



CORRESPONDE al Expte. N° 501-MIP-2020 Licitación Pública N° 02/20. Obra: "Construcción Escuela de Nivel Secundario N° 7717 en Barrio Stella Maris de Comodoro Rivadavia.-----"

República Argentina
PROVINCIA DEL CHUBUT
FISCALIA DE ESTADO



DICTAMEN N° 046 - F.E.- 2021.-

SEÑOR MINISTRO DE INFRAESTRUCTURA, ENERGIA Y PLANIFICACION:

Vuelve a intervención de esta Fiscalía de Estado el expediente de la referencia, para conocimiento y efectos, por el que tramita la Licitación Pública Provincial N° 02/20, iniciada por la Dirección General de Planificación, Estudios y Proyectos de Infraestructura del Ministerio de Infraestructura, Energía y Planificación, que tiene por objeto la ejecución de la obra denominada: "Construcción Escuela Nivel Secundario N° 7717 de B° Stella Maris de Comodoro Rivadavia".-

En las presentes actuaciones, con posterioridad al Dictamen N° 27-FE-2021 de esta Fiscalía de Estado, efectuada a fojas 996/7, por medio del cual se dictaminó la existencia de una nulidad que obstaría a la prosecución del presente trámite, atento la mencionada afectación del principio de la publicidad del llamado licitatorio, se agregaron informes legales de fojas 971, correspondiente al organismo licitante, y de fojas 975/83 por parte de la Asesoría General de Gobierno.-

Sintéticamente, en cuanto resulta de utilidad para el presente dictamen, debemos reseñar que la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Legislación y Despacho del Ministerio de Infraestructura, Energía y Planificación, sostiene que disiente con la interpretación de este Organismo de Contralor respecto de la publicidad de la prórroga del llamado a licitación mencionando que "*ninguna parte de la ley contempla, menos obliga la publicación de prórroga alguna, más aún la ley de Obras Públicas no contempla prórroga, como sí lo hace la Ley II N° 76*".-

De igual modo, podemos resumir que la Asesoría General de Gobierno (AGG) afirma, en su Dictamen N° 04/21-AGG, de fecha 30/09/21, que la Ley I N° 11 establece la publicación del llamado inicial en el proceso "normal" pero nada menciona respecto de las prórrogas del mismo o de la ampliación de plazos para efectuar ofertas, aludiendo que ante la falta de previsión expresa, debe recurrirse a normas que se apliquen en forma subsidiaria o analógica. Refiere en ese marco a las prescripciones de la Ley II N° 76. De igual modo, hace referencia a los principios del proceso licitatorio, mencionando respecto de la publicidad del trámite que falta de publicación de la prórroga del "llamado inicial" no puede representar un acto nulo por ese solo hecho, sobre todo cuando no existe imperativo legal expreso que imponga un plazo para ello. Alude dicho dictamen a que no existe en la Ley I N° 11 una previsión normativa respecto de la postergación de la fecha de apertura de una licitación, y que no hay norma alguna de aplicación analógica, sin perjuicio que realiza dicha comparación con las previsiones de la ley II

Dr. ANDRES GIACOMONE
FISCAL DE ESTADO

Dr. Diego Fernando GARCIA FERRE
Jefe de Área Informes y Dictámenes
FISCALIA DE ESTADO

Nº 76, la cual prevé en su artículo 106 la reducción de plazos de publicación por casos de necesidad o urgencia fundada. Respecto de la nulidad propiciada por este organismo, alude a que no hay conducta antijurídica ni incumplimiento de una formalidad expresa de la ley, y que la misma deberá resolverse conforme la aplicación de la ley I Nº 18, en cuanto prevé en sus artículos 33º, 34º y 35º el régimen de nulidades de los actos administrativos, concluyendo que debe demostrarse el agravio puntual del acto viciado resultando insuficiente la identificación de la formalidad incumplida, lo cual en su opinión no acontece en estas actuaciones con la deficiente publicación ya que no se advierte que se vea impedida la finalidad del presunto acto viciado.-

Consideraciones.-

Previo a adentrarme en el análisis de las presentes actuaciones, debe mencionarse que esta Fiscalía de Estado ya ha tomado debida intervención a fojas 966/7, en los términos del artículo 7º de la Ley V Nº 96, por lo que el trámite correspondiente a aplicar, en caso de que el organismo oficiante considere errado el análisis efectuado, resulta el estipulado en los artículos 15º y 16º de dicha norma orgánica.-

Sin perjuicio de ello, y atento haberse incorporado el Dictamen Nº 04/21-AGG, de fecha 30 de septiembre del corriente año, el cual resulta contrario a lo sostenido por este Organismo en anterior oportunidad, resultará pertinente, en esta oportunidad, efectuar un análisis de las actuaciones atento las consideraciones allí vertidas.-

Debe mencionarse, sintéticamente, que en anterior intervención se manifestó que la publicación del procedimiento licitatorio no resultaba ajustado a las prescripciones de la Ley I Nº 11 atento que las publicaciones efectuadas no cumplían con los términos su artículo 11º, el cual expresamente establece que “...*Los anuncios obligatorios se publicarán no menos de cinco veces y con una anticipación no menor de quince días hábiles, contados a partir de la fecha de la primera publicación...*”.-

En tal sentido, corresponde dejar debidamente sentado que, a criterio de esta Fiscalía de Estado y siguiendo prestigiosa doctrina en la materia, resulta errada la argumentación explicitada en el aludido Dictamen de la AGG respecto de que existiría una publicación del “llamado inicial” y una publicación de la prórroga, como así también el argumento relativo a la falta de normativa que determine la publicación de la prórroga del llamado licitatorio. El llamado licitatorio es único, en cuanto posee la naturaleza de un acto administrativo y se manifiesta, en este caso, por medio de la Resolución Nº 118/21 MIEP, y su complementaria Disposición Nº 02-DGPEyPI-21, importando la divulgación de la decisión administrativa unilateral de pedir ofertas, generadora de efectos jurídicos, y



República Argentina
PROVINCIA DEL CHUBUT
FISCALIA DE ESTADO



de contratar en su consecuencia, siempre que aquellas se ajusten a los pliegos y cláusulas prefijadas. Ahora bien, dentro del contenido de este llamado a licitación, encontramos que el mismo posee diversos elementos, entre los que se encuentran, entre otros, el lugar, día y hora en la que deben de ser presentadas las propuestas de los potenciales oferentes.-

Y este llamado licitatorio no debe ser confundido con el hecho administrativo de la publicidad del llamado, siendo que esta última es una mera actividad material de la administración la cual tiene como finalidad hacer conocer, mediante los medios de difusión determinados, el llamado licitatorio.-

Aclarado este importante concepto jurídico, es pacífica la doctrina nacional al señalar que modificado uno de los elementos del llamado licitatorio deberá de publicarse nuevamente el mismo, siendo esta la única publicación del llamado licitatorio, ya que si se hubiese modificado uno de los elementos (como es este caso en el cual se dictamina) el anterior ha dejado de tener virtualidad jurídica tal como se lo publicó. Esta modificación, como se ha mencionado, implica cambiar un acto jurídico que conlleva una serie de responsabilidades y obligaciones que el licitante debe asumir, pues se encuentran en juego la afectación de derechos e intereses de los participantes o posibles concurrentes al acto licitatorio.-

Prestigiosa doctrina ha sostenido que tanto la suspensión como la modificación del llamado resulta ser una prerrogativa de la administración fundada en el ius variandi, que podría ser aplicada en algunos casos aún después de suscripto el contrato. En estos casos, "*en las modificaciones del llamado debe preservarse, en todo momento, la publicidad del mismo, difundándose las reformas a través de los mismos medio y durante el mismo tiempo que se emplearon en el llamado*" (Contratos Administrativos, Ismael Farrando -h-, LexisNexis, pag 284).-

Se ha sostenido además, en el dictamen referido de la AGG, que la norma no prevé referencia alguna respecto de la posibilidad de prórroga de plazos, y con ello, con más razón, nada sobre la necesidad de publicar la misma con los mismos plazos que el supuesto llamado "anterior". No resulta compartido dicho criterio por parte de esta Fiscalía de Estado toda vez que, como se ha mencionado, el llamado licitatorio resulta ser uno solo, y solo se publica una sola vez en el modo que la ley refiere. En caso de su modificación, el mismo será un nuevo llamado por la afectación de sus elementos.-

Demás está decir, por ser ello una discusión que excede el presente dictamen, que el argumento que sostiene que la

Dr. ANDRES GIACOMONE
FISCAL DE ESTADO

Dr. Diego Fernando GARCIA FERRE
Jefe de Área Informes y Dictámenes
FISCALIA DE ESTADO

“falta de publicación de la prórroga del “llamado inicial” no puede representar un acto nulo por ese solo hecho, sobre todo cuando no existe imperativo legal expreso que imponga un plazo para ello”, merece serias dudas jurídicas, toda vez que la falta de habilitación legal inhabilitaría el accionar de la administración por carecer de competencia para ello. La habilitación legal a la administración debe ser expresa, ya que el principio de reserva que se aplica a los particulares no resulta de idéntica aplicación en este caso. Poner en duda la falta de imperativo legal en la publicación de la prórroga, conllevaría a que la administración no pueda realizar dicha prórroga por carecer de habilitación para ello. Es por ello, que el argumento sostenido por la AGG resultaría equivocado.-

Pretender la reducción o modificación de los plazos de publicación del llamado licitatorio, en los casos en los que se suspenda o modifiquen algunos de sus elementos, resulta una materia legislativa que deberá ser materia de expreso tratamiento por parte de la Asesoría General de Gobierno, atento su expresa competencia asignada respecto de “Proyectos de normas reglamentarias o autónomas vinculadas a aspectos institucionales o funcionales de la Administración”, según el artículo 4° de su norma orgánica. La posición sostenida por ese organismo, respecto a la posibilidad de modificación de los plazos de publicación de una prórroga del llamado, máxime en casos como el presente en los cuales fue aplazado por seis días hábiles a pedido de uno de los oferentes, solo podrá ser viable mediante el dictado de la norma reglamentaria que así lo habilite y en aquellos casos en que la misma resulte razonable, toda vez que la reglamentación no podrá exceder las materias estipuladas por la norma legal, ni arrogarse facultades que no han sido delegadas o resultan contrarios a los principios licitatorios.-

Ahora bien, los vicios que pueda presentar el procedimiento licitatorio, y más específicamente el analizado en el presente que afecta la publicidad del llamado efectuado por la administración conllevan, como se ha dicho en anterior dictamen, provocan la nulidad del acto en el cual se presentan por afectar a su forma, abarcando tanto a los actos preparatorios como al posterior contrato que pueda llevarse a cabo. Pero, como ha dicho prestigiosa doctrina, *“la apreciación de la irregularidad debe ser merituada en el caso concreto para determinar la nulidad, anulabilidad o validez del procedimiento, en razón de la magnitud del incumplimiento o del grado de antijuridicidad”* (La licitación Pública, Jose Roberto Dromi, Astrea, 2da edición, pag. 241/2). Y abunda en señalar el citado autor una cuestión de fundamental importancia, relativa a que *“el incumplimiento de la publicación provoca la nulidad de la licitación, y su publicación incompleta, confusa, deficiente, imprecisa, por menor término que el legal, etc., vicia también el procedimiento, pero el grado de nulidad depende de la medida en que haya afectado de hecho y en el caso concreto la publicidad del acto”*.-



República Argentina
PROVINCIA DEL CHUBUT
FISCALIA DE ESTADO



En este marco, y receptando la objeción señalada por el dictamen de la AGG, habremos de analizar la nulidad señalada en anterior intervención evitando caer en un excesivo rigor formal y analizando la medida en que se pudo haber afectado la publicidad en el contexto del trámite ordinario y razonable de las licitaciones públicas de idéntico trámite.-

Es así como podemos observar, en primer término, que resulta habitual la prórroga de la apertura del llamado licitatorio, la cual como se mencionó debería publicarse de la forma estipulada en la ley, pero existen situaciones en las que resulta razonable una interpretación amplia en beneficio del trámite licitatorio. En estas situaciones nos encontraríamos ante peticiones de los pretensos oferentes, como es el presente caso, en donde la solicitud de prórroga se realizó por escasos días, notificándose a los oferentes que habían adquirido los pliegos, y se realizaron publicaciones de la misma en los mismos medios que ya se había efectuado la convocatoria, pese a que en este caso, claro está, no se llegó a cumplimentar con los términos legalmente establecidos. Esta situación debe evaluarse razonablemente, ya que habría sido motivada en el pedido efectuado para poder estudiar y presentar las ofertas que a la postre resultaron válidas para el análisis de la Comisión de Preadjudicación. Obsérvese que una de las empresas presentó el pedido de fojas 249 y la otra solicitó una Aclaratoria el mismo día en que estaba establecido el llamado, por lo que puede entenderse razonable que el término ampliado ayudó a la formulación de dos ofertas válidas y técnicamente admisibles.-

En este marco de razonabilidad antes mencionado, también podemos afirmar que la concurrencia de ofertas, tal como se ha manifestado en anterior intervención, se vio cumplida en su mínima expresión con la participación de las empresas Rigel SRL y Ledesma y Cia. SRL. Asimismo, las diversas publicaciones, aunque deficientes, fueron realizadas en medios de difusión de alcance masivo a nivel provincial, como así también en los medios oficiales previstos en la normativa, dando cuenta de ello que las empresas oferentes presentan domicilios en distintas ciudades de nuestra provincia.-

En este nuevo análisis pormenorizado deberá además ser evaluado en el marco de las prescripciones del artículo 34 de la ley de procedimiento administrativo (Ley I N° 18) en cuanto refiere que la nulidad del acto que posea un vicio o defecto de forma "sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o haya impedido la defensa de los interesados". Es dable advertir aquí que no hay intereses afectados de terceros, como así también se debe señalar que la finalidad publicitaria del acto ha alcanzado una razonable medida y ha permitido la presentación de dos ofertas válidas.-

Dr. ANDRES GIACOMONE
FISCAL DE ESTADO

Dr. Diego Fernando GARCIA FERRE
Jefe de Área Informes y Dictámenes
FISCALIA DE ESTADO

Por otra parte, y tal como se mencionará más adelante, esta Fiscalía no encuentra comprometido el interés fiscal atento que se cuenta con presupuesto oficial para la misma y la diferencia que la oferta más conveniente presenta, por parte de la empresa preadjudicada, que resulta cercana al 10% por encima del presupuesto realizado por la administración, se encontraría razonablemente justificada de la forma que la Comisión Evaluadora ha mencionado en su informe, al cual me remito me mérito a la brevedad.-

Sin perjuicio de lo mencionado, entendiendo que la nulidad manifestada en anterior intervención podría ser evaluada de modo más beneficioso para viabilidad del trámite licitatorio atento que resulta razonable la actividad administrativa desarrollada y la finalidad del principio de publicidad y concurrencia se encuentra cumplida en un grado de satisfacción aceptable, resulta adecuado revocar el planteo antes sostenido debiendo reencausar el vicio advertido por esta Fiscalía de Estado en los términos del artículo 34 de la ley de procedimiento administrativo, lo cual conllevaría la viabilidad del presente trámite licitatorio.-

De igual modo, es importante advertir que a fin de evitar futuros planteos similares, donde la razonabilidad de la evaluación que este organismo de contralor formula podría no ser compartido por el organismo oficiante, y evitar dilaciones y planteos en los términos antes mencionados, resultará imperativo efectuar por los órganos competentes la reglamentación de los supuestos aquí comprometidos, dentro de un marco de razonabilidad y de los términos de la ley I N° 11.-

Procedimiento Licitatorio.-

Atento lo antes manifestado y debiendo completar el pronunciamiento, en el ámbito de la competencia legalmente asignada, respecto del trámite licitatorio, debo señalar sintéticamente, toda vez que este trámite ha merecido numerosas intervenciones legales, que a fs. 872/3 obra una copia certificada del acta de apertura en la que se puede constatar la presentación de dos ofertas correspondientes a las mencionadas firmas: 1.- "RIGEL S.R.L." que realiza una oferta básica por la suma de \$ 251.258.016,79 y una propuesta alternativa, con un anticipo financiero del 10% con un descuento del 2% sobre todos y cada uno de los ítems de la oferta básica; 2.- "LEDESMA Y CIA S.R.L." que realiza una oferta básica por la suma de \$ 207.391.214,71 y una propuesta alternativa, con un anticipo financiero del 10% con un descuento del 1% sobre todos y cada uno de los ítems de la oferta básica.-

A fs. 931/6 la Comisión de Preadjudicación elabora y agrega el DICTAMEN de PREADJUDICACIÓN analizando la totalidad de la documentación agregada por las firma oferente determinando en



República Argentina
PROVINCIA DEL CHUBUT
FISCALIA DE ESTADO



forma preliminar, que la oferta presentada por ambos oferentes. es admisible procediendo a su análisis.-

Adentrándose en el estudio de conveniencia de la propuesta, la Comisión individualiza documentación e informes que se adjuntan a las ofertas, citando con el número de fojas a las que corre cada documento y concluyen verificando y certificando, que las propuestas cumplen con los aspectos formales de los sobres ofertas y que no encuentran objeciones por lo que pasan a analizar la conveniencia de la misma en "los aspectos técnicos y económicos.-

En relación con la ponderación técnica de la oferta concluyen, también que las propuestas se consideran técnicamente aceptables para la ejecución de la obra, luego de detallar los documentos esenciales, tales como los datos del representante técnico en el sentido de que cumple con los requerimientos, el listado de equipos, el listado de obras ejecutadas, los análisis de precios, el plan de trabajo e inversiones y la nómina de especificaciones, por lo que en cuanto responde a los solicitado consideran que los mismos son acordes para el desarrollo razonable de la obra que se ha analizado como objeto de la presente licitación.-

En relación con el aspecto económico efectúan una confrontación, de las ofertas con los precios del presupuesto oficial actualizado a la misma fecha de cotización del cual resultan los valores que fueran transcritos en los párrafos anteriores. De ello resulta que la propuesta presentada por la firma LEDESMA Y CIA SRL presenta un mayor valor al oficial para su propuesta básica y alternativa con un rango de diferencia que resulta conveniente para la administración.-

Adentrándose en el estudio de la propuesta económica de dicha empresa, la Comisión efectúa el relevamiento del cómputo y presupuesto desarrollado, del plan de trabajos e inversiones, de los análisis de precios, de los precios unitarios, de los valores considerados para la mano de obra, de los gastos generales y particulares, a los cuales he de remitirme en mérito a la brevedad, concluyendo así que la oferta alternativa de la empresa LEDESMA Y CIA SRL. resulta conveniente y ajustada a la ejecución de la obra.-

Por último, la Comisión refiere que la opción de la oferta alternativa de la citada empresa ofrece el descuento antes señalado, en los términos de las condiciones de contratación, para el caso de que se otorgue un anticipo financiero, dicho desembolso produce un resultado final de las inversiones de ahorro para el fisco de aproximadamente \$ 6.739.716,74. Con tales argumentos expuestos de manera sintética justifican la conveniencia técnica,


Dr. ANDRES GIACOMONE
FISCAL DE ESTADO


Dr. Diego Fernando GARCIA FERRE
Jefe de Área Informes y Dictámenes
FISCALIA DE ESTADO

económica y recomiendan la adjudicación a la oferta presentada por la LEDESMA Y CIA SRL. en su variante alternativa con anticipo financiero.-

Dicho dictamen de la Comisión de Pre-adjudicación se encuentra notificado a los oferentes según la notificación personal obrantes a fs. 939/vta., el cual se encuentra firme.-

Se hace constar que obra la intervención de la Contaduría General con la incorporación de la planilla de "control de licitación" y el informe en donde se deja constancia que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente.-

Tal como lo viene sosteniendo esta Fiscalía de Estado en forma reiterada, sobre los aspectos formales y sustanciales del procedimiento licitatorio sólo he de referirme a aquellos que tengan o puedan tener relación con el interés fiscal. Los demás aspectos tales como el instrumento de aprobación y el contenido del Pliego de Bases y Condiciones, los recaudos presupuestarios preventivos, las publicaciones de ley, la realización del acto de apertura, su contenido, la notificación del dictamen a los interesados, etc., han sido analizados conforme a las constancias obrantes en el expediente de referencia.-

Conclusiones.-

Debiendo tenerse presente la revisión del dictamen aludido anteriormente y la readecuación efectuada mediante el análisis de la finalidad suficientemente cumplida en el procedimiento licitatorio, corresponde dar por cumplida la vista solicitada en el marco de los preceptos antes señalados.-

Resulta importante que los organismos competentes se avoquen a la reglamentación del trámite de prórrogas del acto de apertura de la licitación, en el marco de legalidad y razonabilidad antes mencionado.-

De igual modo, deberá de darse cumplimiento y a las prescripciones dominiales mencionadas en anterior intervención, debiendo culminar los trámites de transferencia, inscripción y regularización del trámite dominial del establecimiento objeto de la presente obra pública.-

Por lo expuesto y dejando a salvo que, tanto la valoración de los aspectos técnicos de las ofertas, como el cotejo y ponderación de la cotización de los distintos ítems de la oferta y su comparación con el Presupuesto Oficial, como la verificación de los cómputos de la propuesta y el estudio de los antecedentes o experiencia del oferente cuya adjudicación se aconseja corresponde, tanto a la Comisión de Pre-adjudicación, como a los funcionarios con competencia en la materia en tanto, dichos aspectos exceden el marco de competencia del suscripto, he de concluir que no encuentro razones para ver comprometido el



CORRESPONDE al Expte. N° 501-
MIP-2020 Licitación Pública N°
02/20. Obra: "Construcción Escuela
de Nivel Secundario N° 7717 en
Barrio Stella Maris de Comodoro
Rivadavia.-----

República Argentina
PROVINCIA DEL CHUBUT
FISCALIA DE ESTADO




interés fiscal en los términos del Artículo 7°, inciso 8° de la Ley V N° 96 (antes Ley N° 5117).-

Para finalizar, se aconseja al organismo
oficiante la verificación del mantenimiento actual de la oferta por parte del oferente
pre-adjudicado en virtud del vencimiento de la misma según los términos licitatorios.-

Es todo cuanto puedo informar.-

FISCALIA DE ESTADO, 04 de Noviembre de 2021.


Dr. ANDRES GIACOMONE
FISCAL DE ESTADO


Dr. Diego Fernando GARCIA FERRE
Jefe de Área Informes y Dictámenes
FISCALIA DE ESTADO

