hacia el futuro, tomando en consideración que, como bien señalara el servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo consultante, la regla o principio general es la irretroactividad de los efectos de los actos administrativos o, dicho en otros términos, el efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro a partir de su notificación válida. Pero hay diversos supuestos en que puede válidamente producir efectos retroactivos. Ello puede ocurrir por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y hay sustento fáctico suficiente para la validez en el pasado a lo que el acto resuelve (v. Dictámenes 283:404).

X) Repárese, sin embargo, que ni la regla de la irretroactividad de los efectos del acto administrativo ni sus excepciones vienen dadas, en sentido estricto, por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que este Órgano Rector está llamado a interpretar, sino por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, cuyos alcances han sido interpretados en diversos pronunciamientos de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN y en la copiosa jurisprudencia administrativa de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en la materia, sin desconocer los valiosos comentarios de la doctrina administrativista (conf. CSJN, in re Alberto Roberto Domínguez c/UNR s/ acción de amparo, del 15-10-1985; Dictámenes 297:259; 241:79; 283:404, entre otros. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ra. Edición Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1988. Páginas 387/388. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, Segunda Edición Actualizada. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978. Pág. 363; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo 1, 3º reimpression, comentario al artículo 13 de la Ley 19.549, Ed. Astrea, Bs. As., 1997. Pág. 277).

XI) Con lo cual, lo atinente a la retroactividad o irretroactividad de la Disposición N° DI-2019-44-APNSSADYNP#MHA, en tanto acto administrativo, no viene regulado por normas sobre contrataciones públicas, sino por el artículo 13 de la Ley N° 19.549, precepto que integra el Título III de dicho cuerpo legal y que, resulta de aplicación directa a los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7, *in fine*. Desde esa óptica, la cuestión exorbita el ámbito competencial específico de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

### **Dictamen ONC N° IF-2020-37668416-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 11 de junio de 2020.

**Referencias/voces:** Adjudicación simple para locación de inmueble. Autoridad competente. Posibilidad de cotizar en diferentes monedas.

#### **Antecedentes:**

- En fecha 27 de abril de 2020, la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE RECURSOS de la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA requirió la intervención del servicio permanente de asesoramiento jurídico de la aludida entidad, habiendo puesto de relieve lo siguiente: *“...En relación con lo dispuesto por el Decreto N° 336/19 modificando el Anexo al Art. 9 del Decreto N° 1030/16, ha surgido una duda sobre el límite de módulos para determinar la competencia del funcionario. En función de estar por iniciar un procedimiento de adjudicación simple por locación de inmuebles, nos encontramos con que se repite la máxima autoridad del Organismo Descentralizado, en dos en las dos últimas filas. Ante esta disyuntiva, es que solicitamos (...) determinar si la máxima Autoridad de este Organismo Descentralizado tiene límite para aprobar y adjudicar un procedimiento o no...”*.
- En otro orden de cosas, la referida instancia planteó el siguiente interrogante: *“...se requiere se expida (...) sobre la posibilidad de establecer en un contrato de locación de inmueble, que tendrá un plazo de 48 meses, fijar los primeros 12 meses en moneda nacional y para el resto de los meses, establecer la moneda de cotización en moneda extranjera. La cuestión recae principalmente en que en las prácticas habituales este tipo de bienes se cotizan en moneda extranjera (DOLARES ESTADOUNIDENSES), habiéndose celebrado el contrato anterior en dicha moneda. Finalmente, para el caso en que lo consultado en el párrafo anterior no resulte viable, se solicita conocer su opinión respecto a la viabilidad de incorporar una cláusula en el contrato de locación de inmueble, que imponga en los valores de los cánones locativos en moneda nacional que se van a dar durante el contrato, un tope máximo en moneda extranjera...”*.

**Objeto de Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en forma previa a que la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA de inicio a un procedimiento de adjudicación simple para la locación de un inmueble, a efectos de que sean evacuadas las siguientes consultas:

a) Alcances de las competencias de la máxima autoridad de un organismo descentralizado, a la luz de las modificaciones introducidas en la materia por el Decreto N° 336/19.

- b) Viabilidad de establecer en el pliego una cotización mixta que involucre diferentes monedas para una misma prestación.
- c) Viabilidad de incorporar una cláusula en el contrato de locación de inmueble, que imponga en los valores de los cánones locativos en moneda nacional a devengarse durante el contrato, un tope máximo en moneda extranjera.

**Normativa examinada:**

- Artículo 25, inciso d) apartado 11 Decreto Delegado N° 1023/01).
- artículos 9° y 58 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Decreto N° 336/19.
- Artículos 81 a 86 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, modificadas por sus similares Nros. 49/18 y 18/19).
- Artículo 83 de la Ley N° 27.431.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Si bien a raíz de la incorporación introducida por el artículo 83 de la Ley N° 27.431 al inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01, existe en la actualidad una causal de contratación directa especialmente prevista 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”* (v. artículo 25, inciso d) apartado 11 del Decreto Delegado N° 1023/01), esta Oficina se ocupó en su momento de explicar que: *“...si bien en el actual artículo 86 del citado 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 N° 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...”* (v. IF-2018-35632982-APN-ONC#MM).

II) Las competencias para el dictado de actos administrativos, por parte de los funcionarios intervinientes en los diversos procedimientos de contrataciones de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, se encuentran determinadas en el artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, junto con su respectivo Anexo, a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsas abreviadas y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados – los montos de las contrataciones son medidos en módulos, cuyo valor actual es de PESOS UN MIL SEISCIENTOS (\$ 1.600,00)–. En efecto, en el Anexo previamente individualizado se encuentran contempladas diversas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elegir el procedimiento de selección; aprobar el pliego de bases y condiciones particulares, aprobar la preselección de las ofertas en los procedimientos con etapa múltiple, aprobar el procedimiento de selección y adjudicar, dejar sin efecto el llamado, declararlo desierto o, en su caso, fracasado, según corresponda).

III) Asimismo, se detallan como autoridades competentes, acorde con 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; Secretario Ministerial, Secretario de la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretario de la Presidencia de la Nación o funcionario de nivel equivalente; Secretario de Gobierno –cargo que en la actualidad ha dejado de existir y cuyas competencias deben entenderse absorbidas por el Ministro del ramo–, Ministro, funcionario con rango y categoría de Ministro, Jefe de Gabinete de Ministros y máxima autoridad de organismo descentralizado.

IV) Mediante el Decreto N° 336/19, se sustituyó el Anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, con la expresa finalidad –tal como se advierte en los considerandos de dicha medida– de otorgar mayor flexibilidad y rapidez a la gestión de las contrataciones sustanciadas en el seno de los organismos descentralizados, para lo cual se dotó de competencia a las máximas autoridades de tales entes a fin de permitirles aprobar y adjudicar contratos, sin límite, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación. En virtud de ello, el plexo normativo vigente en materia de contrataciones no establece ningún límite en cuanto al monto para aprobar y adjudicar procedimientos, por parte de las máximas autoridades de los organismos descentralizados, cuando se trata de procedimientos de selección tramitados en su seno.

V) Con relación a la segunda cuestión planteada, cabe recordar lo previsto en el artículo 58 del Reglamento aprobado como Anexo al Decreto N° 1030/16. De la lectura de dicha norma surge que la moneda de cotización será aquella que se fije en el pliego de bases y condiciones particulares y, en principio, debe preverse la cotización en pesos. No obstante ello, para los casos en que, excepcionalmente, el organismo contratante opte por establecer que las cotizaciones se efectuarán en moneda extranjera, la normativa exige que tal requerimiento se encuentre adecuadamente fundamentado en el expediente.

VI) Si bien la norma bajo análisis contempla la posibilidad de que existan ofertas en diferentes monedas de cotización “...no está previsto normativamente la posibilidad de establecer una cotización mixta que involucre la adjudicación de un mismo servicio a un solo oferente.” Si bien dicha observación es correcta, no se advierte que exista –ni por aplicación del artículo 58 ni del Reglamento en su conjunto– una prohibición que vede la posibilidad de incluir en el pliego que la cotización pueda efectuarse en dos monedas distintas, sin perjuicio de lo cual –va de suyo– deberá fundamentarse adecuadamente la elección de tal combinación.

VII) En cuanto a la tercera cuestión planteada, la misma adolece de cierta vaguedad y/o imprecisión que torna incierto el alcance y sentido de la misma, con lo cual se solicita al organismo de origen, de estimarlo oportuno, se sirva reformular su consulta concerniente a este punto, brindando –de ser ello posible– mayores precisiones, a fin de evitar un pronunciamiento genérico sobre cuestiones abstractas que conlleve el riesgo de hacer extensivas tales conclusiones a una diversidad de situaciones sin la necesaria y debida ponderación de las particularidades del caso (conf. Dictámenes PTN 205:139; 174:113; 199:115; 203:193; 255:390; 256:415).

## Dictamen ONC N° IF-2020-47924459-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 24 de julio de 2020.

**Referencias/voces:** Contratación Directa por Monto – Circulares – Cotización en moneda extranjera – pliego de bases y condiciones particulares - Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”.

### Antecedentes:

- En fecha 19 de mayo de 2020, se autorizó el procedimiento de Contratación Directa por Compulsas Abreviadas por Monto N° 490-0001-CDI20, para la adquisición de equipamiento informático tendiente a satisfacer el desenvolvimiento de tareas esenciales del aludido organismo –v. artículo 1°–.
- Por conducto del artículo 2° de la Resolución de la DIRECCIÓN de la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA N° RESOL-2020-110-APN-AAIP, de fecha 19 de mayo de 2020, se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2020-29908626-APNDDTA#AAIP, cuya Cláusula 2° prevé lo siguiente: “...2. *Cotización Cada Oferente debe presentar una propuesta con el detalle de cumplimiento de las especificaciones indicadas en el apartado ‘Especificaciones Técnicas’, respondiendo de forma completa a la especificación base y de corresponder a las especificaciones alternativas propuestas. No serán considerados a los fines de la adjudicación, descuentos de ninguna clase que pudieran ofrecer los oferentes por pronto pago, ni aquellos que condicionen la oferta, alterando las bases del llamado...*”.
- Se advierten agregadas la Circular N° 1 (PLIEG-2020-33902580-APN-DTA#AAIP), publicada en el portal web: <https://comprar.gob.ar/> el día 22 de mayo de 2020; y la circular N° 2 (PLIEG-2020-35183512-APN DTA#AAIP), publicada en el portal web: <https://comprar.gob.ar/> el día 29 de mayo de 2020.
- La circular individualizada como PLIEG-2020-33902580-APNDDTA# AAIP), presentaba el siguiente contenido: “*Número de Circular: 1, Tipo de Circular: con consulta, Tipo de Proceso: Contratación Directa, Fecha de Publicación: 22/05/20 (...)* Motivo de la Circular: (...) *Aclaraciones (...) Aclaración N° 1 (...)* A efectos de presentar una oferta, se podrá utilizar PESOS ARGENTINOS (\$) o DÓLARES ESTADOUNIDENSES. El pago se efectuará indefectiblemente en PESOS ARGENTINOS (\$), en el momento de emitirse la Orden de compra y de acuerdo a la cotización del Banco Nación para el día anterior. La condición tributaria de la Agencia es EXENTA, por lo que el adjudicatario deberá emitir factura tipo B o C.”.
- La circular individualizada como PLIEG-2020-35183512-APN-DTA#AAIP) contenía la siguiente información: “*Número de Circular: 2, Tipo de Circular: sin consulta, Tipo de Proceso: Contratación Directa, Fecha de Publicación: 29/05/20 (...)* Motivo de la Circular: *Se aclaran las pautas de evaluación de ofertas en moneda extranjera (...)* Aclaraciones (...) *Aclaración N° 1 (...)* Si todas las ofertas recibidas fueran presentadas en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, dada la homogeneidad de monedas la selección se producirá conforme los criterios determinados en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, y la Orden de Compra se emitirá en PESOS ARGENTINOS, tomando la cotización del tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina vigente al cierre del día de emisión de la Orden de Compra. Si en cambio se recibieran algunas ofertas en PESOS ARGENTINOS y otras en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, con el objeto de asegurar la selección en igualdad de condiciones para todos los oferentes, las propuestas presentadas en moneda extranjera se convertirán en PESOS ARGENTINOS, según el tipo de cambio vendedor cotizado por el Banco Nación al cierre del día fijado para la apertura,

*esto es el 9 de junio de 2020. En este supuesto, si se adjudicara la contratación a una oferta así convenida en PESOS ARGENTINOS, la Orden de Compra se emitirá por dicho importe.”*

- Del Acta de Apertura de Ofertas, de fecha 9 de junio de 2020, se desprende que en el marco del procedimiento de Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N.º 490-0001-CDI20 fueron confirmadas a través del Sistema “COMPR.AR” CUATRO (4) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) MDP SISTEMAS DIGITALES S.R.L. (CUIT N.º 30-70708853-9) por un precio total general de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL QUINIENTOS (\$ 1.522.500,00.-); 2) RÍO INFORMÁTICA S.A. (CUIT N.º 30-70781324-1) por un precio total general de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000,00.-); 3) EBOX S.A. (CUIT N.º 30-71474920-6) por un precio total general de PESOS TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$ 3.571.500,00.-) y 4) LA RED COMPUTACIÓN S.R.L. (CUIT N.º 30-69114481-6) por un precio total general de PESOS DOS MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL SETECIENTOS OCHENTA (\$ 2.121.780,00.-).
- De la planilla de cotización que integraba la oferta de la firma RÍO INFORMÁTICA S.A., surgía que dicha firma no había efectuado su cotización en moneda nacional sino en divisas. Más precisamente, el valor unitario cotizado por dicha firma –conforme se desprende del documento individualizado como RE-2020-37611143-APN-DTA#AAIP– es de DÓLARES ESTADOUNIDENSES DOS MIL (USD 2.000), siendo el total general ofertado de DÓLARES ESTADOUNIDENSES VEINTE MIL (USD 20.000).
- En el Cuadro Comparativo de Ofertas (v. IF-2020-37611458-APN-DTA#AAIP), se indicó respecto de la cotización de la firma RÍO INFORMÁTICA S.A. lo siguiente: *“Se hace expresa aclaración que la moneda de cotización esta expresada en dólares estadounidenses, de acuerdo a lo permitido en la circular Nro 2 DEL DÍA 29/05/20...”*.

**Objeto de consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expida sobre el procedimiento de Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N.º 490-0001-CDI20 del registro de la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, en cuanto a: *“...si es posible continuarlo tomando la oferta de Río Informática S.A. por ser la más conveniente a nivel de monto, en pesos (considerando que la oferta fue hecha en dólares) (...) a fin de utilizar el presupuesto asignado al rubro ‘bienes de capital’ con que cuenta la Agencia; e indicando en ese caso la forma adecuada de concluir las actuaciones en la plataforma COMPR.AR...”*.

**Normativa examinada:**

- Artículos 3º y 25, inciso d) apartado 1º del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 15, 27, 44, 50 y 58 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- artículo 50 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N.º 62/16.
- Artículo 17 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Disposición ONC N.º 65/16.

**Análisis y opinión del Órgano Rector:**

1) En cuanto concierne a la procedencia de las aludidas compulsas abreviadas por monto, ha de mencionarse que el artículo 15 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 establece: *“...A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 1 del Decreto Delegado N.º 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado para tal tipo de*

*procedimiento en la escala aprobada por el artículo 27 del presente reglamento.”. El referido artículo 27 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, modificado por su similar N° 963/18, prescribe –en cuanto aquí– interesa lo siguiente: “...**MONTO ESTIMADO DE LOS CONTRATOS. Cuando el monto estimado del contrato sea el parámetro que se utilice para elegir el procedimiento de selección, se deberá considerar el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas y se aplicará la siguiente escala: a) Compulsa abreviada del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios hasta UN MIL MÓDULOS (M 1.000) (...). 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...**”. Valga recordar que en la actualidad el valor del módulo (M) asciende a la suma de PESOS UN MIL SEISCIENTOS (\$ 1.600,00.-), conforme la modificación introducida al artículo 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, por su similar N° 963/18.*

II) Los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria para las compulsas abreviadas por monto se encuentran previstos en el artículo 44 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, mientras que la emisión de circulares aclaratorias, modificatorias del pliego y/o de prórroga de la fecha de apertura de ofertas se halla regulada con diversos recaudos y alcances –según el tipo o especie de circular de que se trate– en el artículo 50 del mencionado cuerpo reglamentario.

III) A su vez, en el artículo 50 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16 se encuentra establecido el trámite que debe seguirse en las compulsas abreviadas por monto. Nótese que, a diferencia de otros trámites procedimentales de excepción, en el caso de las compulsas abreviadas por monto no se encuentra habilitada la posibilidad de diferir el cumplimiento de las instancias previstas en los incisos a) y b) del artículo 11 del Decreto Delegado N° 1.023/01. Por consiguiente, la emisión del acto administrativo que autorice la convocatoria y que apruebe el pliego de bases y particulares, debe ser emitido por la autoridad competente en forma previa a la difusión del llamado.

IV) Lo atinente a la moneda de cotización se encuentra regulado, en primer lugar, en el artículo 58 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

V) La plataforma electrónica “COMPR.AR” es el único medio válido para presentar ofertas, cuya carga consta de CINCO (5) pasos, siendo el último de ellos la confirmación de la oferta (v. artículo 9 del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo I de la Disposición ONC 65/16).

VI) El organismo contratante omitió indicar la moneda de cotización en el pliego de bases y condiciones particulares. Con lo cual, frente al incumplimiento de indicar en forma expresa en el pliego particular la moneda de cotización, cobra relevancia el principio general contemplado en el artículo 58 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y reproducido en el artículo 17 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, esto es: la cotización deberá ser moneda nacional, máxime ante la ausencia de previsión en contrario debidamente fundada.

VII) Llama la atención que se introdujo en el expediente y se difundió en el portal “COMPR.AR” un documento individualizado como PLIEG-2020-33085708-APNDDTA#AAIP, por cuyo conducto se introdujeron “Cláusulas complementarias y aclaratorias para la convocatoria”. Interesa destacar, al respecto, que en el documento aludido se incorporaron diversas cláusulas, entre ellas la siguiente:

*“...3. Cotización. Las cotizaciones deberán hacerse cumpliendo con las previsiones del artículo 16 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado mediante la Disposición ONC N° 63-E/2016. La cotización se presentará por renglón en pesos. Se entenderá que el precio cotizado incluye el IVA (cuando correspondiera), ya que la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, está exenta de tal impuesto...”.*

VIII) La primera irregularidad advertida radica en que se han difundido y, en principio, aplicado cláusulas denominadas como “complementarias”, que no han objeto de aprobación alguna. Va de suyo que si la normativa vigente exige que el pliego de bases y condiciones particulares sea aprobado por la autoridad que resulte competente para ello, según cada caso, mal puede admitirse la incorporación de cláusulas ajenas al mismo, susceptibles de incidir sobre su alcance o interpretación. Dicho en otros términos: no pueden introducirse y aplicarse válidamente cláusulas diferentes a las aprobadas, so pena de conmovier principios generales, tales como los de igualdad y transparencia, a menos que las aclaraciones y/o modificaciones se canalicen en tiempo oportuno, a través de las llamadas circulares aclaratorias o modificatorias, según corresponda.

IX) Sabido es que el pliego de bases y condiciones particulares es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro cocontratante y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. Dicho documento contiene, por lo tanto, las disposiciones destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución (Dictámenes PTN 253:167) y, como es harto sabido, representa la ley del contrato (v. CSJN, 22/04/86, “Hotel Internacional Iguazú S.A vs Nación Argentina” J.A. 1987-II-241 y Dictámenes PTN 230:67; 232:27; 269:9, entre otros). De ahí la importancia trascendental que revisten los pliegos, en la medida en que –ante todo– establecen las reglas de la compulsa y permiten a los interesados efectuar las estimaciones y previsiones necesarias, en forma previa a la presentación de una oferta (conf. Dictámenes PTN 233:94; 234:452; 259:415; 266:122; 268:345, entre muchos otros).

X) El artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla la posibilidad de que el organismo contratante emita circulares aclaratorias, modificatorias del pliego –ya sea de oficio o como respuesta a consultas– y aquellas por las cuales únicamente se prorrogue la fecha de apertura. La validez de cada tipo o especie de circular se encuentra supeditada al cumplimiento de exigencias específicas que vienen impuestas por la reglamentación.

XI) La cuestión no es baladí, en la medida en que el organismo de origen emitió DOS (2) circulares “aclaratorias” en las que ante una consulta de un proveedor en primer término y luego como una “aclaración” a las pautas de evaluación de las ofertas, admitió que los proveedores pudieran cotizar sus ofertas en moneda extranjera, a saber Dólares Estadounidenses. Con lo cual, a excepción de las circulares por las que únicamente se modifica la fecha de apertura de ofertas –que no hacen a la cuestión que aquí se ventila–, esta Oficina considera pertinente explicar las características distintivas y enumerar los requisitos que deben satisfacerse para emitir válidamente circulares aclaratorias y/o modificatorias en un procedimiento como el que nos ocupa, dada la intrínseca relación existente entre la difusión de la convocatoria junto con el pliego de bases y condiciones particulares y la publicidad que necesariamente debe darse a las circulares que eventualmente se emitan, ya sea aclarando o modificando las “reglas de juego” a las cuales deberán ceñirse los potenciales interesados, en pie de igualdad.

