



PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Decreto 163/2022

DCTO-2022-163-APN-PTE - Recházase reclamo.

Ciudad de Buenos Aires, 30/03/2022

VISTO los Expedientes N° EX-2019-19701835-APN-DCYC#MSYDS y N° EX-2019-56312105-APN-CSG#MSYDS en tramitación conjunta, los Decretos N° 1023 del 13 de agosto de 2001 y N° 1030 del 15 de septiembre de 2016, ambos con sus respectivas modificatorias y complementarias y la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 63 del 27 de septiembre de 2016 y sus modificatorias, y

CONSIDERANDO:

Que por las actuaciones citadas en el Visto tramita la presentación efectuada por el doctor Santiago J. BARBARÁN, en su carácter de apoderado de la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. por medio de la cual, entre otras cuestiones, impugna las disposiciones del artículo 68, inciso g) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias y del artículo 27, inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (ONC) del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 63/16 y sus modificatorias.

Que desde el punto de vista formal corresponde tramitar la presentación de la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. como un reclamo administrativo en los términos del artículo 24, inciso a) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificatorias, toda vez que tanto el reglamento referido aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias como el citado Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N° 63/16 y sus modificatorias resultan ser actos de alcance general de naturaleza reglamentaria (Fallos 316:3157).

Que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha admitido que, en determinadas circunstancias, el PODER EJECUTIVO NACIONAL puede avocarse al conocimiento de la cuestión planteada y resolver en forma definitiva (Dictámenes 192:28).

Que el precepto normativo impugnado del citado 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 referido Pliego Único), por lo cual resulta apropiado resolver el reclamo impropio incoado contra ambas normas en un mismo acto.



Que, en cuanto al fondo de la cuestión, la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. funda su reclamo en que las referidas normas habilitarían a establecer disposiciones como la contenida en la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, aprobado por la Resolución N° 215 del 21 de mayo de 2019 de la entonces SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex-MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, que rigió en la Licitación Pública N° 24/19 de dicho organismo.

Que la citada firma entiende que en la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL se establecen condiciones de idoneidad de ofertas que, a su criterio, contrariarían lo establecido en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias.

Que, asimismo, sostiene que, en atención al principio de presunción de inocencia, la desestimación prevista en la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL solo podría proceder ante la firmeza de la pertinente rescisión o acta de rechazo.

Que, además, alega que una interpretación como la formulada implicaría, supuestamente, una irrazonable restricción a los principios de promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, consagrados para todo proceso de selección en el artículo 3°, inciso b) del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias.

Que, sobre el particular, corresponde precisar que la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL establece que “Serán desestimadas las ofertas de aquellas empresas que en su historial, no mayor a SEIS (6) meses contados desde la fecha del acto de apertura de ofertas, registren actas de rechazo y/o rescisiones parciales o totales de contratos con el MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 inciso g) del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias, y en el artículo 27 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16 y sus modificatorias”.

Que, desde el punto de vista del derecho positivo, a la luz de la normativa vigente, no es dable confundir la inhabilidad de un determinado oferente para contratar con la Administración Nacional y 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.

Que la habilidad para contratar se rige por lo establecido en los artículos 27 y 28 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias 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 y 3) No estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 28.





Que entre las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 28 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, únicamente la primera de ellas se refiere a las personas que se encontraran sancionadas por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en su carácter de 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).

Que, en efecto, el régimen perfilado por el artículo 29 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, distingue entre penalidades y sanciones: la aplicación de penalidades –que son: pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato, multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones y rescisión contractual 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 N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias 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 y sus modificatorias y complementarias.

Que, por otra parte, el artículo 16 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, dispone que “ELEGIBILIDAD. La información obrante en bases de datos de organismos públicos sobre antecedentes de las personas físicas o jurídicas que presenten ofertas será considerada a fin de determinar la elegibilidad de las mismas. Se desestimarán, con causa, las presentaciones u ofertas de aquellas que exhiban reiterados incumplimientos de sus obligaciones, en las condiciones que establezca la reglamentación”.

Que, a su vez, en su parte pertinente, tanto el artículo 68 inciso g) del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias, como el artículo 27, inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Disposición ONC N° 63/16 y sus modificatorias prescriben: “PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD. Deberá desestimarse la oferta, cuando de la información a la que se refiere el artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, o de otras fuentes, se configure, entre otros, alguno de los siguientes supuestos: (...) g) Cuando exhiban incumplimientos en anteriores contratos, de acuerdo a lo que se disponga en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares...”.

Que en términos conceptuales es posible afirmar que 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.

Que, consecuentemente, tanto la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL como así también el inciso g) del artículo 27 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales referido y el inciso g) del artículo 68 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias, encuentran su fundamento en el criterio de elegibilidad del artículo 16 in fine del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias y



no en los artículos 27, 28 y 29 de dicha norma.

Que ninguna duda puede albergarse en cuanto a que 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 desnaturalizarían lo establecido en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias.

Que, 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 solo 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 es el fin último de toda contratación administrativa.

Que el principio de razonabilidad –receptado en el artículo 3° del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias– 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 1° del referido Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias.

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.

Que en todos los casos la legitimidad de dichas cláusulas quedará supeditada a la razonabilidad de sus alcances y fundamentos y se tomará 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.

Que el artículo 16 in fine del Decreto Delegado N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, 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 solo 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 “penalizaciones” y/o “sanciones”, clasificación utilizada por la propia norma en su artículo 29, con lo cual la interpretación amplia sustentada por el ex-MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL en la cláusula particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 de dicho organismo se presenta como la más razonable, desde que no cabe atribuir al legislador inconsistencia o falta de previsión (Dictámenes 213:209).





Que, en sentido concordante con lo expuesto, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que, de conformidad con el aforismo “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que esta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (Dictámenes 227:111; 235:377 y 249:630, entre otros).

Que, por consiguiente, si el artículo 16 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, 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.

Que la interpretación propiciada, lejos de desnaturalizar el contenido o espíritu del artículo 16 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, 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.

Que de la mera lectura del artículo 29 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, se desprende que –en términos generales– las desestimaciones de ofertas no son stricto sensu penalidades.

Que vale reiterar que por penalidades solo pueden entenderse las previstas en el inciso a) del artículo 29 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, y por sanciones las contempladas en el inciso b) del mencionado artículo.

Que, 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. artículo 106, inciso b) apartado 2 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias, siempre y cuando se cumplimenten 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 N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias.

Que, en ese orden de ideas, 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 1° y 3° del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, y considerandos del Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias), así como también con el criterio de selección de la oferta más conveniente, plasmado en el artículo 15 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorias y complementarias, de donde surge explícitamente que deberá tenerse en cuenta no solo 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.

Que, en ese marco conceptual, 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.

Que 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.

Que desde esa atalaya difícilmente pueda sostenerse, seria 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.

Que, en suma, pese a los esfuerzos de la reclamante, su argumentación, solo demuestra su discrepancia con la reglamentación vigente, pero ello no implica que esta configure un exceso reglamentario que la torne ilegítima.

Que, por todo lo expuesto, corresponde rechazar el reclamo impropio deducido por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contra los artículos 68, inciso g) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias y 27, inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 63/16 y sus modificatorias.

Que han tomado la intervención de su competencia la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES dependiente de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS y el servicio jurídico competente.

Que la presente medida se dicta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99, inciso 1 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por el artículo 24, inciso a) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificatorias.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ARGENTINA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º.- Recházase el reclamo impropio deducido por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contra los artículos 68, inciso g) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus modificatorias y complementarias y 27, inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición de la





OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN N° 63/16 y sus modificatorias, de conformidad con lo expuesto en los considerandos del presente.

ARTÍCULO 2º.- Hágase saber a la reclamante que con el dictado del presente acto queda agotada la vía administrativa, de conformidad con lo establecido por el artículo 73 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72-T.O. 2017.

ARTÍCULO 3º.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

FERNÁNDEZ - Juan Zabaleta

e. 31/03/2022 N° 20070/22 v. 31/03/2022

Fecha de publicación 31/03/2022

