



USHUAIA,

EXPTE. DPP N° 98/2020

LICITACIÓN PÚBLICA N° 01/2020

REF.: S/ "AMPLIACION DEL MUELLE COMERCIAL DEL PUERTO DE USHUAIA"

DICTAMEN COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN EVALUADORA

Vienen nuevamente las presentes actuaciones a intervención de esta instancia, para que la misma se expida respecto de lo actuado por el TRIBUNAL DE CUENTAS de la Provincia mediante Acta de Constatación N° 012/2021- A.O.P. (CONTROL PREVENTIVO- D.P.P.) de fecha 16/03/2021, con motivo del procedimiento selectivo de ofertas sustanciado al amparo de la Licitación Pública N° 01/2020 para la Ampliación del Muelle Comercial del Puerto de Ushuaia.

En este estado de actuación, es que procederemos a efectuar el análisis y emitir opinión respecto de lo mencionado en el párrafo precedente, de conformidad a las siguientes consideraciones.

-I-

ANTECEDENTES

El motivo de consulta y solicitud de opinión efectuado a esta Comisión Evaluadora de Ofertas, se origina en lo actuado en autos por parte del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur quien, a través del Informe Técnico N° 021/2021, Letra: TCP-SC-AT, Informe Contable N° 040/2021, Letra: TCP-AOP, Informe Legal N° 045/2021, Letra: TCP-CA y Acta de Constatación N° 012/2021- A.O.P. (CONTROL PREVENTIVO- D.P.P.), ha formulado una serie de observaciones respecto al accionar de esta Comisión actuante en el procedimiento licitatorio mencionado en el primer párrafo del presente.

Así, es que dicho Tribunal considera que el análisis y evaluación de las propuestas formuladas en la Licitación Pública N° 01/2020, no se ajusta a derecho dado que no se ha solicitado la subsanación de elementos de la oferta de determinados proponentes, por lo que considera que, debería dejarse sin efecto el Acto Administrativo que dispusiera la Autoridad Administrativa competente para la adjudicación del contrato de obra en cuestión, como asimismo, que las Áreas Técnicas revisen las presentaciones efectuadas por la UT DRAGADOS Y OBRAS PORTUARIAS S.A.- COCCARO HERMANOS (fojas 3100/3116) y por la UT GADA S.A.- ECAS S.A.- DOS ARROYOS S.A. (fojas 3117/3127).

Para así hacerlo, básicamente considera que la Comisión Evaluadora actuante ha faltado a su deber de análisis y, por consiguiente, entiende que deliberadamente aconsejó la adjudicación en desmedro de los demás participantes de la compulsa en trato, trayendo consigo, una posible afectación al erario público provincial, dado que la oferta en condiciones de ser adjudicataria, resulta económicamente superior respecto de las que fueran desestimadas.

Así entonces, el Auditor del Tribunal de Cuentas de la Provincia, Arquitecto Rodolfo R. ROJAS, mediante el Informe Técnico N° 21/2021 efectuado en fecha 02 de marzo pppo., entiende que la Comisión evaluadora no ha agotado las instancias previstas en los Artículos 19.2 y 19.3 del Pliego de Condiciones Particulares a los efectos de subsanar las deficiencias que presentan las ofertas de los proponentes U.T. DyOPSA – COCCARO HNOS (Oferente N° 2) y U.T. GADA S.A. – ECAS S.A. – DOS ARROYOS S.A. (Oferente N° 3).

Puntualmente, en el referido Informe, el Área Técnica perteneciente al Grupo Especial de Obras Públicas expuso que *“...la Comisión Evaluadora de Ofertas no agotó las instancias de pedidos de aclaración previstas en pliegos, teniendo en cuenta que los argumentos esgrimidos tienen que ver principalmente con cuestiones documentales, y no con deficiencias técnicas propiamente dichas de las ofertas 2 y 3 desestimadas...”*.

Luego, en fecha 05 de marzo de 2021, interviene la Secretaria Contable del Tribunal de Cuentas a través del Informe N° 040/2021, quien luego de efectuar una síntesis de lo actuado en el procedimiento de selección en trato y de lo

Handwritten signatures and initials in the left margin, including a large stylized signature at the top, followed by several smaller initials and marks.

opinado por el Área Técnica antes referida, solicita la intervención de la Secretaría Legal de dicho órgano, ello a los efectos de que se expida respecto de si la Comisión Evaluadora de Ofertas debió o no, requerir a los oferentes 2 y 3, la subsanación de las deficiencias presentadas en sus ofertas.

Se agrega aquí que, dicha Secretaría expuso que “...**la Comisión no habría obrado ajustado a derecho al desestimar las ofertas 2 y 3 por cuestiones que, atento a lo expuesto, como así también a las formulaciones realizadas por los oferentes, los reparos efectuados resultarían subsanables sin que ello deviniera en una modificación de las ofertas. Además que, asimismo, se priorizó el Principio de Igualdad entre los oferentes sin respetar los Principios de Concurrencia de ofertas y de Informalismo a favor del administrado....**” (lo resaltado en cita es de nuestra autoría).

En este orden, es que se expide la mencionada Secretaría Legal del Tribunal de Cuentas a través de su Informe N° 45/2021 de fecha 12 de marzo de 2021, quien luego de efectuar un extensa reseña de todos los principios elementales a los que debe atenerse irrestrictamente la administración en cualquier procedimiento selectivo de ofertas, sostiene que el accionar de la Comisión Evaluadora de Ofertas actuante no ha ajustado su accionar a derecho.

Para así opinarlo, se apoya en vasta jurisprudencia y doctrina especializada en la materia, que efectivamente sostiene el deber que le asiste a toda Administración Pública de velar por el fiel cumplimiento del principio de concurrencia y del informalismo en favor del administrado, dado que solo así, se entiende que la administración puede contar con una mayor cantidad de propuestas a la hora de decidir la adjudicación de un contrato.

De hecho, sostiene que “...se puede aseverar que no sólo es posible sino que es obligatorio para el ente licitante aclarar, ampliar y **modificar** elementos no esenciales de la oferta siempre que se den determinadas características...”, para luego concluir en que “...[t]odas las fuentes de derecho son contestes en que, **en virtud del principio de concurrencia, es posible la subsanación de elementos que no hagan al núcleo de la propuesta. Y a propósito de ello, la correcta aplicación del principio de igualdad consiste en que todos los oferentes tengan la oportunidad de**

B

A

2

subsanan deficiencias no esenciales y no negarle a unos lo que se les permite a otros...” (lo resaltado en la cita nos corresponde).

En este estadio de situación, es que el Órgano de Control observa el procedimiento selectivo de ofertas sustanciado en el ámbito de la Dirección Provincial de Puertos y recomienda “...formular Observación al incumplimiento de los artículos citados, y Requerimiento de dar participación a la Comisión de Estudio de ofertas para que realice el pedido de aclaración y/o justificación de las Ofertas 2 y 3, de los puntos que consideró que no cumplen lo requerido en pliegos, para luego analizar nuevamente las actuaciones y emitir opinión con la mayor cantidad de información posible....”.

Así entonces, es que son sometidos al conocimiento de esta instancia lo actuado en los presentes obrados para que la misma opine en el marco de su competencia lo observado y recomendado por el Órgano de Control Provincial.

-II-

ANÁLISIS

En primer lugar, consideramos oportuno destacar que, lo actuado por el Tribunal de Cuentas, ha sido en función de lo normado por el inciso 2 del Artículo 166 de la Constitución Provincial, y el inciso a) del Artículo 2º de la Ley Provincial N° 50 sustituido por el Artículo 1º de la Ley Provincial N° 871.

En este marco, es preciso resaltar que, dicho Organismo ha formulado las observaciones antes mencionadas luego de haber efectuado un análisis de todo lo actuado en el procedimiento selectivo de ofertas llevado a cabo a través de la Licitación Pública N° 01/2020, cuyo objeto es la selección del cocontratante que ejecutará las obras de ampliación del muelle comercial del Puerto de Ushuaia.

Aclarado lo dicho, y adentrándonos en el análisis de la cuestión, entendemos que lo observado y recomendado por el Tribunal en cuestión, carece de legalidad respecto de la adjudicación del contrato que se pretende otorgar.

Para así entenderlo, resulta pertinente destacar preliminarmente que, a los fines de alterar decisiones administrativas adoptadas en el marco de un procedimiento especial -como lo es la licitación pública-, tal como lo determinó

el Tribunal, se tienen que configurar vicios en el procedimiento que lo tornen ilegítimo; no obstante, se advierte en el caso que el análisis de fondo desplegado por quien tiene la función de controlar, pretendió desvirtuar normas de apego irrestricto por parte de la Administración en el ejercicio de su función pública, sin acreditar elementos objetivos que permitan visualizar dichos vicios.

Véase al respecto que, la observación formulada por el Tribunal de Cuentas, se sustenta en que la Comisión Evaluadora de Ofertas analizó las propuestas formuladas en autos con un apego al principio de igualdad, olvidándose -a su entender- los principios de concurrencia y de informalismo en favor del administrado.

Para explicar en detalle lo aseverado precedentemente, es que procederemos a desarrollar -lo más sintéticamente posible-, cuáles fueron los elementos considerados por esta Comisión, al momento de analizar las propuestas formuladas por los interesados en competir por la adjudicación del contrato administrativo en cuestión.

Sabido es que, cuando la administración vuelca todo su poder de compra al mercado, lo hace con la finalidad de tutelar el interés público que representa su actividad, para lo cual, debe atenerse a las normas administrativas que regulan todo procedimiento de selección del contratista.

Dicho esto, también es sabido que, la formación de la voluntad de la Administración en la contratación administrativa, se ve materializada a través de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas, dado que a través de dichos actos de alcance general no reglamentarios, el ente licitante determina no solo el objeto de su futuro contrato, sino que además, delimita el perfil del administrado que pretende tener de cocontratante; ello por cuanto así, se procura garantizar el absoluto éxito de la contratación y finalidad de la misma.

En cuanto a la formación de la voluntad del administrado, la misma se ve materializada a través de su oferta, donde el presentante -en calidad de oferente- propone, en el marco de un entendimiento y previsión, su mejor ofrecimiento económico, debiéndose además, cumplir con cada uno de los

B

A

ST
L

requisitos exigidos en la norma que regula el procedimiento selectivo y al futuro sinalagma.

En este andamiaje, toda la jurisprudencia que ha sabido abordar la contratación administrativa, resulta conteste en señalar que al administrado que suele contratar con la Administración Pública, le asiste un deber de previsión superior respecto de aquel que no lo hace, de ahí que se le atribuye al mismo el carácter de colaborador estatal.

En este orden de ideas, se aclara también que el mero hecho de presentarse y ofertar en una licitación, conlleva un vínculo entre el oferente y la Administración el cual “...*queda supeditado a una eventual adjudicación, lo que presupone un grado de diligencia del postulante que excede el común, de modo que su silencio hace presumir lisa y llanamente una aceptación de los términos fijados por el Estado...*” (cfr. Dictámenes PTN Nros. 211.370; 259:415 –entre otros-).

Con lo expresado anteriormente, cabe aseverar que el pliego de Bases y Condiciones Particulares del presente llamado licitatorio, estableció detalladamente la forma de cotizar, y los parámetros en virtud de los cuales debía elaborarse la oferta económica, motivo por el cual, mal podrían ahora contemplarse circunstancias sobrevinientes en el proceso de licitación tal como lo expone el Tribunal, dado que se alteraría justamente, el principio de concurrencia –entre otros-, ya que quien no se ha presentado en la compulsa por entender que no contaba con los elementos necesarios exigidos por el pliego cuando se ordenó y publicó el llamado, se vería seriamente afectado, lo que viciaría el acto que así lo ordene.

Agregamos además que, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que “...*Las Cláusulas de los Pliegos de las licitaciones, le permiten a los oferentes hacer sus previsiones; y si el proponente no ha cuestionado esas cláusulas, debe entenderse que las conoce en su totalidad y, más aún, que las aceptó y las consintió...*” (cfr. Dictámenes PTN Nros. 233:94; 234:452; 259:415 –entre otros-).

En este orden de ideas, 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 y/o queja (cfr. Fallos CSJN 305:826; 307:354 –entre otros-).

Por otra parte, en lo referente a la recomendación de que las Áreas Técnicas revisen las presentaciones efectuadas por la UT DRAGADOS Y OBRAS PORTUARIAS S.A.- COCCARO HERMANOS (fojas 3100/3116) y por la UT GADA S.A.- ECAS S.A.- DOS ARROYOS S.A. (fojas 3117/3127), y habiendo cumplido lo prescripto, resulta de importancia resaltar lo que a continuación se indica:

1) En cuanto a la presentación de la U.T. **GADA S.A. – ECAS S.A. – DOS ARROYOS S.A. (Oferente N° 3)**, de la misma se desprende claramente una queja sobre las previsiones del Artículo 17.2 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, ello por cuanto ahora, la misma considera que los antecedentes de obras exigidos resultan excesivos respecto de la obra que se pretende ejecutar.

Además, informa en su escrito el detalle de obras marítimas que oportunamente no fueron informadas en su oferta, debiéndose destacar al respecto que, las mismas no cumplen con las exigencias previstas en dicho articulado, por lo que la presentación efectuada carece de elementos objetivos que alteren la decisión administrativa adoptada.

Asimismo, es de destacar que, si bien la Comisión Evaluadora actuante en el presente procedimiento de ofertas podría haber solicitado a la firma presentante una aclaración de su oferta respecto de este artículo del pliego -dado que dicha información resulta anterior al momento de celebrarse el acta de apertura de ofertas-, lo cierto es que dicha decisión (desestimación aconsejada) fue tomada en atención al principio del deber de previsión del administrado que suele contratar con la Administración Pública.

Véase entonces ahora que, la presentación efectuada por la U.T. GADA S.A. – ECAS S.A. – DOS ARROYOS S.A. (Oferente N° 3), deja en claro que la Comisión Evaluadora ha formulado su opinión sobre una base objetiva y cierta, dado que,

B
A
2

si efectivamente el oferente hubiese contado con los antecedentes requeridos en el Artículo 17.2 del Pliego, lo hubiera debidamente acreditado en dicha ocasión.

Además, y como derivación del principio de buena fe, resulta señalar la doctrina de los actos propios, según la cual, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos mediante una conducta incompatible con la anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz; trasladada esta teoría al procedimiento administrativo, puede aseverarse que va contra sus propios actos el administrado que intenta una pretensión incompatible con su obrar primero.

Asimismo, cabe agregar que hacer lugar a la observación y recomendación del Tribunal de Cuentas, importaría un claro apartamiento de las cláusulas licitatorias, algo que sin lugar a dudas resulta absolutamente ilegítimo en atención al principio de inalterabilidad de los pliegos.

Al respecto, destacamos que *"...Los límites a la potestad modificatoria de los pliegos..., no pueden obviarse si quiera mediante el consentimiento de los concurrentes al proceso licitatorio respecto de los cambios que la autoridad administrativa se propine incorporar. Los Principios de Igualdad y Concurrencia, protegen también a quienes se hayan eventualmente abstenido de participar en la licitación en razón de las condiciones bajo las cuales se practicó el llamado a presentar ofertas..."* (TRATADO GENERAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS – TOMO II – 1ra Edición 2013 – La Ley SAE e I, 2013 – página 754).

2) En lo que respecta a la propuesta formulada por el oferente **U.T. DyOPSA – COCCARO HNOS (Oferente N° 2)**, resulta evidente destacar que el Tribunal de Cuentas Provincial consideró como formales errores que eran demasiado profundos para considerarlos tales, ya que la presentación efectuada por la misma tanto en la oferta, como en su escrito posterior, contienen errores que resultan de imposible subsanación sin modificar la propuesta.

En cuanto al análisis de precios presentado en ambas oportunidades por el oferente en trato, todos los ítems que incluyen hormigón elaborado, pretenden discretizar el hormigón en sus componentes, pero solo indican "cemento

Handwritten signatures and initials in the left margin, including a large stylized signature at the top, followed by several smaller initials and marks.

puzzolanico" excluyendo la arena, los agregados gruesos y los eventuales aditivos.

Al respecto, en todos los análisis de precios que incluyen hormigón, indican un inciso llamado "**incidencia instalación planta hormigón elaborado**", en el cual se entiende que prorratean los costos de funcionamiento de la misma, pero no los materiales faltantes (arena, agregados y aditivos) del análisis.

Además, se aclara que existe, para algunos análisis de precios de estos ítems, un componente al que denominan "**materiales consumibles**", y para el cual se indican valores globales que no pueden asignarse a ningún elemento faltante en particular, ni extrapolarse para suponer que aluden a los materiales faltantes en el análisis mencionado precedentemente.

Así entonces, el Tribunal actuante, a través de su Área Técnica, no tuvo en consideración lo actuado por la Comisión Evaluadora de Ofertas, como así también, en lo presentado en autos por el oferente U.T. DyOPSA – COCCARO HNOS (Oferente N° 2), al no advertir que para los ítems "losetas", "cabezal de pilote *in situ*", "losa de tablero *in situ*", y "cabezal delfin", ni siquiera se indica el material "cemento puzzolanico", siendo dicha circunstancia de gran significancia dado que incide en la mayoría de los ítems constructivos de la obra, por lo que se considera que el análisis de precios no es claro; y en caso de subsanarse, evidentemente alteraría la oferta original, porque comparando los análisis de precios con otras ofertas, la oferta del proponente resulta baja por la no inclusión de lo detallado.

Así entonces, entendemos que el Tribunal actuante omitió efectuar el estudio de los análisis de precios presentado por el oferente U.T. DyOPSA – COCCARO HNOS (Oferente N° 2), dado que si así fuese, su posición respecto de lo actuado en autos sería distinto.

Sin perjuicio de lo expuesto, de la presentación efectuada por el oferente en trato, es fácil percibir que en el cuerpo de la nota que envían, quieren evadir lo más posible el error que cometieron en los análisis de precios (algo que conocen muy bien por su constante vinculación estatal), ya que en ningún momento lo mencionan expresamente.

[Handwritten signatures and initials]

En este contexto, en función de lo normado por el Artículo 18.5.3 - b) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares aplicable al presente procedimiento selectivo de ofertas, la administración licitante debe **descartar** "...toda oferta que adolezca de uno o más de los siguientes vicios..." cuando, conforme lo previsto en su apartado 3), "... no contenga un claro y exhaustivo ANÁLISIS DE PRECIOS, incluyendo los equipos consignados de acuerdo al Artículo 17.2 o que presente ambigüedades de interpretación en los precios cotizados, o en el monto total de la propuesta, y/o que no fuere posible interpretar esta última en su totalidad ...", circunstancias que justamente son las que se configuran en el caso, por lo que se entiende que el accionar llevado a cabo por la Comisión Evaluadora de Ofertas, también se ha ajustado a derecho en lo que hace al análisis de la oferta presentada por el oferente U.T. DyOPSA – COCCARO HNOS (Oferente N° 2).

Por otra parte, también entendemos pertinente destacar que del informe producido por el Tribunal de Cuentas, esta Comisión no comparte lo allí establecido respecto a los principios consagrados en materia de contratación administrativa referidos a concurrencia e informalismo, dado que el primero de ellos vela por evitar que la Administración incorpore cláusulas deliberadas en los pliegos que impidan la mayor participación de oferentes (lo que redundaría en una mayor compulsión y opción de obtener una mejor oferta), y el segundo de ellos –informalismo-, tiene por objeto impedir la restricción y/o participación y/o ejercicio de petición y/o derecho a defensa de los administrados ante la Administración Pública; pero bajo ningún concepto, dichos principios pueden atemperar las normas que regulan la contratación administrativa.

En efecto, el informalismo no debe ser confundido con la ausencia total de formas, lo cual traería aparejado el desorden de las actuaciones (cfr. Dictamen PTN 287:29).

Asimismo, no puede dejar de advertirse que, la Administración tiene el deber de obrar como sujeto de derecho y ético por excelencia, por lo que en consecuencia, no puede tolerarse un accionar en contrario, dado que si así fuere, se violentaría no solo el plexo normativo al que debe atenderse, sino que además, quebrantaría el velo protector que impera en todo Estado de Derecho.



-III-

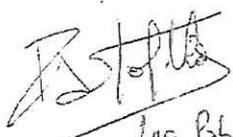
CONCLUSIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, y con motivo de las observaciones y recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas, esta Comisión **ratifica íntegramente el contenido del DICTAMEN DE LA COMISIÓN EVALUADORA emitido el 22/01/2021**, con las siguientes consideraciones:

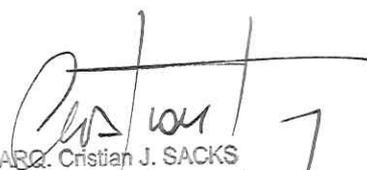
- Las presentaciones de la UT DRAGADOS Y OBRAS PORTUARIAS S.A.- COCCARO HERMANOS (fojas 3100/3116) y de la UT GADA S.A.- ECAS S.A.- DOS ARROYOS S.A. (fojas 3117/3127), fueron analizadas por esta Comisión únicamente a efectos de acatar lo establecido por el Tribunal de Cuentas en sus recomendaciones/observaciones, dado que desde el primer momento las ofertas de las mismas resultaron inadmisibles.
- El término que le demande a la Administración resolver la adjudicación y perfeccionamiento del contrato respectivo, puede incidir directamente en el normal desarrollo de la obra y, además, podría traer consigo una alteración de las bases contractuales oportunamente previstas, por lo que en consecuencia, se entiende pertinente imprimir a la sustanciación del presente de la celeridad necesaria a los efectos de evitar la sucesión de contingencias que importen variaciones imputables al ente licitante.


Cristian L. Rigueiro.


ARQ. ARIEL ROMEO CHERUSINI


Ing. Pablo Stofbst


M. SOLEDAD PALAVECINO
ABOGADA
M.P. 835 C.P.A.U.


ARQ. Cristian J. SACKS
Área Técnica
Dirección Provincial de Puertos


CP. VIVIANA G. MANSILLA VARGAS
Directora de Tesorería
DIRECCION PROVINCIAL DE PUERTOS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY