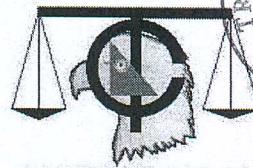




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres"

Informe Legal N° 178/2015

Letra: T.C.P. - C.A.

Cde.: Expte. N° 201, Letra T.C.P. -S.L., Año 2015

Ushuaia, 4 de septiembre de 2015

SEÑOR SECRETARIO LEGAL

DR. SEBASTIAN OSADO VIRUEL

Viene a este Cuerpo de Abogados el Expediente *ut supra* citado, perteneciente al registro de este Tribunal de Cuentas, caratulado “*S/ CONSULTA RESPECTO AL ALCANCE DE LA RESOLUCION PLENARIA N° 92/2015*”, a fin de que se emita dictamen jurídico sobre la consulta cursada por el Auditor Fiscal, C.P. Diego VERNET.

ANTECEDENTES

En el Informe Contable N° 180/2015, Letra T.C.P. - A.O.P., se solicitó que se indicara el alcance que correspondería otorgar al criterio sentado en la Resolución Plenaria N° 92/2015.

Motivó dicha consulta, el entendimiento del Auditor Fiscal, C.P. Diego VERNET, que manifestó: “*Es opinión de este Auditor Fiscal que no es adaptable*

“*Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas*”

a otros casos lo planteado por la Resolución Plenaria N° 92/2015 en los siguientes párrafos:

'Que -por el contrario- la forma en que fue publicado el llamado resultó irregular, toda vez que en el mismo debió indicarse expresamente esta posibilidad de adjudicar por encima del Presupuesto Oficial en un 5% y con un límite del 20% por debajo.

Que así las cosas, el procedimiento adoleció de una irregularidad desde un comienzo, toda vez que no resulta viable preadjudicar por un monto por encima del Presupuesto Oficial cuando esta posibilidad no fue dada a conocer a la generalidad de los posibles oferentes.

Que, por otro lado, cabe aclarar que lejos de flexibilizarse los presupuestos del llamado con la modificación introducida con la circular aclaratoria que elimina el tope del 5%, a partir de ellos el Presupuesto Oficial opera como tope sin posibilidad de adjudicarse por encima del mismo. Eliminar el 5% no implica poder adjudicar por cualquier porcentaje por encima, implica -contrariamente- que ahora directamente el monto del Presupuesto Oficial opera como tope'".

ANALISIS

La Resolución Plenaria N° 92/2015 dio tratamiento a un supuesto específico en que, por medio de una circular aclaratoria, se modificó un punto



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres"

sustancial del pliego de bases y condiciones particulares del llamado a Licitación Pública IPV Obras N° 12/14.

Cabe destacar, que tal como quedó plasmado en el Informe Legal N° 18/2015 Letra: T.C.P. -S.L., hubiera correspondido que la mentada circular aclaratoria, al modificar el pliego, haya sido publicitada de un modo similar a este.

Sin embargo, en dicha ocasión la publicidad dada a la circular aclaratoria sólo consistió en su notificación a los adquirentes del pliego, más no a la generalidad de los posibles oferentes.

Así las cosas, en virtud de que la aludida modificación consistió en la eliminación del monto máximo -expresado en términos porcentuales- para tener por admisibles las ofertas, es que la Resolución en comentario estableció que lo más justo para el caso particular era fijar como tope el monto del presupuesto oficial, evitando de ese modo generar suspicacias en cuanto a la legitimidad del procedimiento de contratación.

No obstante, destacada Doctrina ha manifestado que: *"No existe disposición alguna en la LOP que obligue a la Administración a desestimar las proposiciones que excedan o estén por debajo del monto consignado en el presupuesto oficial o básico de la licitación."*

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

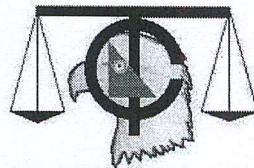
Ahora bien, la similitud o cercanía de la propuesta económica, en más o en menos, comparada con el importe predeterminado por la Administración en el presupuesto como costo total de las obras no deja de ser un dato que prima facie confirma la seriedad de la oferta. Es entonces el presupuesto oficial -de estar éste correctamente confeccionado- un elemento de juicio objetivo que, entre otros, permite a la Administración apreciar si existe una presunción de temeridad en el precio ofertado” (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia; Ley 13.064 de Obras públicas comentada y anotada; 2º ed. ampliada y actualizada; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2004; p. 31/32).

En definitiva, si bien el presupuesto oficial fija parámetros objetivos para analizar las ofertas presentadas en el proceso licitatorio, en principio, dicho monto no establece tope alguno para determinar su admisibilidad.

De hecho, la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se ha expedido al respecto en reiteradas ocasiones. Así, en el marco del expediente N° 76872/03 manifestó que: “*En segundo lugar y sin entrar en el análisis de la conveniencia o inconveniencia de los precios cotizados por las oferentes para la realización de las obras, dado que ello excede el ámbito de mi competencia, estimo que la mera enunciación de que dichas cotizaciones exceden en precio al Presupuesto Oficial, resulta insuficiente a los efectos de declarar fracasada la contratación por ofertas inadmisibles, dado que tal afirmación por si sola no denota la inadmisibilidad de la oferta de menor precio, máxime aún cuando la propia Comisión de Preadjudicaciones propicia efectuar un nuevo llamado mediante el procedimiento de obra mayor.*



Provincia de Tierra del Fuego, Antartida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS
ANTARTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres"

De esta forma al momento de decidir la autoridad competente deberá tener en cuenta que la mera enunciación de que las cotizaciones efectuadas por los oferentes 'exceden el monto en precio del Presupuesto Oficial' no implica la 'inadmisibilidad' de las ofertas, debiendo determinarse si la oferta de menor precio resulta inconveniente para los intereses del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La inadmisibilidad se fundamenta en razones técnicas y su inadecuación a los pliegos (v. Roberto Dromi 'Licitación pública' 2º edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pág. 442), lo que aquí no se advierte por parte de la comisión de preadjudicación con total claridad y respecto de todas las ofertas".

Sobre la base de las ideas desarrolladas, es posible afirmar que el presupuesto oficial, independientemente de la función que cumple a fin de asegurar la existencia de crédito legal para la realización de la obra, opera como pauta de ponderación de la oferta más conveniente, en tanto -tal como ya se dijo- permite, entre otras cosas, evaluar la temeridad de las ofertas o su razonabilidad; más no limita la admisibilidad de éstas para su posterior consideración por parte de la comisión de preadjudicación.

Así, en cuanto a los factores que inciden en la determinación de la conveniencia de la oferta, la Doctrina ha manifestado que: "*La calificación de la oferta más conveniente debe provenir de una comparación objetiva entre todas aquellas propuestas admisibles, juicio de valor éste exento de toda subjetividad*

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

por cuanto la conveniencia debe surgir de la aplicación estricta de los criterios de evaluación indicados en los documentos de licitación.

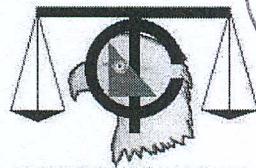
Acerca de esta cuestión, la PTN ha expresado que '[l]a apreciación de la oferta más conveniente es de competencia del órgano que adjudica la licitación, y constituye el ejercicio de una facultad que, si bien discrecional, en modo alguno puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos', por lo que la facultad reservada de ordinario en los pliegos al comitente de 'decidir a exclusivo juicio', '...no importa de manera alguna someter la elección del adjudicatario a una suerte de condición meramente potestativa (si voluero), que en tal caso carecería de validez (art. 542, C. Civ.)'" (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia: Ley 13.064 de Obras públicas comentada y anotada; 2º ed. ampliada y actualizada; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2004; p. 150/151; con cita de Dictámenes 86:4).

Si bien no existe norma alguna que establezca parámetros concretos para determinar cuando una oferta es razonable, es práctica habitual de la Administración considerar como tales aquellas ofertas presentadas que no excedan de un veinte por ciento (20 %) el monto del presupuesto oficial.

Al respecto, vale destacar que “*Las prácticas administrativas, en cuanto comportamientos fácticos habituales, constituyen un mecanismo no formalizado que la organización administrativa mantiene en el desarrollo de su actividad práctica y de ejecución a fin de proponer soluciones dirigidas al cumplimiento del mandato legislativo*” (GRECCO Carlos Manuel, “Apuntes para



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS
DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres"

una teoría de las autolimitaciones de la Administración Pública" en Revista de derecho Administrativo, 1993, año 8, págs. 317/342) .

Asimismo, se ha sostenido jurisprudencialmente que: "De forma similar a la costumbre o al precedente judicial, también la práctica administrativa comporta un fenómeno jurídico nacido al margen de una voluntad normativa externa al órgano y que adquiere fuerza y vigor por un hecho normativo interno. En tal sentido, resultan notas distintivas de la praxis administrativa la circunstancia de que se trata de un comportamiento habitual no definido en acto alguno pero relevante a los fines del ordenamiento jurídico y que, como modo de resolver situaciones idénticas entre sí y concretar en todo momento singular la modalidad de actuación propia de la función misma, exterioriza una 'interpretación objetivada' que autovincula al órgano administrativo respectivo (conf. A. Carullo: La Prassi Amministrativa, 1979, 3 y ss, 15 y ss; P.M. Vipiana: L' Autolimite del la Pubblica Amministrazione, 1990, 69-72).

IV.- Si mediante un comportamiento habitual y repetido en el tiempo la Administración ha formulado una interpretación objetivada de la norma que de un lado la autolimita y de otro confiere una expectativa legítima del particular, bien se comprende que su eliminación requiere una motivación más detallada que la que puede surgir de un comportamiento fáctico contrario a la práctica inveterada" (CNCAF, Sala I. Asociación de Balanceadores, corredores y Martilleros Públicos y otros c/ Est.Nac. S/ juicio de conocimiento, del 02/08/94).

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

En virtud de lo reseñado precedentemente, en caso de que al momento de efectuar el análisis de las ofertas admisibles, se esté en presencia de alguna que exceda en más de un veinte por ciento (20%) el monto del presupuesto oficial, ésta podría ser calificada de irrazonable.

Sin embargo, si la comisión de preadjudicación estimase pertinente tener dicha oferta por razonable, deberá motivar más acabadamente su decisión, dado que al hacerlo se estaría apartando de la práctica administrativa en la materia.

En esta instancia, resulta prudente destacar que el porcentaje aludido no es casual ni arbitrario, sino que proviene de una aplicación extensiva del ejercicio del *ius variandi*, previsto en el artículo 30 de la Ley de Obra Pública con la limitación establecida en el artículo 53 del mismo cuerpo normativo.

Así, de una recta interpretación de las normas mencionadas en el párrafo anterior, surge que las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos inferiores al veinte por ciento (20%) del total de las obras contratadas, se consideraran razonables y por ello no darán lugar al derecho del contratista a rescindir el contrato.

En definitiva, la práctica administrativa de considerar como razonables aquellas ofertas que no excedan en más de un veinte por ciento (20%) el monto del presupuesto oficial, acota el margen de discrecionalidad de los funcionarios y tiene la virtualidad de operar como una autolimitación de la Administración, en tanto fija parámetros objetivos tendientes a completar la norma que determina que se



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

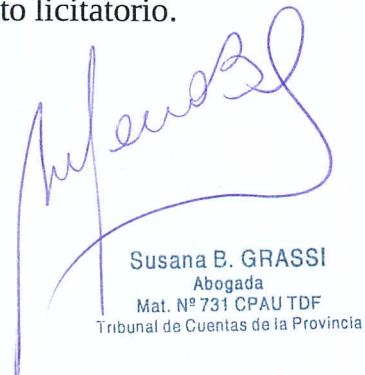
"2015 - Año del Bicentenario del Congreso de los Pueblos Libres"

adjudicará a la oferta *más conveniente*, exigiendo una fundamentación menor cuando la oferta encuadra en ese porcentaje por sobre el presupuesto oficial.

Lo dicho no obsta a que pueda adjudicarse a una oferta por encima del veinte por ciento (20%) del presupuesto oficial, pero la práctica administrativa referida, hace que el ejercicio de sus facultades discretionales vinculadas al *ius variandi*, deba sustentarse en una fundamentación que explique el mayor alejamiento de la referencia marcada por el presupuesto oficial.

CONCLUSIÓN

En merito a todo lo expuesto, estimo que el criterio sentado en la Resolución Plenaria N° 92/2015 resultaría únicamente aplicable al caso concreto al que dió tratamiento, más no a la generalidad de los casos en que se gestionen contrataciones mediante el procedimiento licitatorio.



Susana B. GRASSI
Abogada
Mat. N° 731 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Secretario Contable

Comparto el criterio vertido por
el Dr. Susano Grossi en el Informe Legal
Nº 178/2015 Letra 7CP.CA y giro las actuaciones
para continuidad del trámite.

Dr. Sebastián OSADO VIRUEL
Secretario Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

08 SEP 2015