

## ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los...14...días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces Javier Darío Muchnik, Carlos Gonzalo Sagastume y María del Carmen Battaini, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: **"Medio Ambiente S.A. c/ Municipalidad de Río Grande s/ contencioso administrativo"**, expediente N° 2209/09, de la Secretaría de Demandas Originarias.

## ANTECEDENTES

I. A fs. 88/104 vta., por medio de apoderado inicia demanda la empresa Medio Ambiente Sociedad Anónima, con el objeto de petitionar la nulidad de cuatro (4) actos administrativos dictados por el municipio demandado en el marco del proceso de la licitación pública n° 9/2008, por el cual se definiera la adjudicación del servicio de recolección de residuos y servicios complementarios en el ámbito de la ciudad de Río Grande, reclamando además la suma de nueve millones ochocientos sesenta y ocho mil novecientos sesenta pesos (\$ 9.868.960,00.-) con más intereses y costas. Ello, como consecuencia de los gastos incurridos para realizar la presentación en el marco del procedimiento de selección realizado, a lo que adiciona la pérdida de chance y el lucro cesante sufrido. Hace expresa reserva del caso federal.

Posteriormente, mediante las presentaciones obrantes a fs. 206/210 vta. y fs. 212/212 vta., amplía demanda elevando su monto en pesos ciento

dieciocho mil novecientos sesenta y ocho con cuarenta y cuatro centavos (\$ 118.968,44.-), al adicionar a la suma inicialmente consignada, la totalidad de los gastos que habría efectuado personal de la empresa actora que se trasladara a la ciudad de Río Grande a efectos de participar del proceso licitatorio, y por la errónea consignación en el escrito inicial del monto abonado en concepto de derecho de impugnación de ofertas.

Al referenciar los antecedentes fácticos, cuestiona cuatro supuestos actos administrativos que son, en definitiva, respecto de los cuales peticona su nulidad, sin identificarlos concretamente, pero indicando expresamente las consecuencias que ocasionaran.

Ellos son: a) la circular aclaratoria sin consulta N° 05/08, por medio de la cual se desdoblara la apertura de ofertas; b) la recepción extemporánea de la oferta presentada por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.; c) la admisión de esta última; y, d) el rechazo de la oferta presentada por la firma actora.

Explica que mediante ese accionar se han violado las normas convencionales y legales que forman parte del Pliego de Bases y Condiciones correspondiente a la licitación pública n° 9/2008, las que individualiza de la siguiente manera: a) capítulo 1, art. 1.8, segundo párrafo; b) capítulo 2, art. 2.5, y arts. 15 y 16 de la ley 13.064; c) capítulo 4, art. 4.1; y, d) capítulo 2, punto 2.1, apartado segundo, inc. b) -la actora menciona a la resolución municipal n° 1053/2008 como aprobatoria del Pliego, cuando ha sido aprobado por ordenanza 2523, y dicha resolución es la que autoriza el llamado-

En el apartado IV de la demanda denominado “Hechos”, Medio

Ambiente S.A., a través de su apoderado, identifica una serie de actos que se sucedieron en el proceso licitatorio al que califica como “un verdadero entramado de apariencias”, y del que surgiría que la verdadera intención ha sido favorecer a la empresa Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. a efectos que sea esta última la elegida para contratar con la municipalidad de Río Grande la prestación del servicio de recolección de residuos.

Entre los hechos descriptos como cuestionamientos menciona: \* la prórroga dispuesta para presentar las ofertas; \* la supuesta falta de adecuación al mecanismo de circulares, consultas y aclaraciones establecido en el pliego; \* el desdoblamiento de las fechas de apertura de las ofertas -técnica y económica, que obran en los sobres números 1 y 2-; \* la recepción de la oferta presentada de manera extemporánea por Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.; \* la admisión de ésta última oferente a pesar de estar imposibilitada de presentarse por no estar rehabilitada luego de haber afrontado un proceso concursal; \* la exclusión de la oferta de la actora por no estar debidamente foliada, en su original y copias, circunstancia de la que no se hiciera mención alguna en el acto de apertura; \* la imputación del agregado de una declaración jurada en un momento posterior al acto de apertura; \* la exclusión como oferente por no garantizar el pago de la indemnización a los trabajadores conforme al cálculo de la antigüedad previsto en el pliego.

Resume su posición advirtiendo que cumplía con todos los requisitos previstos en el pliego para participar del procedimiento licitatorio, siendo excluido de manera ilegítima de dicha licitación a efectos de favorecer a otro de los oferentes, que por el contrario no dio cumplimiento a las exigencias para presentarse a la misma.

En el apartado V, al que identifica como “Los actos administrativos y sus nulidades”, cita diferentes opiniones doctrinarias que darían sustento al pedido de nulidad formulado.

En el capítulo VI -“De los daños y perjuicios reclamados”-, indica que la suma peticionada, se encuentra conformada por los gastos en que incurriera a efectos de participar en el proceso licitatorio -compra del pliego de bases y condiciones y derecho de impugnación-, y la pérdida de chance que estima en la ganancia mensual que hubiese percibido en el supuesto de ser adjudicataria del servicio licitado, durante todo el tiempo de duración del contrato, es decir por cinco años o 60 meses. Como se indicara, posteriormente corrige la suma que fuera abonada en concepto de derecho de impugnación y adiciona los gastos en que habría incurrido personal de la empresa para participar del procedimiento licitatorio.

Luego de ofrecer prueba concluye su exposición manifestando que en atención a las consideraciones precedentes, corresponde se dicte pronunciamiento judicial haciendo lugar a la demanda, decretando la nulidad de los actos administrativos dictados y condenando al Municipio a afrontar los daños y perjuicios reclamados, con expresa imposición de costas.

**II.** Mediante la resolución de este estrado que luce a fs. 234/234 vta. de autos, se declara la admisibilidad formal de la demanda, ordenándose correr traslado al municipio de la ciudad de Río Grande por el plazo de 30 días.

**III.** A fojas 356/373 se presenta la apoderada de la municipalidad de Río

Grande, con patrocinio letrado. Seguidamente, niega categóricamente la procedencia de la acción interpuesta mediante el escrito de inicio.

Luego de realizar una negativa en general y particular de cada una de las circunstancias enumeradas en la demanda, en el capítulo al que identifica como “IV) De la realidad incontrastable de los hechos”, refiere que el proceso licitatorio concluyó con el dictado de la resolución municipal n° 497/2009 de fecha 16 de marzo de 2009, mediante la cual se adjudica la licitación a la empresa Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., por considerar su oferta como la más conveniente. Ese acto administrativo, advierte, no solamente no ha sido cuestionado en sede administrativa, sino que tampoco resulta cuestionado a través de la demanda interpuesta, señalando que la falta de agotamiento de la instancia administrativa debe ser considerado como un argumento de fondo al momento de resolver la petición efectuada.

En relación a cada uno de los planteos de nulidad formulados, la demandada dijo:

-Respecto del pedido de nulidad de la circular aclaratoria sin consulta n° 5/08, señala que ésta última vino a complementar la circular aclaratoria con consulta n° 3/08, ordenando el trámite de las presentaciones tendientes a otorgar un mayor plazo de análisis a la comisión de preadjudicación en relación al sobre n° 1, a través del cual se formulara la oferta técnica.

El momento en que ha sido emitida la circular aclaratoria sin consulta n° 5, no afecta la norma contenida en el art. 1.8 del pliego, ya que dichas limitaciones temporales están establecidas en relación a los oferentes y no al

ente licitante, señala el municipio.

- En relación a la temporaneidad de la presentación efectuada por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F, la demandada indica que se podía realizar sin inconvenientes hasta el horario en que se abriera el sobre nº 1, y que dicha flexibilidad se traduciría en una mayor concurrencia de oferentes a la licitación en curso. Por esta razón, afirma que la postura asumida por su poderdante al recepcionar la oferta de quien finalmente resultara ser el adjudicatario, ha sido correcta ya que, de lo contrario, se estaría haciendo primar el control de formas por sobre el control de resultados, circunstancia que a su entender se encuentra configurada por lograr una contratación conveniente y satisfactoria de las necesidades públicas, aspecto determinante al disponer el llamado a licitación.

- Otro de los cuestionamientos efectuados se configura por la imposibilidad de participar del proceso de selección por parte de Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. como consecuencia de hallarse incurso en la prohibición establecida en el pliego, al no estar rehabilitada en el marco del proceso concursal que atravesara. Respecto de esta presunta irregularidad señala que con el dictado por parte del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de las resoluciones nros. 118 y 183, de los años 2006 y 2008 respectivamente, la firma ya se encontraba rehabilitada judicialmente, sin que exista sobre ella ninguna clase de inhabilitación que le impidiera participar en procesos licitatorios.

- En relación al rechazo de la presentación de la firma actora como oferente, indica que se encuentra plenamente justificado por la falta de

foliatura que tenía la propuesta y por la incorporación de documental con posterioridad a la celebración del acto de apertura de las ofertas, circunstancias éstas que devinieran en la tramitación de un sumario en sede administrativa y en su remisión para ser agregado como documental en la causa penal iniciada a raíz de la denuncia formulada por el Dr. Da Fonseca.

Califica a estos dos vicios como graves, y concluye que resulta inadmisibles admitir el saneamiento de dichas irregularidades sin que tal conducta se traduzca en la violación de los principios de igualdad y concurrencia que informan el procedimiento de la licitación pública.

Y refiere que esa declaración jurada incorporada extemporáneamente a la oferta presentada por la actora, además de dicha irregularidad, tampoco cumplimentaba las exigencias establecidas en el art. 3.2.1., apartado n) del pliego de bases y condiciones, por no haber garantizado el pago de la indemnización correspondiente a los empleados con el cálculo de antigüedad que poseían. Concluye este apartado al referirse a la inexistencia de nulidad de los citados actos administrativos, expresando que el procedimiento licitatorio ha cumplido con todos los recaudos y principios que informan el procedimiento administrativo de licitación pública, conforme lo establecido en el propio pliego y en la ley de procedimiento administrativo, descartando además la presencia de las supuestas vías de hecho alegadas por la firma actora.

- Por último, al contestar los perjuicios económicos invocados por la accionante, indica que al no haber impugnado el acto administrativo que adjudicara la licitación, carece de fundamento y justificación la imputación de responsabilidad extracontractual que se le intenta atribuir.

Además, califica a la solicitud como un intento de obtención de un rédito económico incausado, basándose en la posibilidad que tiene el municipio de interrumpir el proceso licitatorio y rechazar las propuestas presentadas, indicando que no conoció ni tuvo posibilidades de conocer la oferta económica que propuso la actora, al devolverse cerrado el sobre número 2 de conformidad a lo establecido en el pliego.

Rechaza también las erogaciones que habría realizado personal de la empresa para participar del proceso licitatorio, a las que califica de hipotéticas y describe como un intento de enriquecimiento sin causa.

Y finaliza indicando que, para el supuesto que se entendieran verosímiles los argumentos invocados por la actora, la pretensión resarcitoria deberá estar circunscripta a los gastos que sean consecuencia necesaria e inmediata de su exclusión del proceso licitatorio, calificándolo como un supuesto de responsabilidad precontractual, comprensivo únicamente del resarcimiento del daño emergente que habría padecido, por aplicación del principio que habilita el procedimiento de expropiación.

Cita en apoyo de su postura, doctrina y jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Finalmente, ofrece prueba, impugna la ofrecida por la parte actora y solicita se rechace la demanda con fundamento en las razones apuntadas, haciendo expresa reserva del caso federal.



**IV.** Mediante la resolución obrante a fs. 392/394, se rechazan las impugnaciones vertidas mutuamente por las partes -con la sola excepción de una prueba informativa obrante en poder de la demandada que no fuera acompañada en autos- y se abre la causa a prueba.

**V.** En plena tramitación de la prueba ofrecida por las partes, con sustento en lo peticionado por la demandada, mediante la resolución dictada en fecha 20 de noviembre de 2013 que obra a fs. 937/938, se hizo lugar a la cuestión prejudicial penal, disponiéndose la suspensión del proceso al tiempo de decretarse el llamamiento de autos para sentencia.

**VI.** A fs. 945/945 vta. se clausuró la etapa probatoria y se pusieron autos para alegar, actividad procesal que fue ejercida por las partes de acuerdo a las constancias que obran a fs. 955/958 y 959/973.

El señor Fiscal ante el Superior Tribunal emite dictamen a fs. 951/953, solicitando expedirse una vez resuelta la causa penal.

**VII.** Acompañada en copia simple por la parte actora la sentencia dictada por este Tribunal en autos “DA FONSECA, Javier s/ Denuncia s/ Defraudación c/ Administración Pública”, la que obra a fs. 987/996, se certifica la misma por el actuario y se solicita al Juzgado de Instrucción nº 1 del Distrito Judicial Norte la remisión de la causa nº 13.184 en el marco de la cual se dictara, diligencia que se cumplimenta a fs. 1000 mediante oficio judicial 1337/18.

En ese estado de la causa, se remiten nuevamente las actuaciones al

señor Fiscal ante el Estrado quien emite dictamen que obra agregado a fs. 1007/1013 vta., entendiendo que la demanda promovida solamente puede prosperar en lo relacionado con el daño emergente reclamado, no estimando procedente en esta materia el lucro cesante, al que además considera exagerado.

**VIII.** A fs. 1014 se llaman los autos para el dictado de la sentencia. Practicado el sorteo del orden de estudio y votación de las actuaciones -fs. 1015-, se resolvió considerar y votar las siguientes

#### **CUESTIONES:**

**Primera:** *¿Es procedente la demanda?*

**Segunda:** *¿Qué decisión debe dictarse?*

#### **A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:**

1. Se inician estas actuaciones por medio de las cuales la firma Medio Ambiente S.A. solicita se haga lugar a la demanda, declarando la nulidad de cuatro (4) actos administrativos y acogiendo el reclamo de daños y perjuicios por la suma total de nueve millones novecientos ochenta y siete mil novecientos veintiocho pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$ 9.987.928,44.-) -incluyendo lo peticionado mediante la correspondiente ampliación-.

Cuestiona y peticona la nulidad de: a) la circular aclaratoria sin consulta n° 05/08 que desdoblara la apertura de ofertas; b) la recepción extemporánea

de la oferta presentada por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.; c) la admisión de esta última oferta; y, d) el rechazo de la oferta por ella presentada.

Indica que a través de las conductas instrumentadas en esos actos, se han violado las normas convencionales y legales que forman parte del pliego de bases y condiciones correspondiente a la licitación pública nº 9/2008, a las que identifica como: a) capítulo 1, art. 1.8, segundo párrafo; b) capítulo 2, art. 2.5, y arts. 15 y 16 de la ley 13.064; c) capítulo 4, art. 4.1; y, d) capítulo 2, punto 2.1, apartado segundo, inc. b).

La firma actora califica como direccionado al proceso licitatorio para favorecer a la empresa Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. y fundamenta dicha calificación en determinadas conductas desplegadas por la administración municipal que la llevan a formular semejante afirmación.

Esas conductas son: a) la prórroga dispuesta para presentar las ofertas; b) la supuesta falta de adecuación al mecanismo de circulares, consultas y aclaraciones establecido en el pliego; c) el desdoblamiento de las fechas de aperturas de las ofertas -técnica y económica, que obran en los sobres números 1 y 2-; d) la recepción de la oferta presentada de manera extemporánea por Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.; e) la admisión de ésta última oferente a pesar de estar imposibilitada de presentarse por no estar rehabilitada luego de haber afrontado un proceso concursal; f) la exclusión de su oferta por no estar debidamente foliada, en su original y copias, circunstancia de la que no se hiciera mención alguna en el acto de apertura; g) la imputación del agregado de una declaración jurada en un momento posterior al acto de apertura; h) la exclusión como oferente por no garantizar el pago de

la indemnización conforme al cálculo de la antigüedad previsto en el pliego.

Califica a esas conductas como irregulares e indica que, al cumplir con todos los requisitos previstos en el pliego para participar del procedimiento licitatorio y al resultar su oferta económica la más conveniente para los intereses del municipio, se le deben abonar los gastos en que incurriera a efectos de participar en el proceso licitatorio, conformados por la compra del pliego de bases y condiciones, el derecho de impugnación y los gastos en que habría incurrido personal de la empresa para participar del procedimiento licitatorio, más la pérdida de chance que estima en la ganancia mensual que hubiese percibido en el supuesto de ser adjudicataria del servicio licitado, durante todo el tiempo de duración del contrato, es decir por cinco años o 60 meses.

Por su parte el municipio demandado alega sucintamente que, la circular aclaratoria sin consulta n° 5 vino a complementar la circular aclaratoria n° 3 ordenando el trámite de las presentaciones, a fines de otorgar un mayor plazo de análisis a la comisión de preadjudicación en relación al sobre n° 1, a través del cual se instrumentara la oferta técnica, y que las limitaciones temporales para realizar consultas están establecidas en relación a los oferentes y no al ente licitante.

Respecto de la temporaneidad de la presentación efectuada por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F, señaló que podría realizarse hasta el horario en que se abriera el sobre n° 1 a efectos de posibilitar una mayor concurrencia de oferentes, y que no existía imposibilidad alguna de la citada firma para participar del proceso de selección, ya que con el dictado por parte del Juzgado

de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de las resoluciones nros. 118 y 183, de los años 2006 y 2008 respectivamente, ya se encontraba rehabilitada judicialmente, sin que pese sobre ella ninguna clase de inhabilitación.

Justifica el rechazo de la presentación de la firma actora como oferente, por la existencia de dos vicios a los que individualiza como graves -falta de foliatura que tenía la propuesta, e incorporación de documental con posterioridad a la celebración del acto de apertura de las ofertas-, y que de admitirse el saneamiento de dichas irregularidades, tal actitud se traduciría en la violación de los principios de igualdad y concurrencia a los que se debe atener el procedimiento. Señalan además que, esa declaración jurada incorporada extemporáneamente a la oferta presentada por la actora, tampoco cumplimentaba las exigencias establecidas en el pliego de bases y condiciones, al no haber garantizado el pago de la indemnización correspondiente a los empleados con el cálculo de antigüedad que tenían.

Y al referirse a los perjuicios económicos alegados, manifiesta que los mismos carecen de fundamento y justificación al desconocer el contenido de la oferta económica de la actora, agregando que el municipio siempre cuenta con la posibilidad de interrumpir el proceso licitatorio y rechazar las propuestas presentadas, describiendo como un intento de enriquecimiento sin causa el reclamo de gastos en que habría incurrido el personal de la firma actora para participar del mencionado procedimiento de selección.

2. Planteada la cuestión en estos términos y a efectos de dilucidar cada uno de los tópicos planteados, los mismos serán analizados, teniendo en especial consideración las constancias documentales obrantes en la causa,

entre las que se encuentra la causa penal oportunamente remitida y debidamente referenciada supra.

3. En primer término, se analizará el cuestionamiento vinculado a la admisión de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. como oferente, a pesar de estar supuestamente imposibilitada de presentarse, por la situación en que se encontraba el proceso concursal que estaba atravesando.

El pliego en el capítulo 2.1 -requisitos básicos de la licitación-, en el apartado destinado a detallar quiénes son los que no pueden participar en la licitación, expresamente señala *“b)...las concursadas que no acrediten la finalización del concurso”*.

Esta exigencia se encontraba debidamente cumplimentada, lo que se acredita con la documental obrante a fs. 191/192 del expediente administrativo 2796/2008 por el que tramitara la licitación, donde obran copias de la resolución de fecha 22 de agosto de 2006, emitida por la titular del Juzgado Civil y Comercial ante el cual tramitara el concurso de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., registrada bajo el número 118 del libro de sentencias interlocutorias de dicho tribunal.

Por ello, independientemente del entendimiento que hayan tenido las partes acerca de la necesidad de estar rehabilitados o de haberse declarado cumplido el acuerdo preventivo al que se arribara, en concreto, la circunstancia exigida por el pliego se encontraba satisfecha.

Nada agrega que la titular del juzgado actuante haya denegado la

solicitud de declaración de cumplimiento del acuerdo preventivo o haya concedido el pedido de levantamiento de inhibición general de bienes, solicitudes que fueran formuladas por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., conforme se desprende de la copia certificada de la resolución judicial obrante a fs. 292/293 del expediente administrativo anteriormente referenciado. Ninguna de esas dos exigencias preveía el pliego, como de necesario cumplimiento para poder participar del procedimiento de selección.

Las condiciones exigidas por el pliego en relación a los oferentes que estuvieran en concurso -las que no fueran cuestionadas por ninguno de los oferentes-, estaban cumplidas por parte de Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. mucho tiempo antes de haberse ordenado el llamado a licitación.

**4.** Respecto de la prórroga dispuesta por el Municipio para presentar las ofertas y el intento que realiza la actora de vincularlo con la situación en que se encontraba el proceso concursal de Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., de conformidad a lo señalado en el apartado anterior tampoco puede prosperar.

De las constancias documentales que obran en la causa -fs. 104 del citado expediente administrativo 2796/2008-, la solicitud de prórroga de apertura de ofertas, que finalmente fuera concedida por quien entonces estaba a cargo de la intendencia del municipio demandado mediante el dictado de la Resolución Municipal N° 1207/2008 en fecha 22/07/2008 -fs. 107 del mismo expediente-, se produjo casi dos (2) años después del dictado de la resolución judicial emitida por la titular del Juzgado Civil y Comercial ante el cual tramitara el concurso de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., que declarara finalizado el concurso preventivo de la mencionada firma.

En consecuencia, la afirmación realizada por la actora con relación a la motivación en la que se asentara la prórroga dispuesta, no se compadece con las constancias documentales aportadas y no guarda vinculación alguna con la circunstancia invocada por Medio Ambiente S.A. a esos efectos.

5. Otro de los cuestionamientos que realiza la actora, radica en la supuesta falta de adecuación al mecanismo de circulares, consultas y aclaraciones establecido en el pliego, que se configurara por el desdoblamiento de las fechas de apertura de las ofertas -técnica y económica, que obran en los sobres números 1 y 2-, mediante el dictado de la circular aclaratoria sin consulta número 5/08.

Tal como lo señala el municipio demandado, la limitación temporal para emitir circulares dentro de un plazo de hasta tres (3) días hábiles antes de la apertura, se encuentra establecido para dar respuesta a solicitudes formuladas por los oferentes con una antelación de cinco (5) días hábiles a la fecha de apertura, pero no resulta aplicable a la facultad de organización que tiene el órgano licitante, facultad que puede hacer valer hasta en el mismo acto de apertura de la referida licitación (art.1.8 del pliego de condiciones), resultando válida en consecuencia la actuación desplegada por parte del organismo licitante en este aspecto.

Asimismo, se desprende de manera indubitable del pliego y de los plazos allí contemplados, que la apertura del sobre número 2 que contenía la oferta económica, no se podría realizar en las fechas que fueran establecidas por la Licenciada Feuillade mediante la circular aclaratoria con consulta nº 3/08.



Esta última, se dictó de manera unilateral por la mencionada funcionaria -no estando acreditada la existencia de consulta alguna al servicio jurídico con carácter previo-, alterando así las condiciones del pliego de conformidad a los plazos establecidos en algunos artículos del capítulo 4.

A modo de ejemplo, basta mencionar que los artículos 4.3 y 4.4 establecen diferentes plazos en los cuales las ofertas estarían a disposición de los oferentes, para realizar las observaciones a las propuestas ajenas y para realizar la selección.

De allí que, resulta indubitable que el sobre nº 2 conteniendo la oferta económica, de ninguna manera podía ser abierto en la misma fecha de apertura del sobre nº 1, sin alterar las condiciones establecidas en el pliego, deviniendo imprescindible modificar los plazos establecidos en la circular nº 03/08.

En relación a este punto, resulta suficiente recordar un precedente jurisprudencial en el que se dijo: *“...las modificaciones introducidas a las cláusulas de los pliegos, aprobados por el Concejo Deliberante, por las `circulares` emitidas por la Dirección de Limpieza Pública, repartición dependiente del Departamento Ejecutivo, son nulas por haber emanado de una autoridad municipal no habilitada legalmente para tal cometido. No obsta a tal conclusión que, en el artículo 2º de los mencionados pliegos se prevea que circular `es la comunicación escrita y formal cursada por la municipalidad a los oferentes, que importa modificaciones o aclaraciones a las estipulaciones de los pliegos`”.* (Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sentencia del 13-3-

1987, “Diavil S.R.L.”).

Claramente se advierte que el análisis de la documental demanda mucho tiempo, razón por la cual la apertura en fechas diferentes de los sobres era una cuestión tratada y definida por el mismo pliego, no pudiendo interpretarse como una maniobra ilícita el respeto de las disposiciones que lo integran.

En este sentido, Ivanega ha señalado: *“...es dable exigir a las partes una conducta coherente ajena a los cambios perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante. Así, cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su posterior impugnación. El voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación”* (cfr. IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Revista de Derecho Público, 2006 - 1, Contratistas del Estado, Procedimiento de Selección*, Rubinzal -Culzoni Editores, *“Aspectos de la licitación pública”*, pág. 145).

Por esta razón, el plazo fijando una diferencia de diez (10) días corridos entre una fecha y otra, no resulta irrazonable teniendo en cuenta que los plazos para formular observaciones eran de cinco (5) días hábiles, no advirtiéndose en dicha circunstancia, la intención de favorecer a alguno de los oferentes, tal como señala la actora.

6. Con relación al planteo efectuado respecto de la recepción de la oferta presentada de manera extemporánea por Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., se encuentra acreditado que dicha presentación se formalizó de manera extemporánea -(20) veinte minutos después de la hora establecida-.

Tampoco es materia de debate que el pliego en su capítulo 2 -instrucciones a los oferentes-, artículo 2.5., segundo párrafo, establece expresamente que *“Las ofertas que se reciban después del día y hora prescriptos, serán rechazadas y devueltas sin abrir, con prescindencia de la fecha en la cual fueron despachadas. El Municipio no asume ninguna responsabilidad, ni admitirá reclamo alguno por no abrir dichas ofertas”*.

El argumento central por el cual se admitiera la presentación tardía de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., obedeció al principio de mayor concurrencia de oferentes, conforme lo señalara la comisión de apertura, preadjudicaciones, análisis e informes técnicos para concurso de precios, licitaciones, concursos públicos del municipio de la ciudad de Río Grande, a través del acta N° 02 labrada en el momento de realizar la evaluación y el análisis de las ofertas presentadas (ver fs. 18/19 de autos), citando a esos efectos la opinión de un reconocido doctrinario administrativista -GORDILLO, Agustín-.

Y esa intención de favorecer la concurrencia, tal como ha sido advertido por Ivanega, se presenta respecto de aquellos que se encuentren en un pie de igualdad (cfr. IVANEGA, MIRIAM MABEL, publicación citada, pág. 130), protegiendo de esa manera los intereses económicos de la administración al

posibilitar la máxima competencia posible y garantizando la igualdad de acceso a la contratación (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Tomo I, pág. 653).

No fundamenta la actora la razón por la cual entiende vulnerado el principio de igualdad como consecuencia de haberse admitido la presentación de la oferta por la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F., la que reitero, ha operado con anterioridad a la apertura de los sobres. Dicha circunstancia se traduce en la imposibilidad de conocimiento, del contenido de las ofertas presentadas por el resto de los oferentes.

Por el contrario, teniendo en cuenta la trascendencia económica de la cuestión involucrada para el organismo licitante y para la comunidad de Río Grande, que es en definitiva con sus aportes quien afronta indirectamente la retribución de la prestación del servicio público concesionado, es que se posibilita la mayor concurrencia de oferentes posibles, a los fines de comparar las propuestas que se formulen y tomar una decisión conveniente a esos efectos.

7. Por último, en este apartado se analizará si dicha argumentación se corresponde con los fundamentos invocados para excluir la oferta presentada por la firma Medio Ambiente S.A., por no estar debidamente foliada, en su original y copias -circunstancia de la que no se hiciera mención alguna en el acto de apertura-, la imputación del agregado de una declaración jurada en un momento posterior al acto de apertura, sumada a la circunstancia de no garantizar el pago de la indemnización conforme al cálculo de la antigüedad previsto en el pliego.

Teniendo en cuenta que la intención orientadora del procedimiento de selección del contratista estatal resultaba ser favorecer la concurrencia -mencionada y justificada para recepcionar una oferta presentada extemporáneamente-, ella ha sido dejada de lado para decidir la exclusión de la oferta de la firma actora.

Las argumentaciones esgrimidas para determinar la no admisión de la firma Medio Ambiente S.A. en el procedimiento licitatorio, se asientan en la falta de foliatura de la oferta presentada y en la incorporación con posterioridad a esa fecha inicial, de una declaración jurada en relación a la absorción del personal que hasta la fecha se estaba desempeñando bajo las órdenes y directivas del prestador del servicio.

De la lectura del acta de apertura no surgen dichas circunstancias, no obstante lo cual de la pericial practicada en el marco de la causa penal -fojas 909/925-, se desprende que la oferta presentada no se encontraba debidamente foliada. Y al referenciar la declaración jurada, del acta de apertura se advierte que en ella se deja constancia que presenta nota con ese carácter aceptando la totalidad del personal, aunque el municipio demandado indica que la manifestación efectuada por el apoderado de la firma actora mediante la presentación obrante a fojas 140/142 se traduce en un eventual perjuicio al erario municipal de producirse la discontinuidad de los trabajadores.

Ahora bien, de la circular aclaratoria con consulta n° 03/08 no se observa que se haya rechazado lo expresado en la nota referenciada, como se indica en el dictamen de preselección elaborado por la comisión de preadjudicación a

través del acta nº 2, instrumento por el cual se realizara la evaluación y análisis de las ofertas presentadas.

En definitiva, calificar a las irregularidades y alteraciones observadas en la oferta presentada por la firma Medio Ambiente S.A. como *“anomalías insubsanables”*, se entiende que lesiona los principios de igualdad y concurrencia que deben orientar el accionar administrativo en este proceso, resguardando de esa manera el derecho de los oferentes y el interés público comprometido en la debida elección de los adjudicatarios, tal como lo indicara el cimero Tribunal en un reconocido precedente (CSJN, Fallos 327:4185, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - decreto 310/1998 s/ amparo ley 16.986”, sentencia de fecha 14/10/2004).

Así lo ha señalado la propia Oficina Nacional de Contrataciones, en un dictamen en el que se tratara una cuestión similar al indicar: *“...La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad. V) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios “concurrencia” e “igualdad” deben complementarse en lugar de oponerse...”*(Dictamen ONC Nº 313/2013, del 18 de septiembre de 2013).

En relación a este aspecto, Altamira Gigena en la obra antes mencionada señala que: *“Otro error que suele cometer la Administración es declarar que una oferta es inadmisibile por ausencia de alguno de los requisitos que podrían ser subsanados con posterioridad, como pueden ser que la oferta no esté rubricada en cada una de sus hojas por el representante legal de la empresa oferente, o que el depósito de garantía de oferta, el pagaré o el seguro de caución se encuentren incompletos. Considero que estas exigencias pueden perfectamente cumplirse o completarse a posteriori, pues no alteran la oferta económica, y de esa forma el principio de concurrencia estará garantizado. La administración podrá elegir la oferta más conveniente, y al permitir la comparación con las otras ofertas, no se habrá violado el principio de igualdad”* (cfr. ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, publicación citada, pág. 235).

Resulta coincidente con este criterio, la posición adoptada por Dromi al indicar que: *“Los interesados en contratar con el Estado no sólo deben tener la libertad de participar en el procedimiento, sino que, además, deben acceder en condiciones de igualdad. La administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros. Cuando existen intereses contrapuestos de los administrados en un procedimiento, éste adquiere carácter contradictorio y la Administración está obligada a garantizar la participación igualitaria de los interesados, so pena de la ilegitimidad de la decisión por afectar la imparcialidad que debe guardar en el trámite... La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. El trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes: ...3) cumplimiento por parte de la administración y de los*

*participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista....Además, toda ventaja concedida por el licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, también lesiona o infringe el principio de igualdad”. (cfr. DROMI, ROBERTO, *Revista de Derecho Público*, 2006 - 1, *Contratistas del Estado, Procedimiento de Selección*, Rubinzal -Culzoni Editores, “*Renovación axiológica y normativa de la licitación pública*”, págs. 96/98).*

Máxime si entendemos que, el principio de igualdad es un principio constitucional y resulta ser uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, estando obligados todos los poderes públicos a respetarlo y a contribuir activamente a su consecución (cfr. GROSZ, PEDRO J., *Revista de Derecho Público*, 2006 - 1, *Contratistas del Estado, Procedimiento de Selección*, Rubinzal -Culzoni Editores, “*La contratación pública, el principio de libre concurrencia y los regímenes preferenciales*”, pág. 292/293).

Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las probanzas aportadas en autos, se advierte que la igualdad de trato y oportunidades consagrada en los artículos 21.2 y 73 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Río Grande -concordante con lo establecido en los arts. 14.4 y 16 de las Constituciones Provincial y Nacional respectivamente-, se ha visto quebrantada en el marco del procedimiento de la licitación pública nº 09/2008, realizada por la municipalidad de Río Grande, al excluir en los términos indicados a la firma Medio Ambiente S.A. Ello, por entender que la apreciación restrictiva utilizada en el dictamen de preselección para verificar la admisibilidad de la oferta presentada por la firma actora, no se corresponde con el criterio de concurrencia utilizado para permitir la participación de la firma Agrotécnica



Fueguina S.A.C.I.F.

Al haber rechazado con una interpretación restrictiva la oferta formulada por Medio Ambiente S.A., dicho accionar se traduce en una deficiente prestación del servicio de selección del contratista por parte del Estado municipal de la ciudad de Río Grande.

En consecuencia, al estar acreditada la vinculación causal entre la conducta estatal que se impugna y el daño cierto que dice haber sufrido la firma actora, corresponde determinar el alcance de este último.

**8.** Al momento de analizar las consecuencias que genera el concreto accionar desplegado por el municipio con relación a Medio Ambiente S.A. en el marco del proceso de licitación pública del servicio de recolección de residuos cuestionado, se deben especificar las diferentes peticiones formuladas por la actora.

El pedido de nulidad planteado respecto de los actos que determinarían la adjudicación de la concesión del servicio público de recolección de residuos y servicios complementarios, deviene abstracto ya que el contrato se encuentra íntegramente cumplido, de acuerdo al tiempo por el que fuera concesionado el servicio, que era de sesenta (60) meses, con opción por parte del Municipio de prorrogarlo por doce (12) meses más -mediante el dictado de la resolución municipal n° 497/2009 de fecha 16 de marzo de 2009, se adjudicó la licitación a la empresa Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. por ese plazo-.

Así lo ha resuelto el Estrado en otro precedente similar en el que fuera

parte la municipalidad de Río Grande, donde se indicara citando al profesor Diez, “...Si el contrato ya hubiera concluido, vale decir si el suministro se hubiera proporcionado o la obra pública se hubiera realizado (situación que puede ser la de autos), el juez se encuentra frente a una situación abstracta, puesto que no podría anular un contrato ya efectuado y no habría ninguna solución positiva al respecto”.(v. “Sitra S.A. Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso Administrativo”, expte. n° 595/98, SDO-STJ, sentencia del 06 de febrero de 2002, registrada en el T° XXXIII, F° 63/75).

Los daños y perjuicios alegados por la actora en concepto de pérdida de chance tampoco pueden prosperar, ya que las ganancias así planteadas son meramente hipotéticas y no pasan de ser meras especulaciones que no se asientan en comprobaciones que se desprendan de la posibilidad de adjudicación de dicho contrato, máxime cuando no era el único oferente que participara en dicho procedimiento de selección.

El rechazo de la oferta presentada en el marco del procedimiento de selección realizado, no lo habilita a exigir la adjudicación en su favor o las supuestas ganancias que podría haber obtenido como consecuencia de ello, ya que la administración siempre cuenta con la alternativa de elegir en forma razonablemente discrecional al contratista o, en su caso, de no contratar, y aun en el caso de una supuesta contratación, ésta tampoco garantiza las hipotéticas ganancias pretendidas por la actora.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia al señalar: *“En tanto la no adjudicación de la obra fue el resultado de un comportamiento*

*administrativo indudablemente ilegítimo, ha nacido la responsabilidad extracontractual del Estado y éste debe indemnizar el daño emergente de tal conducta, pero no el lucro cesante correspondiente a la utilidad probable del contrato, ya que para incluir este concepto, sería menester que los jueces sustituyesen a la Administración en el ejercicio de facultades discrecionales de ésta en punto a la determinación de la propuesta más ventajosa (...) aspecto éste sobre el que les está vedado decidir ab origine” (“Cura, Juan C. c/ Dirección de Vialidad”, SCBuenos Aires, 20/10/81, ED 101-549).*

Por el contrario, la actora detenta el derecho a que se desarrolle con regularidad el procedimiento de selección, exigiendo a la administración que respete las normas y principios que rigen todo su accionar, específicamente en esa etapa previa a la selección del contratista estatal. Mas ello no la habilita a exigir el resarcimiento de un concepto que configura una mera expectativa, resultando ser la supuesta chance frustrada, una posibilidad hipotética que no corresponde sea resarcida.

Ahora bien, de los hechos expuestos se advierte que están presentes los requisitos que activan la responsabilidad del Estado. Como consecuencia de su accionar, teniendo en cuenta las particularidades que se presentan en este conflicto, el estado municipal ha realizado el procedimiento de selección dejando de lado el principio de concurrencia -aplicado para admitir la oferta de Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.-, y con esa conducta se ha producido una concreta afectación del trato igualitario. Esta conducta se ha traducido en la causación de un daño cierto a la actora, al existir una relación de causalidad directa entre ella y parte de los daños peticionados, como lo señala la CSJN en diferentes precedentes (Fallos: 328:2546).

Como lo admite el propio municipio demandado, para el supuesto de entenderse verosímiles los argumentos expuestos por la actora, extremo que ha sido corroborado con la documental y las probanzas aportadas en autos, el resarcimiento se debe circunscribir a los gastos que sean una consecuencia necesaria e inmediata de la exclusión indebida.

Por lo expuesto, deviene necesario reconocer a la firma Medio Ambiente S.A. el derecho a obtener la repetición de los gastos en que incurriera para participar del procedimiento licitatorio, del que ha sido excluida al no haberse realizado una adecuada aplicación del principio de concurrencia, afectando de esa manera el trato igualitario que debe ser dispensado a todos los participantes de un procedimiento de licitación pública.

**9.** La reparación a afrontar por el Municipio de Río Grande alcanza a los gastos generados por la adquisición del pliego y los efectuados en concepto de derecho de impugnación, ascendiendo a la suma de veinticinco mil pesos (\$ 25.000.-) y veintiocho mil quinientos pesos (\$ 28.500.-) respectivamente.

Con relación a los supuestos gastos en que habría incurrido la empresa para participar del procedimiento licitatorio, que estima en la suma de ciento quince mil novecientos sesenta y ocho pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$ 115.968,44.-), en concepto de traslados, movilidad, alojamientos, comidas, librería, publicaciones y honorarios profesionales, teniendo en cuenta el domicilio real de la empresa, la deficiencia probatoria advertida en la documentación aportada y las amplias facultades concedidas a los jueces por el último párrafo del art. 177 del C.P.C.C.L.R.y M., se considera razonable

admitir su procedencia parcial hasta alcanzar la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.-), ponderando con prudencia la afectación a su derecho de propiedad, consumada por el actuar de la administración municipal en este caso concreto.

En definitiva, al estar acreditada la vulneración del principio de igualdad que deben recibir todos los participantes de un procedimiento de licitación pública, corresponde hacer lugar a la demanda en lo relacionado a los gastos referenciados en los párrafos precedentes, con más los intereses que generaran dichas sumas desde la fecha en que se realizara la apertura de los sobres -15/09/2008-, los que serán calculados conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, hasta el día 19 de junio de 2017, a tenor de lo dispuesto en el fallo “Escobar, José c/ Expocar S.A s/ Despido” - Expte N° 934/06 STJ-SR (sentencia del 31 de octubre de 2006; registrada en T° XII- F° 718/729) y conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, a partir de la fecha indicada, de acuerdo a lo decidido en autos “Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. s/ Diferencias Salariales” (expediente STJ-SR N° 2411/16, resolución del 19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII, F° 315/319).

Los antecedentes apuntados, evaluados en conjunto con las restantes pruebas de la causa y las constancias administrativas, permiten concluir que la decisión adoptada por la demandada -plasmada en la exclusión del proceso licitatorio de la firma actora- no fue ajustada a derecho, razón por la cual corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta.

Ello así, **voto por la afirmativa a la cuestión propuesta.**

El Juez **Carlos Gonzalo Sagastume** dijo:

He de adherir a la solución propuesta por el colega que lidera el Acuerdo, votando en el mismo sentido, respecto de la procedencia del rubro responsabilidad precontractual; y desestimando igualmente la demanda en lo concerniente a la pérdida de la chance en orden a lo seguidamente expuesto.

1. De tal modo, coincido con el voto ponente en lo relativo a la existencia de responsabilidad precontractual del municipio ante la exclusión de la actora del procedimiento licitatorio tramitado por el Expediente N° 2796/08, afectando los principios de igualdad de trato y concurrencia, y lesionando su derecho a la sustanciación regular del procedimiento de selección en calidad de oferente.

2. No obstante, difiero en relación a los fundamentos que sustentan el rechazo de la pretensión resarcitoria en concepto de pérdida de chance.

Respecto a este tópico, con cita de reconocida doctrina, ha señalado este Estrado: *"... 'En el reclamo por pérdida de chance el Juez debe efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra del damnificado; de ese balance surgirá la proporción del resarcimiento' -cfr., López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix A., "Tratado de la Responsabilidad Civil, 2da. Edición actualizada y ampliada, T. II, pág. 127-. Más adelante agrega: 'Lo que se trata es de hacer un pronóstico de la situación, excluyendo hipotéticamente el hecho dañoso. Nada muy distinto a lo que todo juez al fallar cada causa de responsabilidad civil respecto de la relación causal, que también se basa en un*

*pronóstico y que también es prospectivo-retrospectivo.*’ -López Mesa y Trigo Represas, ob. cit., pág. 128-.” (ver autos: "Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ Plasenzotti, Leonardo Ariel s/ Acción Resarcitoria", Expediente N° 1643/12 STJ-SR, sentencia del 27 de febrero de 2018).

En el *sub spes* debe analizarse en base a la prueba rendida en autos, si como consecuencia de la exclusión del procedimiento licitatorio ya apuntada, la actora vio frustrada la posibilidad de resultar adjudataria de la contratación del servicio de recolección de residuos y servicios complementarios, sin perjuicio de haber presentado la oferta de más bajo precio.

El Pliego de Bases y Condiciones de la licitación aprobado por la Ordenanza Municipal N° 2523/08 (fs. 263/329), en su capítulo 4, establecía que la selección a efectuar por la Comisión de Preadjudicación consistiría en la determinación de un nivel de mérito de las ofertas y el rechazo de aquellas que no se ajustaran al pliego o que no alcanzasen el nivel mínimo requerido para calificar y acceder a la etapa de apertura del Sobre N° 2 con la oferta económica -fijado en 12 puntos-, tomando en cuenta los índices consignados en el Anexo C -solvencia, prueba ácida, liquidez corriente, endeudamiento y facturación de los últimos tres años- (artículo 4.4.).

Además, en el artículo 4.5., al regular la forma de la apertura del Sobre N° 2 fijaba los criterios para la evaluación y valorización de las ofertas económicas -calidad de los proyectos propuestos, antecedentes en servicios similares y capacidad técnico profesional empresarial-; especificando que: “... *los precios cotizados son solamente uno de los elementos que hacen a la cotización, pero que de ninguna manera, son el factor determinante ya que se*

*analizarán exhaustivamente los equipos, antecedentes, cumplimiento de las obligaciones previsionales y sociales, la experiencia y antigüedad de la empresa, el plan de trabajos, la capacidad técnico financiera de la misma. (...) En resumen, el Municipio en su carácter de contratante se reserva los derechos de efectuar la adjudicación de los trabajos a la oferta más conveniente a sus intereses....”.*

Asimismo, conforme surge del artículo 1.5., resulta aplicable la norma contenida en el artículo 18 de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064, en tanto indica que la adjudicación recaerá sobre la oferta más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación.

Acerca de la interpretación de este concepto, señala la doctrina que: *“La Administración no está obligada a adjudicar la obra a quien ofrece hacerla por el precio más bajo. Es indudable que el precio más bajo determina un factor importante respecto de la conveniencia; pero no es el único a considerarse. La solvencia moral y material del contratista, la competencia técnica, trayectoria recorrida en la ejecución de obras públicas y privadas, mejor calidad de materiales dentro de los exigidos por los pliegos de especificaciones, etc., son factores que pueden inclinar la balanza en favor de una oferta que puede no ser la más barata.”* (Mó, Fernando; *Régimen Legal de las Obras Públicas*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 168).

En sentido concordante, se ha indicado que: *“... la determinación de la oferta más conveniente debe requerir: a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la bondad,*



*utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representa la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos; e) otras variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos.”* (SESIN, Domingo Juan; Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 288).

En la pericia contable practicada en autos -luego de la compulsación de la documentación obrante en el Expediente N° 13184 del Juzgado de Instrucción N° 1 del Distrito Judicial Norte- se realizó una comparación aritmética de las ofertas económicas presentadas por las tres oferentes contenidas en el Sobre N° 2 -documentación reservada en la citada causa penal-, concluyendo que la propuesta presentada por Medio Ambiente S.A. resultaba un 23,14 % más baja que la de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F. y un 55,60% menor con relación a la presentada por la empresa Cliba - Ingeniería Ambiental S.A. (fs. 858, 866, 868).

También se efectuó la valorización de la oferta presentada por la actora según los criterios establecidos en los artículos 4.4. y 4.5. del pliego, calificándola de acuerdo a los índices establecidos en el Anexo C con 18 puntos e indicando que el puntaje total que correspondería asignarle en cuanto a su capacidad técnica y económica financiera sería de 75 puntos (fs. 868); ponderando en ésta ocasión solo a la demandante, mas nos a los restantes oferentes por carecer de los sobres pertinentes.

Evaluadas las conclusiones del informe pericial con la documental incorporada a fs. 263/329 y 590/608, considero que resultan insuficientes a fin de acreditar que la oferta presentada por Medio Ambiente S.A. era la más conveniente para los intereses de la accionada, en los términos del artículo 4.5 del pliego.

En efecto, aunque de la comparación allí efectuada puede extraerse que su oferta era la de más bajo precio, es claro el pliego al indicar que el precio cotizado sería uno de los elementos a meritarse; analizándose también otros factores como los equipos, antecedentes, experiencia y antigüedad de la empresa, plan de trabajos. Si bien la actora fue calificada en la experticia en cuanto a su capacidad técnica y económica financiera con 75 puntos, cotejando el detalle del informe pericial -fs. 868- con el especificado en el pliego -fs. 285/288- se advierte que no se evaluó la denominada “capacidad técnico - profesional - empresarial” -punto 3-, que comprende el grado de especialización de la oferente en servicios de seguridad e higiene urbana según los alcances de su objeto social, los antecedentes de los socios, la estructura de la empresa y su equipamiento (vehículos y maquinaria vial).

Además, tampoco se ha analizado el plan de trabajos para la implementación del servicio contenido en la propuesta económica de la actora, que era otro de los parámetros establecidos por el pliego para evaluar la conveniencia de las ofertas.

De los términos del Informe Técnico contenido en la Nota N° 313/18 Letra: D.E. y M.A. - S.O.y S.P. y del Acta N° 9 de la Comisión de Apertura, Preadjudicaciones, Análisis e Informes Técnicos para Concursos de Precios,

Licitaciones y Concursos Públicos del Municipio, que sustentaron la adjudicación efectuada por la Resolución Municipal N° 497/09 (fs. 590/608), surge que se efectuó una evaluación técnica del servicio propuesto por las empresas de acuerdo a los requerimientos del pliego y que para la calificación de las ofertas se contempló la “capacidad técnico - profesional - empresarial” de los oferentes, prevista en el artículo 4.5. -punto 3-.

En suma, para determinar la oferta más conveniente y decidir la adjudicación de la contratación del servicio licitado, era menester también efectuar una evaluación de la propuesta técnica de las empresas, un análisis comparativo integral -no sólo económico- que no ha sido realizado respecto de la propuesta presentada por Medio Ambiente S.A.

De modo que la demandante no ha acreditado que estuviera en mejores condiciones que las demás oferentes para ser adjudicataria del contrato y que su oferta resultaba la más ventajosa.

Consecuentemente, estimo procedente el rechazo de la pretensión resarcitoria en concepto de pérdida de la chance, al no encontrarse verificados los extremos referidos.

Por los motivos expuestos, al primer interrogante me pronuncio por la afirmativa con el alcance que antecede. **Así voto.**

La Jueza **María del Carmen Battaini** comparte los fundamentos expresados por el ponente y adhiere en todos sus términos, votando la cuestión propuesta en igual sentido.

**A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:**

En atención a la respuesta dada al tratar el primer interrogante, corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la firma Medio Ambiente S.A. en contra de la Municipalidad de Río Grande, condenando a esta última a devolver a la firma actora, las sumas abonadas en concepto de adquisición del pliego, derecho de impugnación, y la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.-) en concepto de gastos en que ha incurrido para participar del procedimiento de selección, más los intereses que deberán ser liquidados de acuerdo a los parámetros establecidos en el punto 9.

Por ello, al acogerse parcialmente la demanda interpuesta y teniendo en cuenta la existencia de vencimientos parciales y mutuos entre las partes -al admitirse solamente la repetición de algunos de los gastos en que incurriera, rechazando la pérdida de chance peticionada-, las costas del presente proceso son impuestas en el orden causado (art. 81 del CPCCLRyM, aplicable por remisión del art. 16 del CCA). **Así voto.**

Los Jueces **Carlos Gonzalo Sagastume** y **María del Carmen Battaini**, por análogas razones a las desarrolladas por el ponente, votan la presente cuestión en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

**SENTENCIA**

**Ushuaia,** ...14..... de agosto de 2019.

**Vistas:** las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

## **EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

### **RESUELVE:**

**1º.- HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda incoada por Medio Ambiente S.A. contra la municipalidad de Río Grande, condenando a esta última a abonar a la firma actora, las sumas abonadas en concepto de adquisición del pliego, derecho de impugnación y de gastos en que ha incurrido para participar del procedimiento de selección, detalladas en el punto 9, más los intereses que deberán ser liquidados de acuerdo a los parámetros allí establecidos.

**2º.- DISTRIBUIR** las costas en el orden causado (art. 81 del CPCCLRyM, aplicable por remisión del art. 16 del CCA).

**3º.- MANDAR** se registre, notifique y cumpla. Se devuelvan las actuaciones administrativas.

**Registrado: T° 112 - F° 95/114**

**Fdo: Dra. María del Carmen Battaini Presidente STJ., Dr. Carlos Gonzalo Sagastume Vicepresidente STJ. y Dr. Javier Darío Muchnik Juez STJ.**

**Ante Mí: Dra. Roxana Cecilia Vallejos, Secretaria SDO. - STJ.**