



Ref. Expte. N°868-D-12-77308 "Adquisición de Materiales Eléctricos en MTP derivaciones de Líneas Eléctricas Monofilar Zona Este".

**AL SEÑOR FISCAL
DE ESTADO SUBORGANTE
DR. JAVIER FERNANDEZ**

S / D

Vuelven a esta Dirección de Asuntos Administrativos, los presentes actuados en los cuales la Contaduría General de la Provincia ha solicitado dictamen en referencia a la procedencia del accionar desarrollado por el órgano licitante en relación al procedimiento de "mejora de oferta" instituido (punto 3 de fs. 367).

Al respecto cabe destacar que a fs. 379/80, el Ministerio de Infraestructura y Energía cumplimentó los previos impuestos en Dict. N°310/13 (de fecha 03/12/13 a fs. 378) habiéndose incorporado informe aclaratorio a fs. 379 y el dictamen jurídico requerido, en relación al tema en concreto consultado, a fs. 380.

Así las cosas, el objeto a dirimir en las presentes actuaciones, es si a tenor de la previsión del art. 25 de la Ley N°4.416, resulta ajustado a derecho el procedimiento de "mejora de oferta" implementado por el órgano de origen, o, por el contrario, como afirma Contaduría General de la Provincia (punto 3, fs. 367), hubiera correspondido la declaración de "desierta" (en realidad refiere a "fracasada" por resultar "inadmisible la oferta por precio elevado"¹)

Adelanto desde ya mi opinión coincidente con la conclusión a que arriba el dictamen de fs. 380 de la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura y Energía, por los argumentos que se expresarán a continuación.

¹ El término "desierto" hace referencia aun procedimiento de selección del cocontratante en el cual no se presentaron ofertas mientras que "fracasado" se aplica a los procedimientos donde no se presentaron "ofertas admisibles". La licitación se considera "desierta" en el supuesto en que no se presente ninguna oferta; mientras que se considera "fracasada" cuando la propuesta presentada no responde a los requisitos de los pliegos licitatorios (ver Dromi, Roberto, "La Licitación Pública", Cdad. Argentina, 1995, p. 111). A su vez, es conveniente señalar que la oferta inadmisibile no debe confundirse con la "inconveniente económicamente": "La oferta inadmisibile se vincula con las exigencias específicas del pliego de condiciones, ya que sería erróneo, en cambio, atribuir carácter de oferta inadmisibile a la que, aunque ajustada al pliego de condiciones, se estimara inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias" (PTN, Dictámenes: 89:106; 103:5; 97:395; 96:425).

I. - En relación a la existencia de una sola oferta y a la mejora de precios solicitada y producida por el oferente, deben realizarse las siguientes observaciones:

- 1) En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento salvo que el ordenamiento jurídico por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes², situación que se presenta en el presente expediente toda vez que se ha rechazado "in límine" la oferta de "Forestal Sauce Viejo" en el marco de la previsión del art. 22 de la Ley N°4.416 y 1-11-2 del Pliego de Condiciones-ver Acta de Recepción de Ofertas de fs. 334/335- y Acta de Preadjudicación de fs. 350/352).
- 2) La mejora de oferta es un procedimiento normalmente estipulado para dar solución al empate entre dos o mas licitadores que hayan formulado ofertas igualmente convenientes, y así está expresamente previsto en los PCG que rigen el procedimiento de compras establecido en la Ley N°3.799 (fundado en las previsiones del Decreto Acuerdo N°7.061/67), al determinar en su art. 18 :*"cuando dos o mas ofertas estuvieran en pie de igualdad, podrá llamarse a mejora de ofertas..."*. En análogo sentido se expresa el art. 25 de la Ley N°4.416, en tanto prevé: *"Artículo 25 - La adjudicación se hará a la oferta más conveniente a juicio de la Administración. El precio será sólo uno de los factores a tener en cuenta para la decisión. Cuando se presentaren DOS (2) o más ofertas y estas fueren igualmente conveniente, se podrá llamar a mejora de oferta entre los proponentes en tales condiciones; si resultare nueva paridad se resolverá sobre la que acredite mejores antecedentes no tenidos en cuenta en la calificación del Registro de Constructores. La circunstancia de no haberse presentado más de una oferta no impedirá la adjudicación, si se la considera conveniente."*

