



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
AÑO DE LA DEFENSA DE LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2023-61098414- -APN-DD#MS – MINISTERIO DE SALUD - CONTRATACIÓN DIRECTA POR EMERGENCIA COVID-19 N° 1/2022 – PROCESO N° 80-0004-CDI22 – OC N° 8/22 -CONSULTA S/ PROCEDENCIA DE APLICACIÓN DE PENALIDADES A LA FIRMA WIENER LABORATORIOS S.A.I.C.

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted en el marco de las actuaciones de la referencia, que ingresan para que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitidas por la COORDINACIÓN DE COMPRAS dependiente de la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el presente acápite se reseñarán sucintamente los principales antecedentes y hechos relevantes, en tanto guarden relación con el objeto de la consulta.

En orden 2, págs. 1-3, obra el Informe Gráfico N° IF-2023-61099190-APN-DD#MS, a través del cual se digitalizó una solicitud cursada al MINISTERIO DE SALUD por parte del señor Juan Ignacio FELIU, en representación de la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C., mediante correo electrónico de fecha 29 de mayo de 2023.

La referida solicitud guarda relación con el Proceso N° 80-0004-CDI22 sobre la adquisición de insumos para detección de COVID-19 y, al respecto, el aludido proveedor señaló lo siguiente: “...**1. WIENER LAB.** ha cumplimentado en tiempo y forma con las condiciones del pliego, obteniendo la Recepción definitiva de los productos a través de La COMISIÓN DE RECEPCIÓN DEFINITIVA del Ministerio de Salud, acto jurídico probado en la firma de los remitos que acreditan la conformidad de la recepción (...) **2.** En particular, referido al Vencimiento de los diferentes Productos según la clasificación que el pliego hace (Renglón N° 1; Renglón N° 2; Renglón N° 3), se ha cumplido con toda la provisión sobre los productos del Reglón Segundo, concretado con las entregas respectivas, según lo solicitado, por las previsiones del Ministerio, con un vencimiento de 12 meses y mínimo de 8 meses. **3.** Al presente se requirió de **Wiener Lab** “la reposición” de 195.900 determinaciones de PCR múltiple SARS-Cov2 detección cualitativa que no fueron utilizadas por el Ministerio. A dicho pedido se

respondió ofreciendo una cantidad menor con vencimiento al 30/08/23, que es la posee en existencia (asumiendo el riesgo de incumplimiento con terceros) y se alegó la imposibilidad de alcanzar el número solicitado fundado en las siguientes razones: **a)** la iniciación de un nuevo proceso de fabricación que esencialmente depende de la importación de insumos del exterior con los actuales costos. Incremento de su monto que lesiona gravemente la ecuación económica financiera de la contratación debido a la inusitada inflación de más del cien (100%) por ciento lo que de por sí conlleva una suficiente causa para analizar la reconversión del mismo. **b)** se agrega a lo expuesto, que la desaceleración de la demanda por notoria baja en la existencia de la epidemia Covid19 convertiría en inoficioso la existencia del stock solicitado, ya que conforme a los datos existentes el Ministerio cuenta con suficiente y razonable respuesta; **c)** la importación de insumo generará un dilatado tiempo de concreción; **d)** implicando la afectación de la moneda extranjera (dólares) cuya disponibilidad es crítica para nuestro país, amén de las restricciones impuestas en el mercado de cambio. **4.** Ese ofrecimiento no fue aceptado por la Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica del Ministerio conforme su comunicación de fecha 19 de mayo del corriente año, “por estar lejos de lo oportunamente pactado ... en las condiciones de cambio”. Respuesta que, si bien se ajustaría a la fría letra del pliego redactado en su momento frente a la crisis epidemiológica, no toma en consideración las circunstancias **excepcionales** antes mencionadas. **SOLICITA RECONSIDERACION.** (...) No puede dejar de advertirse que el tiempo transcurrido ha provocado, como consecuencia de la acertada política sanitaria nacional, una merma en la demanda de los productos por la comentada desaceleración de la epidemia (...) que el denominado “hecho del príncipe” consistente en las presentes normativas dificultan el libre y expedito acceso a los dólares cuya existencia es crítica para nuestro país; y que la inflación impacta gravemente en los costos...” (el subrayado y destacado corresponden al original).

En virtud de lo expuesto, la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. expresó: “Todo esto refleja la realidad, que con hechos posteriores de indudable impacto jurídico debe iluminar el útil, verdadero y auténtico sentido y finalidad contractual.

En la inteligencia de no lesionar el derecho de propiedad reconocido por nuestra Constitución Nacional (...) se solicita la reconsideración de la decisión y en su reemplazo se de curso favorable a nuestra posición que se entiende legítima y en línea con la razonabilidad del fin contractual...”

En el orden 5 luce vinculada la Providencia de la SECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE SALUD N° PV-2023-69549681-APN-SGA#MS, de fecha 16 de junio de 2023, en la cual se hizo constar lo siguiente: “Tramita por los presentes actuados, solicitud de la firma WIENER LABORATORIOS SAIC, de reconsideración respecto la “reposición de 195.000 determinaciones PCR múltiple SARS-Cov2 detección cualitativa” que le habría sido requerida, lo que, asimismo, ya habría sido rechazada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA, ello en el marco de la Contratación por emergencia COVID-19 N° 4/2022, en trámite por el EX-2022- 02691546-APN-DCYC#MS.”.

En orden 15, págs. 1-4, obra el Informe N° IF-2023-95113718-APN-DNEEIE#MS, de fecha 15 de agosto de 2023, en el cual la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA del MINISTERIO DE SALUD, en su carácter de órgano técnico y unidad requirente, efectuó un análisis circunstanciado de la solicitud efectuada por la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C., a la luz de lo acontecido en la contratación sustanciada bajo el número 80-0004-CDI22 para la adquisición de Insumos para detección de COVID-19.

En dicha pieza la aludida instancia puso de relieve el incumplimiento de la Orden de Compra 8/22, de conformidad con los antecedentes allí citados y que se transcriben a continuación: “Mediante la Nota N°. NO-2021-126047006-APN-DNEEIE#MS en el expediente EX-2022-02691546-APN-DCYC#MS, sobre Adquisición de

Insumos para detección de COVID-19, este nivel solicito en el marco de las acciones de mitigación de la Pandemia Coronavirus COVID-19 la contratación de: 1. Kit para PCR: (...) 720.000 (setecientos veinte mil) determinaciones. 2. Test de antígeno: (...) 720.000 (setecientos veinte mil) determinaciones. 3. (...) Prueba rápida de diagnóstico para la detección cualitativa de antígeno/s específicos (Ag) de SARS-CoV-2 en muestras obtenidas de hisopado nasofaríngeo o nasales de origen humano (...) Cantidad: 6.400.000 seis millones cuatrocientas mil determinaciones (...).

Todos ellos con vencimiento: 12 meses (opción de entrega con vencimiento de 8 meses con alternativa de cambio por productos con un vencimiento no menor a 8 meses, en el caso que no fueran utilizados antes de su vencimiento) (...).

Posteriormente, por Resolución N° Resol-2022-431-APN#MS se adjudicó la presente Contratación por emergencia COVID-19 N° 1/2022, a favor de las firmas, por las cantidades y montos que a continuación se detallan: (...) WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. – CUIT N° 30-52222821-0 Renglón N° 2 por 720.000 unidades, por la suma total de PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES (\$ 396.000.000.-) (...).

-Detalle del Documento Contractual Ensayo de PCR con transcripción inversa en tiempo real, 720.000 unidades.

-Detalle de entrega Los productos deberán ser entregados por cuenta y cargo del adjudicatario en domicilio a definir por la parte contratante al momento de coordinar la entrega.

-Zona de entrega: Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Deberán efectuarse TRES (3) entregas, de acuerdo al siguiente detalle: 250.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad de medida de cada renglón) dentro de los TREINTA (30) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual 250.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad de medida de cada renglón) dentro de los SESENTA (60) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual. 220.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad de medida de cada renglón) dentro de los NOVENTA (90) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual... ”.

En ese contexto y en cuanto concierne al cumplimiento de la orden de compra en cuestión, la unidad requirente explicó: “...A fin de que WIENER LABORATORIOS S.A.I.C tome conocimiento de las unidades que se encontraban en stock y que no podían ser utilizadas antes de su fecha de vencimiento, el 22 de diciembre de 2022 se remitió un correo electrónico desde mi mail institucional solicitando se arbitren las medidas que correspondan para cumplir con la obligación asumida con la emisión de la Orden de Compra (...).

*El 10 de abril de 2022, se remitió otro mail a fin de solicitar el cambio de 195.900 determinaciones de PCR multiplex SARS-CoV-2 detección cualitativa, kit por 100 marca Wiener, a fin de dar cumplimiento al punto 1.3 vencimiento del pliego (...) Dichas unidades fueron retiradas por la empresa y el 15 de mayo de 2023 informan lo siguiente: “ (...) **atentos a vuestra consulta sobre la posibilidad de reposición de material vencido, comentamos que hemos evaluado dicha solicitud y fruto de dicho análisis compartimos nuestras conclusiones: Entendemos que existe un elevado stock de productos WGene (algunos ya vencidos) en poder del Ministerio de Salud. Es de público conocimiento que la pandemia ha terminado y dicho stock no será utilizado.***

Para Wiener Laboratorios, reponer los productos vencidos implicaría iniciar una nueva fabricación y la necesaria importación de insumos consumiendo dólares cuya disponibilidad actual para nuestro país es CRITICA siendo restrictivo acceder al mercado de cambio.

Dificulta aún más la situación el hecho de que en el tiempo transcurrido entre la apertura de la licitación y el

presente, se ha producido una inflación superior al 100% con equivalente devaluación de nuestra moneda y falta de disponibilidad de dólares. Esta situación ha generado la ruptura de la ecuación económico - financiera de la licitación por lo que toda nueva fabricación, produciría un enorme daño económico a una empresa nacional.

Entendemos que habiendo terminado la pandemia y disponiendo de stock, no existe razón o necesidad sanitaria para dar curso a una nueva fabricación.

Sin perjuicio de lo expuesto y a los fines de mantener la vocación de cooperación que hemos mantenido a lo largo de todos los años de trayectoria, WL le informa que todavía tiene un stock remanente de 400 kits con vencimiento 30/8/23, que pone a disposición para reposición por si el ministerio lo considera todavía pertinente.” (el subrayado y destacado corresponden al original).

Finalmente, concluye su informe la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA del MINISTERIO DE SALUD manifestando que: “Luego de un intercambio con la empresa (...), el 24 de mayo de 2023 se solicitó al laboratorio se sirva informar a la brevedad fecha de cumplimiento de la obligación asumida con la emisión de la Orden de Compra 7-2022.

En atención a lo actuado la mencionada empresa inicio la presente actuación motivada en su imposibilidad de entregar las determinaciones, y que arroja como resultado el faltante de 195.600 motivado en circunstancias inoponibles a este órgano y a la cartera ministerial, y que implican un incumplimiento al Pliego de Bases y Condiciones Particulares...”.

Se advierten embebidos al informe N° IF-2023-95113718-APN-DNEEIE#MS, los siguientes documentos: 1) Intercambios de correos electrónicos entre la cartera ministerial de origen y el proveedor WIENER LABORATORIOS S.A.I.C., los que tuvieron lugar entre el 22 de diciembre de 2022 y el 24 de mayo de 2023, con el objeto de que la aludida firma diese cumplimiento al punto 1.3 del pliego individualizado como PLIEG-2022-02838015-APN-DCYC#MS, correspondiente a la Contratación Directa por Emergencia Covid-19 N° 1/22 (Proceso 80-0004-CDI22), Orden de Compra N° 8/22; 2) Constancia de retiro de insumos por parte de WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. (Remito N° 0015-00009758, de fecha 28 de abril de 2023).

En orden 26, págs. 1-4, se incorpora un proyecto de resolución para ser suscripto por la máxima autoridad del MINISTERIO DE SALUD, individualizado como IF-2023-132367169-APN-DCYC#MS, por el cual se propicia, en lo sustancial: 1) Intimar a la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. “...a que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles administrativos reintegre la suma de PESOS CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 107.745.000.-), monto abonado por la cantidad de 195.900 unidades que no han sido repuestas a la unidad requirente, bajo apercibimiento de ejecución...”; 2) Remitir las actuaciones a esta Oficina Nacional: “...para la eventual aplicación de sanciones que pudieran corresponder, de conformidad con los Artículos 29 inciso b) 107 del Anexo del Decreto N° 1030/2016.”.

Del Considerando de la medida en ciernes se desprenden los siguientes fundamentos: “...Que, conforme surge de las Actas de Recepción emitidas por la COMISIÓN DE RECEPCIÓN DEFINITIVA, el proveedor ha entregado la totalidad de la cantidad adjudicada (720.000 unidades).

Que, a fin de que WIENER LABORATORIOS S.A.I.C tomara conocimiento de las unidades que se encontraban en stock y que no podían ser utilizadas antes de su fecha de vencimiento, la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA (en fecha 22 de diciembre de 2022) remitió un correo electrónico al proveedor solicitando se arbitraran las medidas que correspondieran para cumplir con la

obligación asumida con la emisión de la Orden de Compra 8-2022.

Que, asimismo, en fecha 10 de abril de 2022, se le solicitó el cambio de 195.900 determinaciones de PCR multiplex SARS-CoV-2 detección cualitativa, kit por 100 marca Wiener, a fin de dar cumplimiento al punto “1.3 VENCIMIENTO” del Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rigió la contratación.

Que, dichas unidades fueron retiradas por la empresa y, el 15 de mayo de 2023 informaron que reponer los productos vencidos implicaría iniciar una nueva fabricación y la necesaria importación de insumos consumiendo dólares cuya disponibilidad actual para nuestro país es crítica siendo restrictivo acceder al mercado de cambio.

Que, asimismo, sostuvieron que el tiempo transcurrido entre la apertura de la licitación y el presente implicó una inflación superior al 100%, situación que -según el proveedor- ha generado la ruptura de la ecuación económico-financiera de la contratación por lo que toda nueva fabricación, produciría un enorme daño económico a una empresa nacional (...).

Que, por lo demás, en sus presentaciones efectuó una mera referencia general e imprecisa respecto de una situación coyuntural, como es la económica, olvidando el principio que la vincula comercialmente a este Ministerio a través de un contrato licitatorio, de correr ‘con el riesgo empresario que el avatar de las coyunturas económicas de nuestro país produce. (...).

Que, a todo lo expuesto, cabe agregar que, una vez finalizado el contrato de suministro con la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C., la DIRECCIÓN NACIONAL DE EPIDEMIOLOGÍA E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA solicitó el recambio de las unidades que no habían sido utilizadas y se encontraban próximas a vencer.

Que, es importante mencionar que, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rigió la contratación, preveía que podían entregarse productos con un vencimiento de OCHO (8) meses con alternativa de cambio por productos con un vencimiento no menor a OCHO (8) meses, en el caso que no fueran utilizados antes de su vencimiento.

Que, por lo tanto, y dado que la unidad requirente hizo uso de tal prerrogativa y la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. no ha aportado argumentos que permitan tener por configurada la ruptura de la ecuación económico-financiera, corresponde intimar al proveedor a reintegrar la suma de PESOS CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 107.745.000), monto abonado por la cantidad de 195.900 unidades que no han sido repuestas a la unidad requirente.

Que, ello, en virtud de que la Orden de Compra 8-2022 ya se encuentra finalizada y, por lo tanto, no podría aplicarse la penalidad de rescisión y ejecución de la garantía de cumplimiento contractual...”.

En el orden 27, págs. 1-4, luce el Informe N° IF-2023-132367425-APN-DCYC#MS, de fecha 6 de noviembre de 2023, oportunidad en la cual la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD trajo a colación los principales antecedentes obrantes en el EX-2022-02691546- -APN-DCYC#MS, haciendo hincapié en que: “...se previó que debían efectuarse TRES (3) entregas, de acuerdo al siguiente detalle: 250.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad de medida de cada renglón) dentro de los TREINTA (30) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual, plazo que acaeció el día 05/05/2022. 250.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad de medida de cada renglón) dentro de los SESENTA (60) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual, plazo que acaeció el día 21/06/2022. 220.000 (unidades/ determinaciones de acuerdo a lo indicado en Unidad

de medida de cada renglón) dentro de los NOVENTA (90) días hábiles a partir de Perfeccionamiento del documento contractual, plazo que acaeció el día 02/08/2022.

Conforme surge de las Actas de Recepción detalladas a continuación, el proveedor ya entregó la cantidad adjudicada (720.000 unidades): ACTA-2022-48887355-APN-SGA#MS: En fecha 25/04/22 se recibieron 160.000 unidades correspondientes a la primera entrega, siendo el cumplimiento parcial y dentro del plazo establecido. ACTA-2022-48889446-APN-SGA#MS: En fecha 27/4/2022 se recibieron 90.000 unidades correspondientes a la primera entrega, siendo el cumplimiento parcial y dentro del plazo establecido. ACTA-2022-62966860-APN-SGA#MS: En fecha 13/06/2022 se recibieron 100.000 unidades correspondientes a la segunda entrega, siendo el cumplimiento parcial y dentro del plazo establecido. ACTA-2022-69884204-APN-SGA#MS: En fecha 30/06/2022 se recibieron 76.200 unidades correspondientes a la segunda entrega, siendo el cumplimiento parcial y fuera del plazo establecido. ACTA-2022-69884607-APN-SGA#MS: En fecha 05/07/2022 se recibieron 73.800 unidades correspondientes a la segunda entrega, siendo el cumplimiento parcial y fuera del plazo establecido. ACTA-2022-87505831-APN-SGA#MS: En fecha 09/08/2022 se recibieron 80.000 unidades correspondientes a la tercera entrega, siendo el cumplimiento parcial y fuera del plazo establecido. ACTA-2022-99245782-APN-SGA#MS: En fecha 09/09/2022 se recibieron 140.000 unidades correspondientes a la tercera entrega, siendo el cumplimiento parcial y fuera del plazo establecido...”.

A renglón seguido la UOC del organismo de origen efectuó el siguiente análisis: “...una vez finalizado el contrato de suministro con la firma WIENER LAB -tal como surge de las Actas de Recepción citadas-, la Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica solicitó el recambio de las unidades que no habían sido utilizadas y se encontraban próximas a vencer.

Es importante mencionar que, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rigió la contratación, preveía que podían entregarse productos con un vencimiento de OCHO (8) meses con alternativa de cambio por productos con un vencimiento no menor a OCHO (8) meses, en el caso que no fueran utilizados antes de su vencimiento.

Por lo tanto, y dado que la unidad requirente hizo uso de tal prerrogativa, en caso de no hacer lugar a los argumentos esgrimidos por WIENER LAB, se debería intimar al proveedor a reintegrar la suma de PESOS CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 107.745.000.-), monto abonado por la cantidad de 195.900 unidades que no han sido repuestas a la unidad requirente (...) Ello, en virtud de que la Orden de Compra 8-2022 ya se encuentra finalizada y, por lo tanto, no podría aplicarse la penalidad de rescisión y ejecución de la garantía de cumplimiento contractual...”.

En el orden 30 tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD mediante Dictamen N° IF-2023-152702836-APN-DGAJ#MS, de fecha 26 de diciembre de 2023, oportunidad en la cual la referida instancia letrada efectuó las siguientes consideraciones: “...la cuestión de autos se encuadra perfectamente en un incumplimiento contractual toda vez que la cláusula estipulada en el pliego de bases y condiciones particulares estipulaba la alternativa (aceptada por el adjudicatario) de reponer los insumos solicitados en caso de no uso.

Es decir que ni la orden de compra se encontraba finalizada ni el adjudicatario se liberaba de responsabilidad al formular la mera entrega de los mismos por cuanto existía **la posibilidad** de que, y por su no uso, les fuera solicitada su reposición.

Por otra parte, este hecho ocurrió y el oferente **retiró** tales insumos que **oportunamente les fueran abonados**.

2.3 Bajo esta óptica, este órgano asesor concluye en que la orden de compra aún se encontraba vigente (entendiendo que, si bien el pliego no lo estipulaba dicha reposición operaría una sola vez) al momento de activarse el reclamo luego incumplido.

Abona lo expuesto el hecho a que como señala esa Dirección de Compras y Contrataciones la unidad requirente en cumplimiento de las pautas establecidas en dicha cláusula del pliego, procedió a la intimación pertinente de WIENNER LAB a que disponga al retiro de los productos tal y como lo estipula la cláusula, por lo que la no reposición de los productos importa un simple incumplimiento contractual toda vez que la actitud de la firma no se ajustó a dicha cláusula (...) la orden de compra sólo podría considerarse “cumplimentada” cuando el adjudicatario haya entregado los bienes en la cantidad y forma solicitada, con los vencimientos solicitados en el tiempo y lugar solicitados y, como en el caso que nos ocupa, cumplimentada la

carga impuesta al adjudicatario de recambio de los mismos si **estos hubieren vencido sin ser utilizados...**” (el destacado y subrayado corresponden al original).

Como corolario de lo expuesto, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE SALUD concluyó: “...el adjudicatario incumplió contractualmente la Orden de Compra 8-2022 correspondiéndole ante su incumplimiento las penalidades previstas en el artículo 29 del Decreto N° 1.023/2001 y el artículo 102 del RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL Decreto 1030/2016.

(...) los eventos puestos de manifiesto por la firma WIENNER LAB de manera genérica y sin debido fundamento que relacione directamente sus dichos no resultarían suficiente a los fines indicados en el artículo 94 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (...).

Sin perjuicio de lo expuesto y, toda vez que en el caso que nos ocupa se suscita una diferencia de interpretación respecto a la penalidad que correspondería imponer a la firma **WIENNER LAB** en opinión de este Servicio Jurídico y como medida de mejor proveer, se sugiere a esa Dirección de Compras y Contrataciones formular la consulta a la Oficina Nacional de Contrataciones a los fines de establecer efectivamente el alcance de la penalidad que corresponde imponer **WIENNER LAB** (...).

En efecto, estimando esta Dirección General de Asuntos Jurídicos que la **Orden de Compra 8-2022** se encuentra incumplida, resultarían de aplicación los extremos previstos en los artículos 29 del Decreto N° 1.023/2001 y 102 del RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL Decreto 1030/2016 más el reclamo por el monto abonado por la parte no cumplida de dicha orden de compra. Por su parte, esa Dirección de Compras y Contrataciones considera que la orden de compra se encuentra cumplimentada, por lo que propicia intimar a la firma **WIENNER LAB a abonar** el monto de la orden de compra que corresponde por la parte no cumplida (y ya abonada por este Ministerio) (el destacado corresponde al original).

Por último, en el orden 40 se vincula la Providencia N° PV-2024-26017890-APN-DCYC#MS, de fecha 12 de marzo de 2024, por cuyo conducto la DIRECCIÓN DE COMPRAS y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD solicita la intervención de este Órgano Rector a efectos de que: “...se sirvan expedir respecto del alcance y la procedencia de la aplicación de penalidades a la firma WIENNER LAB, y de la devolución, por parte de la citada empresa, del monto abonado por la parte no cumplida de dicha orden de compra.”.

-II-

OBJETO DE CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión respecto del alcance y procedencia de la aplicación de penalidades a la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C., y sobre la devolución, por parte de la citada, del monto abonado por la parte no cumplida de la Orden de Compra N° 8/2022, en el marco de la Contratación Directa Por Compulsa Abreviada por Emergencia COVID-19 N° 1/2022 - Proceso de Compra N° 80-0004-CDI22.

-III-

ACLARACIONES PREVIAS

En forma liminar, ha de recordarse que este organismo no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nros.558/10, 611/10, 9/16, IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APNONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APNONC#JGM, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, IF-2021-53459233-APN-ONC#JGM, IF-2021-65214312-APN-ONC#JGM, IF-2021-90727398-APN-ONC#JGM, IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM, IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM, IF-2022-62700184-APN-DNCBYS#JGM e IF-2022-102024300-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-00800401-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-12580846-APN-ONC#JGM, IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM e IF-2023-144382785-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

Por otra parte, es menester destacar que, si bien la Oficina Nacional de Contrataciones se encuentra facultada para asesorar y dictaminar en las cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan las diversas jurisdicciones y entidades a su consideración, muy distinto es el ejercicio de un control de legalidad “genérico” sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección y/o respecto de aquellas vicisitudes susceptibles de acontecer durante la ejecución contractual, todo lo cual excede el umbral de análisis del Órgano Rector. De lo contrario, estaría supliendo funciones propias de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico y/o de los organismos de contralor dotados de competencias específicas para dichos fines (v. IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM, IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM, IF-2022-102024300-APNDNCBYS#JGM, IF-2023-00800401-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-12580846-APN-ONC#JGM e IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM).

En consecuencia, la intervención de esta Oficina se circunscribirá al objeto de la consulta delimitado en el Acápite II, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector, tales como las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 896/12, 1006/12, 74/14, 453/14, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM e IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM, entre otros).

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

a) Contratación por emergencia COVID-19 N° 1/2022. Proceso N° 80-0004-CDI22. Orden de Compra N° 8/2022.

Tal como se desprende de los antecedentes reseñados en el Acápite I del presente, en el marco de las acciones de mitigación de la Pandemia Coronavirus COVID-19, el MINISTERIO DE SALUD llevó adelante la Contratación por emergencia COVID-19 N° 1/2022 --individualizada en el Sistema Electrónico de Contrataciones de la

Administración Pública Nacional “COMPR.AR” como Proceso N° 80-0004-CDI22--, con el fin de adquirir determinados insumos.

Luego, no es dato menor el encuadre legal dado a dicha contratación, el cual surge de la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° RESOL-2022-431-APN-MS, de fecha 18 de febrero de 2022, por la cual se resolvió : 1) Aprobar la Contratación por Emergencia COVID-19 N° 1/2022, encuadrada en los términos del artículo 3 de la Decisión Administrativa N° 409 del 18 de marzo de 2020 y el artículo 1° de la Disposición ONC N° 48 del 19 de marzo de 2020, llevada a cabo para la adquisición de insumos para la detección de COVID-19. (v. artículo 1°); 2) Aprobar el pliego de bases y condiciones particulares que como anexo PLIEG-2022-02838015-APN-DCYC#MS forma parte integrante de la citada medida. (v. artículo 2°) y 3) Adjudicar la Contratación por Emergencia COVID-19 N° 1/2022, entre otras, a favor de la firma WIENER LABORATORIOS S.A.I.C. (CUIT N° 30-52222821-0), el Renglón N° 2 por 720.000 unidades, por la suma total de PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES (\$ 396.000.000.-) (v. artículo 4°, orden 193 del EX-2022-02691546- -APN-DCYC#MS).

Es justamente en ese marco en que tuvieron lugar los antecedentes sintetizados en la Providencia N° PV-2024-26017890-APN-DCYC#MS y cuya interpretación por las diversas instancias intervinientes deja expuesta la siguiente disyuntiva: “...La DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES en su oportunidad estimó que, en caso de no hacer lugar a los argumentos esgrimidos por WIENER LAB, se debería intimar al proveedor a reintegrar la suma de PESOS CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 107.745.000.-), monto abonado por la cantidad de 195.900 unidades que no han sido repuestas a la unidad requirente (...) Ello, en virtud de considerar que la Orden de Compra 8-2022 ya se encuentra finalizada y, por lo tanto, no podría aplicarse la penalidad de rescisión y ejecución de la garantía de cumplimiento contractual.

En suma, recomendó remitir las actuaciones a vuestra OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para la eventual aplicación de sanciones que pudieran corresponder, de conformidad con los Artículos 29 inciso b) 107 del Anexo del Decreto N° 1030/2016.

En otra línea de ideas, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS, en el nombrado Dictamen (IF-2023-152702836-APN-DGAJ#MS), consideró que la orden de compra sólo podría considerarse “cumplimentada” cuando el adjudicatario haya entregado los bienes en la cantidad y forma solicitada, con los vencimientos solicitados en el tiempo y lugar solicitados y, como en el caso que nos ocupa, cumplimentada la carga impuesta al adjudicatario de recambio de los mismos si estos hubieren vencido sin ser utilizados.

Por tanto, concluye que el adjudicatario incumplió contractualmente la Orden de Compra 8-2022 correspondiéndole ante su incumplimiento las penalidades previstas en el artículo 29 del Decreto N° 1.023/2001 y el artículo 102 del RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL Decreto 1030/2016”.

b) Reseña y análisis de la normativa aplicable a la Contratación por emergencia COVID-19 N° 1/2022.

A nadie escapa que la Administración Pública Nacional, en materia de contratación de bienes y servicios, se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, reglamentado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

Ahora bien, como es sabido, mediante la Ley N° 27.541 (B.O. 23/12/19) se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Luego, con fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), declaró el brote del coronavirus como una pandemia, luego de que afectara a más de 110 países.

Con lo cual, frente a un brote epidemiológico mundial sin precedentes, se dictó oportunamente el Decreto N° DECNU-2020-260-APN-PTE, del 12 de marzo de 2020 (B.O. 12/03/20), por cuyo conducto se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en relación con la pandemia de coronavirus COVID-19.

La dinámica de la pandemia y su impacto sobre la vida y la salud de la población puso de relieve la necesidad de establecer procedimientos de adquisición de bienes y servicios en la emergencia que habilitasen herramientas tendientes a otorgar celeridad y eficacia, sin mengua de la transparencia.

Bajo tal directriz, con fecha 17 de marzo de 2020 se emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia N° DECNU-2020-287-APN-PTE (B.O. 18/03/20), por cuyo conducto se facultó al Jefe de Gabinete de Ministros a establecer los principios y pautas básicas tendientes a diseñar un procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada, con el objeto de que las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el artículo 8° incisos a) y b) de la Ley N° 24.156 pudiesen efectuar la contratación directa de bienes y servicios que fuesen necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

En concreto, por su artículo 3° se incorporó como artículo 15 ter al Decreto N° 260/20, el siguiente: “ARTÍCULO 15 TER: Durante el plazo que dure la emergencia, las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el artículo 8° incisos a) y b) de la Ley N° 24.156 estarán facultados para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o a sus regímenes de contrataciones específicos. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones y en el Boletín Oficial.

El Jefe de Gabinete de Ministros establecerá los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada.” (el subrayado no corresponde al original).

En razón de esto último, el PODER EJECUTIVO NACIONAL facultó al Jefe de Gabinete de Ministros a establecer los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada.

Luego, con sustento en dicha competencia se emitió la Decisión Administrativa N° DECAD-2020-409-APN-JGM, de fecha 18 de marzo de 2020 (B.O. 18/03/20), por la cual se aprobó --en un primer momento-- un procedimiento de contratación de bienes y servicios en el marco de la emergencia plasmada en el citado Decreto N° 260/20, habiéndose circunscripto su utilización exclusivamente a las contrataciones requeridas para hacer frente a la pandemia COVID-19.

En efecto, se limitó su utilización --exclusivamente-- a las contrataciones de bienes y servicios requeridos para atender la emergencia originada en la pandemia COVID-19, por parte de los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260, modificado por su similar N° 287/20 (v. artículos 2° y 3°).

En cuanto concierne a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, es menester señalar que en ejercicio

de las facultades conferidas por el artículo 9° de la Decisión Administrativa N° 409/20, emitió –en cuanto aquí interesa-- la Disposición N° DI-2020-48-APN-ONC#JGM, de fecha 19 de marzo de 2020, norma que complementa el Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia aprobado en la Decisión Administrativa N° DECAD-2020-409-APN-JGM.

Así, por conducto de la Disposición N° 48/20 (B.O. 20/03/20) se aprobó oportunamente el procedimiento complementario al establecido en la referida Decisión Administrativa N° DECAD-2020-409-APN-JGM, para las contrataciones de bienes y servicios en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria ampliada por el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, en virtud de la pandemia COVID 19.

En dicha norma se detallaron los pasos a seguir en la implementación práctica del nuevo procedimiento de selección para la contratación de bienes y servicios en el marco de la emergencia, a fin de facilitar la gestión por parte del personal de las Unidades Operativas de Contrataciones y de todos los actores involucrados en la tramitación de dichos procesos.

Luego, la mencionada Disposición N° DI-2020-48-APN-ONC#JGM fue objeto de modificaciones ulteriores por sus similares Nros. DI-2020-53-APN-ONC#JGM, de fecha 8 de abril de 2020 (B.O. 11/04/20) y DI-2020-55-APN-ONC#JGM, del 22 de abril de 2020 (B.O. 23/04/20), respectivamente.

De tal suerte, en la Disposición ONC N° 48/20 y sus modificatorias se regularon las particularidades del cauce formal atinente a un tipo de procedimiento de selección específico para la contratación de bienes y servicios que fueren necesarios para atender la emergencia COVID-19, de aplicación facultativa para los organismos comprendidos en los incisos a) y b) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 –es decir, jurisdicciones y entidades de la Administración Nacional, central y descentralizada, incluyendo a su vez a las empresas y sociedades del Estado.

Como puede apreciarse, el establecimiento de un régimen alternativo de compras fue diseñado en la fase inicial del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, días después de la declaración de la emergencia sanitaria y del reconocimiento mundial del alcance y efectos de la pandemia.

El hecho de establecer un mecanismo adicional y alternativo --no excluyente-- para tramitar contrataciones COVID tuvo que ver con la imperiosa necesidad de equilibrar los principios de eficiencia para obtener los bienes y servicios en el momento oportuno y de esta forma cumplir con el interés público comprometido con los principios de transparencia y concurrencia.

Sin perjuicio de que la causal de emergencia contemplada en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 continuó en todo momento vigente, el Estado debió mejorar su capacidad de respuesta ante demandas no previstas, desde insumos para el personal de salud hasta alimentos para la población más vulnerable, razón por la cual el PODER EJECUTIVO NACIONAL habilitó la creación de un procedimiento excepcional ad-hoc, de vigencia limitada, con miras a dar respuestas en forma ágil a las necesidades de la ciudadanía, en un contexto de máxima incertidumbre.

Aclarado ello, interesa subrayar que la Disposición ONC N° 48/20 y sus modificatorias, prevén una compulsa de precios con características propias, exclusivamente diseñada para sortear las vicisitudes de la pandemia ocasionada por el coronavirus.

Tratase, en suma, de un procedimiento excepcional y específico para atender la emergencia COVID-19, al que no le resultan de aplicación las normas del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

De lo expuesto se desprende que, cuando una contratación ha sido encuadrada en el régimen del Decreto N° 260/20, modificado por su similar N° 287/20, no aplican las normas del Régimen General de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, ni el Decreto N° 1030/16, ni la Disposición ONC N° 65/16, sino que se debe regir por lo establecido en la Decisión Administrativa N° DECAD-2020-409-APN-JGM, de fecha 18 de marzo de 2020, complementada por la Disposición ONC N° DI-2020-48-APN-ONC#JGM, de fecha 19 de marzo de 2020 y sus modificatorias, donde se regula la implementación práctica del procedimiento de selección para la contratación de bienes y servicios en el marco de la emergencia COVID-19.

Finalmente, con respecto a la vigencia temporal del régimen de excepción previamente descripto, ha de mencionarse que: I) Por el artículo 1° del Decreto N° DECNU-2021-167-APN-PTE, de fecha 11 de marzo de 2021 (B.O. 11/3/21) se prorrogó su similar N° 260/20 hasta el día 31 de diciembre de 2021; II) Por el artículo 1° del Decreto N° DECNU-2021-867-APN-PTE, del 23 de diciembre de 2021 (B.O. 24/12/21), se resolvió prorrogar el Decreto N° 260/20, sus modificatorios y normas complementarias, hasta el día 31 de diciembre de 2022; III) Por el Decreto N° 863, del 29 de diciembre de 2022 (B.O. 30/12/22) se amplió hasta el 31 de diciembre de 2023 la emergencia pública en materia sanitaria declarada mediante la Ley N° 27.541 y extendida por el Decreto N° 260/20 y sus modificatorios.

c) Régimen de penalidades y sanciones a la luz de las normas que conforman el procedimiento aprobado por la Decisión Administrativa N° 409/20 y complementado por la Disposición ONC N° 48/20 y sus modificatorias.

Como ya ha sido puesto de resalto, el Procedimiento para la Pandemia Covid-19 previsto en la Disposición ONC N° 48/20 y sus modificatorias debe reputarse específico y de excepción, de ahí que el régimen de penalidades y sanciones, en los términos regulados en los Decretos Nros. 1023/01 y 1030/16 no resulta de aplicación.

Sin perjuicio de ello, en caso de verificarse un incumplimiento --total o parcial-- del contrato por causas atribuibles o imputables al proveedor, este Órgano Rector entiende que corresponderá al organismo rescindir total o parcialmente la orden de compra, con pérdida total o proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato, según corresponda.

Ahora bien, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, receptado en el cuerpo normativo vigente, dicha constatación atañe a los organismos contratantes (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2022-62700184-APN-DNCBYS#JGM e IF-2023-93245154-APN-DNCBYS#JGM, entre otros).

Ello así por cuanto la gestión de las contrataciones –en general– y la aplicación de las penalidades que pudieren corresponder por incumplimientos del proveedor, en particular, se halla en la esfera de competencias del organismo contratante, siendo su exclusiva responsabilidad arbitrar los medios conducentes a fines de verificar en cada caso la configuración o no de incumplimientos que pudieren haber acaecido, determinar si son o no imputables al proveedor y, eventualmente, adoptar las medidas que correspondan, en los términos previamente indicados.

Sin perjuicio de lo expuesto, a modo de colaboración se señala que: a) Esta Oficina se inclina por la interpretación sustentada por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD en su Dictamen N° IF-2023-152702836-APN-DGAJ#MS, de fecha 26 de diciembre de 2023, en cuanto a que la Orden de Compra N° 8/2022 no podría reputarse cumplimentada, en virtud de las razones expresadas por la referida asesoría letrada, conforme las estipulaciones del pliego y dado el estado de cosas puesto de relieve *ut supra*, con lo cual la rescisión parcial, por culpa del proveedor, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de

contrato por la parte no cumplida se presentan *prima facie* razonablemente procedentes; b) En cuanto a: “... *intimar al proveedor a reintegrar la suma de PESOS CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 107.745.000.-), monto abonado por la cantidad de 195.900 unidades que no han sido repuestas a la unidad requirente...*”, con sustento en la teoría del enriquecimiento sin causa –por aplicación analógica del artículo 1794 del CCyCN, tal como surge del Informe N° IF-2023-132367425-APN-DCYC#MS--, esta Oficina es de la opinión que el análisis, evaluación y decisión acerca de su procedencia o improcedencia es del resorte exclusivo del organismo de origen, en la medida en que exorbita el marco normativo que el Órgano Rector en materia de contrataciones de la Administración Pública está llamado a interpretar.

Por último, huelga decir que en el hipotético caso en que se proceda a instrumentar la referida rescisión parcial por culpa del proveedor de que se trata, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato, no resultarán de aplicación las exigencias del artículo 29, *in fine*, del Decreto Delegado N° 1023/01, reglamentado por el artículo 110 del Anexo al Decreto N° 1030/16, por cuanto el régimen sancionatorio *stricto sensu* fundado en dichas normas no rige para las contrataciones como la que aquí nos ocupa.

-V-

CONCLUSIONES

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

Saludo a usted atentamente.

PR

AL

DIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DEL MINISTERIO DE SALUD.

Lic. Luis Oscar RICARDO

S. _____/_____D.