XII) Las circulares meramente aclaratorias que se emitan en procedimientos de selección por compulsas abreviadas se encuentran sujetas a los siguientes requisitos: 1. Pueden ser emitidas por el titular de la unidad operativa de contrataciones. 2. Deben ser comunicadas a todos los interesados que hubiesen retirado, comprado o descargado el pliego y al que hubiere efectuado la consulta si la circular se emitiera como consecuencia de ello. 3. Deben ser consideradas como parte integrante del pliego y difundidas por internet en el sitio del sistema electrónico de contrataciones (<https://comprar.gob.ar/>). 4. En cuanto al plazo de antelación, el artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 aclara que: *“...En los procedimientos de selección por compulsas abreviadas o adjudicación simple, el plazo para comunicar las circulares aclaratorias se deberá establecer en el pliego de bases y condiciones particulares teniendo en cuenta el plazo hasta el cual podrán realizarse las consultas y atendiendo al plazo de antelación establecido en el procedimiento en particular para la presentación de las ofertas o pedidos de cotización...”*.

XIII) En lo que respecta a las circulares modificatorias del pliego de bases y condiciones particulares que se emitan en procedimientos de selección por compulsas abreviadas, deberán satisfacerse los siguientes presupuestos de validez: 1. En principio, deberán ser emitidas por la misma autoridad que hubiere aprobado el pliego de bases y condiciones particulares o por aquel en quien se hubiere delegado expresamente tal facultad. Como excepción, en los casos en los cuales la modificación introducida supere el monto máximo para autorizar procedimientos, conforme los niveles de funcionarios competentes establecidos en el Anexo al artículo 9° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, deberá ser autorizada por la autoridad competente por el monto global. 2. Deberán ser difundidas, publicadas y comunicadas por UN (1) día en los mismos medios en que hubiera sido difundido, publicado y comunicado el llamado original, con UN (1) día como mínimo de anticipación a la fecha originaria fijada para la presentación de las ofertas. 3. Asimismo, deberán ser comunicadas 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 el mismo plazo mínimo de antelación. 4. También deberán reputarse parte integrante del pliego y difundirse en el sitio del sistema electrónico de contrataciones (<https://comprar.gob.ar/>). 5. Entre la publicidad de la circular modificatoria y la fecha de apertura, deberán cumplirse los mismos plazos de antelación estipulados en la normativa vigente que deben mediar entre la convocatoria original y la fecha de apertura de acuerdo al procedimiento de selección de que se trate, por lo que deberá indicarse en la misma la nueva fecha para la presentación de las ofertas.

XIV) Resulta meridianamente claro para esta Oficina que mediante circulares calificadas como “aclaratorias” se modificó el criterio previsto en el pliego de bases y condiciones particulares aprobado para el procedimiento en cuestión, toda vez que a la luz de dicho documento las ofertas debían formularse en pesos. En efecto, este Órgano Rector es de la opinión que al menos la Circular N° 1 debió haber sido tramitada como modificatoria del pliego –con la mayor rigurosidad en cuanto a requisitos formales que ello hubiese implicado–, en tanto que la misma introdujo la posibilidad de efectuar cotizaciones tanto en PESOS ARGENTINOS (\$) como en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, indistintamente, siendo este un criterio que no “aclara” sino que modifica sustancialmente las reglas receptadas en el pliego de bases y condiciones particulares oportunamente aprobado en ocasión de autorizar el llamado (v. PLIEG-2020-29908626-APNDA#AAIP).

XV) Ello así, si se repara en que las mal llamadas “Cláusulas complementarias” no pueden ser siquiera consideradas por no formar parte del pliego aprobado por la autoridad competente mediante RESOL-2020-110-APN-AAIP –amén de que allí se estableció explícitamente la cotización en pesos–, mientras que frente a la ausencia de previsión expresa en el único pliego particular que puede ser válidamente considerado, dicho vacío ameritaba ser integrado mediante la aplicación supletoria del artículo 58 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y del artículo 17 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, con lo cual la única interpretación posible previo al dictado de las circulares Nros. 1 y 2 es que la cotización debía ser en moneda nacional. Ergo, ambas circulares o, si se quiere, cuanto menos la Circular N° 1 introdujo una modificación sustancial al pliego, disimulada bajo el ropaje de una mera aclaración al mismo.

XVI) Desde la óptica de los interesados en participar del procedimiento de selección, no es dable soslayar que, pese a la mayor diligencia que es exigible a los proveedores del Estado, la circunstancia descripta bien pudo inducir a error, como presumiblemente ocurrió con la sociedad comercial RÍO INFORMÁTICA S.A.; firma que, frente a la imposibilidad de indicar en la plataforma electrónica que su cotización era en dólares optó por estipularlo manualmente en el documento que se encuentra digitalizado como RE-2020-37611143-APNDDTA#AAIP.

XVII) Abona la presunción de que se trató de un error inducido por el propio organismo la leyenda que luce incorporada en el Cuadro Comparativo de Ofertas, donde se indicó respecto de la cotización de la firma RÍO INFORMÁTICA S.A. lo siguiente: “*Se hace expresa aclaración que la moneda de cotización esta expresada en dólares estadounidenses, de acuerdo a lo permitido en la circular Nro 2 DEL DÍA 29/05/20...*” (v. IF-2020-37611458- APN-DDTA#AAIP).

XVIII) Tratándose de una contratación sustanciada por medios electrónicos, la aclaración sobre la moneda de cotización, efectuada en un documento anexo a la oferta, carece de validez y que, por otra parte, el Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” respondió, como es debido, a los parámetros estipulados en el pliego de bases y condiciones particulares aprobado. Es decir, la plataforma no habilitó la posibilidad de indicar que la oferta era en dólares justamente porque el pliego que resulta de aplicación no contemplaba la cotización en moneda extranjera ni se emitió una circular modificatoria en el sentido indicado *ut supra*. Por el contrario, el hecho de que el organismo haya emitido circulares meramente aclaratorias determinó que el cambio de moneda de cotización no haya impactado en el Sistema “COMPR.AR”, vulnerando de esta manera el principio general de transparencia, ya que obligó al proveedor en cuestión a presentar su cotización de una manera que no era la correspondiente, en tanto que, la cotización formulada aparece en PESOS en el acta de apertura, extremo que se contradice con la aclaración que el proveedor introdujo en una planilla de cotización ad hoc, donde se indicó que los guarismos cotizados correspondían a DÓLARES ESTADOUNIDENSES.

XIX) En suma, el organismo contratante optó por un medio que no era el idóneo para modificar la moneda de cotización.

XX) En razón de las consideraciones vertidas en el Acápito IV del presente, esta Oficina Nacional de Contrataciones opina que el procedimiento de Contratación Directa por Compulsa Abreviada por Monto N° 490-0001-CDI20 no puede proseguir. Caso contrario, se encontrarían seriamente comprometidos los principios generales de igualdad, publicidad y de transparencia receptados en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01; no sólo por la situación particular de la firma RÍO INFORMÁTICA S.A. –que ha sido objeto de análisis–, sino también por haberse colocado bajo un cono de incertidumbre a potenciales interesados en participar de la compulsa pero que, eventualmente, puedan

haberse “autoexcluido” frente a la duda razonable sobre la posibilidad o no de cotizar en moneda extranjera, conforme las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares aprobado por Resolución de la DIRECCIÓN de la AGENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA N° RESOL-2020-110-APNAAIP, de fecha 19 de mayo de 2020, que determinaron los parámetros a los que respondió el sistema electrónico de contrataciones “COMPR.AR”.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-52172168-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 9 de agosto de 2020.

**Referencias:** Garantías. Póliza electrónica. Admisibilidad de una póliza electrónica constituida con carácter de garantía de mantenimiento de oferta.

### **Antecedentes.**

- Con fecha 10 de febrero de 2020, se emitió la Resolución de la SECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N.º RESOL-2020-35-APN-SGA#MDS, por cuyo conducto se autorizó la Licitación Pública N.º 95-0011-LPU20, cuyo objeto era la adquisición de harina de maíz de cocción rápida o precocida, con la finalidad de asistir las necesidades que afronta la población en situación de vulnerabilidad, solicitada por la SECRETARÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL de esa cartera ministerial.
- Con fecha 12 de marzo de 2020, se emitió el Acta de Apertura de Ofertas, pieza de la cual se desprende que para la Licitación Pública N.º 95-0011-LPU20 fueron confirmadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” SIETE (7) ofertas de las siguientes firmas: 1) NOMEROBO S.A. (CUIT N.º 30-64337887-2); 2) MANJARES LA PLATA S.R.L. (CUIT N.º 30-71429225-7); 3) OLAZUL S.A. (CUIT N.º 30-59374471-6); 4) SUPERMERCADO PUEBLO S.A. (CUIT N.º 30-70740240-3); 5) ALIMENTOS FRANSRO S.R.L. (CUIT N.º 30-70957893-2); 6) MOLINO PASSERINI SAIC (CUIT N.º 30-54158861-9) y 7) Raúl Omar ALVARO (CUIT N.º 20-05383121-5).
- El día 17 de marzo de 2020 se procedió a efectuar el cotejo de los datos y el estado de las pólizas electrónicas integradas como garantía de mantenimiento de la oferta, correspondientes a las firmas OLAZUL S.A. y SUPERMERCADO PUEBLO S.A. respectivamente. En ambos casos de la consulta se obtuvo como resultado el siguiente: “No existe la póliza”.

- Con fecha 17 de marzo de 2020, se cursaron intimaciones a las firmas OLAZUL S.A. y SUPERMERCADO PUEBLO S.A., por el término de DOS (2) días, a los fines de que procedieran a acreditar, cada cual, que la póliza oportunamente individualizada en la oferta: “...fue emitida en forma previa al acto de apertura, bajo apercibimiento de incurrir en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 66 inciso k) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional...”.
- Con fecha 20 de marzo de 2020 se efectuaron nuevas consultas sobre el estado de las pólizas electrónicas integradas como garantías de mantenimiento de la oferta por las firmas OLAZUL S.A. y SUPERMERCADO PUEBLO S.A., respectivamente. De las mismas surgía que el estado de las pólizas electrónicas integradas como garantía de mantenimiento de oferta era: “POLIZA-VIGENTE”.

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en el marco de la Licitación Pública N.º 95-0011-LPU20 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, para que se expida respecto de la fecha que debe considerarse como fecha de emisión de las pólizas electrónicas de seguro de caución constituidas por las firmas OLAZUL S.A. y SUPERMERCADO PUEBLO S.A. en carácter de garantía de mantenimiento de la oferta. En tal sentido, la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL indicó: “...En atención (...) a la diferencia existente entre la fecha impresa en las mismas y la fecha de las firmas digitales de éstas, y toda vez que el instructivo establecido en las Comunicaciones Generales ONC N.º 139/19 y N.º 3/20 refiere a que la emisión de la póliza electrónica debe ser anterior al acto de apertura, (...) se remiten las presentes actuaciones a fin de que se expida respecto de la fecha que debe considerarse como fecha de emisión de las pólizas electrónicas de seguro de caución...”.

#### **Normativa examinada.**

- Artículo 39 inciso e) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16, modificada por su similar N.º 96/19.
- Artículo 10 del Manual de procedimiento del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 65/16, modificada por su similar N.º 109/19.
- Comunicación General ONC N.º 139/19.
- Comunicación General ONC N.º 3/20.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) La admisibilidad de una póliza electrónica constituida con carácter de garantía de mantenimiento de oferta se encuentra supeditada –en cuanto aquí interesa– a la verificación de los requisitos sustanciales que se individualizan a continuación: a) Que haya sido emitida por una entidad aseguradora habilitada a tal fin por la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, en forma previa al acto de apertura; b) Que su vigencia no se encuentre condicionada ni supeditada al acaecimiento de un acontecimiento y/o fecha posterior a la fecha de apertura de las ofertas del procedimiento de selección de que se trate. O, dicho en otros términos, que no se haya estipulado en la póliza como inicio de vigencia de la misma una fecha posterior a la apertura de ofertas.

II) Lo relevante al momento de proceder al cotejo de los datos y del estado de una póliza electrónica integrada como garantía de mantenimiento de la oferta es que su fecha de emisión y entrada en vigencia sea anterior a la fecha del acto de apertura, independientemente de la fecha de creación del documento oficial a través del cual se hace posible visualizar los datos y descargar la póliza electrónica mediante la consulta en el sistema previamente descripto.

III) Si bien corresponde al organismo contratante verificar esos datos –por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa es del resorte exclusivo del organismo la carga de corroborar tales extremos y evaluar la admisibilidad o inadmisibilidad de las pólizas–, a título de colaboración puede afirmarse que ambas pólizas objeto de consulta fueron emitidas con anterioridad a la fecha del acto de apertura. En efecto, la póliza de seguro de caución N° 9/43415 fue emitida el 10 de marzo de 2020 y la póliza de seguro de caución electrónica N°16.651 fue emitida el 11 de marzo de 2020, mientras que el acto de apertura tuvo lugar el día 12 de marzo de 2020.

IV) A su vez, tal como puso de relieve el servicio jurídico preopinante en su Dictamen N° IF-2020-49663175-APNDGAJ#MDS, ambas garantías se encontraron vigentes desde la fecha del acto de apertura de ofertas, sin que se advierta –en principio– la existencia de período alguno sin cobertura.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-55266861-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 21 de agosto de 2020.

**Referencias/voces:** Cómputo de plazo de mantenimiento de oferta – Suspensión de plazos procedimentales (contexto Pandemia COVID-19) – Subsanación de ofertas.

### **Antecedentes:**

- Por Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2020-1-APN-DGA#MDS, de fecha 12 de febrero de 2020, se autorizó el procedimiento de Licitación Pública N° 95-0017-LPU20, para la adquisición de porotos alubia o manteca y porotos alubia o manteca libres de gluten, con la finalidad de asistir las necesidades que afronta la población en situación de vulnerabilidad, solicitada por la SECRETARÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL de esa cartera –v. artículo 1°–.
- El acto de apertura de ofertas tuvo lugar el 6 de marzo de 2020.
- Con fecha 18 de marzo de 2020 el organismo contratante intimó –a través del Portal de Compras Públicas de la República Argentina CORMP.AR– a los oferentes NOMEROBO S.A., R.P.G. S.A., SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L., COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L., M.H. ACCURSO S.R.L., MOLINO PASSERINI S.A.I.C. y ALIMENTOS FRANSRO S.R.L., para que en el término de TRES (3) días subsanaran las deficiencias advertidas en sus propuestas. Ello, conforme lo estipulado en el artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.

- La fecha límite fijada para dar respuesta a las intimaciones referidas eran las 00:00 hs del 26 de marzo de 2020.
- Con fecha 19 de marzo de 2020, fueron recibidas a través de la Plataforma “COMPR.AR” las respuestas de los proveedores MOLINO PASSERINI S.A.I.C. y ALIMENTOS FRANSRO S.R.L.; mientras que con fecha 25 de marzo de 2020, las firmas R.P.G. S.A. y M.H. ACCURSO S.R.L. respondieron –por la misma vía– a las intimaciones a ellas formuladas.
- En otro orden de cosas, las sociedades comerciales ALIMENTOS FRANSRO S.R.L. y M.H. ACCURSO S.R.L. informaron –mediante sendas presentaciones digitalizadas por el organismo con fechas 12 de mayo de 2020 y 21 de mayo de 2020 respectivamente–, su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento de las ofertas que presentaran en el procedimiento de selección de marras.

**Objeto de la consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en el marco de la Licitación Pública N.º 95-0017-LPU20 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, para que se expida: 1) En cuanto a la forma de computar el plazo de mantenimiento de oferta, a raíz de la suspensión de plazos establecida por el Decreto N.º DCTO-2020-298-APN-PTE y sus prórrogas; 2) Si resulta procedente –dado el aludido contexto– efectuar nuevas intimaciones a las firmas NOMEROBO S.A., SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L., COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. y R.P.G. S.A. y, en caso afirmativo, qué cantidad de días correspondería otorgarles.

En efecto, se consultó si resultaba procedente cursar nuevas intimaciones a las firmas NOMEROBO S.A., SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L., COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. y

R.P.G. S.A.; determinando en tal caso, la cantidad de días que correspondería otorgarles para formular su respuesta y, por otra parte, formuló consulta sobre la forma de computar el plazo de mantenimiento de oferta durante la suspensión de plazos de los procedimientos administrativos establecida por el Decreto N.º DCTO-2020- 298-APN-PTE y sus sucesivas prórrogas.

#### **Normativa examinada:**

- Artículos 17 del Decreto Delegado N.º 1023/01.
- Artículos 54, 66, 67 y 75 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- Artículo 12 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 63/16.
- Artículo 13 del Manual de Procedimiento del “COMPR.AR” aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N.º 65/16.
- Decretos N.º DCTO-2020-298-APN-PTE (B.O. 20-03-20); DCTO-2020-327-APN-PTE (B.O. 31-03-20); DCTO-2020-372-APN-PTE (B.O. 14-04-20); DCTO-2020-410-APN-PTE (B.O. 26-04-20); DCTO-2020-458-APN-PTE (B.O. 11-05-20), DCTO-2020-494-APN-PTE (B.O. 25-05-20), DCTO-2020-521-APN-PTE (B.O. 08-06-20); DCTO-2020-577-APN-PTE (B.O. 29-06-20); DCTO-2020-604-APN-PTE (B.O. 18-07-20); DCTO-2020-642-APN-PTE (B.O. 02-08-20).
- Comunicación General ONC N.º 15/20.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector:**

I) Un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos u omisiones no sustanciales de las ofertas es una herramienta válida y necesaria para satisfacer el interés público comprometido en la

contratación, a través de la elección de la propuesta más conveniente para el Estado (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2018-02008922-APN-ONC#MM). La mentada regla cede frente a los siguientes límites: a) No procede respecto de deficiencias sustanciales, entendiéndose por tales a aquellas que impliquen una modificación de la oferta en aspectos esenciales como ser el precio, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el oferente, etcétera (v. Dictamen ONC N° 2/13); b) La subsanación de las deficiencias en que haya incurrido un oferente no puede alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 (v. Dictamen ONC N° IF-2019-77674042- APN-ONC#JGM).

II) Surge con claridad que en el caso que nos ocupa los oferentes deben mantener sus ofertas – como mínimo– por el plazo de NOVENTA (90) días corridos establecido en el pliego de bases y condiciones particulares, el que comenzó a computarse desde el día en que tuvo lugar el acto de apertura –6 de marzo de 2020– y al finalizar debe reputarse renovado en forma automática por un lapso igual al inicial y así sucesivamente, a menos que los oferentes manifiesten en forma expresa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento con una antelación no menor a DIEZ (10) días corridos al vencimiento de cada plazo.

III) Aun cuando un oferente manifieste con la antelación exigida en la normativa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento para el siguiente período, si el organismo notifica al interesado el acto de adjudicación en forma previa a que el período en curso concluya, por imperio de lo establecido en los artículos 75, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y 12, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el plazo de mantenimiento de oferta se renovará automáticamente por un plazo adicional de DIEZ (10) días hábiles administrativos, dentro del cual la notificación de la orden de compra al adjudicatario perfeccionará válidamente el contrato. Por el contrario, si dicho plazo expira sin que se hubiese notificado la orden de compra por causas no imputables al adjudicatario, éste podrá desistir de su oferta sin que le sea aplicable ningún tipo de penalidad ni sanción (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM).

IV) Por el Decreto N° 260/20 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año, en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada con fecha 11 de marzo del corriente año por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). A su vez, dada la grave situación epidemiológica a escala nacional e internacional, se dispuso mediante el Decreto N° 297/20 el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo inclusive del corriente año, plazo que ha sido prorrogado sucesivas veces hasta la actualidad.

V) En ese contexto y con el claro objetivo de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados en el marco de emergencia ocasionada por la pandemia del coronavirus (COVID-19), se emitió oportunamente el Decreto N° DCTO-2020-298-APN-PTE (B.O. 20-03-20), por el cual se dispuso la suspensión del curso de los plazos: “...dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 y por otros procedimientos especiales, a partir de la publicación de este decreto y hasta el 31 de marzo de 2020, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan...” (v. artículo 1º). Luego, la dinámica de la pandemia tornó necesario el dictado de diversas normas por las cuales –en líneas generales– se prorrogó en

sucesivas oportunidades la suspensión del curso de los plazos dispuesta por el Decreto N° DCTO-2020-298-APN-PTE, conforme fue oportunamente reseñado por esta Oficina Nacional en la Comunicación General ONC N° 15, de fecha 23 de julio de 2020.

VI) Mediante el dictado de los Decretos Nros. DCTO-2020-327-APN-PTE (B.O. 31-03-2020), DCTO-2020-372-APN-PTE (B.O. 14-04-2020), DCTO-2020-410-APN-PTE (B.O. 26-04-2020), DCTO-2020-458-APN-PTE (B.O. 11-05-2020) y DCTO-2020-494-APN-PTE (B.O. 25-05-2020) se prorrogó en sucesivas oportunidades la suspensión del curso de los plazos dispuesta por el Decreto N° DCTO-2020-298-APN-PTE. Importa destacar, sin embargo, que mediante el artículo 2° del Decreto N° DCTO-2020-521-APN-PTE (B.O. 8-06-2020) se dispuso: *“Exceptúase de la suspensión establecida por el artículo 1° a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260/20 y sus normas modificatorias y complementarias y a los procedimientos de selección que tramiten a través del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional “COMPR.AR”.* Conforme lo dispuesto en su artículo 4°, este último decreto mencionado entró en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina, es decir el 8 de junio de 2020.

