

DICTAMEN ONC N° IF-2018-13442883-APN-ONC#MM. Fecha de emisión: 28 de marzo de 2018. Referencias/voces: Contratación directa por urgencia – Revocación por razones de interés público - Pliegos de bases y condiciones particulares – Cláusulas accidentales o accesorias. Condición resolutoria. Antecedentes. El 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente “...en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria...”, por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual. Luego, en el marco del Dictamen ONC N° IF-2017-19243954-APNONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta. En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: “...fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable –como sin duda representan las diversas comidas para las personas reclusas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura del ‘reconocimiento de gasto’ y/o ‘legítimo abono’”. Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: “...Al día de la fecha [5 de septiembre de 2017] esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet <https://comprar.gob.ar/>...”. Consulta: Se requirió la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 –cuyo objeto era la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que

contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio N° 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto. Normativa examinada: ❖ Artículos 12 y 25 inciso d) apartado 5° del Decreto Delegado N° 1023/01. ❖ Artículos 1°, 19, 52 y 95 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. ❖ Punto 14 del Anexo II de la Disposición ONC N° 63/16. ❖ Artículos 7° y 16 de la Ley N° 19.549. ❖ Artículos 343 y 350 del Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis y opinión del Órgano Rector: I) El tiempo transcurrido desde el inicio de las presentes actuaciones – prácticamente un año– y la instancia en que el trámite se encontraría en la actualidad, no se condicen –a priori– con la particular premura que da razón de ser a un procedimiento de selección de excepción, como ciertamente lo es la causal de contratación directa por urgencia contemplada en el artículo 25 inciso d) apartado 5° del Decreto Delegado N° 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC N° 241/2013). II) La aludida norma establece que la selección por contratación directa se utilizará: “Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad...”, a lo cual el artículo 19 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 añade, en su parte pertinente que: “A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 5, del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante (...) En las contrataciones encuadradas en el apartado 5 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarias, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno.”. III) Esta Oficina sugiere que la autoridad administrativa competente evalúe nuevamente los motivos que fundamentaron en su momento el encuadre del procedimiento en el marco de lo establecido en el artículo 25 inciso d) apartado 5° del Decreto Delegado N° 1023/01. IV) De la compulsas de los presentes actuados surge que la contratación en ciernes reviste la naturaleza de un suministro de tracto sucesivo, o bien de cumplimiento continuado o periódico, en tanto sus efectos se prolongan en el tiempo. Sin embargo, surge con meridiana

claridad la pretensión del organismo de contemplar en el propio pliego un mecanismo de conclusión anticipada de la contratación en ciernes, frente a la posibilidad incierta de que antes de su vencimiento –o del de su prórroga– se adjudique una licitación en curso con el mismo objeto, en trámite por EX-2017-977147-APN-DC#SPF. V) Frente a ello, la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL evaluó, en el marco del Dictamen N° IF-2018-00650512APNDAUG#SPF, la posibilidad de hacer uso de la prerrogativa de revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –prevista por la normativa vigente en favor de la Administración– ante la eventual suscripción de la adjudicación de la Licitación Pública N° 310002-LPU17, pero advirtiendo sobre sus consecuencias en materia indemnizatoria. VI) Una de las diferencias más notorias –en relación con los contratos privados– que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo, radica en la existencia de prerrogativas en favor de la Administración para hacer frente a necesidades de interés público, tales como la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. VII) No caben dudas respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de tiempo, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada –en cuanto aquí interesa– en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables (v. en sentido concordante el Dictamen ONC N° 446/2014). VIII) La potestad de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia es una prerrogativa que el régimen de contrataciones expresamente reconoce a la Administración por lo que no estaría en cuestión la posibilidad de efectivizar, en su caso, el ejercicio de la misma cuando concurran sus presupuestos habilitantes, como así tampoco sería necesario incluirla en el pliego como cláusula de reserva de revocación o similar. IX) Esta revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo. No media “ilicitud” sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar, por cuanto, como se señalara con acierto: “...la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta” (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. T. III-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 397). Sin embargo, tampoco quedan dudas en cuanto a que el ejercicio de la aludida

prerrogativa conlleva el consiguiente deber de indemnizar el daño emergente, extremo cuya relevancia no es dable pasar por alto.