



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**

2020 - Año del General Manuel Belgrano

**Dictamen firma conjunta**

**Número:**

**Referencia:** EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS Y EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS –  
IMPUGNACIÓN AL ARTÍCULO 27 INCISO G) DEL PLIEGO ÚNICO APROBADO POR DISPOSICIÓN ONC  
N° 63/16 Y AL ARTÍCULO 68 INCISO G) DEL REGLAMENTO APROBADO POR EL DECRETO N° 1030/16.

---

SEÑOR/A DIRECTOR/A:

Me dirijo a usted en relación con el expediente de la referencia que ingresa para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL.

**-I-**

**RESEÑA DE ANTECEDENTES**

En el presente acápite se reseñarán –en forma sucinta y en cuanto fueren pertinente– los principales antecedentes obrantes en las actuaciones individualizadas como EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS y EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS, en tanto ambos expedientes se encuentran vinculados y tramitan en forma conjunta.

Así, en el orden 45, páginas 1-3, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS luce vinculada la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2019-215-APN-SCO#MSYDS, de fecha 21 de mayo de 2019, a través de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 95-0024-LPU19, con el objeto de lograr la adquisición de DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL (2.400.000) kilogramos de arroz pulido o arroz blanco, tipo largo fino o mediano 0000, necesaria para atender a la población en situación de vulnerabilidad, solicitada por la entonces SECRETARÍA DE ACOMPAÑAMIENTO Y PROTECCIÓN SOCIAL de esa jurisdicción.

Asimismo, por conducto del artículo 2° de la citada resolución se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares (v. PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS).

En el orden 60 del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS obra el acta de apertura de ofertas, de fecha 21 de junio de 2019, de la cual surge que para la Licitación Pública N° 95-0024-LPU19 fueron confirmadas a través del

sistema electrónico de contrataciones “COMPR.AR” SIETE (7) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) COPACABANA SOCIEDAD ANONIMA (CUIT N° 30-56104855-6) (\$20.582.400,00); 2) R.P.G. S.A. (CUIT N° 30-71125398-6) (\$19.680.000,00); 3) Oscar Alberto SANTOMERO (CUIT N° 20-06304692-3) (\$17.040.000,00); 4) CORPORACION DE ALIMENTOS S.A. (CUIT N° 33-71509257-9) (\$77.520.000,00); 5) LOMAS DEL SOL S.R.L. (CUIT N° 30-67324990-2) (\$ 82.392.000,00); 6) COMPAÑIA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. (CUIT N° 30-71403852-0) (\$17.707.200,00) y 7) SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L. (CUIT N° 30-71648636-9) (\$17.760.000,00) (v. IF-2019-56541448-APN-DCYC#MSYDS).

En el orden 199, páginas 1-4, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS luce incorporado el Dictamen de Evaluación de Ofertas, difundido a través del sistema electrónico de contrataciones “COMPR.AR” con fecha 30 de julio de 2019 (v. IF-2019-68553902-APN-DCYC#MSYDS).

En el orden 201, páginas 3-106, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS obra la impugnación al dictamen de evaluación de ofertas presentada por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. el día 2 de agosto de 2019.

En el orden 224, páginas 1-2, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS se incorporó la Providencia de la entonces SECRETARÍA DE ACOMPAÑAMIENTO Y PROTECCIÓN SOCIAL del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° PV-2019-74593396-APN-SAYPS#MSYDS, de fecha 20 de agosto de 2019, oportunidad en la cual manifestó: “...*Esta Secretaría toma intervención, en carácter de Unidad Requirente de la presente contratación, en virtud de la medida interina dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, en los autos caratulados ‘LOMAS DEL SOL S.R.L. c/E.N. – MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL s/ Medida Cautelar (Autónoma)’ (Expte. N° 39898/19) por la que se ordena a esta Jurisdicción abstenerse de desestimar la oferta presentada por la empresa actora (Lomas del Sol S.R.L.) en el marco de la Licitación Pública nro. 95-0024-LPU19, hasta que se resuelva la medida cautelar solicitada en las actuaciones de referencia (...) dada la necesidad urgente de hacer frente al abastecimiento de dicho alimento, resulta imperioso abstenerse de desestimar la oferta presentada por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L., teniendo como fundamento el cumplimiento de la medida dictada por el Juzgado actuante y la satisfacción del interés público considerado al momento de iniciar el proceso licitatorio, el cual se vería frustrado de no obtenerse la mercadería en tiempo y forma, para poder brindar una respuesta oportuna, adecuada y eficaz que atienda la situación social que afecta a nuestra población más vulnerable...*”.

En virtud de ello, mediante el Dictamen de Evaluación modificatorio –vinculado en el orden 229 como IF-2019-74890749-APN-DCYC#MSYDS y difundido a través del “COMPR.AR” con fecha 20 de agosto de 2019– la Comisión Evaluadora rectificó el Dictamen de Evaluación de Ofertas de fecha 30 de julio de 2019.

En el orden 242, páginas 1-6, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL mediante IF-2019-78353486-APN-DGAJMDS#MSYDS, de fecha 30 de agosto de 2019, en cuya ocasión la aludida instancia letrada puso de resalto que: “...*sin perjuicio del cumplimiento de la medida interina ordenada por Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°3, en los autos caratulados ‘LOMAS DEL SOL S.R.L. c/E.N- MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL s/ Medida Cautelar (Autónoma)’ (Expte N°39898/19), conforme los fundamentos expuestos por la unidad requirente, este organismo consideró conforme resolución RESOL-2019-323-APN-SCO#MSYDS, que la Cláusula N °24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la presente licitación, resulta ajustada a la normativa vigente en la materia.’...*”.

En el orden 245, páginas 1-5, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS luce vinculada la Resolución del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2019-874-APN#MSYDS, de fecha 30 de

agosto de 2019, por cuyo conducto: 1) Se aprobó lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 95-0024-LPU19 (v. artículo 1°); 2) Se rechazó *in limine* la impugnación presentada por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contra el Dictamen de Evaluación de Ofertas de fecha 30 de julio de 2019, por haber sido realizada por fuera del Portal de Compras Públicas de la República Argentina COMPR.AR. (v. artículo 2°); 3) Se desestimaron las ofertas presentadas por las firmas COPACABANA S.A. para sus alternativas 2 y 3, R.P.G. S.A., CORPORACIÓN DE ALIMENTOS S.A., COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. para su alternativa 2, y SELECTA DISTRIBUCIONES S.R.L., acorde lo expuesto en el Dictamen de Evaluación de Ofertas de fecha 20 de agosto de 2019 (v. artículo 3°); 4) Y finalmente resultaron adjudicados –en forma parcial– la firma LOMAS DEL SOL S.R.L., por la cantidad de UN MILLÓN NOVECIENTOS VEINTE MIL (1.920.000) kilogramos de arroz y el señor Oscar Alberto SANTOMERO, por la cantidad de CUATROCIENTOS OCHENTA MIL (480.000) kilogramos de arroz, respectivamente, ascendiendo el total general adjudicado a la suma de PESOS OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS (\$82.953.600,00.-).

En el orden 255, páginas 1-3, del EX-2019-19701835- -APN-DCYC#MSYDS se adjuntó la Orden de Compra N° 95-1308-OC19, emitida el día 4 de septiembre de 2019, en favor del proveedor LOMAS DEL SOL S.R.L., por la suma de PESOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL SEISCIENTOS (\$65.913.600,00.-) (v. DOCFI-2019-80249448-APN-DCYC#MSYDS).

Finalmente, en el orden 298 luce vinculado el Informe N° IF-2019-106163067-APN-DCYC#MSYDS, de fecha 29 de noviembre de 2019, a través del cual la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL solicitó la intervención de esta Oficina en los siguientes términos: “...*Se remiten las presentes actuaciones en las que la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. cuestionó la Cláusula Particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/2019 del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, y cuyo reclamo fuera rechazado por impropio mediante Resolución N° 323 del 28 de agosto de 2019, suscripta por el Señor SECRETARIO DE COORDINACIÓN.*”

*Al respecto, se solicita la intervención de su competencia según lo indicado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos en su Providencia N° PV-2019-93847045-APN-DGAJMDS#MSYDS... ”.*

Luego, en el orden 2, páginas 1-118, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS se encuentra digitalizada una nota, presentada por Mesa de Entradas del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL el día 21 de junio de 2019, a través de la cual la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. impugnó –en los términos del artículo 24 inciso a) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549– la disposición contenida en el artículo 24 del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS), oportunamente aprobado por el artículo 2° de la Resolución N° RESOL-2019-215-APN-SCO#MSYDS, cuyo contenido se reproduce a continuación: “*IDONEIDAD: 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 1030/16 y sus normas 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.*” (v. RE-2019-56315366-APN-CSG#MSYDS).

A tal fin la agraviada adujo que en la cláusula en cuestión se estipularon: “...*condiciones de idoneidad de ofertas que contrarían lo establecido en los arts. 27, 28 y 29 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Dec. 1023/2001 (‘el RCAN o RCAN, aprobado por el Dec. 1023/01), resultando entonces aquella nula de nulidad absoluta e insanable (art. 14, inc. b, Ley 19.549)... ”.*

Subsidiariamente, la sociedad comercial de que se trata impugnó –también en los términos del artículo 24 inciso a) de la Ley N° 19.549– lo dispuesto en el inciso g) del artículo 68 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N° 1030/16 y 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 “...por contener claros excesos reglamentarios respecto de lo regulado en el RCAN aprobado por el Decreto 1023/01...” indicando finalmente que: “...el presente reclamo impropio deberá ser elevado al Poder Ejecutivo Nacional para que proceda a su resolución (...) en el caso en que se entendiese que la impugnación del art. 24 del PBCP constituye una impugnación indirecta de los reglamentos antes referidos, de conformidad con lo establecido en el art. 75 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Dec. 1759/72 (T.O. 2017), también deberán elevarse las actuaciones al Poder Ejecutivo Nacional para su resolución...”.

A modo de síntesis, los agravios vertidos en la presentación del 21 de junio de 2019 pueden resumirse del siguiente modo:

- “...Más allá del silencio guardado en la norma [cláusula 24 del PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS] el respeto al principio de presunción de inocencia y al RCAN exige que la desestimación allí prevista sólo pueda proceder ante la firmeza de la pertinente rescisión o acta de rechazo (...) la eventual interpretación literal de la disposición contenida en el art. 24 del PBCP –esto es, en el sentido de que la desestimación allí prevista no requiriera la firmeza de la pertinente rescisión o acta de rechazo- resultaría absolutamente ilegítima; ello por cuanto tal hermenéutica implicaría un claro apartamiento al principio de presunción de inocencia y a lo establecido en los arts. 27, 28 y 29 del RCAN...”.
- “...Si en el RCAN se dispone que la firmeza de la penalidad (...) constituye un requisito para la aplicación de la sanción de suspensión e inhabilitación, también debe serlo para que válidamente pueda excluirse a sujetos sancionados de un determinado procedimiento licitatorio (...) no existe ninguna razón que permita razonablemente interpretar que sólo cuando se trata de aplicar las sanciones de suspensión e inhabilitación se exija como presupuesto la firmeza de los actos que impusieron la penalidad motivada en anteriores incumplimientos, pero que tal firmeza no sea exigible cuando se trate de declarar inelegible, para una determinada contratación, a la oferta presentada por un oferente que cuenta con anteriores incumplimientos (...) ambos casos guardan identidad jurídica y lógica; ambos supuestos importan privar a un contratista de su derecho a contratar con el Estado debido a anteriores incumplimientos.
- “...la eventual interpretación literal de la disposición contenida en el art. 24 del PBCP no podría válidamente fundarse en lo dispuesto en el art. 68, inc. g) del Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Dec. 1030/16 y en el art. 27, inc. g) del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado por Disposición ONC 63/16 (...) en tanto ambas normas constituyen reglamentos de ejecución del RCAN, aprobado por el Dec. 1023/01, no pueden por ello, so color de facilitar la aplicación de la norma que reglamentan, desnaturalizar su contenido o espíritu...”.
- “...interpretando eventualmente el art. 24 del PBCP de modo restrictivo y, por ende, aplicando una sanción ante incumplimientos que no se encontraran firmes, se estaría afectando de modo grave el principio de concurrencia y competencia...”.

En el orden 21, páginas 1-3, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS se incorporó el Informe N° IF-2019-70312011-APN-SSCAMDS#MSYDS, de fecha 7 de agosto de 2019, a través del cual la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL brindó las razones que, a su entender, justificaron la inclusión de la cláusula objeto de impugnación en el pliego particular. A saber: “...La inclusión en el Pliego aludido de la Cláusula Particular 24 en la que se 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 1030/16 y sus normas 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’, obedece a la necesidad de contar no solo con ofertas que cumplan con lo solicitado desde el punto de vista administrativo, formal, económico y técnico sino además que las mismas, en caso de ser adjudicadas, se traduzcan en la entrega en tiempo y forma de la mercadería solicitada, para consecución del objetivo planificado de asistencia a la población más vulnerable de la sociedad, en productos tan sensibles como son los alimentos...” (el subrayado no corresponde al original).*

Asimismo, la citada Subsecretaría añadió: “...En consecuencia, se entiende que antecedentes recientes de rescisiones de contratos u órdenes de compras podrían derivar, en el futuro, en incumplimientos en la entrega de la mercadería que se pretende adquirir. Esto es, no se busca no considerar ofertas de proveedores que tuvieron algún inconveniente temporal en entregas anteriores, sino de garantizar la contratación de personas jurídicas o humanas que no cuenten con antecedentes que hagan presumir que no tomarán las previsiones para el cumplimiento de cada contrato teniendo en cuenta el fin para el cual se licita (...).

Se procura desde este Organismo que los alimentos se encuentren disponibles tal como fue planificado.

Adicionalmente se tuvo en consideración que, durante el ejercicio 2018, el Ministerio ha sufrido el incumplimiento de varios contratos de provisión de alimentos secos, que han derivado en la reprogramación de compromisos asumidos para atender a la población en situación de vulnerabilidad, gestiones externas del Ministerio, una cantidad de trámites administrativos que aún no se han podido finalizar, y el perjuicio fiscal producido por la afectación de recursos presupuestarios inutilizables hasta la rescisión o resolución de cada contrato...” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 26, páginas 1-5, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° IF-2019-75210197-APN-DGAJMDS#MSYD, de fecha 21 de agosto de 2019, oportunidad en la cual la aludida instancia letrada efectuó un meduloso análisis de los agravios sostenidos por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L., en cuyo contexto señaló con claridad que: “...la cláusula 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 encuentra 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 sus normas modificatorias y complementarias, y el artículo 27 inciso g) del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado por Disposición ONC N° 63/16 y sus modificatorias, y no de la habilidad para contratar regulada en los artículos 27 y 28 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios, como pretende argumentar la reclamante...” (el subrayado no corresponde al original).

El referido servicio permanente de asesoramiento jurídico prosiguió con su argumentación, explicando que: “...En la cláusula 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 se establece de manera más que clara cuál es la consecuencia de tener actas de rechazo o rescisiones parciales o totales con este Ministerio, por lo que la misma cumple acabadamente con los requisitos exigidos por la normativa y la interpretación del Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones.

En relación a la supuesta exigencia de firmeza del acto administrativo de rescisión, es dable señalar que la normativa relativa a la ‘elegibilidad’ no lo exige (...).

*Por tal motivo, siendo que el artículo 16 del Decreto N° 1023/01, sus modificatorios y complementarios (ni su reglamentación) no exige la firmeza del acto administrativo que se utilice como antecedente, que éste se encuentre recurrido no es óbice para ser contemplado como antecedente (...).*

*Habiendo analizado la legalidad de la cláusula 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19, corresponde que se analice la razonabilidad de ésta (...).*

*Así, cabe precisar que, conforme lo informado por la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA, la inclusión de la cláusula en pugna ‘obedece a la necesidad de contar no sólo con ofertas que cumplan con lo solicitado desde el punto de vista administrativo, formal, económico y técnico sino además que las mismas, en caso de ser adjudicadas, se traduzcan en la entrega en tiempo y forma de la mercadería solicitada, para consecución del objetivo planificado de asistencia a la población más vulnerable de la sociedad, en productos tan sensibles como son los alimentos’ (...).*

*Por lo expuesto, la cláusula 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19 supera el test de razonabilidad, toda vez que éste no se trata de un recaudo excesivo ni irrazonable, ya que el comportamiento anterior del oferente puede hacer suponer cómo es que actuará en el futuro (...).*

*En relación al principio de concurrencia, éste no debe restringirse a una mera cuestión de cantidad –mientras más oferentes, mejor– sino que, para su mayor eficacia, esa concurrencia debe ser genuina, sincera; es decir, que trasunte la existencia real y efectivamente competitivas en el mercado (MURATORIO, Jorge I., ‘Cuestiones de Contratos Administrativos’ - 1ª ed. – Buenos Aires: Rap, 2007, p. 374).*

*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.*

*Finalmente, cabe aclarar que dicho requisito se basa en un criterio completamente objetivo, el cual se aplica a todos los oferentes por igual, por lo que tampoco se ve afectado el principio de igualdad...” (el subrayado no corresponde al original).*

Finalmente, luego de refutar fundadamente cada uno de los agravios planteados por la reclamante, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL concluyó: “...a juicio de este órgano de asesoramiento jurídico, corresponde rechazar la impugnación a la cláusula 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 24/19, formulada por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L.

En el orden 30, páginas 1-6, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS se incorporó la 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, mediante la cual se rechazó el reclamo impropio deducido por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contra la Cláusula Particular 24 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 95-0024-LPU19, plasmando en los considerandos de dicha medida buena parte de los fundamentos previamente transcritos al hacer mención al dictamen del servicio jurídico preopinante.

En el orden 39, páginas 1-2, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS se advierte una nueva intervención de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL mediante Providencia N° PV-2019-93847045-APN-DGAJMDS#MSYDS, de fecha 17 de octubre de 2019,

donde se plasmó lo siguiente: “...en atención a las impugnaciones subsidiarias interpuestas contra lo dispuesto en el artículo 68 inciso g) del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas 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, luego de la vinculación de las referidas actuaciones corresponderá remitir las mismas a las autoridades que dictaron las mencionadas normas, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 24 de la Ley N° 19.549 y los artículos 73 y 75 del Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017)...”.

Por último, resta señalar que en el orden 44, páginas 1-9, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS lucen digitalizadas constancias que dan cuenta de la notificación de la Resolución N° RESOL-2019-323-APN-SCO#MSYDS al apoderado de la reclamante, el día 6 de noviembre de 2019, mediante carta expreso con confronte sellado diligenciada a través del Correo Oficial de la República Argentina (CORREO ARGENTINO).

En ese estado ingresan las referidas actuaciones a consideración de este Órgano Rector.

## **-II-**

### **OBJETO**

Se requiere la intervención de esta 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-LPU19 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).

## **-III-**

### **ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN**

#### **a) Alcances de la presente intervención.**

A título introductorio merece recordarse que, 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 decidir sobre la procedencia de las impugnaciones presentadas en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/2010, 589/2010, 602/2010, 614/2010, 639/2010, 92/2014, 94/2014, 486/2014, 187/2015, 32/2016, IF-2016-04239686-APN-ONC#MM, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM, IF-2018-34606045-APNONC#MM e IF-2018-65684540-APN-ONC#JGM, entre otros).

Ahora bien, no es posible soslayar que el reclamo impropio interpuesto por la firma LOMAS DEL SOL S.R.L. contra la disposición contenida en el artículo 24 del pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2019-22469737-APNSSCAMDS#MSYDS) aprobado por el artículo 2° de la Resolución N° RESOL-2019-215-APN-SCO#MSYDS fue oportunamente 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 requiere 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.

Es dable mencionar que el mentado artículo 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, en su parte pertinente, establece: *“El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial: a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.”*.

Al respecto, la doctrina vernácula tiene dicho que: *“Resulta una vía para el control de legalidad de un reglamento u otro acto de alcance general, que otorga la oportunidad a los administrados de poder eliminar del ordenamiento jurídico un reglamento contrario a la ley.*

*Procede contra cualquier clase de acto de contenido general, ya que la denominación se haya empleada en la norma por oposición a los actos administrativos de alcance particular...”* (v. CARRANZA TORRES, Luis R. *El procedimiento Administrativo Nacional*. 1° edición. Editorial Legis. Buenos Aires, 2008. Pág. 216).

A mayor abundamiento, POLITI explica que: *“...El reclamo administrativo impropio (...) es un modo de impugnación de los actos administrativos de carácter general consagrado en el art. 24, inc. a), de la ley 19.549 (...) Consiste en impugnar directamente el acto administrativo de alcance general que afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente derechos subjetivos (...).*

*De conformidad con lo establecido en el art. 24 inc. a), de la LNPA el reclamo impropio se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto de alcance general y es resuelto por dicho órgano...”* (v. POLITI, Mariana Adela. *El reclamo administrativo impropio* en TAWIL, Guido Santiago (Director). *Procedimiento Administrativo*. 1° edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2010. Págs. 461 y ss.).

De otra parte, 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.

Desde esa óptica, 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.

De compartirse tal criterio, corresponderá al organismo de origen proyectar el acto administrativo correspondiente y dar oportuna intervención a la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Amén de lo expuesto, este Órgano Rector efectuará *ut infra* algunas consideraciones generales, a título de colaboración.

#### **b) Distinción entre habilidad para contratar, régimen de penalidades y sanciones y pautas para la inelegibilidad.**

Desde el punto de vista del derecho positivo, 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.

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-APN-ONC#MM).

Luego, 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) acarrear la inhabilidad para contratar con el Estado Nacional, pero no todas (el apercibimiento, por caso, no conlleva *per se* una inhabilidad para contratar).

En efecto, 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.

En esa inteligencia, 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).*

De otra parte, el artículo 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 dispone lo siguiente: *“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.”* (el subrayado no corresponde al original).

A su vez, en su parte pertinente, el artículo 68 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16 prescribe: *“PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD. Deberá desestimarse la oferta, cuando de la información a la que se refiere el artículo 16 del Decreto Delegado N° 1.023/01 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...”*.

Téngase presente que, a los fines de facilitar su conocimiento por parte de interesados y oferentes, la citada causal de inelegibilidad 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, el cual resulta de aplicación obligatoria en los procedimientos de selección que lleven a cabo las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y que se rijan por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, a excepción de las contrataciones que se realicen por la modalidad de acuerdo marco.

En suma, 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.

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) (el subrayado no corresponde al original).

Consecuentemente, 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.

Es decir, 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 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.

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...”.*

Va de suyo que 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.).

El principio de razonabilidad –receptado en el artículo 3° 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 1° 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.

Ergo, 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...*”.

A nadie escapa, sin embargo, que 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).

Aclarado ello, 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).

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 ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111; 235:377; 249:630, entre muchos otros).

En sentido concordante se ha expedido la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN al señalar que la primera fuente de interpretación de la leyes es su letra y que los términos empleados en ella no deben entenderse como superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos usados (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780).

Por consiguiente, 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.

Habiendo llegado a este punto, esta Oficina Nacional entiende que 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.

Valga reiterar que 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.

Importa destacar que 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.

Párrafo aparte merece el tratamiento del agravio vinculado con la presunta afectación del principio de concurrencia.

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. ).*

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 1º y 3º del Decreto Delegado Nº 1023/01 y Considerandos del Decreto Nº 1030/16), así como también con el criterio de selección de la oferta más conveniente, plasmado en el artículo 15 del Decreto Delegado Nº 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.

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.

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, 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.

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.”* (v. IF-2019-75210197-APN-DGAJMDS#MSYD, vinculado en el orden 26, páginas 1-5, del EX-2019-56312105- -APN-CSG#MSYDS).

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 Nº 995/12).

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.

**-IV-**

## **CONCLUSIONES**

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido desarrolladas en el Acápito III del presente pronunciamiento, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente.

**hp**

A LA

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DEL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

S. \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D.