VII) Posteriormente, el Decreto N° DCTO-2020-577-APN-PTE (B.O. 29-06-2020) prorrogó nuevamente la suspensión del curso de los plazos establecida por el Decreto N° DCTO-2020-298-APN-PTE, pero por conducto de su artículo 2° se exceptuó –en cuanto aquí interesa– a todos los procedimientos de selección que tramiten a través del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional “COMPR.AR”. Más cerca en el tiempo, se emitió el Decreto N° DCTO-2020-604-APN-PTE (B.O. 18-07-20), por el cual se prorrogó una vez más la suspensión del curso de los plazos establecida por el mentado DCTO-2020-298-APN-PTE y sus complementarios, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 y por otros procedimientos especiales, desde el 18 de julio de 2020 hasta el 2 de agosto de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.” (v. artículo 1°). Sin embargo, ha de tenerse presente –sin perder de vista lo oportunamente exceptuado mediante Decretos Nros. DCTO-2020-521-APN-PTE y DCTO-2020-577-APN-PTE–, que el artículo 2° del Decreto N° DCTO-2020-604-APN-PTE prescribe: *“...Exceptúase de la suspensión establecida por el artículo 1° a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260/20 y sus normas modificatorias y complementarias, y a todos los trámites realizados al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1023/01...”.*

VIII) Por último, se dictó recientemente el Decreto N° DCTO-2020-642-APN-PTE (B.O. 02-08-20) en el que se dispuso la suspensión del curso de los plazos: *“...dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 y por otros procedimientos especiales, desde el 3 de agosto de 2020 hasta el 16 de agosto de 2020 inclusive, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan (v. artículo 1°).* Sin perjuicio de ello, por el artículo 2° del citado decreto se dispuso: *“Exceptúase de la suspensión establecida por el artículo 1° a todos los trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260/20 y sus normas modificatorias y complementarias, y a todos*

*los trámites realizados al amparo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1023/01 y sus normas modificatorias...".*

IX) Por todo lo expuesto, esta Oficina Nacional comparte el criterio vertido por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL en el Dictamen N° IF-2020-41053215- APN-DGAJ#MDS, en cuanto sostuvo: *"...haciendo una interpretación armónica de las normas bajo examen, corresponde interpretar que los plazos de mantenimiento de ofertas, como así también los plazos para responder las intimaciones cursadas a los oferentes, al 20 de marzo del corriente año se encontraban suspendidos (...) hasta el dictado de Decreto N° 521/20, reanudándose los mismos para los procedimientos de selección que tramitan por el Sistema COMPR.AR., a partir del 8 de junio de 2020, motivo por el cual en el caso de las intimaciones que fueron cursadas a los oferentes a partir del 18 de marzo el plazo para presentar la documentación, expiró el 10 de junio a las 0:00 hs..."*.

X) Justamente, corresponde interpretar que tanto los plazos de mantenimiento de las ofertas en la Licitación Pública 95-0017-LPU20, como así los plazos para responder las intimaciones cursadas a los oferentes estuvieron suspendidos desde el 20 de marzo de 2020 hasta la entrada en vigencia del Decreto N° DCTO-2020-521-APNPTE (B.O. 08-06-20), ello sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplieran durante éste período.

XI) Párrafo aparte, merece recordarse el criterio sustentado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en lo que concierne a la suspensión de plazos en los procedimientos administrativos. En efecto, mediante Dictamen N° IF-2017-25612877-APN-PTN, de fecha 26 de Octubre de 2017, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha sostenido que, cuando se trata de "suspensión" de plazos, el cómputo no se reinicia desde cero sino que se retoma o reanuda (computando los días previos) cuando el periodo de suspensión del plazo finaliza. Es decir que el plazo suspendido que se reanuda, exige computar los días previos a su suspensión, tras el vencimiento de la misma.

XII) Con lo cual, el plazo de mantenimiento de oferta de NOVENTA (90) días corridos comenzó a correr, como ya se dijo, el día en que tuvo lugar el acto de apertura –6 de marzo de 2020– hasta el día 19 de marzo inclusive, considerando que el 20 de marzo tuvo lugar el inicio de la suspensión de plazos previamente analizada hasta el 7 de junio de 2020, inclusive. Por tal razón, conforme el criterio sustentado por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, el plazo de mantenimiento de oferta deberá contabilizarse comprendiendo los días que van desde 6 de marzo de 2020 hasta el 19 de marzo de 2020; reanudándose el computo de los días restantes a partir del 8 de junio de 2020 (DCTO-2020-521-APN-PTE) hasta finalizar el lapso total estipulado en el pliego.

XIII) Sin perjuicio de las pautas generales brindadas a título de colaboración, cabe recordar que el cómputo de plazos de mantenimiento de oferta, la verificación de circunstancias fácticas relacionadas con las presentaciones de los proveedores que manifestaron su voluntad de no renovar su propuestas, etc., concierne al organismo contratante, por aplicación del principio de descentralización de la gestión operativa contemplado en el artículo 23 inciso a) del Decreto

Delegado N° 1023/01. Ello así, en tanto se trata de menesteres estrecha e inescindiblemente vinculados a la gestión de las contrataciones.

XIV) En cuanto a la segunda consulta, debe repararse en que las intimaciones a presentar documentación o regular requisitos a través del Sistema “COMPR.AR” fueron cursadas a los oferentes referidos el 18 de marzo de 2020, en los términos del artículo 67 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16, estableciéndose como fecha límite para su respuesta el 26 de marzo de 2020 a las 00:00 hs.

XV) Cabe reiterar que los plazos de los procedimientos de selección que tramitan a través del Portal de Compras Públicas de la República Argentina “COMPR.AR” fueron suspendidos desde el 20 de marzo de 2020 –DCTO-2020-298-APN-PTE (B.O. 20-03-20)– hasta el 7 de junio de 2020 a las 00:00 hs. –DCTO-2020- 521-APN-PTE (B.O. 08-6-20). Ergo, habiéndose cursado las intimaciones a los proveedores el 18 de marzo de 2020, el plazo de TRES (3) días hábiles se vio suspendido el 20 de marzo, reanudándose el 8 de junio por el lapso restante, para que los proveedores dieran respuesta a los requerimientos formulados por organismo.

XVI) Siendo ello así, habiendo transcurrido UN (1) día hábil del plazo otorgado (19 de marzo de 2020), a partir del 8 de junio de 2020 restaban DOS (2) días hábiles para que expire el término otorgado a los proveedores intimados, hecho acaecido el 10 de junio de 2020 infructuosamente respecto de aquellos que no respondieron a la intimación cursada. Por lo expuesto, esta Oficina Nacional coincide con las conclusiones a las que arribó el servicio jurídico preopinante, respecto a que no resulta procedente reiterar las intimaciones cursadas a las firmas NOMEROBO S.A., SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L., COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. y R.P.G. S.A., por cuanto ello conmoviera el principio de igualdad.

XVII) Tan es así que en previamente mencionado Dictamen ONC N° IF-2019-77674042-APN-ONC#JGM, este Órgano Rector ha sido claro al decir: *“... esta Oficina ha exhortado a evitar actitudes formalistas propiciando interpretaciones razonables en pos de permitir que sigan en competencia la mayor cantidad posible de oferentes, pero velando, al mismo tiempo, por el tratamiento igualitario de quienes pretendan constituirse en cocontratantes de las jurisdicciones y entidades que integran la Administración Nacional. Justamente, una de las principales manifestaciones del principio de igualdad radica en el acatamiento de lo establecido en el pliego de bases y condiciones particulares. De ahí que no deba confundirse una posición proclive a la subsanación de defectos u omisiones insustanciales con la posibilidad de admitir, sin reparos, el incumplimiento de los plazos fijados en la normativa y/o en el pliego particular, según el caso (...) todo trámite tendiente a posibilitar la subsanación de deficiencias formales no esenciales con miras a maximizar la competencia debe poder conjugarse armónicamente con los restantes principios generales, especialmente con los de legalidad, igualdad, razonabilidad y transparencia...”*

XVIII) Las respuestas presentadas por los oferentes dentro del plazo de suspensión del procedimiento resultan plenamente válidas de acuerdo a lo previsto en Decreto N° DCTO-2020-298-APN-PTTE (B.O. 20-03-20) y sus prórrogas, en tanto se estableció expresamente que la suspensión

de los plazos de los procedimientos no afecta de la validez de los actos cumplidos en forma previa y/o durante dicha suspensión.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-56784845-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 27 de agosto de 2020.

**Referencias:** Transporte aéreo no regular interno e internacional – Reconocimiento de diferencias por actualización del tipo de cambio.

### **Antecedentes.**

- Con fecha 6 de febrero de 2019 se emitió la Orden de Compra N° 23-1015-OC19, por parte de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN en favor de la firma BAIRES FLY S.A., por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS (USD 8.686,00.-).
- El 21 de febrero de 2019 se presentó el Remito N° 0005-00000041, emitido por el proveedor BAIRES FLY S.A.: "Por vuelo realizado según detalle Aeroparque- Quimili- Aeroparque Aeronave: Lear Jet 60. Fecha: 06/02/2019. Km recorrido: 1720 km Valor por km: u\$s 5.05. T. cmbio: 37.19.", con la conformidad de la DIRECCIÓN AGRUPACIÓN AÉREA de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.
- Mediante Acta N° 194, de fecha 6 de febrero de 2019, la Comisión de Recepción otorgó la recepción definitiva correspondiente a los servicios prestados por el proveedor BAIRES FLY S.A. según Orden de Compra N° 23-1015-OC19 (IF-2019-16508225-APN-DPYS#SGP).
- Con fecha 21 de febrero de 2019 se presentó la Factura N° B-00003-00001927, de fecha 21 de febrero de 2019, emitida por el proveedor BAIRES FLY S.A. en concepto de "VUELO REALIZADO SEGUN DETALLE AEROPARQUEQUIMILI-AEROPARQUE. AERONAVE: LEAR JET 60. FECHA: 06/02/2019 KM RECORRIDO: 1720 KM VALOR X KM: U\$ 5.05-. T. CMBIO: 37.19.-", totalizando la suma de PESOS TRESCIENTOS VEINTITRES MIL TREINTA Y DOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$323.032,34).

Consulta: Se consultó al Órgano Rector "¿Cuál sería el método del cálculo de la diferencia de tipo de cambio aplicable a las órdenes de compra cuyo objeto fuera la contratación de servicios de transporte aéreo interno, emitidas como consecuencia del Proceso de Compra N° 999-0017-LPU17? ¿Se puede aplicar analógicamente lo establecido en la cláusula 44 inciso f) del PLIEG-2017-16880123-APN-ONC#SGP para el caso de los servicios de transporte aéreo interno, cuya

*facturación se realizó en PESOS ARGENTINOS?*

### **Normativa examinada.**

- Artículo 2º de la Disposición ONC N° 63/16.

## Análisis y opinión del Órgano Rector

I) De conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Disposición ONC N° 63/16, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I de la aludida disposición no resulta de aplicación a las contrataciones que se realicen por la modalidad de acuerdo marco.

II) De la lectura del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2017-16880123-APNONC#

MM) surge claramente que, aun cuando la cotización haya sido en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, los pagos debían realizarse en PESOS ARGENTINOS, tomando en este caso particular el tipo de cambio vigente al momento de realizar la facturación, por tratarse de un vuelo de cabotaje/nacional.

III) Esta Oficina Nacional ya ha tenido oportunidad de señalar en el Informe N° IF-2019-93876679-APNDNCBYS#JGM que ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional ni el pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Licitación Pública N° 999-0017-LPU17, habilitan el pago de diferencias por actualización del tipo de cambio.

## Dictamen ONC N° IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 28 de septiembre de 2020.

**Referencias:** Régimen jurídico aplicable (obra pública vs bienes y servicios).

### Antecedentes.

- Se acompañó un proyecto de disposición a ser suscripto por la Interventora de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, con el objeto de: *“...autorizar un llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional encuadrada en las prescripciones de los artículos 25, inciso a), apartado 1 y 26, inciso a), apartado 1 e inciso b), apartado 1 del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, por aplicación y en concordancia con los artículos 10, 27 inciso c) y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, tendiente a resolver la contratación de un servicio de demolición de tanque torre correspondiente al Complejo Federal de Jóvenes Adultos (Unidad 26) – Marcos Paz. Y un servicio de demolición de tanque torre, como así también la provisión e instalación y puesta en funcionamiento de un sistema de presurización destinados a la Cárcel de Río Gallegos (Unidad 15) - Provincia de Santa Cruz...”*.
- Con fecha 12 de agosto de 2020, se emitió el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° IF-2020-53125453-APN-DAUG#SPF, a través del cual la aludida instancia manifestó: *“...habiendo relevado el Anteproyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares (...) se observa que en el Anexo 2 –‘Características particulares del servicio’- se detallan los servicios solicitados, que*

*consisten básicamente en: a.- Demolición del tanque torre de agua de las Unidades 26 y 15, y retiro de los escombros generados por dicha demolición. b.- Instalación de un sistema de presurización de agua potable en la Unidad 15, que sustituya el sistema de cañerías conectado al tanque torre que se pretende demoler (...) sin perder de vista que esta instancia carece de conocimientos técnicos en la materia, desde el punto de vista jurídico se estima que el servicio requerido podría encuadrar dentro de la definición de obra pública consagrada en el art. 1 de la mentada Ley Nacional de Obras Públicas N° 13064, de modo que –de compartir el criterio esgrimido por esta Dirección- las tramitaciones deberían ajustarse al Régimen de Obras Públicas.*

*Sin perjuicio de la opinión brindada, a fin de dilucidar acabadamente la cuestión en estudio, se estima pertinente efectuar la correspondiente consulta a la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de órgano rector en la materia...”.*

**Consulta:** Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiese en relación al encuadre legal que corresponde dar a la contratación de un servicio de demolición de tanque torre correspondiente al Complejo Federal de Jóvenes Adultos (Unidad 26) – Marcos Paz. Y un servicio de demolición de tanque torre, como así también la provisión e instalación y puesta en funcionamiento de un sistema de presurización destinados a la Cárcel de Río Gallegos (Unidad 15) - Provincia de Santa Cruz.

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 N° 1023/01 como de su reglamentación o si, por el contrario, correspondía aplicar la Ley de Obras Públicas N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, en tanto regulación específica de los contratos de obra pública nacional.

#### **Normativa examinada.**

- Artículos 2°, 4°, 5°, 35 y 38 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.
- Artículo 1° 2° y 3° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 774, 1251 y ss. del CCyC.
- Ley N° 13.064 de Obras Públicas.
- Decreto N° 19.324/49.
- Decreto N° 1336/16.
- Decreto N° 691/16.
- Decreto N° 1169/18.
- Resolución del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 197/17.
- Disposiciones ONC Nros. DI-2019-16- APN-ONC#JGM, DI-2019-22-APN-ONC#JGM, DI-2019-97-APN-ONC#JGM y DI-2019-113-APN-ONC#JGM.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) El Decreto Delegado N° 1023/01 es la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente. El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 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.

II) A nivel federal el contrato de obra pública, por las particularidades que lo caracterizan, está regulado por la Ley N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado N° 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, 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APNONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, entre otros).

III) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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 derogado como: “locaciones de obras” y “locaciones de servicios”).

IV) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición con respecto a qué ha de entenderse por “contrato de obras” y/o “contrato de servicios”. Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas. Sin embargo, el artículo 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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) Resulta útil indagar el sentido jurídico que se les otorga a tales términos y a las figuras de “contrato de obra” y “contrato de servicios” en el derecho privado. Así, 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. 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.

VI) Las locaciones de obra y de servicios tendientes a satisfacer las necesidades de jurisdicciones o entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 deben reputarse –por regla general– comprendidas dentro del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable.

VII) La definición de obra pública receptada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los extremos que han sido delineados en los Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM,

entre otros. A saber: 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 considerársele legalmente autorizado a tales fines.

VIII) En cuanto concierne 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 otrora llamadas locaciones de obras y de servicios y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse difusa (Dictámenes ONC Nros. 741/11, 184/15, IF-2016- 03515655-APN-ONC#MM e IF-2017-15355564-APN-ONC#MM, entre otros).

IX) 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, bajo el prisma del principio de razonabilidad: 1. La naturaleza y envergadura 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. 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017- 15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, entre otros). En ese orden de ideas, pueden existir argumentos atendibles –de mayor o menor peso–, para encuadrar la presente contratación tanto en un régimen como en el otro.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-66430531-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 2 de octubre de 2020.

**Referencias:** Régimen jurídico aplicable (obra pública vs bienes y servicios).

### **Antecedentes**

- Se acompañó un proyecto de disposición a ser suscripto por la Interventora de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, con el objeto de autorizar: “...a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL a efectuar un llamado a Licitación Privada de Etapa Única Nacional encuadrada en las prescripciones del Título I, Capítulo III, artículo 25, inciso c), artículo 26, inciso a), apartado 1 e inciso b), apartado 1 del Decreto N° 1023/01, del 13 de agosto, sus modificatorios y complementarios, por aplicación y en concordancia con los artículos 12, 27 inciso b) y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, del 15 de septiembre, tendiente a resolver la reparación y mantenimiento de cubiertas

*pertenecientes a los sectores de alojamiento del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”.*

- Con fecha 31 de agosto de 2020, se emitió el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° IF-2020-57558604-APN-DAUG#SPF, a través del cual la aludida instancia manifestó: “...*habiendo relevado el Anteproyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares (...) nos permitimos realizar las siguientes observaciones: En el Anexo 2 –“Características particulares del servicio”- se detallan los servicios solicitados, que consisten fundamentalmente en: -Extracción y retiro de los materiales deteriorados que conforman las cubiertas existentes actualmente en las Unidades Residenciales N° I, II, III y V del aludido establecimiento penitenciario., -Provisión e instalación de nuevas chapas acanaladas, instalación, colocación y puesta en funcionamiento de 16 nuevos extractores industriales tipo eólicos (...) sin perder de vista que esta instancia carece de conocimientos técnicos en la materia, desde el punto de vista jurídico se estima que el servicio requerido podría encuadrar dentro de la definición de obra pública consagrada en el art. 1 de la mentada Ley Nacional de Obras Públicas N° 13064, de modo que –de compartir el criterio esgrimido por esta Dirección- las tramitaciones deberían ajustarse al Régimen de Obras Públicas. Sin perjuicio de la opinión brindada, a fin de dilucidar acabadamente la cuestión en estudio, se estima pertinente efectuar la correspondiente consulta a la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de órgano rector en la materia...”.*

**Consulta:** Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expidiese en relación al encuadre legal que correspondía dar a la contratación tendiente a resolver la reparación y mantenimiento de cubiertas pertenecientes a los sectores de alojamiento del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 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 N° 1023/01 como de su reglamentación o si, por el contrario, correspondía aplicar la Ley de Obras Públicas N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, en tanto regulación específica de los contratos de obra pública nacional.

### **Normativa examinada**

- Artículo 2°, 4°, 5°, 35 y 38 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.
- Artículo 1° 2° y 3° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 774, 1251 y ss. del CCyC.
- Ley N° 13.064 de Obras Públicas.
- Decreto N° 19.324/49.
- Decreto N° 1336/16.
- Decreto N° 691/16.
- Decreto N° 1169/18.
- Resolución del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 197/2017.
- Disposiciones ONC Nros. DI-2019-16- APN-ONC#JGM, DI-2019-22-APN-ONC#JGM, DI-2019-97-APN-ONC#JGM y DI-2019-113-APN-ONC#JGM.

## **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) El Decreto Delegado N° 1023/01 es la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente. El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 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.

II) A nivel federal el contrato de obra pública, por las particularidades que lo caracterizan, está regulado por la Ley N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado N° 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, 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APNONC#MM, IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, e IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM, entre otros).

III) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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 derogado como: “locaciones de obras” y “locaciones de servicios”). El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición con respecto a qué ha de entenderse por “contrato de obras” y/o “contrato de servicios”. Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas.

IV) El artículo 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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) Resulta útil indagar el sentido jurídico que se les otorga a tales términos y a las figuras de “contrato de obra” y “contrato de servicios” en el derecho privado. Así, 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. 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.

VI) Las locaciones de obra y de servicios tendientes a satisfacer las necesidades de jurisdicciones o entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 deben reputarse –por regla general– comprendidas dentro del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable.

VII) La definición de obra pública receptada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los extremos que han sido delineados en los Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, e IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM, entre otros. A saber: 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.

VIII) En cuanto concierne 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 otrora llamadas locaciones de obras y de servicios y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse difusa (Dictámenes ONC Nros. 741/11, 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM e IF-2017-15355564-APN-ONC#MM, entre otros). Desde esa atalaya, 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, bajo el prisma del principio de razonabilidad: 1. La naturaleza y envergadura 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. 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, entre otros).

IX) En ese orden de ideas, pueden existir argumentos atendibles –de mayor o menor peso–, para encuadrar la presente contratación tanto en un régimen como en el otro.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-69157661-APN-DNCBYS#JGM**

**Fecha de emisión:** 14 de octubre de 2020.

**Referencias:** Prórroga del contrato. Suspensión de aumentos de precios establecidos o anunciados por los licenciatarios TIC.

### Antecedentes.

- Mediante la Resolución del TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN N° RESOL-2019-41-APN-TTN#MI, de fecha 1° de agosto de 2019, se aprobó lo actuado en el marco de la Contratación Directa N° 160-0005-CDI19, con el objeto de contratar un servicio full internet por el período de UN (1) año, con opción a prórroga por otro período similar, a fin de satisfacer las necesidades de la aludida entidad. su vez, mediante el artículo 2° de la Resolución N° RESOL-2019-41-APN-TTN#MI se adjudicó el objeto contractual en favor de la firma CPS COMUNICACIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (C.U.I.T. N° 30-69685097-2) por la suma total de PESOS DOSCIENTOS DIECISÉIS MIL (\$ 216.000,00).
- El 26 de septiembre de 2019, se labró acta mediante la cual se dejó constancia del inicio de los trabajos correspondientes a la Orden de Compra N° 160-1002-OC19.
- El 27 de agosto de 2020 tuvo lugar un intercambio de correos electrónicos en cuyo marco la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN del TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN informó al proveedor CPS COMUNICACIONES S.A. que: *“...la contratación de los servicios de Full Internet que esa firma suministra (...) bajo la Orden de Compra N° 160-1002-OC19 (...) finaliza el día 1° de septiembre del corriente. La contratación mencionada ha sido tramitada con opción a prórroga, razón por la cual se hace necesario que esa firma informe a este organismo a la brevedad posible, si hará uso de esa opción...”*, frente a lo cual el cocontratante consultó al TTN en la misma fecha y por igual medio: *“...si es posible realizar un ajuste en el precio de los abonos no mayor al 35%, sobre el precio pactado durante el primer año de contrato, ya que la devaluación de fin del año pasado a variado sustancialmente el valor de dicho servicio...”* (v. IF-2020-58323311-APN-TTN#MOP).
- Con fecha 28 de agosto de 2020 tuvo lugar un nuevo intercambio de correos en el que la DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN del TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN comunicó al proveedor lo siguiente: *“...En respuesta a su nota del día 27 de agosto del corriente, se le hace saber que hubo un error con respecto a la notificación de la fecha de finalización de la orden de compra de referencia. La fecha 1° de septiembre como día de finalización de la contratación consta en el sistema COMPR.AR; sin embargo, conforme el Acta de Inicio de los Trabajos suscripta con fecha 26 de septiembre de 2019, la prestación del servicio se inició el día 1° de octubre de 2019, razón por la cual la contratación finalizaría el 30 de septiembre de 2020. Con respecto a su propuesta de incremento en el costo del servicio (...) Sólo sería factible un incremento de hasta un 25 %, siendo necesaria la previa aprobación de las autoridades de este Tribunal de Tasaciones de la Nación...”*. Dicha propuesta fue aceptada por CPS COMUNICACIONES S.A. mediante correo electrónico de fecha 31 de agosto de 2020 (v. IF-2020-58324368-APN-TTN#MOP).

### Consulta:

El organismo de origen consultó sobre la propuesta de incremento en el costo del servicio de internet por parte de la firma CPS COMUNICACIONES para la prórroga de la Orden de Compra N° 160-1002-OC19, a raíz de lo dispuesto por el Decreto N° 690/20, en razón de lo cual la Mesa de Ayuda de esta Oficina Nacional indicó que: *“La interpretación del decreto 690 no es competencia de esta Oficina, en su caso deberán hacer la consulta a su servicio jurídico”* (v. IF-2020-58325467-APN-TTN#MOP).

Se consultó puntualmente sobre los alcances del artículo 4° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690, de fecha 21 de agosto de 2020 (B.O. 22/08/2020) el cual establece: *“...Suspéndese, en el*

*marco de la emergencia ampliada por el Decreto N° 260/20, cualquier aumento de precios o modificación de los mismos, establecidos o anunciados desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios TIC, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades...”.*

### **Normativa examinada**

- Artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 100 inciso b) y 115 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Art. 4 del Decreto N° 690/20.

### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) Esta Oficina Nacional ha interpretado los alcances del inciso b) del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 –en cuanto concierne a los extremos que deben verificarse para que proceda la facultad de prorrogar un contrato y los alcances de dicha opción– en diversos precedentes, entre los que cabe mencionar los Dictámenes ONC Nros. IF-2019-94758746-APN-ONC#JGM y IF-2020-03606084-APN-ONC#JGM, a cuyo contenido corresponde remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II) En cuanto se refiere puntualmente a la adecuación de los guarismos oportunamente adjudicados, cuando los precios de mercado hubieren variado –en los términos del artículo 100, inciso b) apartado 4° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16–, los mencionados dictámenes de esta Oficina deberán reinterpretarse a la luz de lo dictaminado recientemente por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN mediante IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13 de abril de 2020.

III) Mediante el referido Decreto N° 690/20 se incorporaron y/o sustituyeron artículos de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N° 27.078 y, en consonancia con ello, por el artículo 6° se designó como Autoridad de Aplicación del Decreto N° 690/20 al ENACOM, dotándolo de competencias para dictar las normas complementarias necesarias para el cumplimiento del decreto en cuestión.

IV) Este Órgano Rector no es competente para emitir opinión respecto a la suspensión de cualquier aumento de precios o modificación de los mismos establecidos o anunciados por los licenciatarios TIC desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre del corriente, conforme lo establece el Decreto N° 690/20.

V) En suma, a la luz de las normas previamente transcriptas es posible colegir que lo requerido por el TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN exorbita las competencias asignadas a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES. Caso contrario, cualquier opinión que esta Oficina Nacional brinde al respecto –sin apoyatura en el régimen de

contrataciones que está llamada a interpretar– podría implicar una intromisión indebida en la esfera competencial del ENACOM y/o del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-73635334-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 29 de octubre de 2020.

**Referencias:** Ampliación de contrato. Posibilidad de ampliar un servicio.

### **Antecedentes**

- Mediante Disposición N° DI-2020-201-APN-DCON#FAA, del 17 de abril de 2020, se autorizó la Licitación Privada N° 40/45-0032-LPR20, con el objeto de contratar la “REPARACIÓN DE INSTRUMENTAL AERONÁUTICO SISTEMA DE ARMAS PA-28D Y PA 34S”.
- De la lectura del pliego de bases y condiciones particulares, aprobado como Anexo a la Disposición N° DI2020-201-APN-DCON#FAA, se desprendían –en cuanto aquí interesan– los siguientes extremos: a) El objeto se encontraba conformado por ONCE (11) renglones, siendo en todos ellos la unidad de medida “SERVICIO”; b) Se estipuló un plazo de cumplimiento de las prestaciones de VEINTE (20) días hábiles, contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato.
- Mediante Disposición N° DI-2020-446-APN-DCON#FAA, de fecha 21 de julio de 2020, se aprobó lo actuado en la Licitación Privada 40/45-0032-LPR20 y se adjudicaron los diversos renglones, de conformidad con el siguiente detalle: Los Renglones Nros. 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 10 a la firma REDIMEC S.R.L. (CUIT N° 33-62978390- 9), por la suma total de PESOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL (\$ 3.360.000,00) y los Renglones Nros. 5, 8, 9 y 11 a la firma INSTRUMENTS AVIONICS SERVICE (CUIT N° 30-70963738-6) por la suma total de PESOS UN MILLÓN NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS DIEZ (\$ 1.093.310,00).
- Con fecha 24 de julio de 2020 y 27 de agosto de 2020 se emitieron las Órdenes de Compra Nros. 40/45-1629- OC20 y 40/45-1630-OC20 en favor de las sociedades REDIMEC S.R.L. e INSTRUMENTS AVIONICS SERVICE, respectivamente.
- Mediante Nota N° NO-2020-61563592-APN-BAMM#FAA, de fecha 15 de septiembre de 2020, la BASE AÉREA MILITAR MORÓN de la FUERZA AÉREA ARGENTINA solicitó la ampliación de los Renglones Nros. 2 y 6 de la Orden de Compra: 40/45-1629-OC20, oportunidad en la que acompañó la aceptación brindada por la firma REDIMEC S.R.L. para ampliar hasta el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de los montos oportunamente adjudicados.
- Mediante Nota N° NO-2020-62919096-APN-BAMM#FAA, de fecha 21 de septiembre de 2020, la BASE AÉREA MILITAR MORÓN de la FUERZA AÉREA ARGENTINA solicitó la ampliación de los Renglones Nros. 8 y 9 correspondientes a la Orden de Compra N° 40/45-1630-OC20, oportunidad en la que acompañó la aceptación brindada por la firma INSTRUMENTS AVIONICS SERVICE, para ampliar hasta el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de los montos oportunamente adjudicados.

**Consulta:** Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, para que se expidiese sobre la vialidad jurídica de ampliar la contratación de un servicio de “Reparación de Instrumental Aeronáutico Sistema de Armas PA-28D Y PA 34S”.

#### **Normativa examinada.**

- Artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Inciso a) del artículo 100 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) La prerrogativa de aumentar o disminuir el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo.

II) Independientemente de que se trate de un contrato de suministro o de la prestación de un servicio, lo relevante es determinar la unidad de medida estipulada en el pliego de bases y condiciones participares (v.g. unidad, servicio, mes, horas hombre, etc). Luego, la posibilidad de ampliar el contrato dependerá de que la mentada unidad de medida así lo permita, sin que ello implique una transgresión a la regla que reza que la ampliación no puede ser utilizada –en ningún caso– para aumentar el plazo de duración del contrato (dicho en otros términos: lo que se puede ampliar, bajo determinados límites, son bienes y/o prestaciones pero nunca el tiempo de duración del contrato en sí mismo, el cual sólo podrá ser objeto de prórroga cuando así haya sido previsto en el pliego particular).

III) 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 N° 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 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. 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.

IV) Los preceptos normativos previamente transcritos distinguen, con razonable claridad, entre el aumento/disminución del monto total del contrato y la prerrogativa de prorrogar suministros de

cumplimiento sucesivo o contratos de prestación de servicios, subordinando el ejercicio de tales facultades, en uno y otro caso, a la verificación de presupuestos y/o a límites distintos. Es decir que, tal y como surge del aludido artículo 100, se trata de dos institutos diferentes. De tal manera, el régimen normativo del caso regula, por una parte, el aumento o disminución del monto total del contrato –inciso a)– y sus requisitos de admisibilidad –apartados 1° a 6°–; y por otra, de manera independiente, regula la prórroga –inciso b)– cuyos requisitos de admisibilidad se encuentran detallados en los apartados 1° a 5° de dicho inciso. Conceptualmente, tales institutos no deben confundirse. En ese orden de ideas, esta Oficina Nacional ha sostenido, por caso, que la prerrogativa de ampliar 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’.

V) Cabe reiterar que está fuera de discusión que no procede la potestad de ampliación –contemplada en el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16– para aumentar o disminuir el plazo de duración de un contrato administrativo regido por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Sin embargo, de las actuaciones compulsadas surge que las ampliaciones requeridas por la BASE AÉREA MILITAR MORÓN de la FUERZA AÉREA ARGENTINA no implicarían un aumento en el plazo de duración de las respectivas órdenes de compra, sino que se trataría únicamente de un aumento de la unidad de medida “servicio” de tales contrataciones.

VI) La viabilidad jurídica de las ampliaciones objeto de consulta se encuentra supeditada al acabado cumplimiento de las restantes exigencias contempladas en el artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01 y en el artículo 100, inciso a) del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, cuya oportuna verificación es del resorte exclusivo del organismo de origen, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01.

## **Dictamen ONC N° IF-2020-87797325-APN-ONC#JGM**

**Fecha de emisión:** 16 de diciembre de 2020.

**Referencias:** Locación de inmuebles. Compulsa abreviada por licitación o concurso desierto o fracasado. Deber de incorporar a los pliegos particulares las modificaciones introducidas por la ley N° 27.551.

### **Antecedentes.**

- La POLICÍA FEDERAL ARGENTINA tramitó DOS (2) licitaciones privadas con el objeto de locar inmuebles para asiento de las futuras sedes de la DIVISIÓN TRIPLE FRONTERA de la SUPERINTENDENCIA DE INVESTIGACIONES FEDERALES y de la DIVISIÓN ANTIDROGAS

ROSARIO de la DIRECCIÓN GENERAL ANTIDROGAS INTERIOR de la SUPERINTENDENCIA DE DROGAS PELIGROSAS, respectivamente.

- En ambos casos, el segundo llamado de cada uno de los procesos licitatorios previamente mencionados resultó fracasado, propiciándose en consecuencia realizar –en sendos expedientes– un llamado a Contratación Directa por Compulsiva Abreviada por Licitación Fracasada, en los términos del artículo 25, inciso d) apartado 4 del Decreto Delegado N° 1023/01.

**Consulta:** Se requirió la opinión de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, con respecto a si, a raíz de una modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de locaciones, acaecida durante la sustanciación del procedimiento, se debían incorporar al pliego de bases y condiciones particulares los preceptos de la sancionada Ley N° 27.551, que sustituyó los artículos 1196, 1198, 1199, entre otros, del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **Normativa examinada.**

- Artículo 25, inciso d) apartados 4 y 11 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículo 18 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículos 81 a 86 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16, modificadas por sus similares Nros. 49/18 y 18/19.
- Artículo 53 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16.
- Ley 27.431.
- Ley N° 27.551.
- Artículos 1196, 1198, 1199, entre otros, del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) Para que proceda una compulsiva abreviada por licitación o concurso desierto o fracasado es menester que, luego de un primer llamado desierto o fracasado, 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.

II) La exigencia de contratar finalmente según el pliego del segundo llamado es un mecanismo de transparencia tendiente a evitar que se acceda a esta causal de contratación directa en forma indebida, como consecuencia de una manipulación de los pliegos enderezada a hacer fracasar o provocar que resulten desiertos –deliberadamente– el primero y segundo llamado de una licitación o concurso; pero ello en nada se vincula con un cambio ulterior en las normas que integran el ordenamiento jurídico general.

III) Mediante la Ley N° 27.551 (B.O. 30/06/20) se introdujeron modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación. Concretamente, en cuanto aquí interesa, fueron sustituidos los artículos 1196, 1198 y 1199 atinentes a la locación de inmuebles. Luego, el artículo 81 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16 estipula, en su parte pertinente, que: *“La locación de inmuebles se regirá por el Régimen de Contrataciones de la Administración*

*Nacional y su reglamento, por el presente Manual, por las cláusulas del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, del pliego de bases y condiciones particulares y por las estipulaciones del respectivo contrato de locación. En todo lo que no se halle previsto expresamente por la documentación contractual, se aplicarán supletoriamente las normas de derecho privado y los usos y costumbres del mercado inmobiliario...”.*

IV) Cabe afirmar, por ende, que la aplicación de las normas de derecho privado a la locación de inmuebles en que el Estado Nacional es parte reviste carácter supletorio, es decir, tales normas – entre ellas el Código Civil y Comercial de la Nación– resultan aplicables únicamente en forma subsidiaria, frente a la ausencia de previsión expresa y/o falta de regulación en el Manual de Procedimiento, en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en el pliego de bases y condiciones particulares y/o en el contrato de locación.

V) En el ámbito de los contratos públicos, la remisión al Derecho Privado tiene por única y exclusiva finalidad llenar eventuales vacíos normativos y/o del plexo contractual. Con lo cual, cuando una determinada cuestión referida a la locación del inmueble de que se trate se encuentre efectivamente regulada en el pliego particular y tal cláusula no contravenga las estipulaciones del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional ni sus normas modificatorias y complementarias, así como tampoco normas de orden público, resultará de aplicación la cláusula del pliego, independientemente de las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación. Dicho en otros términos: cuando en materia de locación de inmuebles en que el Estado Nacional es parte no se verifique un vacío en el plexo contractual que amerite ser llenado, el Código Civil y Comercial de la Nación no resultará de aplicación.

VI) A la luz de lo expuesto, cabe concluir que –en principio– no se advierte la necesidad de incorporar a los pliegos particulares los preceptos de normas que integran el ordenamiento jurídico general llamadas a regir ante la ausencia de una previsión expresa en la documentación contractual. Sin perjuicio de ello, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, corresponde en este caso al propio organismo de origen evaluar la pertinencia y/o necesidad de suprimir o bien readecuar las cláusulas de los pliegos particulares objeto de consulta, teniendo presente que –de no hacerlo– toda eventual cláusula inserta en el pliego particular que sea una transcripción o reproducción de preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación –en su redacción anterior a la modificaciones introducidas por la Ley N° N° 27.551– será de aplicación al contrato, desplazando al contenido de los artículos 1196, 1198, 1199, entre otros, del Código Civil y Comercial de la Nación, en su actual redacción.

## Dictamen ONC N° IF-2020-91331124-APN-ONC#JGM

**Fecha de emisión:** 29 de diciembre de 2020.

**Referencias:** Régimen jurídico aplicable (obra pública vs bienes y servicios).

### Antecedentes

- Se acompañó un Proyecto de Disposición a ser suscripto por la Interventora de la DIRECCIÓN NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL (IF-2020-84764567-APN-DC#SPF), con el objeto de autorizar: *“...a la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES a efectuar un llamado a Licitación Pública de Etapa Única Nacional encuadrada en las prescripciones de los artículos 25, inciso a), apartado 1 y 26, inciso a), apartado 1 e inciso b), apartado 1 del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, por aplicación y en concordancia con los artículos 10, 27 inciso c) y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, tendiente a resolver la contratación de un servicio de reparación y mantenimiento del solado, perteneciente al Hospital Penitenciario Central I del Complejo Penitenciario Federal I...”*.

**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 de un servicio de reparación y mantenimiento del solado, perteneciente al Hospital Penitenciario Central I del Complejo Penitenciario Federal I. 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 N° 1023/01 como de su reglamentación o si, por el contrario, correspondía aplicar la Ley de Obras Públicas N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, en tanto regulación específica de los contratos de obra pública nacional.

### Normativa examinada

- Artículo 2°, 4°, 5°, 35 y 38 del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.
- Artículo 1° 2° y 3° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- Artículo 774, 1251 y ss. del CCyCN.
- Ley N° 13.064 de Obras Públicas.
- Decreto N° 19.324/49.
- Decreto N° 1336/16.
- Decreto N° 691/16.
- Decreto N° 1169/18.
- Resolución del ex MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 197/2017.
- Disposiciones ONC Nros. DI-2019-16- APN-ONC#JGM, DI-2019-22-APN-ONC#JGM, DI-2019-97-APN-ONC#JGM y DI-2019-113-APN-ONC#JGM.

## **Análisis y opinión del Órgano Rector**

I) El Decreto Delegado N° 1023/01 es la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos no excluidos expresamente. El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 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.

II) A nivel federal el contrato de obra pública, por las particularidades que lo caracterizan, está regulado por la Ley N° 13.064, junto con sus normas modificatorias y complementarias, aplicándoseles supletoriamente las disposiciones del Título I del Decreto Delegado N° 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, 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APNONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, e IF-2020-65042206-APN-ONC#JGM, entre otros).

III) Las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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 derogado como: “locaciones de obras” y “locaciones de servicios”).

IV) El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional no brinda una definición con respecto a qué ha de entenderse por “contrato de obras” y/o “contrato de servicios”. Es decir, su alcance y sentido en el contexto del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su reglamentación no viene dado por dichas normas. Sin embargo, el artículo 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 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) Resulta útil indagar el sentido jurídico que se les otorga a tales términos y a las figuras de “contrato de obra” y “contrato de servicios” en el derecho privado. Así, 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. 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.

VI) Las locaciones de obra y de servicios tendientes a satisfacer las necesidades de jurisdicciones o entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 deben reputarse –por regla general– comprendidas dentro del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional sería plenamente aplicable.

VII) La definición de obra pública receptada por la normativa que la regula es verdaderamente amplia y poco precisa. Sin perjuicio de ello, la aplicación de dicho régimen presupone, mínimamente, el cumplimiento de los extremos que han sido delineados en los Dictámenes ONC Nros. IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017-15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, e IF2020- 65042206-APN-ONC#JGM, entre otros. A saber: 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.

VIII) Como corolario de lo previamente indicado es posible concluir que, en cuanto concierne 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 otrora llamadas locaciones de obras y de servicios y la línea divisoria entre un régimen y otro suele tornarse difusa (Dictámenes ONC Nros. 741/11, 184/15, IF-2016- 03515655-APN-ONC#MM e IF-2017-15355564-APN-ONC#MM, entre otros). Desde esa atalaya, 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, bajo el prisma del principio de razonabilidad: 1. La naturaleza y envergadura 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. 184/15, IF-2016-03515655-APN-ONC#MM, IF-2017- 15355564-APN-ONC#MM e IF-2018-23715003-APN-ONC#MM, entre otros).

IX) En ese orden de ideas, pueden existir argumentos atendibles –de mayor o menor peso–, para encuadrar la presente contratación tanto en un régimen como en el otro.



[www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-nc](http://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-nc)

# Argentina **unida**

Oficina Nacional  
de Contrataciones

Secretaría de  
Innovación Pública



Jefatura de  
Gabinete de Ministros  
**Argentina**