



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2017 - Año de las Energías Renovables

**Dictamen Jurídico**

**Número:**

**Referencia:** EX-2016-05281204-APN-DCTA#PTN (Exdte: 1-2002-21462/16-2 s/lic. Pública 4/15) Qunita

---

SEÑOR MINISTRO DE SALUD:

Regresan a consideración de esta Procuración del Tesoro de la Nación las presentes actuaciones, relacionadas con la Licitación Pública N.º 4/15 por la cual tramitó la adquisición de ciento cuarenta mil kits para recién nacidos en el marco del *Programa Nacional de Acompañamiento de la Madre y del Recién Nacido "Qunita - Un comienzo de vida equitativo"* entonces vigente en el ámbito de la ex Subsecretaría de Medicina Comunitaria, Maternidad e Infancia, de la ex Secretaría de Salud Comunitaria de ese Ministerio.

Habiéndose expedido la Oficina Nacional de Contrataciones (IF-2017-05245541-APN-ONC#MM), tal como fuera solicitado como medida previa, se solicita de esta Casa una opinión sobre el criterio vertido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud plasmado al IF-2017-03171046-APN-DLA#MS e IF-2016-05081804-APN-DAL#MS, referido a: (i) el destino de los kits recibidos y no distribuidos; así como con respecto de los reclamos de pago que presentan los proveedores; y (ii) evaluar si el acto administrativo que aprobó el procedimiento de selección y la adjudicación, esto es la Decisión Administrativa N.º 300/15 (B.O. 9-6-15), así como los actos que de ellos derivaron pueden ser revocados de oficio en sede administrativa.

- I -

ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN

1. Por la Decisión Administrativa N.º 300/15 se aprobó la citada Licitación Pública y se adjudicó por un total de \$ 1.097.259.250 (mil noventa y siete millones doscientos cincuenta y nueve mil doscientos cincuenta pesos) a favor de las firmas y por las cantidades que se detallan en dicha Decisión.

El acto fue notificado a las empresas adjudicatarias, se emitieron las respectivas órdenes de compra y los proveedores comenzaron a entregar los kits, que fueron recepcionados por ese Ministerio y parcialmente distribuidos conforme a lo fijado en el Programa respectivo.

2. La tramitación de dicha licitación pública, dio origen a la causa penal caratulada N.N. Y OTRO S/ AVERIGUACIÓN DELITO: DENUNCIANTE OCAÑA, María Graciela, en trámite en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 11, Secretaría N.º 22.

En la referida causa fueron procesados el entonces Jefe de Gabinete de Ministros y ex funcionarios del Ministerio de Salud y de otras jurisdicciones y responsables de las empresas adjudicatarias, por los delitos, según el caso, de fraude en perjuicio de la Administración Pública, abuso de autoridad y/o violación de los deberes de funcionario público.

2.1. En orden 27 se encuentra agregado como informe gráfico IF-2017-03261291-APN-DAL#MS, el Expediente N.º 2002-21462-16.2 del Ministerio de Salud, en el que obra una copia del auto de mérito dictado en la causa penal aludida, que dio lugar al procesamiento. Allí, el juez interviniente tuvo por acreditadas diversas irregularidades que con detalle han sido señaladas por la Oficina Nacional de Contrataciones en su informe y que merecen destacarse a continuación:

a) ... el Dr. Daniel GOLLAN como Ministro de Salud y el Dr. Aníbal FERNANDEZ, como Jefe de Gabinete de Ministros firmaron la Decisión Administrativa N° 300 por la que aprobaron en el mejor de los casos con sobrepuestos de alrededor de un 15 por ciento, la licitación en favor de: Delta Obras y Proyectos SA., por 3.900 kits a \$ 7.690 cada uno, y un total de \$ 29.760.500, Compañía Comercial Narciso SRL, por 3.850 kits a \$ 7.800 cada uno y un total de \$ 29.991.000, Grupo Diela SRL. por 5.100 kits a \$ 7.800 cada uno y un total de \$ 39.780.000, Dromotech SA. por 6.400 kits a \$ 7.810 cada uno y un total de \$ 49.984.000, Fibromad SA. por 5.750 kits a \$ 7.825 cada uno y un total de \$ 44.993.750 y Fasano SRL. por 115.000 kits a \$ 7.850 cada uno y un total \$ 902.750.000 y se desestiman las ofertas de Modelex SA., Enrique Trucco e Hijos SA. y Gradios SA., disponiéndose la afectación al efecto de una partida de \$ 1.097.259.250, 00 (v. orden 27, pág. 41).

b) ... la ilicitud de la licitación resultó acreditada en base a las dos cuestiones meritadas: el renglón único y los precios excesivos (v. orden 27, pág. 76).

c) Esta licitación fue desde antes de su inicio formal y hasta su fin, pensada y direccionada para que las seis empresas ganadoras resultaran adjudicadas, empresas que en la mayoría de los casos tenían objetos sociales de actividades sin vinculación con los elementos licitados (inmobiliarias, constructoras, gráficas, artículos de computación) muy poca o nula experiencia en la fabricación o comercialización de los elementos ofrecidos, y movimientos comerciales irrelevantes en relación a los montos ofertados (...) fue diseñada una licitación de un renglón único para la adquisición de un kit completo, que contenía numerosos componentes de rubros variados imposibilitando una oferta amplia y transparente (v. orden 27, pág. 27).

d) ... promovía la adquisición de numerosos bienes en un renglón único, pese a las previsiones en contrario establecidas en los arts. 46 y 47 del Anexo al Decreto N° 893/2012 -B.O. 14-6-12- (v. orden 27, pág. 43).

e) Un solo renglón, para 150.000 unidades de kits que contienen cuarenta y cuatro elementos incluidos dentro de cuánto menos siete rubros del catálogo, viola las disposiciones claras y concretas a las que KREPLAK, GOLLAN y MANZUR debían someterse (v. orden 27, pág. 120).

f) Se generó de este modo (...) un pliego que simulaba la libre competencia de interesados pero que en la realidad, de manera encubierta -o no tanto- limitaba la oferta a unos pocos favorecidos que podían por medios espurios reunir todos los artículos previstos en la licitación, en los cortos plazos establecidos (...) Esto comienza a poner en evidencia la verdadera intención de los funcionarios cual fue la de restringir la participación en la licitación a unos pocos proveedores -los ganadores- capaces de lograr el suministro de tamaña cantidad de ítems de los más variados rubros en tiempos record, compra que solo requería de una inversión inicial ya que luego se iría financiando ante cada entrega de las seis previstas en forma sucesiva, y que contenía elementos de rubros que no solo no guardaban relación con las actividades de las empresas finalmente ganadoras, sino que exigían necesariamente la tercerización de su producción, generando mayores costos para el Estado con su consecuente desmedro económico, ya que en ningún caso un solo proveedor habitual de mercado se encontraba en condiciones de abastecer semejante

número de bienes tan disímiles. Va de suyo que todo ello fue pensado en sentido opuesto a la alegada promoción a la concurrencia de interesados, que sí hubiera existido de haberse permitido la oferta por renglones distintos y/o afines, delimitados en función de las actividades comerciales de los proveedores, tal como establecen sin lugar a dudas los artículos 46 y 47 del Anexo al Decreto N° 893/12 (v. orden 27, pág 51).

g) Los precios de las ofertas fueron excesivos e injustificados, y aceptados por los funcionarios sin objeciones no obstante tener datos que les indicaban que los mismos eran abusivos. Sin perjuicio de todo lo cual los funcionarios tramitaron formalmente el expediente para darle a la licitación apariencia de legalidad, ya sea en connivencia con los integrantes de las empresas, y/o incumpliendo sus deberes como funcionarios públicos posibilitando con ello la maniobra, formalizándose la compra y la recepción de los kits a pesar de que no contenían todos los elementos fijados en los pliegos y a su vez tenían otros que no habían sido contratados... (v. orden 27, pág. 27).

h) Todo lo mencionado confirma la hipótesis de que el renglón único, tuvo el propósito no solo de limitar la oferta a unos pocos proveedores, sino que además impidió la comparación de precios por cada elemento. Permitió así la fijación de precios abusivos e irrazonables engrosados por la necesidad de la intermediación, precios que además fueron avalados por los funcionarios mediante el procedimiento ya descripto que fijó el irregular "valor indicativo de mercado" que luego se utilizó como parámetro para proseguir con la licitación. (...) quedó perfectamente acreditado de todo lo analizado, que los precios de la licitación fueron caros ya sea si se tiene en cuenta el primer valor SIGEN de \$ 4.096,37 coincidente con el estimado por el Ministerio de Salud en \$ 4.500, como asimismo si se toma el último de \$ 6.604,37, siendo que las ofertas ganadoras de entre \$ 7.730 y \$ 7.850 superaban en porcentajes cercanos al cien por ciento en el primer caso el precio SIGEN y en más del quince en el segundo, los valores que los imputados debieron haber tomado como parámetro a considerar como precios razonables para la licitación (v. orden 27, pág. 74/75).

i) Más allá de los valores mencionados (...) El abuso surge patente de la compulsión, por ejemplo, de las facturas secuestradas en "Dispita SRL.", "Up River SA.", "Incott SA." y "Colortex SA.", todos proveedores de las seis firmas que ganaron. De las mismas, se observa que dichas empresas compraron, en algunos casos hasta a más de un mes antes de resultar adjudicadas... (v. orden 27, pág. 70).

j) Dos últimos datos deben agregarse, que agregan sospechas sobre el direccionamiento de la licitación: el primero es la similitud de todas las ofertas de las seis empresas que resultaron adjudicadas, cuya diferencia fue, en mayor de los casos de \$ 120 en un kit de alrededor \$ 7.800. Y el segundo, el hecho de que las cantidades de kits ofrecidas por cada empresa dieran, en su sumatoria final el número exacto de 140.000, siendo Fasano SRL. la proveedora de 115.000 y las cinco restantes 25.000 (5.750 Fibromad, 3.900 Delta Obras y Proyectos, 6.400 Dromotech, 5.100 Grupo Diela y 3.850 Compañía Comercial Narciso), siendo éste número de 25.000 el número redondo y exacto de una de las firmas descalificadas. Resulta indudable que ello responde a una estrategia cartelizada desarrollada por todos los oferentes, quienes no solo coordinaron los precios de sus ofertas, sino también las cantidades que cada uno ofertaría, amén de compartir proveedores a los cuales concurrían en muchos casos el mismo día... (v. orden 27, pág. 75).

k) ... quedó comprobado en el sumario que estas seis empresas compraron gran cantidad de los productos que conforman el kit QUNITA, y/o los materiales necesarios para su confección, en los mismos proveedores. No solo lo hicieron en los mismos lugares sino que lo hicieron el mismo día, lo que se observa de las facturas de compra que resultan en muchos casos correlativas. Y no solo compraron los mismos artículos, en los mismos proveedores, muchas veces el mismo día, sino que también contrataron a la misma empresa para el armado y entrega de los kits al Ministerio de Salud (Barbarella SA.) -con excepción de Fasano SRL. Y no solo hicieron todo esto de modo coordinado, sino que además, compraron la mercadería a más de un mes antes de ser adjudicados. Recordemos que el 8 de junio de 2015, Daniel GOLLAN y Aníbal FERNANDEZ aprobaron la licitación, y el 11 de junio se notificó a las empresas la adjudicación, las que retiraron sus órdenes de compra los días 18 y 19 de junio del 2015 de acuerdo a lo que surge del expediente administrativo, existiendo compras de insumos realizadas a proveedores, a partir del 24 de abril de 2015 (v. orden 27, pág. 76/77).

l) Queda claro, como ha sido probado, que las cinco empresas referidas (Delta Obras y Proyectos, Dromotech, Fibromad, Compañía Comercial Narciso y Grupo Diela) coordinaron entre todas las tareas para la provisión del kit. (...) de similar modo lo hicieron también con Fasano. De la misma forma, queda claro que entre todas coordinaron las acciones para presentar sus ofertas. No solo se observa en varios casos que las especificaciones técnicas de los productos integrantes del kit están realizadas en formularios casi iguales y hasta con las mismas fotos de los productos, más cada una con el propio logo de su empresa (Fibromad, Dromotech, Delta Obras y Proyectos y Compañía Comercial Narciso), sino que también está demostrado el conocimiento previo entre cuanto menos Narciso SRL. y Dromotech SA. (el apoderado de Narciso SRL., Juan Pedeflous, retiró como autorizado de Dromotech SA. en el año 2012 un cheque de la Universidad Nacional de La Plata... (v. orden 27, pág. 145).

m) ... lo que podría ser en otro caso para las empresas una decisión comercial de comprar entre todos a un precio mejor y más conveniente, aquí solo demuestra que existió la llamada "cartelización" de la licitación. Esto por supuesto que no fue inocente, sino que así fue ideado entre funcionarios y empresarios. Así entonces, las empresas que participaron de la licitación se pusieron de acuerdo entre sí para presupuestar con sobrepuestos el valor original de los pliegos, ya que se sabían ganadores. Compraron los elementos del kit en los mismos lugares y a más de un mes antes de resultar adjudicados. (...) las seis empresas invirtieron cuantiosas sumas de dinero en miras a la realización de un negocio que, de no haberse sabido seguro, generaba el riesgo de perder, a grandes rasgos para el caso de Fasano si sumamos las compras realizadas antes de resultar ganadora- montos cercanos a los quince millones de pesos. No es creíble que se asuman riesgos de este tenor, sino se está seguro de recuperarlos. Queda claro entonces, que todos sabían que serían los ganadores (v. orden 27, pág. 146 y 156).

n) Un punto aparte merecen las deficiencias en los contenidos de los kits, con lo que preveían los pliegos (...) el INTI ha comprobado la deslucida calidad de las cunas. A ello se suma que además, al verificarse los artículos del kit aportado al Juzgado por el Ministerio de Salud, surgieron diferencias con lo detallado en el pliego de bases y condiciones particulares. Sin motivo aparente, al mismo se lo despojó de un saco de dormir y se le agregaron preservativos y geles lubricantes, más nada figura sobre esto en el expediente al que deben agregarse la totalidad de las constancias de la compra de acuerdo a lo establecido en el art. 7 del Anexo del Decreto N° 893/12 (v. orden 27, pág. 157).

ñ) ... los kits con estas falencias se fueron abonando conforme a su entrega, todo ello en violación las previsiones de la Ley de Contrataciones de la Administración Pública (Decreto 1023/01 -B.O. 16-8-01- y 893/12) y en perjuicio de las arcas del Estado" (v. orden 27, pág. 28).

o) ... la ilegalidad de una licitación que comenzó mediante un pliego redactado en violación al Decreto N 893/12, rechazó sin explicación consultas realizadas por tres empresas conforme al Reglamento y terminó por justificar, a como diera lugar, la enorme diferencia de las ofertas presentadas con el precio de la propia estimación del Ministerio de Salud y las de la SIGEN, permitiendo además, cambios unilaterales por uno de los proveedores con posterioridad a la adjudicación de la licitación (v. orden 27, pág 127).

p) ... cada uno de los funcionarios y/o empresarios (...) cumplió su parte en la maniobra por la que se dio formal apariencia de legalidad a una licitación cuyos ganadores ya se conocían de antemano (ardid), provocando el error en la Administración (Ministerio de Salud), y la posterior disposición patrimonial del Estado al abonarse los montos debidos a las firmas adjudicadas a sus respectivos vencimientos, provocando el perjuicio requerido por la norma de aplicación -artículo 174, inciso 5°, en función del artículo 172 del Código Penal- (v. orden 27, pág. 160).

q) En suma: ... es criterio del Tribunal que en base a los elementos incorporados a la presente causa ha quedado acreditada la materialidad de los hechos que demuestran que desde el comienzo del proyecto de compra del kit QUNITA, ya había seis ganadores prefijados. Que por eso se diseñó un pliego de un único renglón expresamente vedado por la legislación, con entregas sucesivas que permitirían a las empresas ir financiándose a través de cada entrega parcial, pliego que limitó la oferta a unos pocos proveedores capaces de cumplir con todo lo requerido en el

escaso tiempo otorgado, los cuales considerable tiempo antes de ser adjudicados ya compraban los materiales para la provisión del kit. Que los precios de las ofertas que presentaron los empresarios fueron elevados y abusivos y que de ello daba cuenta la diferencia abismal que había entre los mismos y el "valor de referencia" informado por la SIGEN en el expediente de la contratación el cual además, coincidía con el estimado por el Ministerio de Salud al inicio de la licitación y con los valores reales a los que compraron las empresas los distintos elementos, de acuerdo a las facturas ya detalladas. Que los funcionarios intentaron disimular estos precios exageradamente elevados pidiendo un nuevo valor a modo de "valor indicativo de mercado", el que resulta ajeno al Sistema de Control de Precios Testigo. A todo ello se suma que las empresas ganadoras no tenían experiencia en los rubros licitados -con la única excepción de una empresa maderera y otra que había proveído ropa-, reforzando ello la convicción sobre el direccionamiento de la licitación, ya que actividades relacionadas a la construcción, a la informática, o al ramo inmobiliario, financiero o publicitario, no tienen relación con la producción de los bienes que integraban el kit QUNITA (v. orden 27, pág. 97/98).

2.2. Sobre esa base, el Juez Federal a cargo de la instrucción determinó la responsabilidad penal de los causantes respecto de los hechos descriptos, teniendo por acreditado que existió una decisión de favorecer a las compañías que en definitiva resultaron adjudicadas, en connivencia con sus dueños y en perjuicio de la Administración.

2.3. Según se desprende de las constancias de la orden 27, página 263, seguidamente el juez interviniente dispuso de manera preventiva ... el cese del pago de los kits que aún no fueron abonados a las firmas adjudicatarias..., decisión que comunicó a ese Ministerio por oficio del 17 de febrero de 2016.

Posteriormente, ordenó que con excepción de las cunas y de los sacos de dormir que, conforme a los informes presentados por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial y la Sociedad Argentina de Pediatría son riesgosos para la salud de los niños, los demás elementos integrantes del kit pueden ser reutilizados con fines sociales; además, dado que su custodia y almacenamiento generan importantes costos, hizo saber al señor Ministro de Salud que deberá disponer de tales elementos -con las excepciones citadas que deberán destruirse- dándoles un destino apropiado acorde a su naturaleza, pudiendo, de acuerdo a su mejor criterio, coordinar al efecto acciones con el resto de la áreas del Estado que considere pertinentes. Del destino dado a los elementos del kit deberá informarse al Tribunal (Oficio del 26 de agosto de 2016).

Poco después, el magistrado dictó una nueva providencia en la que aclaró que si dicho ministerio encontrara la forma de reutilizar en forma segura el moisés y el bolso de dormir, sólo deberá informarlo al Tribunal (v. orden 27, pág. 243/260 y 263).

3. Por la Providencia N.º 2177/16 de la Subsecretaría de Atención Primaria de la Salud de ese Ministerio se informó al Juzgado interviniente que se receptaron 109.627 kits, de los cuales 74.242 han sido distribuidos a las maternidades según el respectivo programa y 27.200 se encuentran en depósito del operador logístico (Nota UFIS N.º 3377/16).

4. La Dirección de Asuntos Judiciales de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio se expidió analizando la cuestión a la luz del régimen de nulidades el acto administrativo previsto en la Ley de Procedimientos Administrativos N.º 19.549.

Así, dijo: *En el caso que se trae a consulta (...) se entiende configurado, en virtud de las irregularidades detectadas, la existencia de actos administrativos irregulares, nulos de nulidad absoluta, que pese a encontrarse firmes y consentidos y generando derechos subjetivos que se están cumpliendo, correspondería ser revocados en sede administrativa, en razón de constituir una de las excepciones a la excepción prevista en la segunda parte del art. 17 LNPA, por aplicación de la doctrina citada in re Almagro, esto es el conocimiento del vicio por parte de los*

administrados.

En el caso, sostuvo, se habría configurado un vicio de tipo subjetivo en la voluntad administrativa: la desviación de poder, que se daría tanto cuando el funcionario actúa con una finalidad personal o para beneficiar a un tercero o grupo de terceros. Todo ello llevaría a concluir ... *que el acto administrativo de adjudicación debe ser revocado en sede administrativa en orden a las facultades previstas en el art. 17 y 18 de la LNPA, doctrina y jurisprudencia citadas* (v. orden 27, pág. 243 y ss.).

5. A su turno, en concordancia con la opinión vertida por la Dirección de Asuntos Judiciales, la Dirección General de Asuntos Jurídicos consideró ... *que el acto se encuentra viciado en varios de sus elementos esenciales y ello lo hace nulo de nulidad absoluta e insanable y por lo tanto, atendiendo a la jurisprudencia ya citada, de él no pueden derivarse derechos subjetivos.*

Sobre esa base, aconsejó el dictado de un acto administrativo mediante el cual se revoque la Decisión Administrativa N.º 300/15 y, consecuentemente, se intime a los proveedores para que retiren los elementos entregados en cumplimiento de un acto nulo y sujeto a revocación en sede administrativa, bajo apercibimiento de consignarlos judicialmente a su costa y que, además, procedan a reintegrar las sumas oportunamente percibidas en virtud de su entrega, con más los intereses y gastos ocasionados, todo ello bajo apercibimiento de accionar judicialmente su recupero.

Sin perjuicio de ello, estimó conveniente la previa intervención de este Organismo Asesor (v. orden 27, pág 261/262 y 264/266).

6. Seguidamente, ese Ministerio, compartiendo el criterio de su servicio jurídico remitió las actuaciones a esta Casa.

En esta sede, como medida previa, se solicitó la opinión de la Oficina Nacional de Contrataciones (v. orden 8).

7. La Dirección de Asuntos Legales de ese Ministerio de Salud, a cargo de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la jurisdicción, remitió las actuaciones a la referida Oficina Nacional a efectos de que en su carácter de Órgano Rector proceda a interpretar el artículo 18 del Decreto N.º 1023/01 relativo a la revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación, con relación al caso de autos (v. orden 28).

Al hacerlo ofreció fundamentamente su propia interpretación, validando su utilización, en el caso, para revocar los actos administrativos del procedimiento de contratación.

8. La Oficina Nacional de Contrataciones, luego de reseñar minuciosamente los antecedentes, en especial las actuaciones instruidas en sede penal, sostuvo que ... *el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01 busca prevenir lo que comúnmente se denomina direccionamiento y que en la práctica implica, bajo la apariencia de una licitación conforme a derecho, establecer cláusulas que sólo uno o un grupo pueden cumplir* (v. IF-2017-05245541-APN-ONC#MM).

Prosiguió diciendo que ... *basta la comprobación fáctica de dicho extremo para revocar por ilegitimidad la adjudicación con sustento en la prerrogativa expresamente prevista en los artículos 11, inciso h) y 18 del Decreto Delegado N° 1023/01.*

En general consideró que la declaración de invalidez de un contrato administrativo,

salvo por el caso de los supuestos especiales que se hallan expresamente previstos en el mentado artículo 18 del Decreto Delegado N.º 1023/01, debe regirse, en lo que fuera, por el régimen de los artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549, en lo que fuere pertinente.

Asimismo interpretó que ... *no resulta aventurado afirmar que en el marco del decreto delegado en cuestión el empleo de los términos "procedimiento", "procedimientos de selección" y "procedimientos de contratación" ha sido -en alguna medida- equívoco...*, y que como resultado de su armonización ... *la primera conclusión a la que corresponde arribar es que el artículo 18 del Decreto Delegado N° 1023/01 regula únicamente DOS (2) causales específicas de revocación por ilegitimidad y que, sin perjuicio de las imprecisiones puestas de resalto más arriba, el término "procedimiento" allí utilizado debe interpretarse del modo más amplio posible; es decir, comprensivo tanto de los actos administrativos dictados durante el procedimiento de selección propiamente dicho -etapa precontractual-, como así también de los emitidos durante la ejecución del contrato hasta su finalización.*

Finalmente, analizados los antecedentes del caso, concluyó que no advierte reparos de índole jurídica para proceder, en sede administrativa, a la revocación por ilegitimidad del acto de adjudicación de la Licitación Pública N.º 4/15 -Decisión Administrativa N.º 300/15-, junto con las órdenes de compra emitidas en su consecuencia y que, por aplicación del paralelismo de las formas, el acto de revocación debería ser suscripto por el Jefe de Gabinete de Ministros y encuadrarse en las facultades que emanan del artículo 18 del Decreto Delegado N.º 1023/01. Oportunamente, dijo, deberán remitirse a ese Órgano Rector los antecedentes del caso, a fin de evaluar la aplicación de las sanciones que pudieran corresponder (v. orden 35).

9. En este estado, corresponde que me expida.

- II -

#### ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. El artículo 18 del Decreto Delegado N.º 1023/01 establece: *REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN. La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales correspondientes.*

Como surge de su lectura, dicha norma procura prevenir el llamado *direccionamiento*, es decir el establecimiento, bajo la apariencia de un procedimiento licitatorio ajustado a derecho, de cláusulas proyectadas para frustrar esa competencia, y que sólo un interesado o grupo pueda cumplirlas, o cuente con ventajas indebidas. La comprobación fáctica de esa circunstancia, según el criterio plasmado por el Órgano Rector, habilita a revocar por ilegitimidad no sólo la adjudicación que se hubiera hecho, sino la contratación que se encuentre en ejecución.

Dicha práctica, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, atenta ...*contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre competencia e igualdad, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios (Fallos 327:4185).*

Debo señalar, asimismo, que la transparencia y la competencia resultan principios

destacados por la Ley N.º 26.097 (B.O. 9-06-2006), a través de la cual se internalizó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003.

2. En el caso traído a consulta, de las actuaciones instruidas en sede penal que han sido reseñadas en el Capítulo precedente, surgen elementos suficientes que permiten -con independencia de lo que definitivamente se resuelva respecto a la responsabilidad penal de los funcionarios y empresarios imputados- tener por configurado el *direccionamiento* de la Licitación Pública en estudio o, lo que es lo mismo, que se ha atentado contra los principios a los que debió ajustarse la gestión de la contratación (v. art. 3º, Decreto N.º 1023/01), destruyéndose con ello la garantía de un procedimiento concurrente, igualitario y competitivo. Herramientas éstas, propias de una gestión de contratación eficiente (v.gr. artículos de calidad sin sobrepuestos) y respetuosa del derecho de igualdad de todo aquel que quiera, como parte de su actividad comercial, contratar con el Estado Nacional.

La Corte Suprema de Justicia sostiene además que *La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación* (v. Fallos 308:618; 316:382; 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 326:3206; 327:84 y 329:809).

Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. La elusión del procedimiento competitivo y concurrente, vicia así el procedimiento de contratación, y afecta al contrato que de él se deriva y a cualquier obligación que pretendiera fundarse en éste.

Por ello, independientemente del alcance que quisiera otorgarse a la facultad revocatoria dispuesta bajo el artículo 18 del Decreto N.º 1023/01, ya sea que la misma se limite en el tiempo desde el llamado hasta la celebración del contrato, o que comprenda también al procedimiento de ejecución contractual, como lo propone la Oficina Nacional de Contrataciones, lo cierto es que en el caso particular, *las evidencias del conocimiento del direccionamiento licitatorio por parte de los adjudicatarios*, tornan indiscutible la potestad que tiene la Administración para revocar por ilegitimidad, unilateralmente y en sede administrativa, contratos celebrados en violación a la ley aplicable, que por ende posibilitaron sobrepuestos y productos que no tendrían aptitudes para cumplir con la necesidad pública que se pretendió satisfacer.

Ni la celebración de un contrato, ni el comienzo de sus prestaciones tienen por efecto suprimir la potestad revocatoria de la Administración, cuando los beneficiarios han tenido conocimiento de los vicios relatados.

La síntesis de circunstancias que realizara la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud, con su elocuencia, oficia de colofón, *El hecho de que: sociedades cuyos objetos societarios no guardan relación con los ítems licitados hubieran adquirido los bienes de forma previa a la adjudicación, (a los mismos proveedores y el mismo día); que las cantidades ofertadas por cada uno dieran sugestivamente el exacto número final de 140.000 kits; que se encontraran dieciocho (18) llamados efectuados entre el ex Secretario de Salud Comunitaria y el Socio de la principal empresa adjudicataria dos meses antes de concretarse la adjudicación, representan una clara falta de transparencia en la licitación.*

Por lo expuesto, y para evitar potenciales objeciones interpretativas, a las previsiones del artículo 18 del Decreto N.º 1023/01, norma específica del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, conviene sumar las del régimen de nulidades de la ley de Procedimientos Administrativos N.º 19.549, invocando los artículos 14 y 17 de la Ley N.º 19.549 - conjuntamente con la doctrina judicial del precedente *Almagro* (Fallos 321:169).

Considero así que están dadas las condiciones para que se proceda en sede administrativa a la revocación por ilegitimidad del acto de adjudicación de la Licitación Pública N.º 4/15 del registro de ese Ministerio, junto con las órdenes



de compra emitidas en su consecuencia. Coincidió asimismo que el acto debe ser dictado por el mismo órgano que aprobó la licitación, esto es por la Jefatura de Gabinete de Ministros.

3. La nulidad del procedimiento de contratación, vicios que se arrastran en los contratos posteriores, implica que de ellos no podrán derivarse consecuencias válidas, circunstancia que condiciona el procedimiento a seguir con los kits objeto de la contratación fallida.

En efecto, respecto de los kits recepcionados y no distribuidos, deberá intimarse al respectivo proveedor al reintegro de las sumas que haya percibido por ellos bajo apercibimiento de accionar judicialmente, y al posterior retiro de los respectivos kits, bajo pena de que si no lo hiciera en el plazo que se indique, se considerará que existe renuncia tácita a favor de la Administración, pudiendo ésta disponer de ellos, conforme a la solución prevista en el artículo 114 del Reglamento del Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto N.º 893/12, aplicado por analogía y en cumplimiento, además, de lo ordenado por el Tribunal interviniente.

De otro lado, con relación a los kits ya distribuidos, cuyo reintegro al respectivo proveedor se ha tornado inviable, cualquiera sea la decisión que se tome sobre las consecuencias y el monto que deberá reintegrarse, deberá considerarse que como resultado de una licitación irregular, el moisés y otros ítems esenciales que formaron parte del objeto de la contratación han resultado defectuosos y no aptos para su destino.

- III -

#### CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, corresponde la revocación por ilegitimidad del acto de adjudicación de la Licitación Pública N.º 4/15 del registro de ese Ministerio de Salud -Decisión Administrativa N.º 300/15- junto con las órdenes de compra emitidas en su consecuencia, y procederse a practicar las intimaciones y reintegros indicados en el Punto 2 del Capítulo anterior.