

N.º 2



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



**Expte. N°762-M-2011-01027- "Solicitud de
Financiamiento AYSAM".**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS
S / D**

Vienen a esta Fiscalía de Estado las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal respecto de la propuesta efectuada por la Comisión de Preadjudicación a fs. 464/71 de realizar un pedido de "Mejora de Oferta" a las empresas proponentes en el presente procedimiento de Licitación Pública para contratar un Empréstito con el objeto de financiar obras a realizar por la empresa AYSAM S.A., oportunamente convocado por Decreto N°1505/11 (30/06/2011, B.O. 19/09/2011) en el marco de la expresa autorización para endeudarse contenida en el art. 5 de la Ley N°8270.

A fs. 76/77, corre agregada copia certificada del Decreto N°1505/11 por el cual se dispuso la convocatoria al procedimiento Licitatorio Público; a fs. 78/80 rolan constancias de la publicación en la página web de la Dirección de Compras y Suministros y de invitación a 9 (NUEVE) entidades financieras potenciales oferentes, a fs. 83/84 y 91/92, existen copias certificadas que acreditan la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Diario Los Andes de la convocatoria y su prórroga ((13/09/2011 y 23/09/2011, respectivamente); a fs. 448 y vta. obra Acta de recepción y apertura de ofertas (07/10/2011), en donde se deja constancia de la existencia de DOS OFERTAS, presentadas por el Banco Patagonia S.A. y el Banco Hipotecario S.A.; a fs. 456 rola copia certificada de la Resolución N°033- HyF-12 (02/02/2012) por la cual se designa la nueva Comisión de Evaluación de Propuestas (dejando sin efecto la anterior N°520/11); a fs. 464/71 se verifican Actas Nros. 1 y 2 de la Comisión de Evaluación de ofertas -03/02/2012 y 09/02/2012, respectivamente- (en la última de las cuales, luego de un pormenorizado análisis, se concluye recomendando solicitar a los

de endeudamiento aysam

oferentes una mejora de ofertas al considerar a las dos presentadas en "pie de igualdad") y finalmente a fs. 473, emite Dictamen el Director de Asesoría Letrada del Ministerio de Hacienda (09/02/2012, dict. 60/12) en el cual da tratamiento a los planteos de fs. 472, esto es sobre la posibilidad de convocar a mejora de ofertas y respecto de la norma a emitir al tal efecto.

I. - Así las cosas, cabe destacar en primer término que esta Dirección de Asuntos Administrativos toma intervención en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - arts. 177 de la Constitución Provincial, en concordancia con los arts. 8, 10, 47 y 48; y Leyes 728 y 4418 y Resolución 03/90 y 01/91 de Fiscalía de Estado-, procediendo asimismo a efectivizar un control de legitimidad básico de los aspectos licitatorios generales, en virtud de los principios de celeridad, economía y eficacia, toda vez que la evacuación de los puntos requeridos a fs. 472 de estos autos, dependen, para su eventual materialización, de la validez de los procedimientos cumplidos con anterioridad, entendiéndose en tal sentido que se han cumplimentado los recaudos procedimentales esenciales impuestos por los arts. 37 de la C. Provincial y 28 de la Ley N°3799 (en cuanto al procedimiento de Licitación Pública implementado), arts. 31 y 33 (en cuanto a la participación obligatoria de la Dirección de Compras y Suministros), 33 (en lo referido a las publicaciones que era obligación realizar y sus plazos), todos ellos de la ley N°3799, así como respecto de los criterios esenciales para valorar las ofertas y actuación y competencia de los órganos consultivos (conforme parámetros y competencias establecidos en los Pliegos de Condiciones Generales y Decreto Acuerdo N°7061/67) .

II. - En segundo lugar, en relación a la primera de las cuestiones sometidas a dictamen, esta Dirección de Asuntos Administrativos, sin manifestarse sobre cuestiones de mérito oportunidad o conveniencia (conforme se ampliará y consignará en el punto IV), entiende que, atento a las constancias que surgen de autos y normativa aplicable, no existe impedimento legal que formule a la propuesta de la Comisión de Evaluación de Ofertas de requerir a los proponentes la presentación de una mejora de oferta, al considerar las dos presentadas en "pie de igualdad", toda vez que ello enmarca dentro de las disposiciones de los arts. 18 del Pliego de



Condiciones Generales que rigieron el procedimiento, aprobado por Decreto Nº1505/11 y 39 del Decreto Acuerdo Nº7061/67 y mod. que resulta aplicable, debiendo tener en especial consideración que el procedimiento mencionado deberá ajustarse a los recaudos análogos para presentar ofertas (ver parte final del primer párrafo del art. 39 del Decreto Acuerdo Nº7061/67 y mod.¹).

En efecto, el citado artículo del Decreto Acuerdo Nº 7061/67 permite abrir una instancia de mejora de precios cuando "*dos o más ofertas estuvieren en pie de igualdad*". Si bien es cierto que falta de precisión en el concepto de "igualdad", trae innumerables problemas interpretativos, lo cual puede dar lugar a situaciones reñidas con el principio de "transparencia"², en tanto exista, según el consejo técnico de la Comisión de Evaluación de Ofertas intervinientes esta situación concreta, de acuerdo a los parámetros establecidos en el art. 39 primera parte del Decreto Acuerdo Nº7061/67 y art. 18 de los Pliegos de Condiciones Generales, puede la autoridad administrativa competente requerir a los oferentes la presentación, en los términos legales precitados, de la denominada "mejora de precios" o de "oferta" (más apropiada en el presente supuesto), siendo relevante resaltar que la valoración de las ofertas corresponde al campo del accionar "discrecional"³ de

¹ "Se lee expresamente en la primera parte del art. en cuestión: "art. 39: Cuando dos o más ofertas estuvieren en pie de igualdad y su monto y cantidad sea de significación y su naturaleza lo haga aconsejable, podrá llamarse a mejora de precios entre las propuestas que se hallen en condiciones, a cuyo efecto se fijará día y hora en que tendrá lugar la apertura de las nuevas propuestas las que se harán también en sobre cerrado, firmado y lacrados...".

² Por ello se aconseja en lo sucesivo (y en tanto sea jurídicamente posible según el objeto licitatorio), precisar los parámetros generales que establezcan cuando se concretará esta situación, en los Pliegos de Condiciones Particulares.

³ Se ha entendido por "facultades discrecionales" a aquellas que ejerce la Administración cuando "La norma no determina la conducta administrativa a seguir, permitiéndole al órgano de la decisión apreciar la oportunidad y conveniencia del acto y la correspondencia entre el objeto requerido y las circunstancias de hecho ante las cuales debe operarse" (DROMI, Roberto, "La Licitación Pública", 1995, Cdad. Argentina, Bs. As., p. 433. el mismo autor considera que estas facultades deben ejercerse con los límites Jurídicos (razonabilidad, finalidad, Buena Fe e Igualdad) y técnicos (ampliar en DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Cdad. Argentina, Bs. As., 2009, p. 679/83). Esta posición es sostenida por la mayor parte de la doctrina, entre ellos Bercaltz, M.A., p. 336, Diez, Manuel M, en "Derecho Administrativo", T III, 2da. Ed. corregida y actualizada, Bs. As., 1979, p. 121, Escola, H. J., "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", T I, p. 353. en igual sentido, la P.T.N. y Suprema Corte de Bs. As. (06/04/99, "Humbertmann SRL c/Municipalidad de Colón s/demanda cont. adm.". Otra parte de la doctrina entiende que estas fórmulas configuran supuestos de conceptos jurídicos indetermados (vg: Gambier, Beltrán, "El concepto de la oferta más conveniente en el procedimiento licitatorio", LL -1998-D-744; Cassagne Juan C., "El contrato administrativo", ps. 105/108). La diferencia entre ambos conceptos es relevante en el caso del acto administrativo de la adjudicación, ya que en caso de adherir a la primera postura el control judicial del mismo sólo puede realizarse a la luz de los principios generales del derecho, mientras que en caso de seguir

la administración⁴, con los lógicos límites de "razonabilidad" y "no desviación de poder" (arts. 39 y 38 de la Ley N°3909⁵), habiendo expresado la Procuración del Tesoro de la Nación que: *"La apreciación de la oferta más conveniente en una licitación constituye el ejercicio de una facultad que, si bien es discrecional, en modo alguno puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos..."*⁶ y que *"Al aplicar la discrecionalidad el poder administrativo obra conforme a consideraciones sobre la mejor manera de manejar los negocios públicos. Sólo su fundamento de razonabilidad puede dar fuerza de convicción a un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, conferidas por la Ley a la Administrativo..."*⁷.

III. - En tercer lugar, respecto del segundo de los temas sometido a consideración de este órgano de control, se coincide también con la opinión vertida en el Dictamen de fs. 473, toda vez que la Dirección de Compras y Suministros del Ministerio de Hacienda, es competente para efectivizar el emplazamiento para proceder a mejorar las ofertas, en tanto es una facultad "razonablemente implícita"⁸ de ese órgano, derivada de los arts. 1, 3 inc. c) y 39 del Decreto N°7061/67, siendo además de aplicación el principio "quien

la segunda postura señalada, abarcaría la extensión propia de la actividad reglada, incluidos en su caso, los poderes sustitutivos del juez.

⁴ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", T - III, p. 169 y T - II, os. 323-332; en igual sentido, GORDILLO, Agustín, "Derecho Administrativo de la Economía", p. 351 y DROMI, Roberto, en "La Licitación Pública", p. 433.

⁵ "La discrecionalidad en la elección de un adjudicatario tiene un límite flexible, que es la racionalidad, y ésta debe medirse con parámetros exigibles al hombre común...". (Expte.: 50261 - FRANCISCO GABRIELLI S.A.C.A.I. - MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 15/11/1994 SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Magistrados: NANCLARES - AGUILAR - SALVINI)

⁶ P.T.N., Dictámenes; 114:124; 119:184.

⁷ P.T.N., Dictámenes; 113:91.

⁸ En términos generales (y sin desconocer la diversidad de posiciones doctrinarias existentes en relación a este tema), la "competencia" puede conceptualizarse como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal (conf. CASSAGNE, Juan Carlos, en "Derecho Administrativo", T-II, 5ta. Ed. Actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pp. 132), habiéndose entendido, que "alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se determina, en primer lugar, por el texto expreso de la norma que la regule, en segundo lugar por el contenido razonablemente implícito inferible de ese texto expreso, y, por último, de los poderes inherentes derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate "interpretados los dos últimos elementos a la luz del principio de la especialidad". Esta es la opinión de Fabián Omar Canda ("Procedimiento Administrativo", obra colectiva, dirigida por Guido Santiago Tawil, en trabajo titulado "El órgano competente. Competencia y Capacidad. Conflictos Inter orgánicos e Inter administrativos. Deberes y Facultades del órgano", Abeledo Perrot, 2009, Bs. As., pp. 192). Cita avalando esta posición, la posición de Julio R. Comadira (Monti Laura -colab.- en "Procedimientos administrativos, LNPA anotada y comentada", T - I, LL, Bs. As., 2002, pp. 156/57) al considerar que ejemplo cercano en el tiempo de la utilización del criterio de lo "razonablemente implícito" deriva del fallo "Tandecarz" (C.S.J.N., Fallos: 325:1676), en el cual se sostuvo que del art. 98 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires y del Reglamento para la provisión de Cátedras surge que el Consejo Superior cuenta con facultades para reglamentar el procedimiento para la designación de profesores regulares, por el principio de "paralelismo de las competencias", sin alterar el Estatuto Universitario, cuya aprobación es una facultad exclusiva de la Asamblea Universitaria (ejemplificando, con anterioridad en el tiempo, con el caso "Amengual", Fallos: 279:65, aunque éste corresponde a una situación de emergencia).



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



puede lo más puede lo menos⁹, y sin perjuicio de que ante la dificultad interpretativa que surge de la normativa citada, puedan los superiores jerárquicos avocarse en las presentes actuaciones en el marco del art. 14 inc. b) de la Ley N°3909¹⁰.

IV. - 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)¹¹, conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación¹², valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido¹³.

⁹ Téngase presente que el art. 2 inc. c) del Decreto Acuerdo N°7061/67 y mod. faculta a la actual Dirección de Compras y Suministros a "Llamar a Licitación Pública, Privada, Concurso de Precios y Contratación Directa, según los casos ...".

¹⁰ Respecto de la competencia, se remite a lo expresado en los Dictámenes Nros. 1015/11 y 1016/11 (punto 1) por esta Dirección de Asuntos Administrativos, dejando constancia de que se ha expresado también que no encuentra obstáculo a que el Ministro y/o Poder Ejecutivo, en el marco de las disposiciones de los arts. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial y art. 14 inc. b) de la Ley N°3909, pueda avocarse a dictar actos

¹¹ Ello tiene especial relevancia en relación a las valoraciones técnicas efectuadas en el Acta N°2 de fecha 09/02/2012, el cual importa el ejercicio de una facultad discrecional de ejercicio razonable por un órgano de la actividad consultiva competente (Comisión de Evaluación de Ofertas).

¹² 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 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).

¹³ 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).

V. - En conclusión, conforme los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, esta Fiscalía de Estado no tiene objeciones legales que formular respecto de la propuesta efectuada por la Comisión de Evaluación de Ofertas de proceder a solicitar a los oferentes en el presente procedimiento licitatorio, una mejora de ofertas en tanto se ha verificado por la misma que ambos proponentes se encontrarían en pie de "igualdad" (art. 39 del Decreto Acuerdo N°7061/67 y mod. y 18 de los P.C.G. aprobados por Decreto N°1505/11 que rigieron los procedimientos) siendo competente al efecto de efectuar el requerimiento la Dirección de Compras y Suministros, sin perjuicio de las facultades de avocación que poseen los superiores jerárquicos (art. 1, 3 inc. c) y 39 del Decreto N°7061/67 y 14 inc. b) de la Ley N°3909) debiendo implementarse el procedimiento establecido en la parte final del art. 39 aludido.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict 0127/12

Mendoza, 29/02/2012.

ABEL A. ALBARRACIN
Dirección de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

Mendoza, 29/02/2012.

Compartiendo el suscripto el Dictamen N°0127/12 que antecede, producido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados al Sr. MINISTRO DE HACIENDA, a sus efectos.

Dr. JOAQUIN A. DE ROSAS
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

SALIÓ - Fecha 29 FEB 2012

Hora: Folios 477 (27005)