Surge entonces la necesidad de determinar si existiendo UNA SOLA OFERTA y no estando expresamente previsto en los Pliegos de Condiciones esta situación, es jurídicamente procedente solicitar (y obtener como en el caso en análisis) un mejora de oferta. Tradicionalmente, la doctrina administrativista se ha inclinado por aceptar tal posibilidad únicamente en caso de hallarse prevista en los Pliegos de Condiciones (Bercaitz, Miguel,



Escola Héctor, Marienhoff, Miguel). Sin perjuicio de ello y siguiendo modernas opiniones jurídicas en tal sentido considero que deben distinguirse tres situaciones: a) que la mejora esté prevista en los Pliegos; (en cuyo caso no existe problema en solicitarla ajustada a ellos), b) que esté prevista para cuando existe igualdad de ofertas (que es la situación contemplada en el art. 18 de los Pliegos de Condiciones Generales y 25 de la Ley N°4.416), y c) que no esté prevista en los Pliegos de Condiciones ni exista igualdad de ofertas (que es el caso presentado en el procedimiento de marras, ya que al existir un solo oferente admisible no se da el supuesto fáctico previsto). Si bien existe opinión en relación a que en este último supuesto no podría optarse por solicitar una "mejora de ofertas", adhiero a los criterios sustentados en la actualidad en relación a la posibilidad de efectivizarla. En efecto, no observo cual sería el perjuicio que se irrogaría a los oferentes y aun a los terceros que no han participado en el procedimiento de selección en caso que se llame a una mejora de oferta. Si ha existido un presupuesto oficial, un procedimiento transparente, en el cual se ha otorgado la posibilidad de participar a todos aquellos que según las condiciones exigidas en los Pliegos y sus posibilidades particulares, estaban facultados para intervenir, no veo cual es la razón que impide el ejercicio de esta atribución de la administración, la que por otro lado, puede traer importantes beneficios económicos al mejorar la oferta realizada (en precio o prestaciones).

No se está alterando el pliego, puesto que el precio o las condiciones de contratación eran, precisamente, la variable o "blanco a rellenar" en el contrato a suscribir, y los que no participaron en el procedimiento no se ven afectados, ya que no se alteran a favor de los proponentes las condiciones en base a las cuales se debían ofertar³.

El autor que sigo en esta exposición, y al cual adhiero, considera en definitiva que no existe óbice para que la administración ejerza esta prerrogativa en la medida que ella cumpla con los siguientes requisitos: I)

² Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", 2001, Cdad. Argentina, Bs. As., p. 412.

publicidad del llamado a mejorar; II) inclusión de aquellas ofertas que presenten un mínimo de diferencias entre sí y que serían las más convenientes; III) que todos los habilitados para mejorar hayan formulado su oferta en los términos exigidos en los Pliegos, sin que se permitan subsanar defectos mediante este procedimiento; IV) que las mejoras incidan únicamente sobre aspectos no regulados en los Pliegos y cuya determinación quedaba a cargo del oferente sin alterar ninguna cláusula de aquellos; V) que las propuestas realizadas se encuentren sumamente alejadas de los parámetros tenidos en cuenta por la Administración al momento de llamar a selección (vg: ofertas por importes ampliamente superiores al presupuesto oficial)⁴.

De los requisitos enunciados, no resultan de aplicación al caso concreto los mencionados en I) y II) por cuanto en el presente procedimiento existe un solo oferente admisible, lo que torna a mi criterio, mas razonable y justificable la mejora solicitada, ya que importará (y así ha sucedido) un seguro beneficio económico para el Estado, al mejorar las condiciones de la contratación (en el presente caso mediante una sustancial rebaja del precio ofertado), cumpliendo además con uno de los elementos esenciales del procedimiento licitatorio cual es el de EFICACIA, al evitar dar por fracasado un trámite ante la ausencia de propuestas convenientes, luego de haber irrogado el mismo un costo burocrático, temporal y económico.

A mayor abundamiento diremos que el justificativo que suele otorgarse la prohibición de solicitar mejoras de precios cuando no están autorizadas en los pliegos responden a conceptos que no son aplicables al caso concreto. En este sentido considera parte de la doctrina que importa la desnaturalización de las premisas básicas que rigen la licitación, que se viola el principio de igualdad y que no es aceptable que, en perjuicio del licitador que ofreció el precio más ventajoso, se permita a los demás oferentes mejorarlo⁵. En el presente caso esto no tiene fundamento razonable ya que existe UN SOLO OFERENTE admisible y no se viola en consecuencia principio de igualdad alguno. De hecho reconoce el mencionado autor que, en caso de ausencia o permisión normativa, en el

³ Farrando, Ismael, "Contratos Administrativos", Abeldedo Perrot, Bs. As., 2002, p. 246/48.

⁴ Farrando, Ismael, "Contratos...", ob. cit. p. 248.



caso de que se adjudique, después de la mejora de ofertas, al mismo proponente que ofreció la oferta más ventajosa, la licitación es válida⁶.

Para concluir este acápite, cabe destacar que aun cuando se quisiera analizar el presente supuesto desde el punto de vista de una eventual "modificación de los pliegos" en etapa previa a la adjudicación (ya que el procedimiento de mejora de oferta no está expresamente previsto para esta situación fáctica en la legislación ni en los pliegos de condiciones) – situación que entiendo, dista de ser la que se observa en el presente caso – ha sido admitido en forma excepcional por la PTN. En efecto, al analizar la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones luego del llamado a licitación⁷, se expidió en sentido favorable a esta posición, antes de la adjudicación, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, los intereses públicos involucrados y la no violación del principio de igualdad. Entendió que al no haber posibilidad de violar el principio de igualdad por ausencia de otros legitimados para impugnar los actos modificatorios (los demás adquirentes del pliego no habían materializado su oferta), cabía alejarse de la doctrina administrativista, que es muy restrictiva a este respecto⁸.

Considero en consecuencia, que es jurídicamente procedente y legítima la mejora de oferta solicitada así como la aceptación de la misma recomendada por la Comisión de Preadjudicación, teniendo en

⁵ Dromi, Roberto, "Licitación Pública", 1995, Cdad. Argentina, p. 451.

⁶ DROMI, Roberto, ob. cit. p. 451 in fine.

⁷ Si bien no es objeto del presente dictamen, al citar la doctrina excepcional establecida por la PTN, creo oportuno reseñar también otras posiciones doctrinarias sostenidas en relación a las modificaciones de los Pliegos de Condiciones antes del llamado y luego del mismo. En general, es pacífica la doctrina en cuanto al reconocimiento de la posibilidad de que la administración modifique unilateralmente los mismos en la etapa previa al llamado (conf. Farrando I. y Martínez P, en "Contratos Administrativos", Lexis Nexis, 2002, p. 234 Dromi Roberto, "Licitación Pública", Cdad. Argentina, 1999, p. 269), surgiendo empero discrepancias respecto de la posibilidad de modificarlos antes o después de la adjudicación. Se ha expresado en sentido afirmativo parte de la doctrina (posibilidad de modificar el pliego de condiciones en etapa posterior al llamado y previo a la adjudicación) entendiéndose que "...si la modificación a las condiciones del llamado se efectúa con posterioridad a la presentación de las ofertas, importa virtualmente un nuevo llamado a Licitación, sobre las bases de las nuevas condiciones establecidas..." (Dromi R., "Licitación Pública" ob. cit. p. 270). 17.2.3. Otros autores se ha expresado en sentido contrario a esta posibilidad, considerando que "...el llamado a selección y la puesta a disposición de los interesados del pliego respectivo "cierra" el procedimiento "interno" de la administración (elaboración y aprobación de los pliegos) y que a partir de tal momento ellos son inalterables, salvo supuestos excepcionales y previo cumplimiento de específicos recaudos" (Farrando y ots., "Contratos...", ob. Cit. P. 234).

