



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Ref. Expte N°4666 D 2014 30093 "Construcción Primera Etapa Hospital Dr. Victorino Tagarelli – San Carlos – Mendoza".

AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO

DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

DR. FERNANDO SIMON

S _____ / _____ D

Vienen las presentes actuaciones a esta Dirección de Asuntos Administrativos, con el objeto de que se emita dictamen en el marco de la disidencia plasmada en el Acta de Preadjudicación de fs. 2174/81, de un miembro de la comisión de evaluación de ofertas, en virtud de los fundamentos que se esgrimen en la misma y a los cuales remito en mérito a la brevedad.

I. - En relación a este tema, existe asimismo observación deducida en análogo sentido a fs. 2172/73 por uno de los oferentes (Laugero Construcciones S.A.), ha emitido dictamen jurídico a la Asesoría de Gabinete a fs. 2184/88, en la cual, por los fundamentos que se exponen en el mismo y a los cuales doy por reproducidos, sostiene una posición contraria a la esbozada por el miembro disidente; a fs. 2189/90, emite dictamen jurídico la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura, en el cual se adhiere a la posición sostenida por la Asesoría de Gabinete, y, finalmente, a fs. 2191/93, emite opinión el Consejo de Obras Públicas avalando la propuesta efectuada por la Comisión de Preadjudicación (con excepción del representante de la Cámara Argentina de la Construcción, quien adhirió a la disidencia).

II. - En este estado toma intervención esta Fiscalía de Estado 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



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

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-, considerando precedente efectuar las siguientes consideraciones:

1. Previo a resolver deberá incorporarse el volante de imputación.
2. Del análisis de las actuaciones surge que conforme la documentación reseñada se ha dado cumplimiento a la materialización de los pasos esenciales que importan la instrumentación de una Licitación Pública, en los términos de los arts. 37 de la Constitución Provincial, 4416 y Decreto N°313/83 y respecto de las previsiones de los Pliegos de Condiciones que rigieron el procedimiento, aprobados por Resolución N° 01/15 (12/02/15) del Subsecretario de Obras Públicas en el marco de las facultades conferidas por el Decreto N° 407/13, habiéndose efectivizado el análisis de la oferta en sus aspectos técnicos, patrimoniales y financieros.
3. En relación a la cuestión concreta sometida a dictamen, la misma consiste en precisar si la oferta efectuada por el oferente CORPORACION DEL SUR S.A. (quien cumplimenta la incorporación de documentación a fs. 2165/71, en virtud del emplazamiento efectuado a fs. 2164), debe ser considerada admisible, toda vez que,
a) si consideramos sujeto el procedimiento a las previsiones de los arts. 21 y 22 (especialmente parte final) de la Ley N° 4416, la documentación habría sido presentada fuera del plazo (en tanto el acto de apertura se produjo el 25/03/2015 y la documentación se agregó el día 20/04/2015), por lo que la oferta devendría en inadmisibile; o, b) si consideramos que resulta aplicable el procedimiento establecido en el art. 1.16 y 11.1.2.¹, la

¹ Expresa el art. 1.16 en parte pertinente: "...Durante el estudio de las propuestas, la Administración podrá exigir a los proponentes todos aquellos antecedentes y/o información complementaria que estime necesaria para un mejor estudio de la propuesta...". A su vez el art. 1.11.2, reza: "Rechazo de las propuestas: las propuestas no serán admitidas y por lo tanto devueltas en el acto y sin abrir el sobre n°2 y de variantes que haya presentado el proponente, si se hubiere omitido cualquiera de los siguientes requisitos del sobre n°1 precedentemente indicados en el art. 1-11 de este



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

documentación habría sido presentada en término y por lo tanto, la oferta debería considerarse admisible.

4. En este marco, conviene destacar que las previsiones de los arts. 21 y 22 de la Ley N°4416 y las que se puedan incorporar en los Pliegos de Condiciones referidas a la subsanación de defectos en la presentación de las ofertas no son incompatibles, y pueden mantener vigencia coordinada en tanto las segundas no contradigan las previsiones de las primeras (por obvias cuestiones de jerarquía normativa -art. 31 de la C.N.-).
5. En efecto, la norma en el artículo 22 se refiere a las causales de rechazo en el acto de apertura y en relación a los requisitos del art. 21 que deben estar presentes en el momento de la apertura: sanciona con rechazo en el acto a aquellos requisitos que el legislador ha dado una importancia sustantiva (lo que se denomina comúnmente "requisitos esenciales de la oferta"), de la oferta básica y de las variantes cuando voluntariamente son presentadas, en relación a los requisitos de los incisos a), b), c), e), f), y g) de esa norma legal; las que hayan sido expresamente consignadas en los Pliegos de Condiciones con ese carácter de "sustantividad" (inc. b) y en los casos de incumplimiento del inc. h) del art. 21 para la oferta variante (inc. c) y en los supuestos del art. 26 (ofertas presentadas por personas en situación de incompatibilidad). Para los restantes recaudos de la oferta, previstos en el art. 21, prevé un procedimiento de subsanación específico (pueden ser incorporados en el plazo de 2 días -incisos d, k, i del art. 21-), sancionando con la

pliego: a), b), c), d), e). También será causal de rechazo el no cumplimiento de la cláusula obligatoria establecida en el art. 1-18 párrafo 4. Los restantes recaudos a observar en la propuesta, apartados f) al s), que no hubiesen sido presentados por omisión parcial al momento de la apertura del Sobre N° 1, o que habiendo sido presentados lo hubiere sido en forma deficiente a alguno de los requisitos establecidos, serán presentados dentro de los dos (2) días siguientes al acto de apertura. También podrán ser solicitados de oficio por la Administración en los mismos casos enunciados durante la evaluación de las impugnaciones si las hubiere, o durante la evaluación de las ofertas. Si no fueren presentados ante este requerimiento la oferta será desestimada...", regulando este aspecto específico (subrayado me pertenece).



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

inadmisibilidad en caso de incumplimiento.

6. Ahora bien, la existencia de estos recaudos impuestos en los Pliegos de Condiciones (los que a su vez pueden tener carácter de esenciales o no, según se disponga en el mismo y conforme surge del art. 22 inc. 2 de la Ley N°4416), pueden estar sometidos a procedimientos de subsanación previstos en los mismos (como ocurre en el presente supuesto) sin que ello importe afectación de las previsiones en análisis, en tanto están regulando situaciones diferentes: art. 22 última parte, vinculado al incumplimiento de los recaudos de los incisos d, k e i del 21 de la Ley N° 4416) y art. 1.16 y 11.1.2, que refieren al procedimiento de subsanación aplicable para otros recaudos impuestos en los Pliegos que rigieron el procedimiento (y, conforme se adelantó, en tanto no alteren las previsiones de los arts. precedentes).
7. Es por ello que del análisis integrado de la normativa traída al procedimiento surge el siguiente esquema de subsanación de requisitos requerido en las ofertas: a) existen recaudos que son insubsanables, y su no presentación torna en "inadmisible" la oferta (vg: los previstos en el art. 21 inc. a, b, c, f, y g del art. 21, los que expresamente se determinen en la reglamentación o en los Pliegos de Condiciones con este carácter, los del inciso h) del art. 21 –para el caso de la oferta variante-y si se comprueba la presentación de oferentes alcanzados por las incompatibilidades del art. 26, todos los citados de la Ley N° 4416); b) otros recaudos establecidos en el art. 22, son subsanables mediante el mecanismo impuesto en la parte final del art. 22 de la Ley N° 4416 (esto es, las previsiones impuestas en los incisos d, k e i, del art. 21 de la Ley N°4416); y, por último: c) podrán existir otros recaudos no esenciales impuestos en los Pliegos de Condiciones, subsanables no comprendidos en el art. 21 de la Ley N° 4416, con un procedimiento de subsanación específico previsto en



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

los mimos, o incluso subsanables en el marco de la moderna doctrina administrativista que admite la mencionada posibilidad (subsanción de recaudos no esenciales establecidos en el Pliego de Condiciones y conforme procedimientos establecidos en el mismo).

8. Así las cosas, cabe recordar que la jurisprudencia ha considerado a los pliegos de condiciones como *"...la ley de la licitación o ley de contrato... donde se especifican el objeto de la contratación, y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario (en igual sentido se ha expresado la PTN, Dictámenes, 205:174; Dictamen 83/93), con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo...²"* entendiéndose asimismo que son *"... ese conjunto de cláusulas redactadas por la Administración especificando qué se licita, las condiciones del contrato a celebrar y el trámite a seguir en el procedimiento licitatorio, son la norma básica y sólo cuando se carece de disposición específica se recurre a la ley de procedimiento administrativo y los reglamentos respectivos, en síntesis, las partes deben someterse al pliego como a la ley misma...."*³ por lo que la aplicación de sus previsiones en el caso concreto, para canalizar el procedimiento de subsanción, resulta incuestionable para ambos sujetos contractuales.
9. A mayor abundamiento, entiendo relevante resaltar que el suscripto, ha sostenido incluso la posibilidad de proceder a subsanar omisiones, en tanto no estén referidas a elementos considerados por la Ley, los Reglamentos o los Pliegos de Condiciones como "esenciales" de la oferta, ni se generen con ello, ventajas competitivas entre los oferentes, aun cuando no esté expresamente previsto en los Pliegos

² CSJN, "Radeljak Juan C. c/Administración General de Puertos s/ord", ED 140-649.

³ Expte. Nº58955 "RUKAN S.R.L. MUNICIPALIDAD DE MALARGÜE ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", 20/10/1998,S.C.J.Prov., LS283-450.



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

de Condiciones (lo que no ocurre en los presentes actuados⁴). Ello, en tanto frente a este tipo de problemática se encuentran en pugna diferentes principios que rigen la Licitación Pública y en general las contrataciones del estado, como son por un lado el principio de "igualdad" (unido al de "formalismo" que algunos doctrinarios clásicos asignaban a la licitación como elemento característico⁵) y por otro el de "conurrencia" (ligado a un principio de "formalismo moderado" que permita acrecentar la misma). Mientras que el respeto férreo de las normas de los Pliegos de Condiciones hace al primero de los principios enunciados⁶, la inaplicación de un "formalismo moderado" para atenuar aquel, produce una afectación directa del segundo (conurrencia) al excluir sin justificación suficiente un potencial oferente⁷.

La posibilidad de que prime uno sobre otro dependerá de la doctrina a la que se adhiera para solucionar el problema planteado y por supuesto, del marco normativo general aplicable. Lo "razonable" es intentar conjugar ambos principios, lo que comulga con moderna

⁴ Ver artículo publicado por el suscripto, titulado "Una visión crítica del Régimen General de Contrataciones en la provincia de Mendoza", punto 9. "Calificación de los requisitos para morigerar el excesivo formalismo", en Revista del Foro de Cuyo N° 106

⁵ Sayaguez Laso, Escola.

⁶ Esta discusión se ha dado incluso en relación a un aspecto tan esencial como es el plazo para presentar las ofertas. Alguna doctrina entiende que el plazo es "fatal", no rigiendo aquí el principio de "informalismo a favor del administrado", es decir que vencido el plazo, vencido está el derecho a participar en el procedimiento licitatorio y no puede ser ampliado individualmente a ningún oferente por ninguna razón, aun cuando se alegare caso fortuito o fuerza mayor por parte de aquellos. El cumplimiento estricto del plazo es uno de los principios rectores que aseguran el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de oferentes...". Las ofertas deben ser presentadas dentro del término que fija el licitante en el llamado a licitación. Cualquier presentación tardía debe ser rechazada porque pone en juego al principio de igualdad de los oferentes..." (BARRA, R. y PÉREZ HAULDE, Alejandro, citados en "Contratos Administrativos", dirigido por Farrando I., Bs. As., Lexis Nexis, 2002, p. 298). En igual sentido se expresa DROMI, Roberto, al decir que "...las ofertas se presentarán en el lugar y día fijados para la apertura del acto y se admitirán hasta la hora determinada para abrir las propuestas. A partir de ese momento no podrán aceptarse otras ofertas aun cuando el acto de apertura no se haya iniciado (art. 61, incs. 50 y 62 RCE; art. 8 Dec. 826/88, art. 15 LOP; art. 9 Pliego Tipo de Bases y condiciones)..." (EN "Licitación Pública", Bs. As., Cdad. Argentina, 1995, p.366). en una posición intermedia se encuentra Ismael FARRANDO, quien entiende que si la demora es exigua y existe consentimiento de todos los oferentes, la oferta puede ser aceptada (ob. cit. p. cit). Me permito discrepar con esta posición, ya que el interés público que subyace en la Licitación 8especialmente la vigencia del principio de "conurrencia", no puede estar sometido a la decisión mayoritaria de los particulares proponentes, lo que en la práctica además se traducirá con seguridad en la negativa a incorporar al presentante tardío.

⁷ Ver en análogo sentido dictamen N°707/2010 de la Asesoría de Gobierno, en especial citas 8 y 9 de Julio Comadira en "La Licitación Pública" (Lexis Nexis).



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

doctrina administrativa que tiende a hacer una aplicación moderada el principio de "informalismo a favor del administrado".

Se ha pasado así de realizar interpretaciones "restrictivas" de los Pliegos de Condiciones (vg: la PTN exigía en forma rigurosa la aplicación de este principio en dictámenes antiguos, no aceptando el apartamiento de los términos del mismo ni aun frente al ofrecimiento de artículos de mejor calidad -Dictámenes, 75:74) a morigerar este principio, entendiendo que debe apreciarse en cada caso concreto si se ha producido o no una lesión al principio de igualdad⁸, en tanto la licitación es en definitiva un procedimiento administrativo y como tal, no puede excluirse la aplicación de uno de los principios esenciales de los mismos como es el de "informalismo a favor el administrado". Siempre dentro de los límites de la competitividad, competencia y contradicción con análogos caracteres a la contradicción procesal.

Así, expresa Agustín Gordillo que: *"...La concepción actual entonces, privilegia la interpretación de los pliegos en el sentido de dotar al procedimiento licitatorio de un preponderante principios fundamental y rector: el de la concurrencia o competencia entre los oferentes con la consiguiente aplicación del principio de contradicción. De este mismo se deriva luego la aplicación de otros principios, tales como el de igualdad, publicidad, etc. Pero todos deberán se entendidos en función del fin principal de la licitación, y no como objetivos autónomos a ser cumplidos con presidencia de su grado de atinencia al objeto de la licitación..."*⁹, habiéndose sostenido asimismo que debe superarse el antiguo excesivo rigorismo ritual o del respecto de la forma por la forma misma (condenado ampliamente por la jurisprudencia nacional y provincial), que se desentiende de si condice a la finalidad buscada, que es según ya vimos, la mayor

⁸ Marienhoff, Miguel S., en "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. A. Perrot, 1994, T III-A, p. 214.

⁹ Gordillo, Agustín; "Después de la Reforma del Estado", Ed. F. de Derecho Administrativo, 1996, p. VII-II.



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

conurrencia y principal que de el derivan¹⁰. Esa tendencia a eliminar el excesivo formalismo en los procedimientos actuales tiene fuerte raigambre en doctrina y jurisprudencia internacional (vg. convenios internacionales BIRF, BID, en el "waiver" norteamericano y en doctrina y jurisprudencia española de hace varias décadas).

Sobre esta base, la moderna y más autorizada doctrina autorizada administrativista, distingue entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayendo en consecuencia que estas últimas pueden ser saneadas y en algunos casos (como en el que nos ocupa) ni siquiera deberán ser salvadas, cuando la falta resulte muy leve. Para precisar si la falta es sustancial meramente formal *"...deberá indagarse si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó su oferta, o si afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás, o por último, si puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio. Si esta desventaja potencial (para lo demás oferentes) no existe, ninguna objeción legal puede formularse a la oferta¹¹..."*.

10. Esta posición precedentemente esbozada, tiene hoy manifestaciones de recepción normativa en el art. Artículo 31 Decreto N°450/15, reglamentario de la Ley N°8706, el cual si bien no es de aplicación directa a la materia regida por la Ley N°4416, es demostrativa de la orientación actual en relación al tema en análisis) en tanto prevé que: *"...los funcionarios y empleados deberán observar las normas aplicables a los procedimientos de contrataciones, sin añadir requisitos y eliminando las formalidades no exigidas en la Ley N° 8706 y en el presente Reglamento..."*, debiendo coordinarse esta previsión con la del art. 95 del mismo instrumento legal, en el cual se

10

Mairal, "Licitación Pública", Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 18.

11

Gordillo, A., ob. cit. p. VII-20.



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

establecen escasos recaudos esenciales insubsanables (pudiendo incluso efectuarse subsanaciones de elementos esenciales cuando los incumplimientos de los mismos han sido parciales; vg: inc. a) y b) y d)¹².

III. 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), conforme doctrina 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

12

Artículo 95 del Decreto N°450/15: "Requisitos no Subsancables en el Procedimiento de Contratación: Se considerarán requisitos esenciales no subsancables en el procedimiento de contratación los siguientes: a. La omisión absoluta de firma en la oferta presentada: Para el caso de que el oferente haya firmado en forma parcial su oferta, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas deberá intimar al oferente a que la complete en un plazo de hasta tres (3) días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación, bajo apercibimiento de ser rechazada su propuesta. Cumplida la subsanación por el oferente en tiempo y forma, la oferta deberá ser considerada. b. La omisión de presentación de la Garantía de Oferta, entendiéndose por omisión cuando el documento no se encontrare dentro del sobre de la propuesta junto la restante documentación a presentar o cuando el mismo no se encuentre firmado por el oferente. En caso de presentarse una oferta con una garantía insuficiente o incompleta, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas intimará al oferente a que la integre en un plazo de hasta tres (3) días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación, bajo apercibimiento de ser rechazada su propuesta. Cumplida la subsanación por el oferente en tiempo y forma, la oferta deberá ser considerada... d. La no presentación del comprobante de compra de pliegos, en el supuesto en que se haya estipulado un valor a los mismos. Para el caso en que este comprobante no haya sido presentado conjuntamente con la oferta al momento de apertura de sobres, la Comisión de Preadjudicación de Ofertas podrá dar por subsancado este requisito, siempre y cuando el pago se hubiere efectuado con anterioridad a la hora fijada para la apertura de sobres, debiendo incorporar el comprobante a las actuaciones".

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).



FISCALIA DE ESTADO
Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

nacional aludido¹⁴. Ello no me inhibe de señalar que en el presente caso, un elemento a tener en cuenta, en el marco de las previsiones del art. 177 de la C. Provincial y Ley N°728, que la oferta cuya descalificación por cuestiones formales se ha recomendado en la disidencia de fs. 2179/81, es la económicamente más conveniente par la administración pública, lo que también debería ser debidamente valorado por la autoridad administrativa al momento de proceder a disponer su admisión o rechazo en el marco de los argumentos esgrimidos en el presente dictamen.

IV. - En conclusión, analizadas las presentes actuaciones y a tenor de las argumentaciones vertidas en los párrafos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos, entiende que la propuesta efectuada por la mayoría de los miembros de la Comisión de Preadjudicación se ajusta las disposiciones normativas que rigieron el procedimiento (especialmente arts. 1.16 y 11.1.2), por lo que no tiene observaciones que efectuar a la misma.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. 0470/15

Mendoza, 12/06/15.

Mendoza, 12/06/15.

Compartiendo el suscripto el Dictamen Jurídico que antecede N°470/15, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE estos actuados a conocimiento y trámite del Sr. Ministro de Infraestructura, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

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).