



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2016-05223628- -APN-DPAT#MDS – MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL – CONSULTA – DETERMINACIÓN DEL MONTO A AFECTAR DE LA GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN, FRENTE A RECHAZOS PARCIALES.

SEÑORA DIRECTORA:

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

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el orden 38, páginas 1-3, se encuentra vinculada la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2017-42-APN-SCYMI#MDS, de fecha 10 de febrero de 2017, a través de la cual se autorizó la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16, para la adquisición de artículos de cuidado personal, a fin de asistir a la población afectada por adversidades climáticas –v. artículo 1°–.

Asimismo, mediante el artículo 2° del citado acto se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares registrado bajo el número PLIEG-2016-05272779-APNDPAT#MDS, que como Anexo forma parte integrante de dicha medida (v. orden 8, páginas 1-8).

En el orden 152 obra el Acta de Apertura, de fecha 22 de marzo de 2017, pieza de la cual se desprende que para la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16 fueron confirmadas CINCO (5) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) Laboratorios ESME S.A.I.C. (CUIT N° 33-50428443-9) (\$ 3.449.600,00); 2) SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. (CUIT N° 30-71158542-3) (\$ 5.151.200,00); 3) VILENI S.R.L. (CUIT N° 30-70996192-2) (\$ 4.629.600,00); 4) Alfa DMS S.A. (CUIT N° 30-71076064-7) (\$ 7.337.500,00) y 5) LABORATORIOS IGALTEX S.R.L. (cuit n° 30-61680618-8) (\$ 5.919.900,00) (v. IF-2017-04171332-APN-DPAT#MDS).

En el orden 158, páginas 1-5, luce incorporado el Cuadro Comparativo de Ofertas (v. IF-2017-04171465-APN-DPAT#MDS).

En el orden 193, páginas 1-2, rola el informe técnico elaborado por la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE

TERRITORIAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (v. IF-2017-10325392-APN-SSAT#MDS).

En dicha intervención, fechada el 30 de mayo de 2017, la aludida instancia puso de relieve –en cuanto aquí interesa– lo siguiente: “...LABORATORIOS ESME S.A.I.C

RENGLON 1: Repelente de Insectos. La leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACION está pegada en el producto con una etiqueta autoadhesiva. No cumple con las Especificaciones del Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

RENGLON 3: Toallitas húmedas antibacterianas hipo alergénicas descartables para adultos. La leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACION está pegada en el producto con una etiqueta autoadhesiva. No cumple con las Especificaciones del Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

RENGLON 5: Gel hidro-alcohólico sanitizante para manos. La leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACION está pegada en el producto con una etiqueta autoadhesiva. No cumple con las Especificaciones del Pliego de Bases y Condiciones Particulares (...).

SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.

RENGLON 1: Repelente de Insectos. Cumple con las Especificaciones del Pliego de Bases y Condiciones Particulares (...).

RENGLON 5: Gel hidro-alcohólico sanitizante para manos. Cumple con las Especificaciones del Pliego de Bases y Condiciones Particulares...”.

En el orden 197, páginas 1-2, se incorporó un informe técnico complementario producido por la mencionada SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL con fecha 6 de junio de 2017 (v. IF-2017-11059622-APN-SSAT#MDS).

En el orden 205, páginas 1-4, obra el Dictamen de Evaluación de Ofertas, de fecha 28 de junio de 2017, a través del cual la Comisión Evaluadora recomendó: 1) Desestimar la propuesta de la firma VILENI S.R.L. para los Renglones Nros. 1 y 5 por “...no poseer la leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACIÓN, incumpliendo con las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones, según Informe Técnico del Área requirente” y por: “...exceder ampliamente el Margen de Tolerancia sobre el Valor de Referencia establecido en la Resolución SIGEN N° 122/2016”; 2) Desestimar la oferta de la sociedad comercial Laboratorios ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5 en virtud de que: “La leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACIÓN está pegada en el producto con una etiqueta autoadhesiva, incumpliendo las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones, según Informe Técnico del Área requirente.”; 3) Desestimar la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para el Renglón N° 4 en tanto “...No cumple con el empaque solicitado en las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones, según Informe Técnico del Área requirente...” y para los Renglones Nros. 6, 8 y 9 “...Por no presentar el Certificado de Calidad obligatorio emitido por el INTI, incumpliendo el punto 14 de las cláusulas particulares del Pliego de Bases y Condiciones y el artículo 66 inciso d) del Anexo al Decreto N° 1030/2016, según Informe Técnico del Área requirente...”; 4) Desestimar la propuesta de Alfa DMS S.A. para el Renglón N° 4 “...Por exceder el margen de tolerancia sobre el Precio Testigo establecido en la Resolución SIGEN N° 122/2016, según Informe del Área requirente IF-2017-12249161-APN-SSAT#MDS” y para los Renglones Nros. 6, 7, 8 y 9 “Por no cumplir con las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones, ya que del Informe de Ensayos del INTI surge que no posee Transfer layer, según Informe Técnico del Área requirente.”; 5) Adjudicar los Renglones Nros. 1 y 5 a la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A., el Renglón N° 2 a la firma ALFA DMS S.A. y los Renglones Nros. 6, 7, 8 y 9 a la firma LABORATORIOS IGALTEX S.R.L.

En el orden 207, páginas 1-5, se encuentra digitalizada como RE-2017-13333776-APN-DCYC#MDS una copia de la garantía de impugnación al dictamen de evaluación, presentada por la firma LABORATORIOS

ESME S.A.I.C. A saber: Póliza de Seguro de Caución N° 246.316, extendida por la firma PRUDENCIA CIA. ARG. DE SEGUROS GENERALES S.A. (asegurador) en favor del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (asegurado), por el pago de hasta la suma de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-).

En el orden 215, páginas 1-32, luce digitalizada la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas interpuesta por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. con fecha 3 de julio de 2017, respecto de los Renglones Nros. 1, 3 y 5 (v. IF-2017-13408364-APN-DCYC#MDS).

De la referida pieza se desprende, en lo medular, lo siguiente: “...*procedemos a impugnar el dictamen de evaluación de ofertas en los renglones 1, 3 y 5 (...) nuestras muestras se encuentran rotuladas con tinta indeleble y en forma bien legible como lo solicita el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. La leyenda está adherida al envase de muestra así como las etiquetas que rotulan nuestro envase y como los envases indicados en las fotos anexadas por los demás oferentes también se encuentran adheridas...*”.

En otro orden de cosas, la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. adujo que las propuestas de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5 no cumplían con lo requerido en el pliego de bases y condiciones particulares, toda vez que los productos cotizados no poseían los componentes requeridos.

En el orden 225 tomó nuevamente intervención la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL mediante Informe N° IF-2017-16478537-APN-SSAT#MDS, de fecha 7 de agosto de 2017, por cuyo conducto ratificó el informe técnico obrante en el orden 193 respecto a las propuestas presentadas por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5, conforme los argumentos que a continuación se transcriben: “...*según las muestras la leyenda PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACION se encuentra pegada con cinta adhesiva, la cual se despega fácilmente, por lo cual no cumple con las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. En las Especificaciones Técnicas, dice claramente que ‘El envase deberá tener impreso en forma bien legible y con tinta indeleble la leyenda: PROHIBIDA SU VENTA/COMERCIALIZACION’.* Cabe aclarar que al estar pegada esa leyenda con una cinta autoadhesiva la misma se puede extraer y de esta forma comercializar el producto, motivo por el cual se solicita que esté impresa en el envase.

Asimismo se informa que en los envases de las otras ofertas la leyenda mencionada se encuentra impresa y no adheridas como alega la firma ESME S.A.I.C.

Se aclara que hay que diferenciar la foto del producto agregada al expediente electrónico, de la muestra del producto. La opinión técnica se realiza sobre la muestra del producto...”.

Por otra parte, la unidad requirente señaló: “...*Respecto a la desestimación del producto ofertado por la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para el Renglón 1, Repelente de Insectos Marca Stop Vais elaborado por Algabo S.A, se rectifica lo expresado en el Informe Técnico, ya que se observó que no posee extracto de Aloe Barbadensis.*

En relación a la desestimación del producto ofertado por la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para el Renglón 5, Gel Hidro-alcohólico Marca MF elaborado por la empresa Fradealco S.A, se rectifica lo expresado en el Informe Técnico, ya que se observó que no posee Triclosan..” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 229, páginas 1-3, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° IF-2017-17964534-APN-DAL#MDS, de fecha 24 de agosto de 2017, oportunidad en la cual el servicio permanente de asesoramiento jurídico de ese organismo consideró formalmente procedente la impugnación efectuada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. y, en cuanto al fondo, concluyó: “...*éste órgano de asesoramiento jurídico entiende que corresponde rechazar la impugnación efectuada por la firma*

LABORATORIOS ESME S.A.I.C. de fecha 03 Julio de 2017, correspondiente a la LICITACION PUBLICA N° 76/2016 respecto de sus ofertas para los renglones 1, 3 y 5.

Por otra parte, y según la opinión técnica respectiva, corresponde desestimar las ofertas de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para renglones 1 y 5 y declarar fracasados los mismos...”

En el orden 245, páginas 1-4, se encuentra vinculada la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS, de fecha 3 de octubre de 2017, a través de la cual se procedió a: 1) Aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 76/16; 2) Rechazar la impugnación al Dictamen de Evaluación efectuada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., 3) Desestimar las propuestas de la firma VILENI S.R.L. para los Renglones Nros. 1 y 5; de LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5; de SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1, 4, 5, 6, 8 y 9 y de ALFA DMS S.A. para los Renglones Nros. 4, 6, 7, 8 y 9; 4) Declarar fracasados los Renglones Nros. 1, 3, 4 y 5 y 5) Adjudicar el Renglón N° 2 a la firma ALFA DMS S.A. y los Renglones Nros. 6, 7, 8 y 9 a la firma LABORATORIOS IGALTEX S.R.L., por la suma total general de PESOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS (\$7.262.900,00.-).

En el orden 274, páginas 1-2, obra la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y MONITOREO INSTITUCIONAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° RESOL-2017-1472-APN-SCYMI#MDS, de fecha 15 de diciembre de 2017, mediante la cual se afectó el monto de la garantía de impugnación presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., equivalente a la suma PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-), ordenándose proceder conforme el orden de afectación establecido en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

En los órdenes 360-361 obran las constancias de notificación de la Resolución ex SCyMI 1472/17 al proveedor LABORATORIOS ESME S.A.I.C. con fecha 18 de octubre de 2018 (v. IF-2018-52870808-APN-DCYC#MSYDS y IF-2018-55584666-APN-DCYC#MSYDS).

En el orden 362, páginas 1-8, se advierte digitalizado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa LABORATORIOS ESME S.A.I.C. contra la Resolución ex SCyMI 1472/17 (IF-2018-55586917-APN-DCYC#MSYDS).

En dicha presentación –con sello de ingreso del 31 de octubre de 2018–, la recurrente puso de resalto, en lo sustancial, lo siguiente: “...producto de la impugnación realizada por LABORATORIOS ESME S.A.I.C. se desestimó lo ofertado por la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. (oferta 2) para los renglones 1 y 5 (...) En consecuencia, se rectificó lo expresado en el Informe Técnico, y declaró fracasados dichos renglones...”.

En esa línea argumental añadió: “...esta Secretaría con fecha 15/12/2017 afectó la totalidad del monto de la garantía de impugnación presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. (...) afectó la garantía de impugnación respecto de los renglones 1, 3 y 5, por la suma de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488).

b) Ahora bien, esta Secretaría no consideró que la garantía de impugnación por los renglones 1 y 5 no debía ser afectada. Esto así, considerando que, como consecuencia de la impugnación de fecha 03/07/2017 realizada por LABORATORIOS ESME S.A.I.C. (oferta 1) respecto de los renglones 1, 3 y 5, se terminaron rectificando los renglones 1 y 5 respecto de lo ofertado por la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. (oferta 2). Es decir, la impugnación respecto de los renglones 1 y 5 prosperó y en consecuencia la garantía de impugnación de los renglones pertinentes no debió ser afectada.

c) Es decir, se afectó la garantía de impugnación de la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. (oferta 1) por el total de los renglones 1, 3 y 5; cuando debiera haberse afectado la garantía únicamente respecto del

renglón 3. Esto así toda vez que(...) los renglones 1 y 5 fueron rectificadas como consecuencia de la impugnación (...)

d) En virtud de las consideraciones expuestas, esta Secretaría debiera revocar por contrario imperio la afectación de las garantías correspondientes a los renglones 1 y 5 por un monto total de PESOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS (\$ 81.972)...” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 367, páginas 1-5, se encuentra anexado el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° IF2018-63616491-APN-DGAJMDS#MSYDS, de fecha 6 de diciembre de 2018, en cuyo marco opinó lo siguiente: “...En el caso en análisis, la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. impugna el Dictamen de Evaluación de ofertas para los renglones 1, 3 y 5. En cuanto al renglón 1, impugna la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. (...).

En relación con el renglón 3, impugna la desestimación de su oferta (...).

Finalmente, respecto al renglón 5, impugna la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A (...).

En atención a que los argumentos de la impugnación de la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. no versan sobre cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, sino que refieren a varios renglones específicos, la garantía de impugnación será el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta de los renglones 1 y 5 en cuyo favor se aconsejó adjudicar más el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta para el renglón 3 de la impugnante, toda vez que para este último no se aconsejó adjudicar ninguna oferta.

En consecuencia, siendo que el Dictamen de Evaluación de Ofertas aconsejó adjudicar los renglones 1 y 5 a la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. por la suma total por renglón de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS NOVENTA MIL (\$1.590.000.-) y de PESOS UN MILLÓN CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS (\$1.117.200.-), respectivamente, y la oferta de la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para el renglón 3 fue por la suma total de PESOS SETECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS (\$717.200.-), el monto de la garantía de impugnación debió ser por la suma de PESOS CIENTO DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS (\$102.732.-)...”.

A renglón seguido, la citada asesoría letrada concluyó: “...la Resolución ex SCyMI N° 1362/17, mediante la cual se resolvió la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas interpuesta por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., rechazó su planteo en cuanto a la desestimación de su oferta para los renglones 1, 3 y 5 e hizo lugar en cuanto al planteo de la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los renglones 1 y 5.

Así, resta determinar cuál es el monto que correspondería afectar de dicha garantía, teniendo en cuenta que la desestimación de la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas resultó ser parcial y, a su vez, para los renglones 1 y 5 hubo planteos que se receptaron y otros que se rechazaron.

Toda vez que de las normas transcriptas supra no surge en forma clara cuál es el monto que se debería afectar de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas en el caso en estudio, habida cuenta de que la impugnación en cuestión fue rechazada parcialmente ya que algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente, este órgano de asesoramiento jurídico considera pertinente que se remitan las presentes actuaciones a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...” (el subrayado no corresponde al original).

Finalmente, en el orden 372, páginas 1-2, se encuentra incorporado el Informe de la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° IF-2019-03676309-APN-DCYC#MSYDS, de fecha 21 de enero de 2019, mediante el cual se someten los presentes actuados a consideración de este Órgano Rector, “..a efectos de solicitarle, a modo de

colaboración, su asesoramiento respecto al monto que correspondería afectar de dicha garantía, teniendo en cuenta que la desestimación de la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas resultó ser parcial y, a su vez, para los renglones 1 y 5 hubo planteos que se receptaron y otros que se rechazaron...”.

-II-

OBJETO

Ingresan los presentes actuados a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que emita opinión en torno al monto que correspondería afectar de la garantía de impugnación presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., en el marco de la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16.

Ello así, teniendo en cuenta que mediante la Resolución ex SCyMI N° RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS la impugnación de que se trata fue parcialmente desestimada, mientras que, por otra parte, hubo planteos que fueron acogidos favorablemente por la autoridad competente, con lo cual resta determinar cuál es el monto que correspondería afectar de dicha garantía.

-III-

ÁMBITO DE APLICACIÓN

En forma previa a efectuar un examen del caso planteado, corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así y de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, cabe indicar que el actual MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL –en tanto sucesor del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL– es una jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central, razón por la cual se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto (v. Decretos Nros. 801/18 y 802/18).

En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, corresponde afirmar que el Régimen General de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme surge de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trató de la adquisición de artículos de cuidado personal a fin de asistir a la población afectada por adversidades climáticas y, asimismo, que no existen constancias que permitan inferir que estamos frente a algún supuesto de excepción, puede concluirse que es un contrato comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Pues bien, respecto de la reglamentación que rige el procedimiento que nos ocupa, en la medida en que la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16 fue autorizada por la Resolución ex SCyMI N° RESOL-2017-42-APN-SCYMI#MDS, de fecha 10 de febrero de 2017, resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, el Manual de Procedimiento para la Incorporación y Actualización de datos en el SIPRO aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 64/16 y la Disposición ONC N° 65/16, siendo esta última la norma por cuyo intermedio se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado “COMPR.AR”, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

a) Aclaraciones previas. Alcances de la presente intervención.

A título introductorio, es del caso recordar que, en virtud del principio de centralización normativa y descentralización de la gestión operativa –receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01– se ha sostenido invariablemente que esta Oficina Nacional no posee facultades para decidir sobre la procedencia de las impugnaciones y/o recursos presentados en el marco de un procedimiento de selección, por cuanto dicha decisión es exclusiva del organismo licitante (v. Dictámenes ONC Nros. 565/10, 589/10, 602/1, 614/10, 639/10, 92/14, 94/14, 486/14, 187/15 y 32/16, IF-2017-06755277-APN-ONC#MM, entre otros).

Sabido es, también, que esta Oficina Nacional no posee entre sus atribuciones funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16 e IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, entre muchos otros.

Por consiguiente, la opinión que ha de brindarse se circunscribirá al objeto de consulta delimitado en el Acápito II, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector.

En esa inteligencia, tanto las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento.

b) Regulación de la garantía de impugnación al dictamen de evaluación en la normativa vigente. Análisis de la situación que se presenta en el marco de la Licitación Pública N° 95-0076-LPU16, como resultante de la impugnación interpuesta por la sociedad comercial LABORATORIOS ESME S.A.I.C.

Para una mejor elucidación de la cuestión traída a estudio, deviene útil realizar una breve reseña de la normativa que resulta de aplicación al caso bajo examen.

Así, en primer lugar, debe mencionarse el artículo 73 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, el cual establece: *“IMPUGNACIONES AL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los TRES (3) días de su comunicación, quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los TRES (3) días de su difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones, en ambos casos, previa integración de la garantía regulada en el artículo 78, inciso d) del presente reglamento.”* (el subrayado no corresponde al original).

Más precisamente, el mencionado artículo 78 del cuerpo reglamentario objeto de análisis estipula, en cuanto aquí interesa: *“...CLASES DE GARANTÍAS. Los oferentes o los cocontratantes deberán constituir garantías: (...) d) De impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas: TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato.”*.

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, el artículo 31 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 63/16 prescribe: *“IMPUGNACIONES AL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los TRES (3) días de su comunicación, quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los TRES (3) días de su difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones, en ambos casos, previa integración de la garantía de impugnación.”*.

Asimismo, el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aclara lo siguiente: “...La garantía de impugnación se constituirá de la siguiente forma:

a) De impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas: TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato.

Si el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación se calculará sobre la base del monto de la oferta del renglón o renglones del impugnante.

Si el impugnante fuera alguien que no reviste la calidad de oferente en ese procedimiento o para el renglón o los renglones en discusión y el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación será equivalente al monto fijo que se estipule en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.

Cuando lo que se impugnare no fuere uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación será equivalente al monto fijo que se estipule en el pliego de bases y condiciones particulares.

Cuando se impugne la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos y, además, cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación se calculará acumulando los importes que surjan de aplicar los criterios estipulados con anterioridad (...).

Las garantías de impugnación serán reintegradas al impugnante sólo en caso de que la impugnación sea resuelta favorablemente...” (el subrayado no corresponde al original).

Por su parte, el artículo 13 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 65/16 prevé lo siguiente cuando se trata de procedimientos sustanciados en forma electrónica: “IMPUGNACIONES AL DICTAMEN DE EVALUACIÓN. Se podrá impugnar el dictamen de evaluación dentro de los TRES (3) días de su difusión en el sitio <https://comprar.gob.ar> o en el que en un futuro lo reemplace, previa integración de la garantía regulada en el artículo 78 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016.

La documentación que acredite la constitución de la garantía de impugnación deberá presentarse ante la Unidad Operativa de Contrataciones en forma previa a formalizar la impugnación, dentro del plazo establecido al efecto en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares.”.

Finalmente, en cuanto a la devolución de esta clase de garantía, el artículo 43 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC N° 62/16 estipula que: “...La Unidad Operativa de Contrataciones, deberá notificar a los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes, dentro de los plazos fijados, para que retiren las garantías que se detallan a continuación: (...) d) Las garantías de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas o a la precalificación, dentro de los DIEZ (10) días de dictado el acto administrativo que haga lugar a la impugnación presentada. Si la impugnación fuera rechazada se afectará el monto de la garantía en el orden establecido en el artículo 104 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.” (el subrayado no corresponde al original).

A la luz de la normativa previamente reseñada y sin ánimo de reiterar la totalidad de antecedentes reseñados en el Acápite I del presente, resulta de singular relevancia destacar determinados extremos fácticos que se exponen a continuación:

I. La SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, en su carácter de unidad requirente, emitió un informe en el que concluyó que la oferta de la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5 no cumplía con las especificaciones técnicas del pliego de bases y condiciones Particulares. Asimismo, en dicho informe concluyó que las propuestas de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1

y 5, entre otros, cumplían con las especificaciones técnicas del pliego de bases y condiciones particulares.

II. El dictamen de evaluación recibió las conclusiones del informe técnico antes mencionado y, en consecuencia, recomendó desestimar la oferta de la sociedad comercial LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5 y, entre otras cosas, adjudicar los Renglones Nros. 1 y 5 a la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.

III. La firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. impugnó el dictamen de evaluación, respecto de los Renglones Nros. 1, 3 y 5. Cabe destacar que, en ocasión de impugnar el aludido dictamen, el proveedor en cuestión constituyó la correspondiente garantía mediante Póliza de Seguro de Caucción por la suma de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-).

IV. En cuanto al Renglón N° 1, LABORATORIOS ESME S.A.I.C. impugnó la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.; en relación con el Renglón N° 3, sólo impugnó la desestimación de su oferta y, por último, respecto del Renglón N° 5, impugnó la desestimación de su oferta y la recomendación de adjudicación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A.

V. Al tomar nuevamente intervención, la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL del ex MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL ratificó su anterior informe, en lo concerniente a la inadmisibilidad de la oferta presentada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones 1, 3 y 5. Sin embargo, en relación a la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5, la unidad requirente rectificó su postura, concluyendo en esta oportunidad que no cumplía con el pliego de bases y condiciones particulares, *“ya que se observó que no posee extracto de Aloe Barbadosis”*, para el Renglón N° 1, y para el Renglón N° 5 *“se observó que no posee Triclosan”*.

VI. Mediante la Resolución ex SCyMI N° RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS se rechazó la impugnación al Dictamen de Evaluación efectuada por la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C., pero a su vez, entre otros extremos, se desestimó la oferta de la sociedad SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1, 4, 5, 6, 8 y 9, con lo cual los Renglones Nros. 1 y 5 fueron declarados fracasados.

VII. Por conducto de la Resolución N° RESOL-2017-1472-APN-SCYMI#MDS se afectó el monto de la garantía de impugnación por la suma total de PESOS CIENTO TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$ 103.488,00.-), ordenándose proceder conforme el orden de afectación establecido en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

De lo hasta aquí expuesto emerge con meridiana claridad que, tal como lo indicaran las instancias preopinantes, los argumentos de la impugnación que aquí se ventila no versaron sobre cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, sino que refirieron a varios renglones específicos (Nros. 1, 3 y 5), con lo cual la garantía de impugnación debía cubrir el TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta de SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5 en cuyo favor se aconsejó adjudicar, más el TRES POR CIENTO (3%) de la oferta para el Renglón 3 de la impugnante, toda vez que para este último no se aconsejó adjudicar ninguna oferta.

De otra parte, tampoco parece dudoso afirmar que, más allá de la redacción literal del artículo 2° de la RESOL-2017-1362-APN-SCYMI#MDS (que podría llevar a pensar que se trató de un rechazo total de la impugnación), cierto es que el organismo de origen desestimó sólo en forma parcial la impugnación, por cuanto si bien rechazó el planteo vinculado con la desestimación de la oferta de LABORATORIOS ESME S.A.I.C. para los Renglones Nros. 1, 3 y 5, no es posible soslayar que simultáneamente hizo parcialmente lugar a la impugnación de la oferta de la firma SERVICIOS PARA LA HIGIENE S.A. para los Renglones Nros. 1 y 5.

De ahí que, en ocasión de recurrir la Resolución N° RESOL-2017-1472-APN-SCYMI#MDS (por la cual se afectó, como se dijo, la garantía de impugnación por la suma total de \$103.488,00), la sociedad comercial

LABORATORIOS ESME S.A.I.C. adujo en su defensa que, en atención a que la impugnación respecto de los Renglones Nros. 1 y 5 fue acogida favorablemente o, si se quiere, en alguna medida prosperó su planteo (aunque más no fuere parcialmente), la garantía de impugnación relativa a los mismos no debió ser afectada.

Frente al escenario descripto, el motivo de consulta se relaciona precisamente con cuál sería el monto que corresponde afectar de dicha garantía, teniendo en cuenta que la desestimación de la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas resultó ser parcial y, a su vez, para los Renglones Nros. 1 y 5 hubo planteos que se receptaron y otros que se rechazaron.

Pues bien, no escapa a este Órgano Rector que mientras el artículo 32, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece –sin mayores precisiones– que las garantías de impugnación serán reintegradas al impugnante **sólo en caso de que la impugnación sea resuelta favorablemente**, el inciso d) del artículo 43 del Manual de Procedimiento se limita a aclarar que, si la impugnación fuera rechazada se afectará el monto de la garantía en el orden establecido en el artículo 104 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Es decir que, en primer lugar, se afectarán las facturas al cobro emergente del contrato o de otros contratos de la jurisdicción o entidad contratante; de no existir facturas al cobro, el proveedor quedará obligado a depositar el importe pertinente en la cuenta del organismo dentro de los DIEZ (10) días de notificado de la aplicación de la penalidad y, eventualmente, en caso de no efectuarse el depósito, se afectará a la correspondiente garantía.

Con lo cual, asiste razón a la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL al señalar en su Dictamen N° IF-2018-63616491-APN-DGAJMDS#MSYDS que de las normas transcriptas *supra* no surge en forma clara cuál es el monto que se debería afectar de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas en el caso en estudio, “...habida cuenta de que la impugnación en cuestión fue rechazada parcialmente ya que algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente...”.

Siendo ello así, ha de recordarse que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, no resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera una interpretación razonable y sistemática, ni es aceptable ajustarse estrictamente a una singular pauta gramatical en desmedro de la racionalidad de la norma (Fallos: 291:181; 293:528; 327:5649; 330:2892; 338:1156).

Es que, como tiene dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: “...la interpretación de una norma, como operación lógica jurídica, consiste en verificar su sentido, de modo que se le dé pleno efecto a la intención del legislador, computando los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos: 323:1374; en sentido análogo Fallos: 301:460 y 311:193, entre muchos otros). Esta pauta hermenéutica, por otra parte, ha sido recogida en la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (Dictámenes PTN 235:549, 242:626, entre otros).

Bajo dicho prisma, no está de más traer a colación el principio de razonabilidad, de raigambre constitucional y expresamente previsto en el artículo 3º, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Sobre el particular, autorizada doctrina tiene dicho que: “La garantía de razonabilidad que deriva del Artículo 28 de la Constitución Nacional debe irradiar su fuerza expansiva a todos los actos estatales; incluso a los contratos que instrumentan las licitaciones” (COMADIRA, Julio R. *Algunos Aspectos de la Licitación Pública en Contratos Administrativos*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010. Pág. 387).

En efecto, el principio de razonabilidad implica –ante todo– la obligación de aplicar e interpretar las normas en forma sensata y reflexiva en cada caso concreto. De allí que cualquier interpretación formalista de la ley esté, casi inexorablemente, condenada al fracaso (Cfr. REJTMAN FARAH, Mario. *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Págs. 43 y

44).

En sentido concordante, LINARES QUINTANA supo explicar que: “...lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común...” (LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 559.).

Va de suyo que la noción y sentido de este principio radica en el deber de la Administración de cumplir con la ley y aplicarla considerando las singularidades de cada caso de modo consustancial con la realidad objetiva que pretende regular. Por ello, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho, 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).

Justamente, al referirse a los fines perseguidos por el orden jurídico vigente al prever la garantía de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas, esta Oficina tuvo oportunidad de sostener que: “...la garantía de impugnación tiende a disuadir presentaciones carentes de fundamentación, desalentar conductas abusivas que persiguen como única finalidad el aplazamiento de la finalización de un procedimiento de selección y en consecuencia de ello se pretende evitar un menoscabo al interés público comprometido en la contratación que se intenta (...).

Es por ello, que en todos los supuestos en los que el oferente y/o interesado decida ejercer la facultad de impugnar el Dictamen de Evaluación deberá presentar, sin excepción, la correspondiente garantía.

(...) la práctica administrativa de los últimos años da cuenta de que la mentada garantía se presenta como una herramienta razonablemente idónea en pos de desalentar planteos infundados, meramente dilatorios o esencialmente enderezados a entorpecer el procedimiento de selección de que se trate, en detrimento del fin público comprometido, cuya satisfacción en tiempo y forma interesa a la comunidad toda...” (v. Dictamen ONC N° IF-2017-22702545-APN-ONC#MM).

Habiendo llegado a este punto debe decirse que, a criterio de esta Oficina, deberá estarse al criterio vertido en la Nota N° NO-2018-23710885-APN-ONC#MM, del 18 de mayo de 2018, oportunidad en la cual este Órgano Rector estimó de aplicación el criterio que seguidamente se transcribe: “...existe la posibilidad de resolver una impugnación haciendo lugar parcialmente a la misma, por cuanto en dicha presentación será posible que los interesados realicen planteos diversos que en consecuencia podrán dar lugar a soluciones jurídicas también diversas. Ahora bien, en cuanto a la devolución parcial de las garantías, por las dificultades que puede implicar el cálculo del monto que correspondería devolver o bien por la problemática que puede traer aparejada la ejecución parcial de cierto tipo de garantías, y considerando que la normativa nada aclara al respecto y que en caso de duda corresponde estar a favor del administrado, se entiende que en aquéllos casos en que se hiciera lugar a la impugnación -aunque sea en parte- corresponderá la devolución íntegra de la correspondiente garantía de impugnación.”.

Desde esa atalaya, en el caso concreto sometido a consideración se encuentra claramente establecido cual es el porcentaje del monto de la garantía que se corresponde con cada renglón impugnado. Por tal razón, se encuentra fuera discusión que la suma correspondiente al TRES POR CIENTO (3%) de la oferta para el Renglón 3 de la impugnante debe ser afectado, con sujeción al orden estipulado en el artículo 104 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 (por cuanto a su respecto la impugnación fue totalmente rechazada).

Por el contrario, en cuanto concierne a las sumas correspondientes a las impugnaciones de los Renglones Nros. 1 y 5, visto y considerando que se ha hecho parcialmente lugar a las mismas sin que resulte factible calcular el monto que no correspondería afectar por ello, esta Oficina es de la opinión que dichas sumas no deberían ser objeto de afectación alguna, por aplicación del principio de razonabilidad y en consonancia con el criterio establecido en la Nota N° NO-2018-23710885-APN-ONC#MM.

Máxime en un caso como el que nos ocupa, en la medida en que no se advierte que la firma LABORATORIOS ESME S.A.I.C. haya utilizado abusivamente el mecanismo de la impugnación como un mero instrumento tendiente a entorpecer el procedimiento y/o dilatarlo, sino que, por el contrario, algunos de sus planteos fueron resueltos favorablemente, afianzando de tal modo la condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público que revisten los proveedores del Estado.

-V-

CONCLUSIONES

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

Saludo a usted atentamente.

A LA

DIRECTORA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DEL MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL

Dra. Cecilia Beatriz ROSSOTTI.

S. _____ / _____ D.