⁸ PTN, Dictamen 131/93 del 20/09/93; "Instituto Nacional de Cinematografía", Expte. N°1376/93.

consideración que: a) exista un solo oferente admitido en el procedimiento; b) el precio ofertado originalmente ha superado ampliamente el presupuesto oficial; y c) que la oferta se han ajustado a los Pliegos de Condiciones.

Esta facultad, que incluso permite en determinados supuestos adecuar los contratos administrativos, independientemente de la eventual existencia de normas transitorias o permanentes que permiten a las autoridades administrativas materializar tal accionar (sean de índole legal⁹ o contractual), es reconocida dentro de determinados y precisos condicionamientos, como atribución general de la administración¹⁰ con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación, y debe ser analizada no solo desde el punto de vista referido precedentemente, sino también desde la óptica de la conveniencia para la administración pública. Se ha expresado en este sentido que: *"...la obtención de objetivos de interés público, entre otros, es mejorar la oferta de servicios, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los derechos de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con las sobrevivientes exigencias normativas y progresos tecnológicos, garantizar la continuidad de la prestación, etc., constituyen la causa fundamental habilitante de la actividad administrativa de renegociación de los contratos, la que deberá ser apreciada razonablemente en cada caso..."*¹¹.

II. - Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano de control al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa)¹², conforme doctrina

⁹ Vg. Ley N°7022 y sus sucesivas prórrogas, siendo la última de ellas la producida por el art. 107 de la Ley N°8265, que determina su vigencia hasta el 31/12/11. A nivel nacional, el artículo 13 del Decreto N°1023/01 que regula en general las adquisiciones del estado, regula esta materia, en cuanto consigna como un derecho del cocontratante el de "...recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (inc. a).

¹⁰ Vg., previsión del mencionado artículo 13 del Decreto N°1023/01.

¹¹ Druetta, Ricardo, "Renegociación del Contrato Administrativo", en "Contratos Administrativos", Jornadas de la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, p. 367, cit. por Alejandro Pérez Hualde, en "Renegociación de Contratos Públicos", Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 84.

¹² Ello tiene especial relevancia en relación a los aspectos valorados por la Comisión de Preadjudicación interviniente.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza



sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación¹³, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido¹⁴.

III. - En conclusión, conforme los argumentos vertidos precedentemente, en respuesta a la consulta puntual efectuada por la Contaduría General de la Provincia, esta Dirección de Asuntos Administrativos no encuentra objeciones legales que formular al procedimiento desarrollado en relación a la mejora de oferta solicitada en autos, efectuada en atención al interés público, sin afectación de intereses jurídicamente tutelados de terceros (por la existencia de un solo oferente admisible) ni del principio de igualdad (por la razón anteriormente expresada y en tanto no se produce una situación más ventajosa para el oferente, sino para la administración -disminución de precios ofertados-).

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

**Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.
Mendoza, 13/12/13.
Dict. 01874/13.**

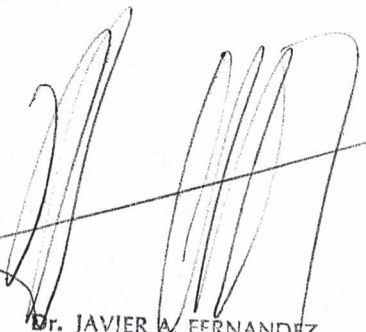
ABEL A. ALBARRACÍN
Director de Asuntos Administrativos
FISCALÍA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

¹³ Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "...El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

¹⁴ En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes; 200:116; 248:430; 259:233).

Mendoza, 16/12/13.

Compartiendo el suscripto el dictamen N° 01874/13 emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. Ministro de Infraestructura y Energía.



Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
FISCAL DE ESTADO Subrogante
(Ley 6716)
PROVINCIA DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO	
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	
SALIO - Fecha	16 DIC 2013
Hora: 11:50	Folios: 385
Tramitó: 	

JULIO SANJURJO
AUXILIAR ADMINISTRATIVO
Dirección de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO