Provincia de Tierra del Fuego, Antartida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 157

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTARTIDA
E ISLAS DEL ATLANTICO SUR

"2020 – AÑO DEL GENERAL MANUEL BELGRANO".

USHUAIA 09 OCT 2020

VISTO: el Expediente Nº 95/2020, Letra: D.P.P., perteneciente al Registro de la Dirección Provincial de Puertos, caratulado: *"S/ CONTRATACIÓN ANUAL DE SERVICIO DE ALQUILER DE BAÑOS QUÍMICOS PARA PUERTO USHUAIA"*; y

CONSIDERANDO:

Que mediante Nota Nº 659/2020, Letra: D.P.P., el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, señor Roberto Marcial MURCIA, solicitó la intervención de este Tribunal de Cuentas, en el marco de la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

Que en dicha misiva se requirió asesoramiento en relación a lo siguiente:

"(...) *1. Las actuaciones se encuentran en la etapa previa a la emisión del acto administrativo de aprobación del procedimiento de adjudicación por parte del suscripto.*

2. Uno de los oferentes presenta en concepto de garantía de oferta un pagaré, obrante a fs. 375, cuya fecha de emisión señala un error en el año, al expresar 220 en lugar de 2020. Dicha situación fue advertida por otro oferente quien realiza una observación indicando que el comprobante se encuentra mal confeccionado, según constancia a fs. 391/392.

3. Conforme lo establecido en el artículo 102 del Decreto Ley Nº 5965/63, al título al cual le faltare alguno de los requisitos indicados en su artículo 101 invalida el pagaré, entre los cuales se encuentra la indicación de la fecha en el que el vale o el pagaré han sido firmados.

En razón de lo expuesto, se requiere opinión legal respecto de si, la falta de un dígito al año escrito en el pagaré presentado por oferente como garantía de oferta lo invalida como tal (...)".

Que en este estado se remiten las actuaciones a la Secretaría Legal de este Organismo de Control, tomando intervención el Dr. Pablo Esteban GENNARO, expidiéndose mediante Informe Legal Nº 166/2020, Letra: T.C.P. - S.L.

Que en su informe, el Secretario Legal a cargo, manifiesta que las actuaciones vienen al Tribunal a fin de brindar asesoramiento en el marco de la competencia prevista en el inciso i) del artículo 2º de la Ley provincial Nº 50, realizando las siguientes consideraciones:

"(...) *Preliminarmente corresponde advertir, que nos encontramos en el marco de un procedimiento contratación, específicamente en el momento de selección de las ofertas que se encuentra regulado por la Ley provincial Nº 1015 y hasta tanto sea dictada su reglamentación, por lo dispuesto en el Decreto Provincial Nº 674/11, de conformidad a lo establecido en el artículo 72 de la mencionada Ley.*

La Ley provincial Nº 1015 en su artículo 3º fija los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones (…):

'a) Razonabilidad: debe existir una vinculación estrecha entre el objeto de la contratación y el interés público comprometido;

b) Concurrencia e igualdad: todo oferente de bienes y servicios tendrá acceso a participar en contrataciones públicas en condiciones semejantes a las de los demás. La existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas queda prohibida, salvo las excepciones que por ley se dispongan;

c) Transparencia: la contratación pública en todas sus etapas se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones, permitiendo la utilización

de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información en materia de gestión de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad;

d) Economía: en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias;

e) Eficiencia y eficacia: los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad; y

f) Sustentabilidad: las contrataciones públicas deberán regirse en criterios de sustentabilidad que garanticen el menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación tributaria y laboral vigente'.

El mismo artículo, en su parte final expresa: 'Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.

Estos principios servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta ley; como parámetros para actuación de los funcionarios y las dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente ley y demás normas reglamentarias'.

Además, la Ley provincial Nº 1015 en su artículo 4º añade -en relación a la subsanación de deficiencias que puedan producirse en la presentación de las ofertas-, lo siguiente: '(...) El principio de concurrencia de

ofertas no debe ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes o subsanables, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, sin que ello implique alterar los principios establecidos en la presente ley'.

Particularmente, el Decreto provincial N° 674/11, Anexo I Punto 51, también dispone: 'RECHAZO DE OFERTAS: Sin perjuicio de otras causales que puedan establecerse en los pliegos de bases y condiciones, serán rechazadas por inadmisible las ofertas:

a) Condicionadas o que se aparten de las bases de la contratación;

b) que no estén firmadas por el oferente;

c) que estuvieran escrita con lápiz;

d) formuladas por firmas suspendidas al momento de la apertura de los sobres;

e) a criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos;

f) Que careciera de la garantía, cuando esta sea requerida por el organismo licitante, de acuerdo a lo expresado en el punto 27 o no se presentaran las muestras que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares indique;

g) que tuviera raspaduras enmiendas o interlineas en el precio, cantidad, plazo de entrega o alguna otra parte que hiciere a la esencia del contrato, y no estuvieren debidamente salvadas;

h) que incurriera en otras causales de inadmisibilidad que exprese y fundamente el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales hubieren previsto como tales.

En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta.

A fin de evitar restringir la mayor cantidad de ofertas válidas, circunstancia que atentaría con la mayor cantidad de postores, como a la equidad de las relaciones del Estado con el proveedor, los organismos licitantes, especificarán en las respectivas órdenes de compra, que la mercadería debe responder en un todo de acuerdo a las estipulaciones del llamado, con abstracción de las muestras acompañadas' (lo resaltado me pertenece).

Asimismo, en el Punto 52 establece: 'No serán rechazadas las ofertas que contengan defectos de forma, como ser: falta de precio unitario o de totalización de la propuesta, error en el monto de la garantía cuando correspondiera su presentación, omisión de duplicado de la oferta u otros defectos que no impidan su exacta comparación con las demás presentadas'.

Como así también, en el Punto 53, respecto a los errores en las ofertas, regula: 'Si el total cotizado para cada renglón no respondiera al precio unitario, se tomará este último como precio cotizado. En caso de error evidente, denunciado por el oferente antes de la adjudicación, a juicio del organismo licitante, se desestimará la oferta sin aplicación de penalidades'.

Por su parte, el Pliego de Bases y Condiciones que fuera aprobado mediante Resolución D.P.P. Nº 621/2020, en su punto 11 establece: 'Serán requisitos mínimos exigibles al momento de la apertura de ofertas, la presentación del Formulario de Cotización provisto por la D.P.P. y el comprobante original de la constitución de la Garantía de Oferta.

***En caso de no presentar alguno de ellos, será motivo de rechazo de la oferta** sin que dé lugar a reclamo alguno por parte del oferente, debiendo*

dejar constancia de su incumplimiento en el Acta de Apertura (…)'. (lo resaltado no es del original).

Que seguidamente analizó:

"(...) se desprende del Acta de Apertura de Sobres de fojas 49, que al momento de abrir la Oferta Nº 5 perteneciente a la señora SORO Romina (GUSAPLAST), la misma estaba compuesta de una oferta básica por $ 1.632.000 y un pagaré sin protesto por $ 16.320 sin más observaciones, al igual que lo sucedido con la apertura de las Ofertas Nº 2, 3 y 4.

Por el contrario, surge del Acta citada, en relación a la apertura de la Oferta Nº 1 correspondiente a la firma CONTRERAS ARAVENA Luis Sixto, que éste presento una oferta básica por $ 1.816.800 y en cuanto a la garantía, se dejó constancia de lo siguiente: 'Presenta pagaré sin protesto $ 18.160,00 SIN FIRMAR. Observación: el pagaré no se encuentra firmado y además informa que se realizó transferencia bancaria sin encontrar el comprobante de la misma'.

Luego, la Comisión de Preadjudicación procedió a no analizar y tener como inválida la oferta presentada por la firma GUSAPLAST -Oferta N5-, ello con fundamento en el Dictamen D.A.J. N.º 32/2020 al expresar: '(…) respecto al documento presentado como garantía de oferta por la empresa GUSAPLAST de SORO ROMINA obrante a fojas 375 (pagaré), se ha solicitado nuevamente intervención al área legal, la cual ha emitido Dictamen D.A.J. N.º 30/2020 obrante a fojas 394 y 395 indicando que se debe tener como no válido dicho instrumento en el presente proceso de selección'.

(…) Ahora bien, entiendo oportuno mencionar cual es la finalidad y el alcance de la Comisión de Preadjudicación.

Al respecto, la Doctrina tiene dicho que: '(…) La principal función de la CEO es la emisión del dictamen. El reglamento establece cual deberá ser su contenido.

(…) Además de emitir dictamen, la Comisión posee un rol central en el procedimiento de selección, en atención a ser la encargada de efectuar los requerimientos de subsanación de ofertas a los oferentes.

(…) Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o a la entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

(…) Un racional y responsable uso del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a derecho y alcanzar los objetivos para los cuales han sido creados los procedimientos de selección: satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado por medio de un procedimiento jurídicamente inobjetable, eficaz, eficiente y económico.

Entendemos por subsanación de la oferta al acto procedimental por el cual el oferente, en la etapa del procedimiento pertinente, procede a reparar los vicios no sustanciales (ya sean formales o no formales), corrigiendo, integrando o completando la misma, ya sea de manera espontánea o a requerimiento del órgano estatal que en ejercicio de la función administrativa lleva adelante el procedimiento de selección.

(…) Por otra parte creemos que la facultad de subsanar este tipo de vicios que detentan las ofertas receptadas implica la concreción del principio de concurrencia el cuál no afecta en modo alguno el de igualdad de los participantes. En tal inteligencia no se podría subsanar por ello, algún requisito exigido como necesario para la configuración de la oferta en el sentido más propio del término.

(…) Tal actividad no implica posicionar a uno de los oferentes en una categoría diferenciada del resto, es simplemente la corrección de aquellos defectos que no configuran más que errores no sustanciales que puedan haber cometido al momento de presentar las ofertas.

Es igualmente admitido que al intimar a los oferentes a que subsanen a este tipo de errores no sustanciales en la presentación de las ofertas se les imponga un plazo perentorio con el apercibimiento de tener por desestimada su oferta. Entendemos en tal sentido que de este modo no se protege en demasía a los oferentes descuidados en desmedro de aquellos que han sido diligentes al momento de presentación de las ofertas' (Santiago URTUBEY y Gustavo SÁ ZEICHEN – 'Estudios de Derecho Público' - Texto: "La Comisión Evaluadora de Ofertas. Un Organismo Sui Generis en el Procedimiento Administrativo" - Edición Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Páginas 796 – 799/801).

(…) Ahora bien, de la lectura tanto de la cláusula del Pliego de Bases y Condiciones como del Decreto provincial Nº 674/11, se desprende que una oferta puede ser rechazada siempre que no se haya presentado la garantía de mantenimiento oferta, situación que en apariencia no ocurrió en estos actuados respecto de la oferta presentada por la firma GUSAPLAST, tal como se desprende del Acta de Apertura de Ofertas a fojas 49 y la copia del pagaré de fojas 375.

Entonces, el punto a dilucidar sería si el defecto que acarrea el pagaré al haberse consignado como año de emisión '220' y que fuera verificado por la Comisión de Preadjudicación, es un vicio de aquellos en el que su subsanacion atentaría contra los principios que rigen el procedimiento licitarorio -igualdad- o por el contrario, es un error de los considerados subsanables.

La Oficina Nacional de Contrataciones mediante el Dictamen ONC Nº 58/2016 ha exhortado a evitar actitudes formalistas y, por el contrario, centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta, señalando que la verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación) y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, en tanto revisten naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

Este razonamiento jurídico se ha orientado, de este modo, hacia la conclusión de que, en rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

Siguiendo ese lineamiento la O.N.C., ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden

ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación (Dictamen ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM. - 11 de enero de 2018).

En el caso concreto en estudio, el hecho de haber presentado un pagaré con un defecto en el año de emisión del instrumento, entiendo, no debe ser interpretado como un valladar a su subsanación, por cuanto el Decreto Reglamentario en su punto 53 solo prevé la desestimación ante la ausencia de la garantía, tal lo sucedido por ejemplo con la Oferta Nº 1, en contraposición con la Oferta Nº 5 aquí consultada.

Máxime si se repara, tal como el criterio del dictamen mencionado de la O.N.C., en que la garantía de mantenimiento de la oferta tendría carácter accesorio respecto del objeto de la licitación, puesto que su función es asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y sus eventuales prórrogas, por ello es que los defectos en la forma que pudiera presentar, en principio, deberían ser susceptibles de subsanación.

No debe perderse de vista, que un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes y ajustados a Derecho, con miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado entre mayor cantidad de ofertas válidas.

Ello, no implica desconocer que en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso en concreto– puedan eventualmente presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como 'sustanciales' y, en consecuencia, insusceptibles de ser subsanados.

Asimismo se destaca, que lo afirmado no se contrapone totalmente a lo expresado por el Letrado en el Dictamen D.A.J. Nº 32/2020, que analizó conforme al derecho sustancial la validez de un instrumento cambiario sobre la base de la normativa que lo rige.

Lo aquí expuesto, trasunta sobre la posibilidad de subsanar el instrumento cambiario previo a la instancia de adjudicación en aquellos casos como el presente, en que sea posible hacerlo sin violentar normas expresas o los principios que rigen las contrataciones y, en caso de no realizarlo una vez requerido, si aplicar el criterio expuesto en el Dictamen D.A.J. Nº 32/2020 excluyendo a la oferta por carecer de garantía.

En consecuencia, no encuentro óbice legal para que se solicite la subsanación del error material contenido en el pagaré presentado por la firma GUSAPLAST en un plazo prudencial bajo apercibimiento de tenerla por desistida y, en su caso, se proceda a realizar un nuevo cuadro comparativo de ofertas de corresponder".

Que por los motivos expuestos, el Secretario Legal a cargo, concluyó:

"(...) *entiendo que el error material existente en la Garantía de Oferta presentada por la firma GUSAPLAST Oferta Nº 5, sería susceptible de subsanación sin violentar los principios que rigen las contrataciones estatales y, además, dotaría al Ente contratante de la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, evitando de esta forma que por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes.*

Por último, se advierte que la intervención especifica de este Tribunal con motivo de la consulta remitida, no implica el cumplimiento de lo

dispuesto por la Resolución Plenaria Nº 06/2020, que transita por otro procedimiento y tiene por objeto un tratamiento diferenciado".

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte los argumentos vertidos en el Informe Legal Nº 166/2020, Letra: T.C.P. - S.L., resultando pertinente su aprobación.

Que además de lo dicho, cabe recordar que en materia de procedimientos licitatorios, cuando se analizan cuestiones atinentes a los mecanismos de selección, la doctrina ha expresado que:

"(…) El procedimiento de selección del cocontratante estatal se ve impactado por principios de diverso orden. En primer lugar, y como a toda la materia jurídica, lo inciden los principios generales del derecho. Además, se rige por los principios del derecho administrativo, muchos de los cuales son derivados de aquéllos y poseen anclaje constitucional. Asimismo, como procedimiento administrativo específico, se rige también -con las modulaciones del caso- por los principios del procedimiento administrativo y, además, por los que son propios de su especificidad. Es decir, que podemos encontrar que el procedimiento de selección se ve 'impactado' por principios de diverso orden.

Como elemento esencial a tener en cuenta al momento de efectuar el análisis de la incidencia de estos principios en el procedimiento de selección, debemos partir necesariamente de un criterio teleológico, en atención a la finalidad que justifica su existencia, esta es: 'permitir que la administración adquiera la mejor calidad de bienes y servicios a mejor precio, dando igualdad de oportunidades a los particulares que deseen vincularse con ella.

El excesivo apego a las formas, la generalidad de las veces derivado de una inadecuada interpretación y/o aplicación de ellas, así como la sobreabundancia de requisitos y exigencias injustificadas, degeneran en un procedimiento hipocondríaco, mal conducido, irracional, irresponsable por

encarnizamiento formal, y que en muchos casos cristaliza en un trámite fracasado, impotente, trunco. Y ello lleva a que no se cumpla adecuadamente con el interés público" ("LA SUBSANACIÓN DE OFERTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL. UN ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA", Gustavo SA ZEICHEN, en *"DERECHO ADMINISTRATIVO"* Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, año 2011).

Que tomando en consideración, que por medio de la Resolución Plenaria Nº 153/2020, se prorrogó la Feria Extraordinaria dispuesta por su similar Nº 150/2020, hasta el día 11 de octubre de 2020 inclusive, corresponde su habilitación para emitir el presente acto administrativo.

Que el Vocal Contador, C.P. Luis Maria CAPELLANO no suscribe la presente, en virtud de los motivos expuestos en la Resolución Plenaria Nº 152/2020.

Que los suscriptos se encuentran facultados para la emisión de este acto administrativo conforme lo reglado por los artículos 2º, inciso i), 27 y concordantes de la Ley provincial Nº 50, así como también por lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Habilitar la Feria Administrativa Extraordinaria dispuesta por Resolución Plenaria Nº 153/2020, a efectos de la emisión del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 2º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal Nº 166/2020, Letra: T.C.P. - S.L., el que forma parte integrante de la presente.

ARTÍCULO 3º.- Notificar al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, señor Roberto Muriel MURCIA, con remisión de las actuaciones del Visto.

ARTÍCULO 4º.- Notificar al Secretario Contable a cargo, C.P. Rafael A. CHORÉN, y al Secretario Legal a cargo, Pablo E. GENNARO.

ARTÍCULO 5º.- Registrar, comunicar, publicar.

RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 157/2020

CPN Hugo Sebastián PANI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Provincia de Tierra del Fuego, Antartida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTARTIDA
E ISLAS DEL ATLANTICO SUR

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO 409

"2020 – AÑO DEL GENERAL MANUEL BELGRANO".

Informe Legal Nº 166/2020
Letra: T.C.P. - S.L.
Cde.: Expte. Nº 95/2020, Letra: D.P.P.

Ushuaia, 30 de septiembre de 2020.

SEÑOR VOCAL ABOGADO
A CARGO DE LA PRESIDENCIA
DR. MIGUEL LONGHITANO

Viene a esta Secretaría Legal, el expediente del corresponde, perteneciente al Registro de la Dirección Provincial de Puertos caratulado: *"S/ CONTRATACIÓN ANUAL DE SERVICIO DE ALQUILER DE BAÑOS QUÍMICOS PARA PUERTO USHUAIA"*, con el objeto de tomar intervención, emitiendo el dictamen jurídico pertinente.

ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones fueron remitidas a este Tribunal de Cuentas, en virtud de la Nota Nº 659/2020, Letra D.P.P., suscripta por el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, señor Roberto Marcial MURCIA.

Allí manifestó: *"Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en relación al asunto de referencia con el fin de solicitar asesoramiento en los términos del*

Artículo 2º Inciso i) de la Ley Provincial Nº 50 y Resolución Plenaria Nº 124/2016 sobre el tema que a continuación se expone:

1. Las actuaciones se encuentran en la etapa previa a la emisión del acto administrativo de aprobación del procedimiento de adjudicación por parte del suscripto.

2. Uno de los oferentes presenta en concepto de garantía de oferta un pagaré, obrante a fs. 375, cuya fecha de emisión señala un error en el año, al expresar 220 en lugar de 2020. Dicha situación fue advertida por otro oferente quien realiza una observación indicando que el comprobante se encuentra mal confeccionado, según constancia a fs. 391/392.

3. Conforme lo establecido en el artículo 102 del Decreto Ley Nº 5965/63, al título al cual le faltare alguno de los requisitos indicados en su artículo 101 invalida el pagaré, entre los cuales se encuentra la indicación de la fecha en el que el vale o el pagaré han sido firmados.

En razón de lo expuesto, se requiere opinión legal respecto de si, la falta de un dígito al año escrito en el pagaré presentado por oferente como garantía de oferta lo invalida como tal (...)".

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función

consultiva, establecida en la Ley provincial Nº 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

En su Anexo I, se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por las máximas autoridades de los poderes del Estado provincial, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados.

Específicamente, el artículo 1º del Capítulo I, dispone: "(...) *El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial Nº 50, se realizará bajo las siguientes condiciones:*

a) Que la consulta se refiera a materias de competencia de este Órgano de Control.

b) Que la duda que resulta objeto de consulta se formule de manera clara y precisa, indicando las razones que ameritan la requisitoria.

c) Que se acompañen los antecedentes documentales y toda otra información relevante que coadyuve a la eficacia de la respuesta requerida. Deberá adjuntarse copia fiel debidamente certificada de la documentación, cuando el caso así lo requiera.

d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen, el que deberá contener: i)

Resumen de la cuestión objeto de la consulta; ii) Relación de los antecedentes y circunstancias que sirvan como elemento de juicio para resolver; iii) Análisis específico, exhaustivo y profundo de la situación concreta objeto de consulta y iv) Opinión concreta, fundada en las normas jurídicas o antecedentes aplicables al caso tratado (…).

e) Que sean incluidos dictámenes o informes técnicos emitidos por el órgano competente, cuando la materia de consulta así lo requiriese (…). *Los informes deben ser completos, abarcar todos los aspectos del asunto, circunstancias o antecedentes y fundamentarse en las disposiciones vigentes. Además los informes deberán ser serios, precisos y razonables y no deberán adolecer de arbitrariedad aparente ni contar con elementos de juicio que destruyan su valor.*

f) Que la consulta se realice con anterioridad a la emisión del acto administrativo (...)".

Entonces, analizadas las actuaciones, correspondería hacer lugar a la solicitud efectuada por la Dirección Provincial de Puertos puesto que cumple los presupuestos establecidos en el Capítulo I del mentado acto.

No obstante ello, deviene necesario aclarar que sin perjuicio de evacuar la consulta respecto del objeto específico, ello no obsta al cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 06/2020 -referida al Detalle de Plan de Acción-, que en su parte pertinente establece: "(...) *a) En la instancia de control preventivo, se prevé, de la misma manera que se realizó durante los ejercicios 2018 y 2019, intervenir exclusivamente aquellos expedientes que tramiten gastos*

bajo la modalidad de contratación de 'Licitación Pública' y/o 'Licitación Privada' que se encuentren en su etapa previa a la adjudicación. También aquellas contrataciones directas que deriven de licitaciones fracasadas y toda otra tramitación que por su significatividad, en relación al monto involucrado o particulares características, así lo amerite".

Como ya se ha mencionado, la presente se enmarca en la facultad de asesoramiento dispuesta en el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial Nº 50 y no en el ejercicio del control preventivo establecido en el inciso a) del referido artículo, el que deberá efectuarse por parte de este Organismo de Control en la oportunidad del procedimiento correspondiente para este tipo de contrataciones -referidos en la Resolución Plenaria Nº 06/2020-.

CONSULTA

La Dirección Provincial de Puertos solicitó a este Organismo de Control, que emita opinión legal respecto de si una oferta presentada por un oferente en un procedimiento de contratación, que contenga un error en la fecha de emisión del pagaré ofrecido como garantía de oferta, debe ser tomada como inválida y por ende no analizada conforme a las conclusiones expuestas en el Dictamen D.A.J. N.º 32/2020 de fojas 394/395, seguidas en el Informe de Preadjudicación obrante a fojas 406.

ANTECEDENTES NORMATIVOS RELEVANTES

Preliminarmente corresponde advertir, que nos encontramos en el marco de un procedimiento contratación, específicamente en el momento de selección de las ofertas que se encuentra regulado por la Ley provincial Nº 1015 y hasta tanto sea dictada su reglamentación, por lo dispuesto en el Decreto Provincial Nº 674/11, de conformidad a lo establecido en el artículo 72 de la mencionada Ley.

La Ley provincial Nº 1015 en su artículo 3º fija los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, mencionando los siguientes:

"a) Razonabilidad: debe existir una vinculación estrecha entre el objeto de la contratación y el interés público comprometido;

b) Concurrencia e igualdad: todo oferente de bienes y servicios tendrá acceso a participar en contrataciones públicas en condiciones semejantes a las de los demás. La existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas queda prohibida, salvo las excepciones que por ley se dispongan;

c) Transparencia: la contratación pública en todas sus etapas se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones, permitiendo la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información en materia de gestión de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad;

d) Economía: en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las

etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias;

e) Eficiencia y eficacia: los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad; y

f) Sustentabilidad: las contrataciones públicas deberán regirse en criterios de sustentabilidad que garanticen el menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación tributaria y laboral vigente".

El mismo artículo, en su parte final expresa: "*Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.*

Estos principios servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta ley; como parámetros para actuación de los funcionarios y las dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente ley y demás normas reglamentarias".

Además, la Ley provincial Nº 1015 en su artículo 4º añade -en relación a la subsanación de deficiencias que puedan producirse en la presentación de las ofertas-, lo siguiente: "(...) *El principio de concurrencia de ofertas no debe ser*

restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes o subsanables, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, sin que ello implique alterar los principios establecidos en la presente ley".

Particularmente, el Decreto provincial Nº 674/11, Anexo I Punto 51, también dispone: "*RECHAZO DE OFERTAS: Sin perjuicio de otras causales que puedan establecerse en los pliegos de bases y condiciones, serán rechazadas por inadmisible las ofertas:*

a) Condicionadas o que se aparten de las bases de la contratación;

b) que no estén firmadas por el oferente;

c) que estuvieran escrita con lápiz;

d) formuladas por firmas suspendidas al momento de la apertura de los sobres;

e) a criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos;

f) Que careciera de la garantía, cuando esta sea requerida por el organismo licitante, de acuerdo a lo expresado en el punto 27 o no se

presentaran las muestras que el Pliego de Bases y Condiciones Particulares indique;

g) que tuviera raspaduras enmiendas o interlineas en el precio, cantidad, plazo de entrega o alguna otra parte que hiciere a la esencia del contrato, y no estuvieren debidamente salvadas;

h) que incurriera en otras causales de inadmisibilidad que exprese y fundamente el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales hubieren previsto como tales.

En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta.

A fin de evitar restringir la mayor cantidad de ofertas válidas, circunstancia que atentaría con la mayor cantidad de postores, como a la equidad de las relaciones del Estado con el proveedor, los organismos licitantes, especificarán en las respectivas órdenes de compra, que la mercadería debe responder en un todo de acuerdo a las estipulaciones del llamado, con abstracción de las muestras acompañadas" (lo resaltado me pertenece).

Asimismo, en el Punto 52 establece: *"No serán rechazadas las ofertas que contengan defectos de forma, como ser: falta de precio unitario o de totalización de la propuesta, error en el monto de la garantía cuando correspondiera su presentación, omisión de duplicado de la oferta u otros defectos que no impidan su exacta comparación con las demás presentadas".*

Como así también, en el Punto 53, respecto a los errores en las ofertas, regula: *"Si el total cotizado para cada renglón no respondiera al precio unitario, se tomará este último como precio cotizado. En caso de error evidente, denunciado por el oferente antes de la adjudicación, a juicio del organismo licitante, se desestimará la oferta sin aplicación de penalidades"*.

Por su parte, el Pliego de Bases y Condiciones que fuera aprobado mediante Resolución D.P.P. Nº 621/2020, en su punto 11 establece: *"Serán requisitos mínimos exigibles al momento de la apertura de ofertas, la presentación del Formulario de Cotización provisto por la D.P.P. y el comprobante original de la constitución de la Garantía de Oferta.*

En caso de no presentar alguno de ellos, será motivo de rechazo de la oferta *sin que dé lugar a reclamo alguno por parte del oferente, debiendo dejar constancia de su incumplimiento en el Acta de Apertura (...)"*(lo resaltado no es original).

ANÁLISIS

Es relevante rescatar, que se desprende del Acta de Apertura de Sobres de fojas 49, que al momento de abrir la Oferta Nº 5 perteneciente a la señora SORO Romina (GUSAPLAST), la misma estaba compuesta de una oferta básica por $ 1.632.000 y un pagaré sin protesto por $ 16.320 sin más observaciones, al igual que lo sucedido con la apertura de las Ofertas Nº 2, 3 y 4.

Por el contrario, surge del Acta citada, en relación a la apertura de la Oferta Nº 1 correspondiente a la firma CONTRERAS ARAVENA Luis Sixto, que éste presento una oferta básica por $ 1.816.800 y en cuanto a la garantía, se dejó constancia de lo siguiente: *"Presenta pagaré sin protesto $ 18.160,00 SIN FIRMAR. Observación: el pagaré no se encuentra firmado y además informa que se realizó transferencia bancaria sin encontrar el comprobante de la misma".*

Luego, la Comisión de Preadjudicación procedió a no analizar y tener como inválida la oferta presentada por la firma GUSAPLAST -Oferta N5-, ello con fundamento en el Dictamen D.A.J. N.º 32/2020 al expresar: *"(…) respecto al documento presentado como garantía de oferta por la empresa GUSAPLAST de SORO ROMINA obrante a fojas 375 (pagaré), se ha solicitado nuevamente intervención al área legal, la cual ha emitido Dictamen D.A.J. N.º 30/2020 obrante a fojas 394 y 395 indicando que se debe tener como no válido dicho instrumento en el presente proceso de selección".*

En el Dictamen D.A.J. Nº 32/2020 mencionado *ut supra*, el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección Provincial de Puertos, Dr. Roberto ROMERO, interpretó: "(...) *visto el contenido del instrumento de garantía de oferta cuestionado por el aquí presentante, ello es, el pagaré original que luce a fs. 375, se desprende que efectivamente se consigna como fecha de libramiento la leyenda 'Lugar... **Ushuaia 26 de agosto de 220'** , lo cual indica defectuosamente según sus estrictos términos el 'año de libramiento'.*

*Que siguiendo el criterio sostenido en el **Dictamen D.A.J. Nº 29/2020** obrante a fs. 389/390, deviene advertir en el caso bajo examen, la existencia de*

una defectuosa indicación de un elemento constitutivo del instrumento aquí examinado, concretamente, la fecha del libramiento – precisamente el año-, no cumpliendo íntegramente las condiciones del inc. f) del art. 101 – Dto. - ley Nº 5965.

Que tal situación concreta, traería aparejada conforme a la regla del art. 102 del mismo régimen legal, la invalidez del citado instrumento".

Ahora bien, entiendo oportuno mencionar cuál es la finalidad y el alcance de la Comisión de Preadjudicación.

Al respecto, la Doctrina tiene dicho que: "(...) *La principal función de la CEO es la emisión del dictamen. El Reglamento establece cual deberá ser su contenido.*

Este organismo es el encargado de evaluar las ofertas presentadas por los interesados, examinar los aspectos formales de las mismas, la aptitud de los oferentes, solicitar información complementaria, desarrollar el procedimiento de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta y emitir el dictamen que proporciona a la autoridad competente para adjudicar los fundamentos para la dictado del acto administrativo con el cual concluirá el procedimiento (…).

Además de emitir dictamen, la Comisión posee un rol central en el procedimiento de selección, en atención a ser la encargada de efectuar los requerimientos de subsanación de ofertas a los oferentes.

(…) *Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o a la entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.*

(…) *Un racional y responsable uso del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes, racionales y ajustados a derecho y alcanzar los objetivos para los cuales han sido creados los procedimientos de selección: satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado por medio de un procedimiento jurídicamente inobjetable, eficaz, eficiente y económico.*

Entendemos por subsanación de la oferta al acto procedimental por el cual el oferente, en la etapa del procedimiento pertinente, procede a reparar los vicios no sustanciales (ya sean formales o no formales), corrigiendo, integrando o completando la misma, ya sea de manera espontánea o a requerimiento del órgano estatal que en ejercicio de la función administrativa lleva adelante el procedimiento de selección.

(…) *Por otra parte creemos que la facultad de subsanar este tipo de vicios que detentan las ofertas receptadas implica la concreción del principio de concurrencia el cuál no afecta en modo alguno el de igualdad de los participantes.*

En tal inteligencia no se podría subsanar por ello, algún requisito exigido como necesario para la configuración de la oferta en el sentido más propio del término.

(…) *Tal actividad no implica posicionar a uno de los oferentes en una categoría diferenciada del resto, es simplemente la corrección de aquellos defectos que no configuran más que errores no sustanciales que puedan haber cometido al momento de presentar las ofertas.*

Es igualmente admitido que al intimar a los oferentes a que subsanen a este tipo de errores no sustanciales en la presentación de las ofertas se les imponga un plazo perentorio con el apercibimiento de tener por desestimada su oferta. Entendemos en tal sentido que de este modo no se protege en demasía a los oferentes descuidados en desmedro de aquellos que han sido diligentes al momento de presentación de las ofertas" (Santiago URTUBEY y Gustavo SÁ ZEICHEN – *"Estudios de Derecho Público"* - Texto*: "La Comisión Evaluadora de Ofertas. Un Organismo Sui Generis en el Procedimiento Administrativo"* - Edición Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Páginas 796 – 799/801*).*

En el mismo orden de ideas, la Oficina Nacional de Contrataciones en su Dictamen Nº 314/2014, del 21 de agosto de 2014, expuso: *"En el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas, a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Empero, huelga decir que la imposibilidad de modificar las ofertas lo es para cuestiones esenciales, por cuanto en el procedimiento administrativo rige el principio de*

informalismo que, llevado al campo de las contrataciones públicas permite la subsanación o modificación de las cuestiones no sustanciales de las ofertas –de allí también el nombre de "formalismo moderado" o "formalismo atenuado"– (v. Dictamen ONC Nº 795/11).

En consecuencia, la posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad (v. Dictamen ONC Nº 813/12). Ello permite preservar el principio de concurrencia de oferentes en equilibrio con el principio de igualdad, ya que mediante esta vía de ningún modo se podría, por ejemplo, mejorar o cambiar la propuesta original del oferente.

V) En tal sentido, la normativa en juego debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la puja entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios "concurrencia" e "igualdad" deben complementarse en lugar de oponerse".

Ahora bien, de la lectura tanto de la cláusula del Pliego de Bases y Condiciones como del Decreto provincial Nº 674/11, se desprende que una oferta puede ser rechazada siempre que no se haya presentado la garantía de mantenimiento oferta, situación que en apariencia no ocurrió en estos actuados

respecto de la oferta presentada por la firma GUSAPLAST, tal como se desprende del Acta de Apertura de Ofertas a fojas 49 y la copia del pagaré de fojas 375.

Entonces, el punto a dilucidar sería si el defecto que acarrea el pagaré al haberse consignado como año de emisión "220" y que fuera verificado por la Comisión de Preadjudicación, es un vicio de aquellos en el que su subsanacion atentaría contra los principios que rigen el procedimiento licitarorio -igualdad- o por el contrario, es un error de los considerados subsanables.

La Oficina Nacional de Contrataciones mediante el Dictamen ONC Nº 58/2016 ha exhortado a evitar actitudes formalistas y, por el contrario, centrar el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta, señalando que la verdadera inmodificabilidad apunta a la oferta en sí misma, es decir, la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación) y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, en tanto revisten naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

Este razonamiento jurídico se ha orientado, de este modo, hacia la conclusión de que, en rigor de verdad, una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes, por ejemplo, por impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas (GORDILLO, Agustín. Texto disponible en el sitio de internet: http://www.gordillo.com/pdf_desref/cap7.pdf).

Siguiendo ese lineamiento la O.N.C., ha distinguido entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquellas que presentan meras deficiencias formales, extrayéndose la conclusión de que estas últimas pueden ser válidamente saneadas, correspondiendo a la jurisdicción o entidad contratante propiciar que así sea mediante la correspondiente intimación (Dictamen ONC Nº IF-2018-02008922-APN-ONC#MM. - 11 de enero de 2018).

En el caso concreto en estudio, el hecho de haber presentado un pagaré con un defecto en el año de emisión del instrumento, entiendo, no debe ser interpretado como un valladar a su subsanación, por cuanto el Decreto Reglamentario en su punto 53 solo prevé la desestimación ante la ausencia de la garantía, tal lo sucedido por ejemplo con la Oferta Nº 1, en contraposición con la Oferta Nº 5 aquí consultada.

Máxime si se repara, tal como el criterio del dictamen mencionado de la O.N.C., en que la garantía de mantenimiento de la oferta tendría carácter accesorio respecto del objeto de la licitación, puesto que su función es asegurar que el oferente mantendrá su oferta durante el plazo fijado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y sus eventuales prórrogas, por ello es que los defectos en la forma que pudiera presentar, en principio, deberían ser susceptibles de subsanación.

No debe perderse de vista, que un uso racional del mecanismo de subsanación de defectos no sustanciales de la oferta es una herramienta válida y necesaria para lograr modos de selección más eficientes y ajustados a Derecho, con

miras a satisfacer el interés público a través de la elección de la oferta más conveniente para el Estado entre mayor cantidad de ofertas válidas.

Ello, no implica desconocer que en determinados supuestos –que deberán ser valorados en cada caso en concreto– puedan eventualmente presentarse defectos u omisiones en este tipo de garantías, susceptibles de ser calificados como "sustanciales" y, en consecuencia, insusceptibles de ser subsanados.

Asimismo se destaca, que lo afirmado no se contrapone totalmente a lo expresado por el Letrado en el Dictamen D.A.J. Nº 32/2020, que analizó conforme al derecho sustancial la validez de un instrumento cambiario sobre la base de la normativa que lo rige.

Lo aquí expuesto, trasunta sobre la posibilidad de subsanar el instrumento cambiario previo a la instancia de adjudicación en aquellos casos como el presente, en que sea posible hacerlo sin violentar normas expresas o los principios que rigen las contrataciones y, en caso de no realizarlo una vez requerido, si aplicar el criterio expuesto en el Dictamen D.A.J. Nº 32/2020 excluyendo a la oferta por carecer de garantía.

En consecuencia, no encuentro óbice legal para que se solicite la subsanación del error material contenido en el pagaré presentado por la firma GUSAPLAST en un plazo prudencial bajo apercibimiento de tenerla por desistida y, en su caso, se proceda a realizar un nuevo cuadro comparativo de ofertas de corresponder.

CONCLUSIÓN

En mérito a las consideraciones vertidas, entiendo que el error material existente en la Garantía de Oferta presentada por la firma GUSAPLAST Oferta Nº 5, sería susceptible de subsanación sin violentar los principios que rigen las contrataciones estatales y, además, dotaría al Ente contratante de la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, evitando de esta forma que por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes.

Por último, se advierte que la intervención especifica de este Tribunal con motivo de la consulta remitida, no implica el cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Plenaria Nº 06/2020, que transita por otro procedimiento y tiene por objeto un tratamiento diferenciado.

Por lo expuesto, se elevan las presentes actuaciones para la prosecución del trámite.

Dr. Pablo E. GENNARO
a/c de la Secretaria Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia