



402

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

Informe Legal N.º 357/2022

Letra: T.C.P.-S.L.

Cde.: Expte. MOSP-E-35084/2022

Ushuaia, 16 de diciembre de 2022

SEÑOR PROSECRETARIO CONTABLE

C.P. MAURICIO IRIGOITIA

Viene a esta Secretaría Legal el expediente del corresponde, perteneciente al registro del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, caratulado "*MATENIMIENTO Y CONSERVACION CLOACAL DE EDIFICIOS PÚBLICOS – RIO GRANDE*", a fin de su análisis, teniendo en consideración la intervención solicitada por la Secretaría Contable mediante la Nota Interna N° 3412/2022, Letra TCP-SC.

I. ANTECEDENTES

Atento a la premura que requiere la atención y tratamiento de las presentes, por tratarse de un análisis realizado en el marco del Control Preventivo, en relación a los antecedentes me limito a dar por reproducidos aquellos abordados por el Acta de Constatación TCP N° 108/2022 – AOP (Control Preventivo – PE) (fs. 372/377), como aquellos señalados en el Informe Contable N° 426/2022, Letra TCP-AOP (394/400).

A posterior de los instrumentos relatados, la Secretaría Contable mediante la Nota Interna N° 3412/2022, Letra TCP-SC, remite el expediente y requiere la intervención de esta Secretaría en forma previa al tratamiento que le compete por la Resolución Plenaria N° 01/2001, respecto de las observaciones sustanciales relevadas en los instrumentos nominados en el párrafo anterior.

C

II. ANÁLISIS

En primer término, es necesario destacar que nos encontramos en el marco del procedimiento del Control Preventivo, reglado por la Resolución Plenaria N° 01/2001.

Particularmente, en razón de la instancia que transita la presente, el referido acto administrativo dispone *“En caso que la autoridad no se conformarse con los reparos efectuados por el Auditor Fiscal deberá acompañar circunstanciada fundamentación conjuntamente con los antecedentes respectivos. El expediente será remitido al Secretario Contable del Tribunal, quien en el plazo de dos (2) días, mediante disposición, evaluará las actuaciones y mediante disposición podrá:*

1.- Levantar los reparos formulados

2.- Ratificar los reparos realizados por el auditor fiscal en cuyo caso remitirá las actuaciones al cuentadante”.

Así, las actuaciones se encuentran en la instancia de Secretaría Contable y en virtud de la disposición que le compete expedir, requiere el asesoramiento de esta Secretaría *“(…) fundamentalmente respecto de las observaciones sustanciales (...) en forma previa a la intervención de esta Secretaría Contable, en el marco de lo establecido en el inciso d) del artículo 99 de la Ley Provincial N° 141”.*

En consecuencia, se circunscribe el análisis de esta Secretaria a los dos Observaciones sustanciales relevadas en el Acta de Constatación TCP N° 108/2022 – AOP (Control Preventivo – PE) (fs. 372/377) y mantenidas en el Informe Contable N° 426/2022, Letra TCP-AOP (394/400).



403

"2022 - 40º Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

II.A) Observación Sustancial N° 1

En esta observación, el Auditor sostuvo: *“Con carácter de observación sustancial se verifica un apartamiento al Punto 1.4. del Pliego de Bases y Condiciones aprobado por Resolución M.O.yS.P. N.º 392/2022, el cual establece que se desestimará aquellas ofertas que superen en +20% o reduzcan en -10% el Presupuesto Oficial.*

Ello por cuanto, sin perjuicio del dictado de la Resolución M.O.yS.P. N.º 570/2022 (fs. 287vta.), la adjudicación al oferente LEVANTAR S.R.L., realizada a través del Decreto N.º 3072/2022 (fs. 359vta.), excede el presupuesto oficial fijado por Resolución M.O.yS.P. N.º 392/2022 en un 40,54%. Vulnerando así los principios de concurrencia e igualdad enaltecidos por la Ley Provincial N.º 1015 de Contrataciones, Artículo 3º, Inciso b).”

En el descargo a la referida observación sustancial, el cuentadante argumentó por remisión al Informe Legal 20/2022 Letra SubDGAJ-MOYSP (fs. 390/392), que *“(…) ante esta situación se sugirió dar continuidad de la contratación mediante Nota77/2022 anexa en el 0.75 por consiguiente se produce una conflicto entre Principios Fundamentales que rodea a la contratación pública; a la obra pública en particular y al Derecho Administrativo en general, es decir por un lado, tenemos el Principio de Concurrencia y el Principio de Igualdad y por otro encontramos el Principio Razonabilidad, Principio de Economía y Principio de Eficiencia y Eficacia; tal como se manifestó en dicha opinión jurídica se consideró que: Dado el choque de los principios jurídicos mencionados, el rumbo que tome la licitación afecta ineludiblemente alguno de los grupos de principios relatados”.*

Comparto la afirmación de que los principios administrativos en materia de contrataciones no tienen jerarquía entre ellos, sino que se ponderan según la situación, pero en el caso particular, entiendo se realiza una errada ponderación de estos.

t

En ese sentido, con la decisión de llevar adelante la contratación mediante el Decreto provincial N° 3072/22, y se comparte en ese sentido la opinión de la Letrada -que por contrario sensu se infiere de su dictamen-, no caben dudas que se afecta el principio de Concurrencia e Igualdad.

En ese sentido, establecer una cláusula en el pliego que tiene la potencialidad de provocar que todos los posibles oferentes se autoexcluyan, puesto que el valor del presupuesto, reconocido por la propia administración, es insuficiente para llevar adelante la obra, ello en forma conjunta con una cláusula que desestima toda oferta que supere el 20 por ciento de ese monto, es una violación directa a ese principio rector.

Ahora no se comparte, que los otros principios no se vean afectados.

En ese orden, la Ley provincial N° 1015 en su artículo 3°, caracteriza al principio de Eficiencia y Eficacia en la parte que aquí interesa, como la obtención de “(...) *los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad;*”.

No debemos olvidar que en esta “*oportunidad*”, la propia ley estableció un procedimiento de licitación pública para obtener esa “*necesidad definida*”, que requiriere indefectiblemente por su propia naturaleza una compulsa de precios para lograr “*el menor costo posible*”.

Ello se logra únicamente por intermedio de una compulsa real de precios -lo que bajo ningún aspecto puede considerarse sucedió en las presentes-, a diferencia de otros procedimientos de contratación establecidos en la misma ley, que no tienen a este elemento como gravitante a la hora de selección la oferta más conveniente -contratación directa por adjudicación simple-.

En el mismo sentido, el principio de Economía también es caracterizado por la Ley provincial N° 1015 como “*Economía: en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración*



404

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias;"

Como se analizó líneas arriba, establecer una cláusula que tenga la aptitud de autoexcluir a todos los potenciales oferentes, definitivamente es una exigencia innecesaria.

En resumidas cuentas, para lograr el menor costo posible, que es una parte sustancial del análisis de la oferta más conveniente, se requiere indefectiblemente que en el procedimiento de compra mediante compulsa (cualquiera sea su método) haya una efectiva y real posibilidad de concurrencia y, si se limitó esta concurrencia por recaudos excesivos del pliego o que devienen en excesivos por las particulares circunstancias –como se da en las presentes por el simple transcurso del tiempo–, no puedo hablar de una compra respetuosa de este último principio analizado.

Por otro lado, no es válido sostener que el cumplimiento de todas las pautas que rigen el procedimiento son exigencias innecesarias, pues equivaldría a decir que la ley es innecesaria.

En palabras de reconocida Doctrina en la materia, se dijo: "*Si bien en el marco del derecho privado el punto central es la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, incluso respecto de las formas del acuerdo, en el ámbito del derecho público los aspectos formales y de procedimiento de los contratos son presupuestos indispensables e ineludibles de su validez*" (Carlos F. BALBÍN, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Tomo IV; La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 565).

Entonces, de lo expuesto se colige, que no se visualiza una pugna en los principios rectores en la decisión tomada por el Decreto provincial N° 3072/22 que pueda ser resuelta bajo la teoría de ponderación de los principios

↳

del derecho administrativo en los procedimientos de compras estatales, sino una contradicción de éste con aquellos.

Específicamente existe una violación al punto 1.4 del Pliego de Bases y Condiciones que no puede ser soslayada.

En ese sentido, existe una convicción razonable de que en el proceso de contratación bajo análisis no hubo otros oferentes, puesto que estos se autoexcluyeron en la medida que el precio propuesto era totalmente insuficiente, al punto que es reconocido por la propia administración, y en combinación con el Punto 1.4 del Pliego de Bases y Condiciones, provocaron la inexistencia de posible compulsa.

Reforzando este concepto de autoexclusión de potenciales oferentes, resulta ajeno al regular curso de las cosas, que en una obra de mediana envergadura (40 millones de pesos), haya únicamente un solo oferente, cuando regularmente en las obras de esa tipología que controla este Tribunal, se presentan varias empresas.

Por otro lado, es necesario destacar que tampoco acuerdo con lo expuesto por la Letrada, al afirmar que implicaría “(...) un *apartamiento de los criterios de simplicidad, austeridad y ahorro con la posibilidad de que las nuevas ofertas recibidas resulten más onerosas ello en función a la constante variante inflacionaria de los precios*”.

Sostener que las nuevas ofertas resulten más onerosas en función de la variante inflacionaria, es un argumento cuando menos tendencioso.

Así, afirmar que los costos de la obra subirían con fundamento en la escalada inflacionaria que eleva el nivel general de precios como se sostiene, y que por ello es violatorio del principio de Economía, sin observar y hacer caso omiso a la otra cara de la situación, que es que los ingresos fiscales que son usados para abonar ese mayor costo también suben por estar en gran medida



405

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

directamente gravando esas transferencias económicas, revela esa situación tendenciosa en su argumentación.

Por último, también se sostiene su inexactitud, ya que la nueva obra está sometida al régimen de redeterminación conforme a la cláusula 5.4 del Pliego de Bases y Condiciones (fs. 60vta.), con lo que el mayor valor por el paso del tiempo también afectaría a la presente obra en una similar medida de continuarse (mas allá de las diferencias, ya que la primera es el nuevo valor a la nueva fecha del llamado y, el segundo, se encuentra reglado por la Ley provincial N° 1408).

Desde otra arista, el cuentadante bajo un argumento abstracto, pretende justificar una trasgresión a una norma fundamental impuesta en el pliego, al afirmar "(...) *En el mismo sentido y con mayor importancia el fracaso de la contratación compromete seriamente el tiempo de realización de la obra de esta contratación (...) retrasa seriamente el cumplimiento de la actividad gubernamental que es básicamente la realización del interés público de allí nace la contratación del estado; (...) orientada a una necesidad definida en un momento oportuno (...)*".

Ahora, más allá de toda la teoría esbozada a lo largo del dictamen, concretamente no se señala cual es la actividad gubernativa que se va a ver afectada por el eventual retraso que implicaría un nuevo llamado –que aclaro reposa únicamente en su falta de previsión que provocó la falta de concurrencia– y, en qué medida, ese retraso de la actividad gubernativa puede afectar a mínimos existenciales por ejemplo, que tengan aptitud en el caso particular de justificar una inobservancia flagrante de la compulsa necesaria en el procedimiento de contratación, dimanado de su principio cardinal de Concurrencia.

Máxime cuando lo que se tramita es el mantenimiento de una infraestructura que viene funcionando y no se señalan a lo largo del expediente potenciales fallas en la misma.

Además, remarco, que el eventual retraso no obedecería al ejercicio del control que hace este Tribunal, sino a la falta de previsión del cuentadante en la planificación de los presupuestos de sus compras y el incumplimiento de la normativa por él mismo impuesta.

En ese camino, agudamente señala el Auditor que no resulta acorde a las constancias del expediente, que la diferencia de cotización se deba como es señalado a foja 390, al hecho de que el presupuesto se haya realizado en enero y el llamado a licitación se realizó en junio, puesto que, de un simple repaso de las constancias, se observa que el presupuesto parecería datar de los últimos días de mayo (fs. 10 vuelta), es decir, paso un mes y medio nada más desde su proyección hasta su efectivo llamado.

Ahora, más allá de la cuestión teórica y análisis en abstracto realizado hasta aquí, es necesario visualizar las consecuencias prácticas de la posición sentada por la administración.

Simplemente errando al presupuesto –intencionadamente o no- o retrasando el llamado de uno correctamente realizado, de forma que se vuelva insuficiente para llevar adelante la obra al momento del llamado, colocando además como clausula en el pliego la correspondiente desestimación de las ofertas que superen el 20% del precio oficial, sin ningun aditamento que actualice ese precio al mes base del llamado, y en connivencia con una empresa que oferte a sabiendas de la posibilidad de violación de esta cláusula en la adjudicación, se puede digitar fácilmente el resultado de toda obra pública, fundado en la necesidad únicamente de llevar adelante la actividad gubernativa.

Una última cuestión merece la atención. La publicación de la Resolución M.O. y S.P. N° 570/2022, no tiene aptitud para subsanar el incumplimiento sustancial analizado que tiene la característica de ser insalvable, puesto que no renace el derecho del potencial oferente autoexcluido de presentarse a la licitación y ofertar conforme a los nuevos parámetros, lo que configura esencialmente al principio de concurrencia e igualdad, sin perjuicio de



406

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

que como dijo el cuentadante, pudieran estos "(...) manifestarse en función de la medida resuelta".

En consecuencia, entiendo que la Observación Sustancial N° 1 debe ser mantenida.

II.B) Observación Sustancial N° 2

En esta observación, el Auditor sostuvo: "Con carácter de **observación sustancial** se verifica que no obra en las actuaciones constancia de que el oferente LEVANTAR S.R.L., que resultara adjudicatario de la Licitación Pública N.º 09/2022 según Decreto Provincial N.º 3072/2022, se encuentre inscripto en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, establecido en el artículo 13 de la Ley Nacional N.º 13.064. Al respecto cabe indicarse que la Resolución M.O.yS.P. N.º 352/2022, ha sido observada legalmente por parte de este Tribunal de Cuentas mediante Resolución Plenaria N.º 178/2022, siendo la misma derogada mediante Resolución M.O.yS.P. N.º 542/2022 del 30/08/2022."

Ahora, más allá de las razones expuestas, entiendo le asiste razón al cuentadante en los argumentos que esgrime en el descargo realizado por remisión al Informe Legal N° 20/2022 Letra SubDGAJ-MOYSP (fs. 390/392).

En ese último expresamente expone "Respecto de la Resolución M.O.yS.P. N° 352/2022 (...) se encontraba vigente y revestía presunción de legitimidad al momento de emitirse la Resolución M.O.yS.P. N° 392/2022 de fecha 07 de junio de 2022, por la que se autorizó el llamado a Licitación Pública N° 9/2022 Aprobando el Pliego de Bases y Condiciones".

Que lo relatado es cierto en la medida que la última resolución mencionada, que corresponde al acto de llamado a contratación, se suscribió el 7 de junio del corriente, mientras que la Resolución Plenaria N° 178/2022 que observó la Resolución M.O.yS.P. N° 352/2022 -que autorizó en determinados

6

supuestos la presentación de ofertas sin acreditar la inscripción en el Registro Nacional de Constructores y era aplicable a las presentes – se suscribió el 15 de julio del corriente.

Entonces, no podría el cuentadante haber modificado el pliego y publicar nuevamente el llamado, en ese momento previo a la apertura de sobres para cumplir algo que no conocía -aunque si lo podría haber realizado con el requerimiento del pliego relativo a la desestimación cuando la oferta supere el 20% del presupuesto oficial antes de la apertura, que expresamente sabía que era insuficiente- es decir, que el llamado se realizó al momento de su publicación conforme a la normativa vigente.

Por ello, si bien acertada la observación del Auditor, entiendo que por las especiales circunstancias del caso y, particularmente, que recién con la notificación del artículo 4° de Resolución Plenaria N° 178/2022 se le puso en conocimiento de que este Tribunal observaría todos los actos derivados de esa norma, entiendo prudente sugerirle que tenga por subsanada la Observación Sustancial N° 2.

Una última cuestión amerita ser comentada respecto de la incongruencia en el descargo del cuentadante por contradictorio.

En ese sentido, mientras postula que para la observación sustancial número uno, se violente una cláusula en el pliego sobre la que no se cuestiona su legitimidad –reconocido por el cuentadante-, para la observación sustancial número dos, requiere el estricto respeto de otra norma que forma parte de ese pliego, pero que por el contrario, si estaba cuestionada en su legitimidad, al punto que fue derogada por la propia administración.

III. CONCLUSION



407

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

Conforme a lo desarrollado, entiendo necesario sugerir a la Secretaría Contable que, en caso de compartir el criterio vertido, ratifique la Observación Sustancial N° 1 mediante la Disposición de Secretaria Contable correspondiente y, por otro lado, considere levantar la Observación Sustancial N° 2, devolviendo las actuaciones al cuentadante en el marco de la Resolución Plenaria N° 01/2001 para su continuidad.

Dr. Pablo E. GENNARO
Jefe de la Secretaría Leg. 1
Tribunal de Cuentas de la Provincia

