

Bor. 695
13.09.96

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

Tramita por ante esta FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA el expediente de nuestro registro que lleva el N° 064/96 y se caratula: "s/DENUNCIA IRREGULARIDADES EN LA LICITACION PUBLICA N° 02/96 - INFUETUR", por cuyo intermedio se desarrolló la investigación llevada adelante tras una denuncia presentada por el Sr. Mario Daniel MARTINEZ en su carácter de Apoderado de la empresa SEARCH ORGANIZACION DE SEGURIDAD S.A..

A través de la misma se denuncia la actuación del Instituto Fueguino de Turismo en la Licitación Pública antes citada por las razones que en la presentación se indican, debiendo señalar que el mismo día en que se efectuó la denuncia en este organismo de control (23/08/96), la denunciante efectuó la impugnación de la preadjudicación de la Licitación Pública N° 02/96 utilizando similares argumentos.

A efectos de una correcta resolución de la cuestión planteada, en primer término considero pertinente precisar la naturaleza y alcance jurídico de la preadjudicación:

"... La adjudicación provisional no vincula al órgano competente ni es parte de un acto complejo, es una actividad previa, preparatoria de la decisión final. Es, en suma, un acto de trámite o simple acto de la Administración, que necesita de la aprobación para producir efectos jurídicos directos.

La aprobación o adjudicación definitiva confiere suficiencia jurídica sustancial a la preadjudicación, ya que ésta, en sí, no importa una declaración de voluntad propia y autónoma, ni reúne los elementos necesarios para la existencia del acto administrativo complejo o de voluntad concurrente.

Este criterio está expresamente aceptado por el R.C.E. al indicar que: "El mismo procedimiento, con sus fundamentos, deberá seguirse cuando la autoridad competente para aprobar, modifique la preadjudicación aconsejada por la comisión de preadjudicaciones ..."

ES COPIA DEL ORIGINAL
JULIO JAVIER FOUQUASTRE
Prosecretario de Administración
Fiscalía de Estado de la Provincia

(art. 61, inc. 78); "...Las impugnaciones serán resueltas por la autoridad competente para aprobar la contratación, en decisión que no podrá ser posterior a la de la adjudicación..." (art. 61, inc. 79); "El contrato se perfecciona con la adjudicación competente ... y la comunicación ..." (art. 61, inc. 80) ..." ("La Licitación Pública", DROMI, p. 386).

Cabe puntualizar que idéntico texto al transcripto del art. 61 incisos 79) y 80) del R.C.E. se observa en los incisos 78) y 79) del artículo 34 del Anexo del Decreto Territorial N° 292/72 vigente en la Provincia en materia de contrataciones.

También se ha expresado: "... De lo expuesto podemos inferir que la preadjudicación puede ser modificada por la autoridad competente e impugnada por los oferentes, lo que sin duda traduce su intrascendencia jurídica en el procedimiento de la licitación pública. De ahí que la situación jurídica del preadjudicatario se tipifique como la de titular de un interés legítimo y la decisión de preadjudicación como un simple acto de la Administración, preparatorio de la voluntad contractual administrativa ...".

"... SITUACION JURIDICA DEL PREADJUDICATARIO.- Dada la forma jurídica que reviste la preadjudicación no crea derecho alguno a favor del preadjudicatario. Este no tiene un derecho incontrovertible a ser adjudicatario. El ente público no está obligado a contratar con el adjudicatario provisional y, correlativamente, éste no puede intimar a la autoridad a que contrate con él ...".

"... En suma si es posible el desistimiento del licitante y del preadjudicatario y el segundo pierde por su retiro, al igual que cualquier oferente, sólo la garantía de oferta, es obvio que su situación jurídica, en cuanto a posibilidad de adjudicación se refiere, sigue siendo de interés legítimo. Sólo con la adjudicación definitiva o la aprobación del contrato se genera un derecho subjetivo en favor del oferente elegido o seleccionado,



300.695.

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

quien podrá entonces exigir su realización o formalización ..." ("La Licitación Pública", DROMI, ps. 386/8).

"... Según la interpretación realizada por el Tribunal de Cuentas de la Nación (expediente 30.146/80, providencia 400/80, D.G.D.S. 2º, T.C.N.), se ha establecido que la comisión de preadjudicación conforma un servicio de asesoramiento administrativo técnico que a veces es de carácter permanente y en otras oportunidades se constituye especialmente para una selección determinada. La competencia técnico-consultiva de dicha comisión se pone de manifiesto mediante el dictamen que se conoce como "preadjudicación", y que no es otra cosa que la formulación de un proyecto de adjudicación, la emisión de una propuesta o el asesoramiento al órgano administrativo con facultades para adjudicar, y que, a pesar de ser solamente un dictamen, está sometido a requisitos de publicidad, como veremos más adelante, y puede ser impugnado.

A la luz de las normas que tienen que ver con su existencia y funcionamiento, establecidas en los incs. 72 a 79 de la reglamentación del art. 61 de la Ley de Contabilidad, se desprende que la referida comisión de preadjudicación cumple funciones preparatorias de la voluntad administrativa, hallándose entre aquellos presupuestos a cuya preexistencia el derecho positivo condiciona el perfeccionamiento del contrato de suministros.

La preadjudicación puede ser modificada por la autoridad competente e impugnada por los oferentes, lo que muestra su carácter de acto de mero trámite en el procedimiento de selección del contratista.

Por tanto, la intervención de la comisión de preadjudicaciones es una etapa preparatoria del procedimiento de contratación, por propio imperio de la reglamentación en vigencia ...".

ES COPIA DEL ORIGINAL
JULIO VARELA FODRACI
Prosecretaría de Administración
Fiscalía de Estado de la Provincia

"... Cabe aclarar que los simples actos de la administración, entre los que se encuentra la preadjudicación, no son impugnables administrativamente.

Sin embargo, el Reglamento de las Contrataciones del Estado, con el fin de salvaguardar el debido proceso adjetivo, reglamenta la impugnación de la preadjudicación en el inc. 79 ..." ("Régimen de compras del Estado", CASELLA - CHOJKIER - DUBINSKI, ps. 201/2 y 209).

"... Mientras la autoridad competente para efectuar la adjudicación "definitiva" o para aprobar el contrato, no se haya expedido disponiendo esas medidas, la Administración Pública ("Estado") no está obligada a contratar con el adjudicatario provisional, y correlativamente éste no puede intimar a la autoridad a que contrate con él, pues se ha dicho que en ese estado del procedimiento la Administración Pública tiene una especie de derecho de veto respecto a la celebración del contrato, lo que es consecuencia del carácter "discrecional" de la actividad de la Administración en lo atinente a la "aprobación" de la adjudicación. Nuestro derecho positivo corrobora lo que antecede, pues la Administración Pública, en cualquier estado del trámite, previo a la "adjudicación", puede dejar sin efecto la licitación, rechazando las ofertas.

Recién la adjudicación "definitiva", o la "aprobación" del contrato, crean un derecho en favor del oferente elegido o seleccionado, quien entonces podrá exigir la realización o formalización del contrato ..." ("Tratado de Derecho Administrativo", MARIENHOFF, T. III-A, ps. 245/6).

"... La determinación de cuál es la oferta más conveniente o ventajosa para la administración es, a veces, un proceso delicado y muy complejo, en el cual intervienen organismos de asesoramiento que efectúan, en esos casos, una preadjudicación, que no es sino un proyecto de adjudicación, una propuesta o



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

asesoramiento al órgano administrativo que debe adjudicar, la cual no es obligatoria ni genera efectos jurídicos ..." ("Compendio de Derecho Administrativo", ESCOLA, Vol. II, p. 662).

"... La preadjudicación es un acto de la administración que necesita la aprobación para producir efectos jurídicos directos. Mientras la autoridad competente no haya aprobado la preadjudicación, la administración pública no está obligada a contratar con el adjudicatario provisional y, correlativamente, éste no puede intimar a la autoridad para que contrate con él ...".

"... La preadjudicación no crea ningún derecho a favor del preadjudicatario, ya que el ente público no está obligado a contratar con él y no puede éste intimar a la autoridad competente para que lo haga. En tal sentido, el decreto 5720/72 expresa que en cualquier estado del trámite previo a la adjudicación puede dejarse sin efecto la licitación, rechazando las ofertas (art. 61 inc. 7, ley de obras públicas, art. 18). En la misma situación se encuentra el preadjudicatario, que puede renunciar a la preadjudicación y retirar la oferta. En este supuesto su responsabilidad es precontractual y se reduce a la pérdida de la garantía que ofreció ..." ("Derecho Administrativo", DIEZ, T. III, p. 118).

A la luz de las opiniones transcriptas, plenamente aplicables en la Provincia de acuerdo a la normativa vigente, cabría concluir en que la preadjudicación no es otra cosa que un acto de mero trámite o simple acto de administración; producto de una actividad previa, preparatoria de la decisión final o voluntad administrativa; que culmina en lo que podría denominarse un proyecto de adjudicación, la emisión de una propuesta, o de un dictamen.

Por otra parte, dicho acto de mero trámite o simple acto de administración, como no podía ser de otra manera, no crea derecho alguno a favor del preadjudicatario, esto es que éste no podrá exigir la realización o formalización del contrato.

ES COPIA DEL ORIGINAL
JULIO JAVIER FOURASTIE
Prosecretario C. Administración
Fiscalia de Estado de la Provincia

Como corolario de lo antes expresado, nada obsta a que la propuesta o proyecto emanado de la Comisión de Preadjudicación sea objeto de modificación.

Habiendo aclarado los aspectos precedentemente desarrollados, lo que he considerado importante teniendo en cuenta los términos contenidos en la denuncia presentada ante este organismo de control, debo concluir en que es en el marco del procedimiento de selección del contratista - en este caso el de la licitación pública -, en el que en principio se deben subsanar los vicios que pudiere padecer el mismo, más aún cuando dicho procedimiento prevé mecanismos en tal sentido.

Sin perjuicio de ello, previo a finalizar el presente dictamen, no quiero dejar de expresar mi opinión en cuanto a las consecuencias de la falta de acreditación de la existencia de la sociedad que resultara preadjudicada, como así también la no presentación del poder por parte de quien suscribiera la oferta en carácter de apoderado, al realizarse el acto de apertura de las ofertas.

Al respecto sólo he de señalar que considero que ello constituye un vicio cuya gravedad amerita el rechazo de la oferta presentada.

Finalmente, y conforme a lo preceptuado por el inciso 78 del artículo 34 del Anexo del Decreto Territorial N° 292/72, deberá resolverse la impugnación presentada por SEARCH ORGANIZACION DE SEGURIDAD SOCIEDAD ANONIMA con carácter previo al dictado del acto que disponga la culminación del proceso licitatorio.

Con el objeto de materializar las conclusiones a que he arribado, deberá dictarse el pertinente acto administrativo, el que con copia certificada del presente, deberá notificarse al denunciante y al Instituto Fueguino de Turismo (INFUETUR),

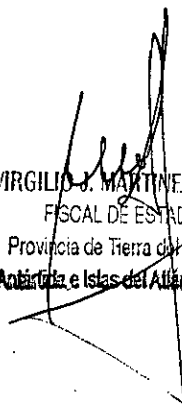


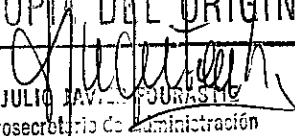
Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina
FISCALIA DE ESTADO

remitiéndose en devolución a éste último los dos cuerpos (hasta foja 196 y 345 respectivamente) correspondientes a los antecedentes de la Licitación Pública N° 02/96 sobre servicio de guardia en Aerosilla Septiembre 1996 - Agosto 1997.-

DICTAMEN FISCALIA DE ESTADO N° 56 /96.-

FISCALIA DE ESTADO - Ushuaia, 28 AGO 1996


DR. VIRGILIO J. MARTÍNEZ DE SUCRE
FISCAL DE ESTADO
Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur

ES COPIA DEL ORIGINAL

JULIO J. FOURNASME
Prosecretario de Administración
Fiscalía de Estado de la Provincia