



Gobierno de la Provincia de Mendoza

Disposición

Número:

Mendoza,

Referencia: Disposición Interpretativa a efectos de resolver el pedido de adecuación de precios.

Visto: el reclamo de varios proveedores adjudicatarios de procesos de compras derivados de licitaciones públicas de Convenio Marco y de otros procesos de contratación pública, mediante los cuales se solicita a este Órgano Rector y a los Organismos Licitantes la adecuación de los precios oportunamente cotizados; y

CONSIDERANDO:

Que en virtud de la situación coyuntural actual de la economía nacional, expuesta por todos los proveedores interesados como justificación de sus respectivos reclamos, y habida cuenta las diversas consultas que se han recibido de parte de los Organismos Licitantes respecto de los requisitos que deben constatar para la procedencia del mecanismo de adecuación reclamado, así como el temperamento que debe seguirse para cada caso en particular, se considera prudente expedir la presente Disposición interpretativa, la cual se dicta en ejercicio de las facultades previstas por el art. 130 inc. a) de la Ley 8706 y art. 130 inc. 1) del Decr. Regl. N° 1000/2015, con la finalidad de propender a la necesaria unidad de criterio entre todos los organismos con competencia funcional en la materia de contrataciones públicas.

Que la problemática ha sido contemplada por el art. 150 del Decr. 1000/2015, el cual ha regulado el derecho pretendido y el procedimiento que debe seguirse en estos casos bajo el título “Adecuación de Precios”. La norma citada dice: *“Cuando se hayan producidos significativas modificaciones en los precios de contratación que repercutan en la ecuación económico financiera de los suministros contratados, el proveedor podrá solicitar la adecuación de precios. Una vez formulada tal petición, la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes o el Órgano u Organismo Licitante, conforme a quién sea el iniciador del proceso de contratación, podrán poner en práctica este mecanismo, siempre y cuando el proveedor demuestre fundadamente que se ha producido una modificación de tal magnitud en su estructura de costo o en su costo de reposición, que torna excesivamente onerosa continuar con la prestación del servicio o entrega del bien. La adecuación de precios solamente operará para los casos de contrataciones de tracto y sucesivo y Licitación Pública por Convenio Marco. A tal fin, será condición indispensable y obligatoria la presentación de la estructura de costos al momento de apertura del proceso o demostrar que el costo de reposición ha superado el precio cotizado. El Órgano u Organismo Licitante deberá informar a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes el resultado del acuerdo alcanzado. En todos los casos, los acuerdos de adecuación deberán resignar posiciones considerando el principio del sacrificio compartido. Una vez convenida la adecuación de precios implicará la renuncia automática por parte del adjudicatario a todo derecho, acción o reclamo, que no estuviere contemplado expresamente en el convenio, no pudiendo reclamarse en el futuro ninguno de los conceptos derivados de la alteración de la ecuación económica financiera de los suministros contratados. Bajo ningún concepto se reconocerá lucro cesante alguno.”*

Que la citada norma se integra en un contexto normativo más amplio, con otras disposiciones legales, a

saber: el art. 112 bis inc. 5) de la Ley 9003 y el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación: El primero establece que “Si durante la ejecución del contrato sobreviniere una situación imprevista, y a falta de un régimen de renegociación contractual, será aplicable el Artículo 1091 del Código Civil y Comercial. Las partes deberán perseguir la adecuación del contrato con miras a alcanzar su finalidad pública, antes que su resolución total o parcial”. Por su parte, el art. 1091 del CCCN, bajo el título “Imprevisión” dispone: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

Que, según se advierte, ante los reclamos de los proveedores por medio de los cuales le solicitan a la Administración “la baja de la adjudicación”, o la “rescisión del contrato”, los Organismos contratantes deben propiciar la adecuación de la ecuación económico financiera en aras de conservar o mantener vivo el vínculo contractual. En este escenario, los Administradores deberán aplicar, en primer lugar, el régimen de recomposición o renegociación previsto expresamente en el contrato (conf. Art. 112 bis inc. 5) Ley 9003). En su defecto –en los casos que el pliego no prevea expresamente un sistema de renegociación–, deberán aplicar el art. 1091 del CCCN, armonizando dicha normativa con lo dispuesto por el art. 150 del Decr. 1000/2015.

Que de acuerdo a esta última integración normativa, y teniendo presente además la reiterada jurisprudencia dictada por nuestra Suprema Corte Provincial (ver, entre otros, SCJMza., fallo plenario recaído in re “ESPINOSA RODOLFO ISIDRO FELIPE c/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD p/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, de fecha 30/05/1.984; y SCJMza. fallo plenario in re “SAN JOSE SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES EN J: GARDELLA EUGENIO DELFOR c/ SAN JOSE SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES p/ ACCIONES DE ESCRITURACION, de fecha 10/07/1.984), pueden señalarse los siguientes requisitos de procedencia que deberán observarse para una regular adecuación de precios:

1º) Ante la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato, la adecuación es procedente tanto en los contratos conmutativos de tracto sucesivo o continuada, como en los de ejecución diferida (argumento Art. 1091 CCCN).

2º) El acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce la alteración, debe ser un acontecimiento general (no debe afectar exclusivamente al proveedor), debiendo verificarse su ocurrencia en forma objetiva.

3º) La excesiva onerosidad de la prestación a cargo del proveedor (alteración de la ecuación económico-financiera) se produce cuando éste deba cumplir el contrato “a pérdida” o situación asimilable (lo sería si la rentabilidad demostrada es insignificante por ejemplo). Tal situación debe ser demostrada ya sea por medio del aumento sobreviniente y significativo (e imprevisible) de los componentes de la estructura de costos del servicio oportunamente presentada en su oferta, o porque el valor de reposición del bien o insumo de que se trate es superior al valor cotizado por el proveedor en su oferta respectiva. Según se advierte, la alteración debe ser objetivamente comprobada y demostrada por el interesado y/o por el propio Organismo Contratante.

4º) Si bien las normas de jerarquía superior (CCCN y Ley 9003), a diferencia del Decr. Regl. N° 1000/2015, no han consagrado la pauta del “esfuerzo compartido” como metodología de adecuación, cabe propiciar su aplicación a efecto de recomponer el equilibrio alterado, siempre que, claro está, el Contrato (el Pliego) no haya previsto algún mecanismo de renegociación o recomposición en particular. En este orden, los Organismos Contratantes y por cierto, éste Órgano Rector en los supuestos de Convenios Marcos, deberán atender no sólo a las alteraciones en el valor de la moneda de curso legal (en su relación

con la divisa extranjera) sino también que deberán indagar los precios de mercado vigentes al tiempo del reclamo, que sirvan como fuente de referencia. Sobre estas bases, el principio del esfuerzo compartido implica que el proveedor debe asumir o sacrificar una parte de ese mayor valor demostrado. Como regla general, cabe propiciar una distribución del sacrificio por partes iguales entre el proveedor y la Administración contratante.

5º) En los supuestos de contrataciones derivadas de licitación pública de Convenio Marco, la adecuación deberá ser realizada por el Órgano Rector, a cuyo efecto éste deberá considerar en primer lugar el resultado al que se arribe conforme al sistema de “determinación de precios” previsto en los contratos respectivos (Pliegos de Condiciones Particulares), el cual será aplicado como cláusula de renegociación o adecuación, sin perjuicio de otras variables tales como el valor de reposición demostrado o la estructura de costos, los cuales también podrán ser utilizados como fuente de información a los fines de resolver las peticiones de los proveedores interesados.

Por ello, en uso de sus facultades;

EL DIRECTOR GENERAL DE CONTRATACIONES

PUBLICAS Y GESTION DE BIENES

DISPONE

ARTÍCULO 1º: Dispóngase las siguientes pautas interpretativas que deberán considerar este Órgano Rector y los Organismos Contratantes de la Administración Provincial del Sector Público Provincial previsto por el art. 4º de la Ley 8706, a efectos de resolver los pedidos de adecuación de precios que formulen los proveedores interesados que sean parte de contrataciones públicas celebradas con la Administración Provincial:

1º) Ante la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato, debe considerarse procedente la adecuación de precios tanto en los contratos conmutativos de tracto sucesivo o continuada, como en los de ejecución diferida (conf. Art. 1091 CCCN).

2º) El acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce la alteración, debe ser un acontecimiento general (no debe afectar exclusivamente al proveedor), debiendo verificarse su ocurrencia en forma objetiva.

3º) La excesiva onerosidad de la prestación a cargo del proveedor (alteración de la ecuación económico-financiera de contrato) se produce cuando éste deba cumplir el contrato “a pérdida” o en una situación asimilable (v.g. si la rentabilidad demostrada es insignificante). Tal situación debe ser demostrada ya sea por medio del aumento sobreviniente y significativo (e imprevisible) de los componentes de la estructura de costos del servicio oportunamente presentada en su oferta, o porque el valor de reposición del bien o insumo de que se trate es superior al valor cotizado por el proveedor en su oferta respectiva. La alteración debe ser objetivamente comprobada y demostrada por el interesado y/o por el propio Organismo Contratante.

4º) Debe propiciarse la aplicación del principio del esfuerzo compartido a efecto de recomponer el equilibrio alterado, salvo que el Contrato (el Pliego) no haya previsto algún mecanismo de renegociación o recomposición en particular. En este orden, los Organismos Contratantes y asimismo éste Órgano Rector en los supuestos de Convenios Marcos, deberán atender no sólo a las alteraciones en el valor de la moneda de curso legal (en su relación con la divisa extranjera) sino también que deberán indagar los precios de mercado vigentes al tiempo del reclamo, que sirvan como fuente de referencia. Sobre estas bases, el principio del esfuerzo compartido implica que el proveedor debe asumir o sacrificar una parte de ese mayor valor demostrado. Como regla general, cabe propiciar una distribución del sacrificio por partes iguales entre el proveedor y la Administración contratante.

5º) En los supuestos de contrataciones derivadas de licitación pública de Convenio Marco, la adecuación deberá ser realizada por el Órgano Rector, a cuyo efecto éste deberá considerar en primer lugar el resultado al que se arribe conforme al sistema de “determinación de precios o cuantificación del valor de la prestación” previsto en los contratos respectivos (Pliegos de Condiciones Particulares), el cual será aplicado como cláusula de renegociación o adecuación, sin perjuicio de otras variables tales como el valor de reposición demostrado o la estructura de costos, los cuales también podrán ser utilizados como fuente de información a los fines de resolver las peticiones de los proveedores interesados.

ARTÍCULO 2º: Comuníquese a las Direcciones de Administración de los Organismos Contratantes, Contaduría General de la Provincia, Honorable Tribunal de Cuentas y Fiscalía de Estado. Publíquese en el portal de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes y Archívese.