



Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur
=República Argentina=
Municipalidad de Ushuaia

NOTA N° 044 /2.017.-

LETRA: Mun.U.

USHUAIA, 24 FEB 2017

SEÑOR PRESIDENTE:

Por medio de la presente, tengo el agrado de dirigirme a Usted y por su intermedio al Cuerpo Deliberativo, a los efectos de remitir adjunto a la presente Informe suscripto por los Secretarios del Gabinete Municipal en relación a la Iniciativa Privada para ejecutar la obra de repavimentación de la Avenida Perito Moreno de nuestra ciudad, expediente OP-9254-2016 caratulado “Licitación Pública para la repavimentación de 1.400 metros Avenida Perito Moreno -Sistema de Promoción de Inversiones por Iniciativa Privada”, a los efectos de su tratamiento.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para saludarlo atentamente.

CONCEJO DELIBERANTE USHUAIA	
MESA DE ENTRADA LEGISLATIVA	
ASUNTOS INGRESADOS	
Fecha: 24/02/17	Hs. 13:36
Numero: 99	Fojas: 12
Expte. N°	
Girado:	
Recibido:	

Walter Vuoto
INTENDENTE
Municipalidad de Ushuaia

AL

SEÑOR PRESIDENTE DEL

CONCEJO DELIBERANTE DE USHUAIA

Dn. Juan Carlos PINO

S _____ / _____ D

DENUNCIA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVENTIVO. PLANTEA GRAVEDAD INSTITUCIONAL. SOLICITA REVISIÓN DE LAS OBSERVACIONES FORMULADAS.-

Vengo por el presente en mi carácter de titular de la Secretaria de Coordinación de Gestión, y acompañado en este acto por todos los secretarios del Departamento Ejecutivo Municipal, a solicitar SE REVISEN LAS OBSERVACIONES FORMULADAS OPORTUNAMENTE mediante Acta de Constatación Nro. 03/2017 por la Sindicatura General Municipal en relación al **Expediente OP-9254** caratulado: **"Licitación Pública para la repavimentación de 1.400 metros Avenida Perito Moreno- Sistema de Promoción de Inversiones por Iniciativa Privada"**, levantando las mismas y permitiendo la continuidad del trámite.-

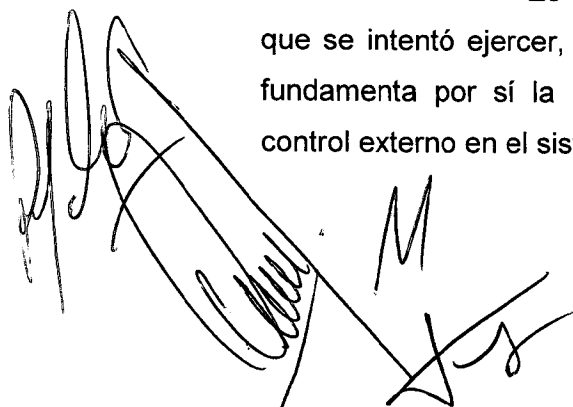
Como se expondrá, el control que pretende ejercer la Sindicatura General Municipal resulta extemporáneo, se ha efectuado violando el procedimiento establecido por el propio órgano de contralor, y lo que es más grave aún se han activado mecanismos institucionales no habiendo garantizado el derecho de brindar explicaciones o poder continuar con la tramitación en cuestión en tanto desde el día 20 de febrero del corriente se encuentran gozando licencia dos de los tres síndicos, lo que impide realizar la reunión Plenaria correspondiente para dar tratamiento a las devoluciones de este Ejecutivo y así poder la Sindicatura en pleno deliberar sobre las observaciones efectuadas.-

Esta situación en la que han colocado los Síndicos al Departamento Ejecutivo Municipal impide continuar con el trámite del referido expediente, y por tanto frena deliberadamente la ejecución de una obra pública de gran envergadura para la ciudad, generando un perjuicio claro a los intereses de la comunidad en tanto con la ejecución de esta obra se pretende dar respuesta a una de las necesidades más graves e inminentes de los vecinos y las vecinas, situación incluso por la cual este Honorable Concejo Deliberante declaró la Emergencia Vial en la ciudad mediante Ordenanza Municipal N° 5120 prorrogada mediante Ordenanza Municipal N° 5180.-

Podría entender este Ejecutivo Municipal los errores en los tiempos y el procedimiento en que han incurrido los Síndicos, pues es EL PRIMER CONTROL PREVENTIVO QUE ESTE ÓRGANO EJERCE DESDE SU CREACIÓN, pero en modo alguno puede entender que aún conociendo la importancia de dicha intervención y sus efectos NO HAYAN GARANTIZADO LA POSIBILIDAD DE SUBSANAR AQUELLAS CUESTIONES OBSERVADAS O EL LEVANTAMIENTO DE LAS MISMAS UNA VEZ BRINDADAS LAS EXPLICACIONES CORRESPONDIENTES.-

Y es que, justamente el espíritu del control preventivo es el de CONTRIBUIR a perfeccionar el acto administrativo, acompañando al Departamento Ejecutivo Municipal para garantizar la eficiencia y eficacia de la gestión administrativa.-

Es ese espíritu el que se ve violentado en todo el proceder del control que se intentó ejercer, configurando así una situación de **gravedad institucional**, que fundamenta por sí la intervención del Concejo Deliberante como órgano máximo de control externo en el sistema democrático.-



Pues como lo ha definido nuestro máximo Tribunal Constitucional, **gravedad institucional es “una situación cuyos alcances excede el interés de las partes para proyectarse sobre la buena marcha de las instituciones”** (CSJN, Fallos 300:417).-

Seguidamente expondré las circunstancias que configuran el actuar arbitrario del órgano de contralor, las que han colocado a este Departamento Ejecutivo Municipal en una situación de riesgo, peligrando así el normal desenvolvimiento de las instituciones.-

Para finalmente, adentrarnos en el tratamiento de cada una de las observaciones efectuadas oportunamente, solicitando entonces al Cuerpo Deliberativo su intervención a efectos levantar las observaciones efectuadas, y permitir la continuidad de las tramitaciones.-

I.- EXTEMPORANEIDAD DEL CONTROL PREVENTIVO.-

Al respecto de la temporaneidad del control realizado corresponde reiterar los conceptos que fueron vertidos mediante la Nota S.L.Y.T. N° 015/2017, en cuanto no nos encontramos ante un caso de control preventivo, y ello **en función de que el acto ya cuenta con principio de ejecutoriedad.-**

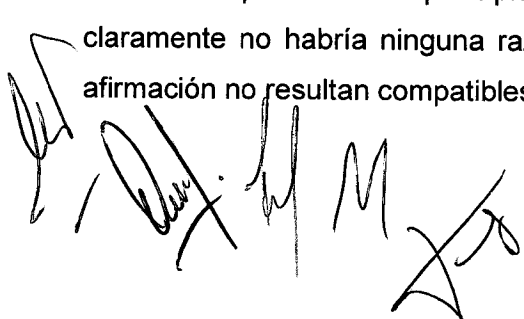
Recordemos que la Resolución Plenaria SGM N° 043/2014 en el punto II del ANEXO I establece: *“oportunidad de control: el mismo se realizará sobre los actos administrativos de disposición de fondos públicos, que importan la identificación de la persona física o previa a la ejecución del mismo (es decir con anterioridad a la notificación y/o publicación que le otorgue al mismo principio de ejecutoriedad)...”*.-

Y es la propia SGM la que entiende al realizar sus “*aclaraciones previas*” que nos encontramos por fuera de la instancia de control preventivo, en tanto se afirma a fs. 372 in fine, con posterioridad de reconocer que el Decreto Municipal Nro. 267/2017 se encuentra notificado y publicado, que **“LA NOTIFICACIÓN Y/O PUBLICACIÓN, OTORGAN AL ACTO ADMINISTRATIVO “PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD”**, afirmación que debió cerrar la instancia preventiva pretendida.-

Afirman seguidamente los síndicos para justificar su intervención que el acto se PERFECCIONA con la firma del contrato, la cual no se ha materializado aún; cuestión cierta pero la norma es clara en relación a la OPORTUNIDAD DEL MECANISMO: el control preventivo cesa cuando hay principio de ejecutoriedad.-

Ahora bien, que el control preventivo se ejerce hasta la notificación o publicidad del acto, se refuerza con lo afirmado a fs. 372 vta. por la propia Sindicatura, al expresar que: *“en definitiva, el oferente que resulte adjudicatario no tiene un derecho adquirido de contratar con el estado municipal. El Municipio, puede hasta el momento del perfeccionamiento del contrato dejar sin efecto la licitación, y no tiene la obligación de responder al adjudicatario, **SALVO POR LOS DAÑOS CAUSADOS**, y siempre que su conducta fuese intempestiva, irrazonable o arbitraria”* (el destacado me pertenece).-

Y es que, notificado o publicado el acto administrativo que adjudica la obra, se GENERAN DERECHOS A FAVOR DEL ADJUDICATARIO y son esos derechos ciertos los que hacen al principio de ejecutoriedad del acto. Si no hubiera un derecho claramente no habría ninguna razón por la cual indemnizar al adjudicatario, una y otra afirmación no resultan compatibles.-



Aún cuando se entiende que no podemos catalogar al presente como control preventivo, corresponde realizar algunas apreciaciones sobre su alcance, en tanto *"...el control será preventivo o represivo.... el primero FOCALIZA EN LAS MEDIDAS CORRECTIVAS y podemos en ese sentido, RELACIONARLO CON UNA FUNCIÓN DE INDOLE CONTRIBUTIVA..."*, igualmente se debe considerar que *"...el control en general no es un fin en si mismo, sino **un medio para el mejoramiento de la gestión**"* ("Principales lineamientos del modelo de control público estatuido en la República Argentina por la Ley N° 24156". Verónica Lorena Arias).-

Todo control preventivo debe ser a los efectos de PERFECCIONAR EL ACTO, evitando originar una burocracia administrativa, en términos negativos, que atente contra lo que se pretende lograr: una administración pública eficaz, y es justamente la eficacia de la administración pública la que se está vulnerando con el pretendido control preventivo en análisis.-

No puede el control preventivo impedir al Departamento Ejecutivo realizar su tarea y aplicar las herramientas de gestión que entiende pertinentes, el único fin admisible es permitir mejorar los sistemas y herramientas que el legislador brinda para realizar la gestión.-

Sin embargo, como veremos en el análisis detallado del procedimiento efectuado y las observaciones realizadas, podremos advertir rápidamente que el espíritu del Acta de Constatación lejos está de contribuir a mejorar el procedimiento en cuestión, sino todo lo contrario; y ello se refuerza con la imposibilidad de acudir al órgano en tanto no se encuentra conformado para deliberar sobre las observaciones efectuadas.-

II.- INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVENTIVO.-

En cuanto al procedimiento empleado para realizar el control preventivo corresponde realizar dos apreciaciones, una primera que tiene que ver con la posibilidad de autoregular este procedimiento por parte de la propia SGM y una segunda que se relaciona con la violación del procedimiento y los principios que la propia SGM ha dictado para este tipo de control.-

Es así que lo primero que he de poner de resalto es la imposibilidad de determinar a través de una resolución plenaria el procedimiento del control preventivo que aplicará la Sindicatura General Municipal.-

Al respecto, debe observarse el contenido del **artículo 208** de nuestra Carta Orgánica Municipal, en tanto el mismo comienza diciendo: ***"Una ordenanza establece la forma de control preventivo, concomitante y posterior de la Sindicatura General"***.-

En el mismo sentido el art. 204 en su punto 4 reza que es función de la SGM: ***"Intervenir preventivamente en los actos administrativos expedidos por el Departamento Ejecutivo que dispusiesen fondos públicos cuando lo considere conveniente o a pedido del Intendente o del Concejo Deliberante, de acuerdo a lo normado por la respectiva ordenanza"***.-

Yendo al contenido de la Ordenanza Municipal Nro. 3.455 podemos advertir con facilidad que la misma NADA REGULA RESPECTO DEL CONTROL PREVENTIVO. ¿Puede entonces la SGM dictar su propio reglamento al respecto? La

respuesta por la negativa se impone, en tanto la carta orgánica ha conferido esa facultad al Legislador, que es en definitiva quien ejerce el control externo sobre los actos del Ejecutivo en el sistema democrático de gobierno.-

No debería ni aclarar este Ejecutivo que no le teme a los controles ni los evita, por el contrario el espíritu de transparencia y participación en la gestión pública se evidencia al acudir al Honorable Concejo Deliberante, para que este cuerpo en pleno pueda intervenir y tomar decisiones al respecto; lo que no podemos permitir es el avasallamiento de las instituciones, y que guiados por intereses espurios pongan en peligro el interés público.-

Coincidimos entonces en “...enfaticar que la función de control se inserta como función propia del Estado, que no es ajena a él, sino que por el contrario se forma desde y para la organización estatal. En forma específica, el control externo constituye un medio idóneo para limitar al poder” (“Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias” por MIRIAM MABEL IVANEGA. Jurisprudencia argentina, suplemento derecho administrativo- LEXIS NEXIS Id SAIJ: DACF070005), Y JUSTAMENTE NUESTRA CARTA ORGÁNICA ESTABLECE QUE ES EL CONCEJO DELIBERANTE EL QUE DETERMINA EL QUÉ Y EL CÓMO DE ESE CONTROL.-

Más allá de ello, nos encontramos con el dictado de la Resolución Plenaria SGM N° 043/2014, en la que se aprueba “el procedimiento para el control preventivo de los actos administrativos que dispongan fondos...”, definiendo en su artículo primero que: “es aquel CONTROL DE LEGALIDAD que tiende a evitar que un gasto o inversión se realice en incumplimiento del régimen legal o normativo vigentes en el ámbito Municipal. El mismo se practicara sobre actos ya dictados pero aún no ejecutados. Lo determinado por el control preventivo es obligatorio, suspendiendo o permitiendo la ejecución del acto”.-

Como podemos observar el procedimiento para realizar el control preventivo lo establece el propio órgano de control, violentando en consecuencia lo pretendido por el constituyente que entendió que quién tenía legitimidad para delimitar tal mecanismo era el órgano deliberativo, es por ello que resulta de dudosa legitimidad esta resolución debiendo dictarse una ordenanza que regule de manera concreta cómo realizar este control.-

Sin perjuicio de lo expuesto, véase que en la propia Resolución de la Sindicatura establece que el control preventivo suspende o permite la ejecución del acto; NUNCA IMPIDE que es lo que sucede en este caso por no haber los Síndicos garantizado la discusión plenaria y como se verá al analizar el contenido de las observaciones, no efectuar NINGUNA RECOMENDACIÓN para poder continuar la tramitación.-

Finalmente, corresponde adentrarse en el segundo de los aspectos resaltados, la **VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO** por el propio órgano; lo cual se advierte de la simple lectura de la Resolución Plenaria SGM N° 043/2014; dejando en consecuencia al Departamento Ejecutivo sin una posibilidad cierta de conocer que hubiera pasado si actuaban quiénes tenían competencia en la materia y sin la posibilidad real de recurrir ante el Contador Fiscal General o ante el mismo órgano en pleno a los efectos de que sean levantadas las observaciones.-

El procedimiento en la norma es claro:



4

- Se debe nombrar un auditor fiscal a los fines de que el mismo recepte e intervenga sobre la documentación (punto IV ANEXO I).
- El mismo auditor fiscal emite un dictamen en el cual además de efectuar las recomendaciones que considere procedentes vise sin reserva u observe o realice una visación con reserva (punto V ANEXO I)
- En caso de haber observaciones por el auditor fiscal las mismas son comunicadas al organismo de origen (inciso c. punto VI ANEXO I).-
- Llegado este punto el organismo de origen podrá plantear la revisión de las observaciones efectuadas por el Auditor Fiscal para que proceda la intervención del Contador Fiscal General (inciso d. punto VI ANEXO I. Contador Fiscal General: misiones y funciones conforme Artículo 18, Anexo II Resolución Plenaria N° 09/2014).-
- Este último podrá visar sin reserva. Visar provisionalmente o mantener la observación. (inciso d. punto VI ANEXO I)
- En caso de mantenerlas se remiten las actuaciones al ejecutivo quien podrá insistir en acuerdo de secretarios ante el Contador Fiscal General elevando este la resolución al plenario de la Sindicatura (inciso e. punto VI ANEXO I).-
- Es en esta oportunidad que interviene el cuerpo en pleno pudiendo nuevamente visarse sin reservas, visar provisionalmente o visar con reserva en caso de mantener las observaciones formuladas (inciso f. punto VI ANEXO I).-
- Y es justamente en caso de mantenerse el visado con reservas que la SGM eleva las actuaciones al Concejo Deliberante con todos los antecedentes.-

Ahora bien, en el caso nada de ello ha ocurrido, en tanto la SGM resolvió visar con observaciones el trámite con la intervención directa de dos de los tres síndicos y un letrado contratado, no resultando en consecuencia claro cuál es el procedimiento a seguir en lo sucesivo.-

Corresponde aquí señalar además, que no se conocen los motivos ni los alcances de la intervención del Dr. Rodolfo Gil, quien es abogado contratado del cuerpo, y no existe acto administrativo que justifique su intervención, pues no podría integrar el cuerpo y no ha sido designado Fiscal Auditor.-

Ahora bien, esta situación de evadir los procedimientos y convocar a un letrado que no tiene competencia para ello, no resulta de un error formal; máxime cuando el Servicio Jurídico Permanente solicitó en forma previa a la intervención, se expidan los Síndicos sobre la ausencia de la Vocalía Jurídica de la Sindicatura, explicando el procedimiento que iba a seguirse y como se iba a garantizar el control de legalidad, pues claramente un técnico y un contador no tienen competencia para ello ni sus respectivos títulos los habilitan al efecto.-

La violación al procedimiento no es menor, por dos razones, por un lado porque deja al Ejecutivo sin una instancia de revisión ante la propia SGM y por el otro porque, el control de la legalidad ha sido efectuado por vocales que no son de especialidad en la materia, quienes no tendrían intervención hasta reunirse en pleno el cuerpo, es decir luego de que el auditor fiscal y el Contador Fiscal General mantuviesen las observaciones.-

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large circular mark on the left and several distinct signatures across the bottom.

En consecuencia: SE VIOLENTÓ EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO Y ELLO EN UN CLARO PERJUICIO PARA LA ADMINISTRACIÓN, COLOCANDO A ESTE EJECUTIVO EN UN ESTADO DE INDEFENSIÓN, EN TANTO SE HAN PRONUNCIADO DOS SINDICOS CUANDO NADA TENIAN QUE PRONUNCIAR, NO SOLO YA POR EL ASPECTO TEMPORAL SINO POR EL SUSTANCIAL: la legalidad.-

III.- LA INVALIDEZ DEL CONTROL DE LEGALIDAD EFECTUADO EXCEDIENDO LAS FUNCIONES.-

Efectuadas las observaciones anteriores corresponde ahora adentrarse en el análisis de cuál es el control pretendido por la norma y quién tiene competencia para realizar ese control.-

La SGM por Carta Orgánica conforme lo establece el artículo 197 *"...tiene a su cargo el control externo presupuestario, contable, financiero, patrimonial y legal y de todas las dependencias del gobierno municipal..."* y conforme el artículo 203 *"Ejerce el control contable, económico y de legalidad del gasto..."* para ello se dispone de la existencia de tres vocales, cada uno de ellos especialista en una materia diferenciada: artículo 198: *"La Sindicatura General está integrada por TRES (3) miembros: un abogado, un arquitecto o ingeniero y un contador público"* y de allí se deriva la competencia que cada uno de los vocales y áreas dependientes de las vocalía tiene.-

Ahora bien, en el que punto I del Anexo I de la Resolución Plenaria 043/2014 establece que control preventivo de los actos **"es aquel control de legalidad..."**, estableciendo con claridad cuál es la materia sobre la que versa dicho control y en consecuencia de qué área debió designarse al Auditor Fiscal, no quedando dudas de que debía serlo desde la asesoría jurídica, en tanto sobre la estructura de la vocalía Legal pesan las funciones del control de legalidad.-

Si quedara algún tipo de duda respecto del objeto del control, en la propia Resolución Plenaria SGM N°043/2014 se establece en el punto V.2 ***"las observaciones que se formulen podrán fundarse en violación de las formas o de la Carta Orgánica Municipal, de las ordenanzas o de las normativas aplicables..."***.-

La tarea es exclusivamente de verificación del cumplimiento de las normas jurídicas y principios del derecho, y es allí donde no se encontraban capacitados el Síndico Contable y el Técnico para expedirse al respecto –al menos no en esta primera etapa- en tanto no se encuentran en condiciones técnicas de realizar tal estudio.-

Y esto es trascendental, pues **se alegan en las observaciones efectuadas por los Síndicos que el Departamento Ejecutivo habría violentado principios que rigen la Licitación Pública (conurrencia e igualdad) y a los arts. 7, 15 y 17 de la Ley 13.064**, y es justamente esta falta de competencia o de capacidad al efecto la que lleva a los Síndicos en incurrir en una **ERRÓNEA INTERPRETACIÓN NORMATIVA**; y ello es lógico y fue advertido por el cuerpo de abogados del Estado, pues **al no ser profesionales del derecho pierden de vista el universo de normas y principios en juego en la presente tramitación.**-

Ahora bien, sobre esta base de IRREGULARIDAD (control extemporáneo, violentando el procedimiento, efectuado sobre aspectos legales por profesionales sin competencia, y no garantizando la posibilidad de levantar las observaciones y continuar con la tramitación) podríamos desconocer lo actuado y

continuar las tramitaciones, sin embargo este Departamento Ejecutivo Municipal cree fuertemente en el control de la ciudadanía sobre sus actos, y por ello viene al máximo órgano de representación democrática a brindar las explicaciones oportunas, entendiendo que en todo momento **las tramitaciones se han efectuado en forma:**

- **razonable**, existiendo una relación lógica y proporcionada en todos los antecedentes y el objeto de la contratación;

- **eficiente**, en relación a la forma y el tiempo, utilizando los mecanismos idóneos para la gestión;

- **dando entera publicidad y difusión** previa el procedimiento;

- **actuando con equidad ecuacional**, procurando el equilibrio de todos los principios del derecho administrativo y en particular los propios del procedimiento de selección del contratista, en las soluciones arribadas;

- **de buena fe**, procurando la proporcionalidad, evitando abusos de derechos y de poderes, cuestión que también deben observar quienes ejercen el control pues: *"...si bien el oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, en el caso de mediar un comportamiento antijurídico del licitante, tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de la relación jurídica precontractual que lo liga al Estado, en la medida en que el oferente no provocó ni motivó el vicio"* ("Licitación Pública", Roberto Dromi, 4 edic, Buenos Aires, Hispana Libros, 2010, pág XXXV).-

- **Y fundamentalmente en forma transparente**, permitiendo el conocimiento acabado de cada una las circunstancias que hacen a la tramitación en cuestión, incluso acudiendo al Órgano Deliberativo –corazón del sistema democrático- a efectos de poner en su conocimiento la situación; pues **"Solo por medio de ejecución satisfactoria de conductas republicanas transparente, es posible dar signos de certeza y de confianza ética a la sociedad"** ("Licitación Pública", Roberto Dromi, 4 edic, Buenos Aires, Hispana Libros, 2010, pág XXIX).-

IV.- DE LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS. LA ERRÓNEA INTEPRETACIÓN LEGAL.-

En el Acta de Constatación Nro. 03/2017 se desarrollan ocho aspectos, que a consideración de los observadores configurarían irregularidades o aspectos que deben ser subsanados previa continuidad del trámite.-

Si bien nos adentraremos en cada uno de ellos, corresponde señalar que mediante el control preventivo se efectúan observaciones para luego establecer recomendaciones para mejorar la tramitación y perfeccionar el acto administrativo (decreto), y en este caso sólo se hicieron recomendaciones en tres de los ocho puntos observados; si bien entendemos que las observaciones no SON TALES, NI CONSTITUYEN INCUMPLIMIENTOS NORMATIVOS, lo cierto es que de seguir el criterio de los Síndicos no habría actividad a desarrollar que permita continuar la tramitación, pues al no efectuar recomendación alguna no pueden identificarse las modificaciones esperadas por aquellos, asimilándose así más a un control posterior sin que la obra se haya ejecutado, que al control preventivo que alegan ejercer.-

En este sentido, los síndicos han analizado ocho aspectos: 1.- la inclusión de la obra en el presupuesto 2017, 2.- la reserva del crédito la que consideran

extemporánea, 3.- lo que han denominado deficiencias en el pliego, 4.- denominado oferta incompleta, 5.- oferta alterada, 6.- modificación de la oferta, 7.- intervención del Servicio Jurídico Permanente, la Secretaría de Economía y el Concejo Deliberante, y 8.- la fuente de financiamiento. Sobre estos aspectos, sólo del 2 al 8 contienen observaciones y de ellos solo el 2, 7 y 8 recomendaciones; evidenciándose así que cinco de las observaciones efectuadas lo fueron sin recomendación que permita la continuidad del trámite, lo que agrava el cuadro descrito ut supra en relación a las posibilidades del Ejecutivo de continuar las tramitaciones.-

Ahora bien, para un mejor análisis expositivo, hemos de clasificar las observaciones en CINCO ACÁPITES: lo presupuestario, los pliegos, la oferta, la intervención de otras áreas y la fuente de recursos.-

IV.A.- PRESUPUESTO Y EL ART. 7 DE LA LEY 13.064.-

En relación al aspecto presupuestario se han efectuado las siguientes observaciones:

1.- Verificación de la inclusión de la obra en el presupuesto 2017. Si bien este punto fue incluido en el capítulo “reparos advertidos”, lo cierto que no efectuaron los Síndicos observación alguna, verificando que la obra está incluida en el Decreto Municipal N° 156/17 que ratifica la distributiva del gasto.-

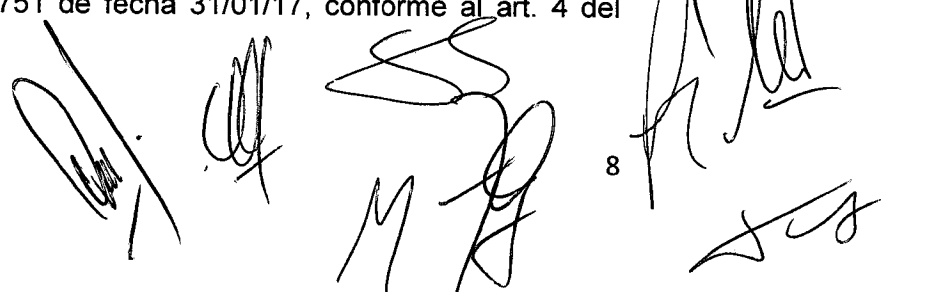
2.- Reserva de crédito extemporáneo a la fecha del llamado a licitación.-

Al respecto, cabe aclarar que la convocatoria a la Licitación se realizó mediante Resolución S.P.e I.P. N° 483/2016 de fecha 29 de Diciembre de 2016, claramente es imposible EFECTUAR UNA RESERVA PRESUPUESTARIA EN EL SISTEMA NO ESTANDO VIGENTE EL EJERCICIO PRESUPUESTARIO DEL AÑO SIGUIENTE.-

Ante la imposibilidad material, pretender no efectuar tramitación alguna en el mes de Diciembre por dicha razón es INACEPTABLE, en tanto generaría una paralización de la administración injustificada, pues cada una de las operaciones realizadas deben tener su partida presupuestaria en el siguiente ejercicio, lo que allí debe constatar.-

En este sentido, la Resolución S.E.y F. N° 55/2017 de fecha 04/01/17 **incorpora la reserva presupuestaria de la Obra** en el Anexo II “Plan de Obras: 1779- Iniciativa Privada Perito Moreno- Cuenta 438 052- Crédito Definitivo: 27.307.612,00- Fuente de financiamiento: Recursos Propios/FFS”. Ratificado por Decreto Municipal Nro. 156/17 del 19/01/17.-

Es decir que la obra CONTABA CON CRÉDITO PRESUPUESTARIO LEGAL; más allá que específicamente esa reserva se efectuara en el sistema informático con el comprobante presupuestario Nro. 751 de fecha 31/01/17, conforme al art. 4 del Decreto Municipal 267/2017.-



8

CLARAMENTE AL MOMENTO DE DICTAR EL ACTO ADMINISTRATIVO (DECRETO MUNICIPAL) la obra contaba con las partidas presupuestarias correspondientes, habiendo el Intendente dictado el decreto que ratifica la resolución distributiva del gasto el 19/01/17, y el que adjudica la obra el 31/01/17.-

Incurren en un gran error de interpretación jurídica los síndicos, al establecer que al no existir reserva en el sistema informático, se encaró una obra sin partida presupuestaria.-

Y es que, el art. 7 de la Ley 13.064 que se dice violentado, es claro en su intención: no encarar una obra que no tenga crédito legal. Y ese crédito legal en el caso existía desde la Ordenanza Municipal Nro 5179 que aprueba el presupuesto para el ejercicio financiero del año 2017.-

Pues *“Con la perspectiva de la administración financiera del Estado, el crédito legal representa un crédito abierto al Poder Ejecutivo”* (Ley 13.064 de Obras Publicada Comentada y Anotada, Ricardo Druetta y Ana Patricia Guglielminetti, 2 edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pag. 53)

Y ese crédito, es la habilitación concedida por el Departamento Legislativo a favor de la Administración para contratar obras, de conformidad con la autorización para erogar fondos públicos que contiene la Ordenanza de presupuesto; encontrándose específicamente dentro de esa autorización la obra contemplada al momento de distribuir el gasto en la Resolución de Economía del 4 de Enero.-

Por ende, NO HAY INCUMPLIMIENTO AL ART. 7 DE LA LEY 13.064, en tanto existió siempre crédito legal para la obra.-

Confunden los síndicos, un obrar regular de la administración cual es el generar una reserva presupuestaria específica en el sistema informático del gasto, con el crédito legal al que hace referencia el legislador.-

Incluso nuestro máximo tribunal constitucional ha dicho que pueden encararse procesos de licitación sin el crédito legal correspondiente, pudiendo antes de finalizar la tramitación transformar partidas presupuestarias o recibir créditos extraordinarios, en este sentido : *“...la jurisprudencia de la Corte Suprema otrora delimitó los alcances de dicho principio al establecer que: El acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es **legítimo** pues los fondos son obtenibles con posterioridad a través del trámite del art. 7 Ley 13.064; o en todo caso **el acto es regular y susceptible de saneamiento (arts. 15 y 19 ley 19.549)**, pues la administración puede subsanar el defecto a través de la vía indicada o mediante cualquier otro arbitrio que le permita transformar partidas”*. (CSJN en “Lidebinsky, Jorge SACIF v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” Fallos 310:548 (1987) también publicado en ED 125-172 con comentario de Bianchi, Alberto B “El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación, ED 125-270) (“El contrato Administrativo”, Juan Carlos Cassagne, 2da edición Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 79)

“Por lo demás, la subsanación será siempre procedente dado que no se advierte la violación al orden publico administrativo en los supuestos en que el respectivo contrato no alcanza a consumarse o perfeccionarse ni ha tenido principio de ejecución en lo que atañe a la erogación presupuestaria.” (“El contrato Administrativo” Juan Carlos Cassagne 2da edición Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 80).-

Es por todo lo expuesto que solicita se levante la observación formulada, en tanto estando prevista presupuestariamente la obra claramente la misma **tenía crédito legal**, no constatándose incumplimiento al art. 7 de la Ley 13.064.-

IV.B.- LOS PLIEGOS Y EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA.-

3.- Deficiencias en el pliego licitatorio. Principio de concurrencia y plazo de ejecución.

En este sentido el Acta de Constatación Nro. 03/2017 de la SGM establece que: *“Se observa: que el plazo de ejecución de la obra prevista en el Pliego aprobado, es sustancialmente menor a la prevista y aprobada en la Iniciativa Privada sin justificación técnica”*.-

Aquí corresponde una salvedad y es que la comparación entre la iniciativa privada y el pliego de licitación en modo alguno puede afectar la concurrencia cuando es en este segundo procedimiento en el que debe respetarse.-

En la iniciativa privada el autor del proyecto contempló la realización de la obra en dos etapas, analizada la propuesta por la Administración esta decidió ejecutar esa obra en menos tiempo y con más frentes de trabajo.-

Ninguna falta puede atribuirse a la Administración cuando se trata de razones de oportunidad, mérito y conveniencia en el proyecto originalmente presentado por el privado; las que son legalmente admisibles sin modificar lo sustancial, y en este caso el plazo no modifica la esencia de la propuesta y es en beneficio de la Administración, privilegiando el bien común y el interés público al que se busca dar respuesta.-

Y es que, pierden de vista los Síndicos que en la presente tramitación CONVIVEN DOS REGÍMENES JUÍRIDICOS: La Promoción de Inversión por Iniciativa Privada y la Licitación Pública como mecanismo de selección del inversor, en este segundo procedimiento es la Administración la que confecciona los PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES -por imperio del art. 17 de la Ordenanza Municipal 3.565- conforme los criterios de la iniciativa y cuidando no desnaturalizarla, pues lo único que está en juego en esta etapa son los derechos del autor de la iniciativa, el que no ha presentado reparo alguno a la modificación introducida y por el contrario ha efectuado su oferta en esas condiciones.-

Por lo expuesto, no existiendo razones que justifiquen una observación al respecto debemos adentrarnos en el tratamiento de lo que han denominado afectación al principio de concurrencia, el cual aparentemente se vería quebrantado por “deficiencias

del Pliego”, señalando que: “Se Observa que el pliego de bases y condiciones aprobado por Resolución N° 483/16 presente deficiencias en su contenido que afecta el principio de concurrencia conforme Ley 13.064 de obras publicas comentada y anotada Ricardo Tomas Druetta y Ana Patricia Guglielminetti pág. 174 punto II oferta única-procedencia de la adjudicación”.-

En este sentido enumeran como deficiencias, que no se especifica: “En el presupuesto base, los precios unitarios oficiales, El cuadro de análisis de mano de obra, maquinaria y equipo; El cuadro de formación del costo y de precio básico; y Los análisis de precios unitarios presupuestados”. Asimismo, señalan que: “La documentación grafica incluida en el Pliego de Especificaciones es incompleta e insuficiente, ya que no se cuenta con una planimetría de toda la traza de la obra, ni con un plano de detalle de la rotonda o derivador a construir en la intersección de la Av. perito Moreno y Vito Dumas....”. Y finalmente observan que: “No se evidencia en todas las actuaciones analizadas, un método de diseño de pavimento rígido que determine el espesor de la carpeta de hormigón a realizar...”

Ninguno de estos aspectos técnicos deben ser incorporados obligatoriamente en los Pliegos, de hecho en la práctica del Municipio NO SE INCLUYEN al licitar obras públicas. Pueden consultarse a tal efecto los siguientes expedientes:

- OP- 8748-2013, iniciado el 22 de Agosto de 2013 por la Dirección de Estudios y Proyectos “Cordón Cuneta y pavimento en sectores varios 2013- Etapa 1º”, en el cual obra un computo con los precios unitarios oficiales, pero no contiene ni cuadro de análisis de mano de obra, maquinaria y equipo; ni cuadro de formación del costo y de precio básico; ni análisis de precios unitarios presupuestados.-
- OP 10719-2014 iniciado por la Subsecretaria de Servicios Públicos el 13 de noviembre de 2014 “Repavimentación Sectores Varios 2014”, en el mismo se observa tan solo el valor total presupuestado, no surgiendo en el caso ninguna de las cuestiones requeridas en el presente.-
- OP 10031-2014 iniciado por la Dirección de Estudios y Proyectos “Apertura de calles, redes de cloaca y a gua para macizo 6 C- ANDORRA”, computo y presupuesto itemizado con precios unitarios, pero nuevamente no contiene ni cuadro de análisis de mano de obra, maquinaria y equipo, ni cuadro de formación del costo y de precio básico, ni análisis de precios unitarios presupuestados.-

Que de haber ejercido el control previo o posterior en estos expedientes y otros, podrían haberse generado RECOMENACIONES TÉCNICAS, para un mejor actuar de la administración y de considerarlo necesario se podrían haber introducido o no, pues eso ya forma parte de una decisión de oportunidad, mérito y conveniencia de la administración, siendo este ámbito de reserva exclusiva de la misma.-

No existiendo incumplimiento legal al respecto, y no evidenciándose como esto podría afectar la concurrencia de los proveedores, en tanto no se recorta la participación de nadie en sus cláusulas, ni existen contenidos dirigidos a un solo público

previamente seleccionado, corresponde rechazar la observación, debiendo ser la misma efectuada en carácter de recomendación hacia futuras tramitaciones en su caso.-

No puede desconocerse que se evidencia la voluntad del Departamento Ejecutivo Municipal de garantizar la participación de la mayor cantidad de oferentes e interesados, pues por ejemplo la financiación de la obra debía ser propuesta por cada oferente de acuerdo a su capacidad económica- financiera.-

Y es que, es lógico que los técnicos no tengan claridad sobre los alcances del principio de concurrencia, y los contenidos que el Pliego debe respetar para garantizarlo, pues: *"Al promover la concurrencia del mayor número posible de ofertas, la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista"* ("El contrato Administrativo", Juan Carlos Cassagne, 2da edición Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 73).-

Y es que: *"Efectivamente, el principio de competencia (concurrencia) es el corazón del proceso, orientado a la finalidad de permitir que se compare un gran número de ofrecimientos, de modo que el resultado de interés público que se intenta alcanzar sea lo mejor posible en términos de economía; por lo tanto, en lo particular, es opuesto al principio de igualdad, que privilegia cláusulas que restrinjan el carácter competitivo"* ("La contratación pública" de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 674/675).-

Esto implica que en la confección del Pliego debe privilegiarse el carácter competitivo, y la rigidez de las cláusulas atentan directamente contra la libre competencia. Pudiendo de las observaciones efectuadas, advertir una confusión en los alcances de los principios jurídicos de la licitación.-

Y es que los elementos que debe respetar el pliego para garantizar la libre competencia de los oferentes son: clara identificación del objeto licitado, habilitación jurídica, técnica y financiera de los proponentes, la fijación de los actos y términos del procedimiento y de las cláusulas del contrato.-

Las demás circunstancias, que hacen específicamente el Pliego de Condiciones Técnicas, nunca van a afectar el principio de concurrencia per se, pues el OFERENTE QUE TENGA DUDAS AL RESPECTO, podrá consultar o formular las aclaraciones que considere pertinentes, para las que se establece un plazo especial en el procedimiento, siendo éste justamente el mecanismo previsto por el Legislador para garantizar así la concurrencia; pues la misma es un principio a favor de la administración y no de los oferentes.-

Y en el caso NINGUNA PERSONA SE PRESENTÓ A FORMULAR PEDIDOS DE ACLARACIÓN, EVACUACIÓN DE DUDAS, ENTRE OTRAS; EVIDENCIANDO LA AUSENCIA DE OTROS INTERESADOS EN LA INVERSIÓN.-

A collection of handwritten signatures and a large circular stamp. The stamp is a simple circle with a vertical line through it. There are several signatures of varying styles, some appearing to be initials or names. The page number '12' is visible near the bottom right of the signatures.

Nuevamente confunden los Síndicos las etapas de la Licitación, los requisitos y los alcances de los principios del procedimiento.-

Una cosa es la ADMISIBILIDAD DE LA OFERTA Y LA OTRA LA ADMISIBILIDAD DE LA EVALUACIÓN, sobre la primera el Pliego establecía las causas insalvables en su art. 7.1, estableciendo en el 8 C.P. que el sobre Nro. 2 sólo se abrirá si el oferente cumplió todos los requisitos exigidos en el Sobre Nro. 1 esto es: garantía, constancia de depósito bancario de adquisición del pliego, pliego firmado, certificado emitido por Registro nacional de constructores, declaración expresa sobre cuestión judicial, domicilio real y constitución de domicilio legal, contrato social y acta de directorio, números de inscripción en la caja de previsión que correspondan o declaración jurada, constancia de inscripción para el impuesto de valor agregado o ganancias, constancia de situación fiscal regular, declaración jurada con nomina de obras públicas, listado de maquinas y equipos a utilizar, nomina y experiencia del personal técnico y constancia de Contratista; TODA DOCUMENTACIÓN PERFECTAMENTE PRESENTADA, POR LO TANTO LA OFERTA RESULTA ES ADMISIBLE.-

Y estos requisitos formales de presentación de oferta son los que van a determinar los alcances del principio de igualdad, pues a todos los oferentes se les va a solicitar la misma documentación que acredite sus condiciones para ser contratista. Se vulneraría el principio de igualdad si se permite por ejemplo, que una Empresa no inscrita como constructora en el Municipio presente su oferta, en tanto es un requisito exigido en el punto 14 del 7.1 Sobre 1; y de permitírsele a una, muchas podrían haber ofertado.-

Ahora bien, la segunda etapa es la admisibilidad para la evaluación; en este aspecto el Pliego establece en el punto 7.2 Sobre 2 que el mismo contendrá: a) Oferta económica propiamente con la planilla de cómputo y presupuesto de la obra, b) Plan de trabajos, c) Curva de Inversiones y d) Análisis de precios de cada uno de los ítems que componen la obra. No expresando taxativamente que el mismo debía contener "la propuesta de financiamiento", ni estando su ausencia configurada como causal de desestimación de la oferta.-

Habiendo el oferente presentado los documentos enumerados, ES ENTONCES ADMISIBLE SU OFERTA PARA LA EVALUACIÓN TAMBIÉN.-

Ahora bien, del Pliego de Condiciones Generales en su art. C.G.3.4 como "Pautas para la evaluación de los proyectos", se desprende que el financiamiento es un elemento para la evaluación, y por ende se solicitó al oferente completara este aspecto.-

Debe considerarse ***"Una practica anticoncurrencial no ya en el pliego sino en la conducta desplegada por la Administración, puede configurarse en la interpretación rigurosa o ritual de los requisitos formales que deben contener las ofertas previstas en los pliegos, circunstancia esta que dificultaría sobremanera la posibilidad de saneamiento de las posposiciones, especialmente en lo que hace a su admisibilidad formal"*** ("Ley 13.064 comentada y anotada" Ricardo Tomas Druetta y Ana Patricia Guglielminetti 2da edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013 pág. 70).-

Encontrando sustento dichas circunstancias en que: *“Según se ha destacado, el reconocimiento del principio de flexibilidad responde a una tendencia actual del Derecho comparado en materia licitatoria, que **procura privilegiar la competencia entre oferentes en los procedimientos de selección a través de un mayor informalismo o de un formalismo moderado.***

Conforme a ilustrada opinión “la observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el Derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación” (Comadira Julio, La licitación pública, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 29)” (“La contratación pública” de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 545/546).-

*“Condición esencial del pliego que sus cláusulas fomenten la concurrencia y la competencia. La concurrencia es **un principio que se ha establecido a favor de la administración** en orden a lograr el mayor número posible de oferentes que compitan – y no en beneficio de estos últimos- entre los cuales, si es que existe una verdadera puja, aquella tendrá mayores posibilidades de comparación y de escoger, en definitiva la más convenientes” (“Ley 13.064 comentada y anotada” Ricardo Tomas Druetta y Ana Patricia Guglielminetti 2da edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013 pag 70).-*

En conclusión, no existiendo deficiencias en el aspecto presupuestario ni en la confección de los pliegos corresponde continuar la tramitación del Expediente en cuestión. Es así, que nos adentraremos en el análisis de la oferta presentada y los mecanismos legalmente habilitados que ha activado la Administración.-

IV.C.- LA OFERTA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.-

En relación a este punto los Síndicos observaron que la oferta era incompleta, alterada y modificada. Cuestión que como analizaremos ha sido subsanada dentro de las facultades legales de la administración, por lo que cualquier observación al respecto carece de valor.-

4.- Oferta incompleta. Falta de propuesta de financiamiento.-

En este sentido, la SGM observó que: *“Se desprende de las actuaciones que dentro de la documentación contenida en la oferta presentada por la empresa ZIMENTAR SRL, no se encontraba la propuesta de financiamiento, la cual no fue advertida por la comisión al momento de la apertura, siendo un requisito esencial al momento de comparar la oferta más conveniente (evaluación de factibilidad técnico-económico- financiero de las ofertas), tratándose de un Proyecto de Inversión en el marco de la Ordenanza N° 3565, situación esta que vulneraría el principio de igualdad sobre los cuales se erige el proceso de licitación, ya que la oferta ha de contener los elementos de juicio válidos y necesarios que permitan su evaluación, en consideración a todos los factores que la integran, junto con el precio.”*

Tiene dicho la doctrina que *"El apego a la formalidad, como se ha visto, traducía en el Derecho tradicional una estricta fidelidad al principio de igualdad, de modo que, cuanto más detalles en los pliegos, menos espacio para la discrecionalidad y el error en las evaluaciones y decisiones que deberían ser tomadas.*

El resultado alcanzado conlleva las mismas características de este tipo de proceso y en la práctica, comúnmente verificada en numerosos países: el Estado siempre paga más que lo que un particular pagaría en una selección expedita, sin pérdida de tiempo y de recursos en largos trámites, y muchas veces, con la posibilidad de obtener rebajas. (....)

*Hipótesis especial de **formalismo dañino** en las licitaciones que aquí se destaca, relativa a los pliegos de admisibilidad en las licitaciones.*

*Hecha la diferencia entre los pliegos de admisibilidad de una oferta, de los pliegos que rigen la declaración que adjudica el contrato a la propuesta más ventajosa, un problema común que se ofrece es la inversión de valores, que suele ocurrir cuando el **exceso de rigor formal de las reglas de habilitación (o de las interpretaciones que de ellas se haga), conduzcan al impedimento de una comparación sustantiva de todas las ofertas, aunque defectuosas**".("La contratación pública" de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006 pág. 676/677).-*

Y esta aclaración que se solicitó se hizo en el marco de las propias atribuciones conferidas por el Pliego de Condiciones Generales, el que en el Punto C.G.3.2 prevé: "Aclaraciones Previas a la Adjudicación, los proponentes quedan obligados a facilitar todos los datos que el Comitente solicitase a los fines indicados, debiéndolo cumplimentar en un plazo no mayor a cuatro días corridos a contar desde el momento de recibido el requerimiento....".-

Y es que los principios de igualdad y concurrencia deben respetarse armónicamente con los principios del procedimiento, en especial el de materialidad, mediante el cual se establece: "Para neutralizar el formalismo es necesario evitar actitudes formalistas, procurando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. Asimismo, la severidad en la admisión y la exclusión por omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación de deficiencias de carácter leve que no vulneren la esencia del trato igualitario ya que la administración tiene la carga de obviar inconvenientes menores y permitir la afluencia de posibles ofertas" ("La contratación pública" de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006 pág. 547).-

5.- Oferta alterada.

Respecto de este punto en particular, afirmaron los Síndicos que: "Se observa una alteración sustancial de la oferta oportunamente presentada por parte del proponente, que debió ser considerada como inadmisibile. Por lo que se verifica una violación al artículo 15 de la ley 13.064"

Esta observación, no puede ser considerada como tal, y se ha tratado de encuadrar la misma forzosamente como un incumplimiento al art. 15 de la Ley 13.064, cuando en rigor de verdad esta norma establece que las ofertas se presentan hasta la fecha y horas señaladas, en sobre cerrado, por pliego firmados y con depósito de garantía.-

Y como dijimos *ut supra* el contenido de la admisibilidad en el caso está dado por el art. 7.1 Sobre 1 del Pliego; TODO LO CUAL FUE DEBIDAMENTE CUMPLIDO Y CERTIFICADO ASÍ POR LA ADMINISTRACIÓN.-

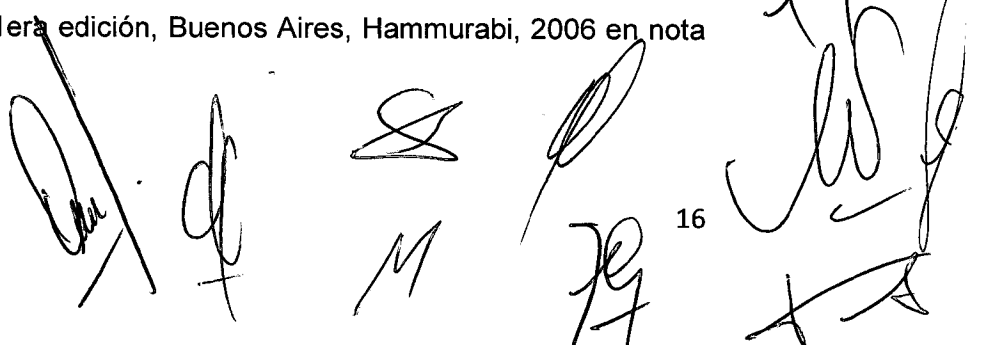
Luego, la no adecuación de la oferta a la planilla modelo del Pliego, se ha considerado un error subsanable, y así se lo entendió al solicitar las aclaraciones y adecuaciones pertinentes la Comisión de Estudio de las Ofertas, quien tiene competencia al efecto.-

Ello pues los ítems incorporados por el oferente se corresponden con los incluidos en la planilla modelo, así el Nro 1 puede verse en la oferta como 2.1, el Nro 2 como 2.2 y 2.4, el Nro 3 como 2.3, el Nro. 4 como 3.1 y 3.2, el Nro. 5 como 3.2 y el Nro. 6 en 1.1, 1.2 y 1.3.-

Y es que: *"En la actualidad, se extiende el principio de informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo procedimiento de selección y ejecución de contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicación, en armonía con otros principios de la contratación administrativa (en especial el de concurrencia e igualdad y de el de transparencia, art. 3 RCAN)*

Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio o subsanación de las ofertas (art. 17 RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad que de la administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia, y al propio tiempo, el principio de igualdad. ("El contrato Administrativo" Juan Carlos Cassagne 2da edición Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 104).-

A mayor abundamiento, debe considerarse que *"La Sala I de la CNFed. Cont. Ad. 26/5/98 "José Cartellone Construcciones Civiles SA c/D..N.V. s/ contrato de obra pública", ha resaltado la importancia de la colaboración del oferente durante el proceso de selección. En el voto del doctor Néstor Buján, al que se adhirieron los doctores Pedro Coviello y Bernanrdo Lucht, se afirmó que "si bien la oferta debe ajustarse a las exigencias formales y sustanciales de los pliegos licitatorios...esta rigurosidad formal del procedimiento de selección no puede ser interpretada, contrariando su propia finalidad, como que impide el ejercicio de la sana iniciativa privada y el cumplimiento del leal deber de colaboración de los postulantes"* ("La contratación pública" de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006 en nota de pág. 653).-



Más allá de lo expuesto, NO PUEDE PERDER DE VISTA LA SINDICATURA que estamos ante un procedimiento de SELECCIÓN DEL INVERSOR DE LA INICIATIVA PRIVADA, y ello obliga a analizar en forma armónica los principios del Derecho, pues **“...el principio de igualdad no es absoluto ni desde el punto de vista general ni en su aplicación al ámbito de la contratación administrativa.**

Por eso, en su proyección aplicativa en el campo de la contratación pública, se entiende que no vulnera la igualdad de los oferentes el establecimiento previo de preferencias impersonales para todos los que se hallen en determinada situación, siempre que respondan a categorías objetivas razonablemente fundadas (“La contratación pública” de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006 pág. 553).-

Y justamente en este caso, existen preferencias impersonales que ha establecido el Legislador para el autor de la iniciativa, que ya había presentado una propuesta de financiamiento en el proyecto original. Rechazar la oferta en la licitación por haber olvidado un elemento formal o por haber presentado una planilla distinta al modelo formal, atentaría contra el principio de materialidad, buena fe, y eficiencia de las tramitaciones.-

Y es importante detenernos aquí, pues muchas veces por pretender hacer primar el formalismo extremo en la admisibilidad de las ofertas se genera que los procedimientos más transparentes fracasen casi cotidianamente; formando una percepción de ineficiencia de los procedimientos por parte de las administraciones y un quebrantamiento de la confianza y la fe pública por parte de la ciudadanía.-

Es en este entendimiento que el Ejecutivo ha tenido en cuenta el mismo criterio emitido por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictamen 103:5 (similar criterio adoptó en Dictámenes 203:148, 77:265, 79:179) que: **“De interpretarse con criterio amplio el concepto de ofertas inadmisibles para posibilitar el procedimiento excepcional de contratación directa, se podrá llegar a desvirtuar en la practica en forma total el régimen obligatorio de la licitación pues bastara el expediente de considerar inconvenientes las propuestas presentadas en la licitación para convertir la excepción legal en uso corriente y en mayor razón se desnaturalizaría el principio si se aceptara contratar directamente bajo condiciones distintas de las originales pues desaparecería así toda posibilidad de concurrencia en igualdad de condiciones que es finalidad fundamental del régimen de contrataciones instituido por las reglamentaciones vigentes”.-**

Debe verse que se garantizó la igualdad desde los orígenes del procedimiento, con las salvedades hechas en relación a la convivencia del régimen con la Iniciativa Privada, y **que NO EXISTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD** al solicitar la adecuación de la oferta AL ÚNICO INTERESADO.-

Pues, previo a la desestimación de una oferta por cuestiones claramente subsanables, **se solicitó la aclaración priorizando el principio de eficacia del procedimiento, lo que además refuerza la fe pública y la confianza en el Estado,** pues *“... la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar*

satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resultan más idóneos para la gestión.

La eficiencia es también un principio jurídico del que resulta para la administración un deber positivo de actuación conforme las exigencias públicas. Es un bien o interés jurídico que revista calidad de valor, por lo que debe garantizarse su existencia y la capacidad de cumplirlo o alcanzarlo; porque traduce un mandato vinculante para la administración a propósito de su idoneidad para cumplir con sus fines. ("Licitación Publica" Roberto Dromi, 4edic, Buenos Aires, Hispana Libros, 2010; XXV).-

Por todo lo expuesto, no existiendo incumplimiento al art. 15 de la Ley 13.064, y habiéndose respetado los principios generales y sub principios en juego, con sus respectivos alcances, deben ser rechazadas de pleno las observaciones formuladas.-

6.- Alteraciones a la propuesta original. Oferta complementaria o modificación de la oferta.

Al respecto la SGM observó: *"Distorsión de los análisis de precios, no respetando el costo directo de los ítems, lo que generaría un eventual perjuicio ante un posible pedido de redeterminación de precios, previsto en el pliego licitatorio, ante una alteración de su incidencia en el precio final de cada uno de los ítems. Se observa incumplimiento del art. 17 de la ley 13.064 en cuanto a que se ha "alterado" la oferta originalmente presentada".-*

El art. 17 de la Ley 13.064 establece que las modificaciones que fueran entregadas por el oferente con posterioridad al acto de la licitación pública deben ser desechadas. Sin embargo, podrán considerarse aclaraciones que no alteren substancialmente la propuesta original.-

De la primer parte del artículo en cuestión se desprende que NO DEBEN CONSIDERARSE LAS MODIFICACIONES, Y NO QUE LA OFERTA PASA A SER INADMISIBLE.-

Aclarado este punto, debemos ver que las modificaciones que no alteren lo sustancial de la propuesta original SON LEGALMENTE ADMITIDAS Y PERMITIDAS.-

Entonces el análisis no debe centrarse en si existe o no modificación de la propuesta original, cuestión que *per se* no la inhabilita para ser evaluada y considerada, sino el grado de influencia de dichas modificaciones en la oferta presentada.-

Ahora bien, la Ley de Obra de Pública no contiene pautas que permitan determinar cuándo una deficiencia o modificación de la oferta posee o no la suficiente entidad como para imposibilitar su subsanación o valoración por parte de la Administración.-

Y es la Comisión de Estudios de las Ofertas la que tiene competencia para efectuar dicha valoración en el caso concreto, comisión que entendió que la oferta global no sufrió ningún tipo de modificación, y que el oferente para adecuar su oferta tal como

fue solicitado en el pedido de aclaración, introdujo variaciones en los precios unitarios de algunos ítems que consideró insustanciales e intrascendentes.-

Deben conocer los Síndicos, que *“La PNT, no obstante reconocer que en materia de presentaciones complementarias posteriores al acto de apertura, ha de imprimirse a los pliegos una interpretación restrictiva en resguardo del principio de igualdad, morigera el rigor formal en supuestos de obras licitadas con proyecto y presupuesto a cargo del oferente...”* (cita al Dictamen 90:216) (*“Ley 13.064 comentada y anotada”* Ricardo Tomas Druetta y Ana Patricia Guglielminetti 2da edición, Buenos Aires, Abeledo perrot, 2013, pág. 141).-

Y ello es así, pues el Régimen de Iniciativa Privada prevé en su art. 18 (O.M Nro. 3565) que el autor del proyecto si no resulta adjudicatario podrá en el plazo de 30 días modificar su oferta en forma total, esto es precios unitarios y global, para poder garantizar su derecho de preferencia.-

Por lo tanto, si compitiendo con otros el oferente puede modificar TODA SU OFERTA para ejercer el derecho de preferencia, ¿Como no se va a permitir una modificación unitaria insustancial de precios cuando esta no afecta la oferta global y encima no se encuentra compitiendo con nadie?, pues como se vio no existieron interesados.-

Todo ello bajo el entendimiento que estas cuestiones que aparecen razonablemente como susceptibles de pronta y eficaz subsanación, son necesariamente reservadas el poder administrador, atendiendo a la naturaleza y exigencia de la tramitación, conforme criterio sentado por SCJ en caso “D’Onofrio, Nicolás C/Provincia de Buenos Aires” ED, 75-393.-

En conclusión, por los fundamentos expuestos corresponde levantar las observaciones efectuadas en relación a la oferta, permitiendo continuar al trámite correspondiente.-

IV.D.- LA INTERVENCIÓN DE OTRAS ÁREAS. EN PARTICULAR LA NATURALEZA JURÍDICA DADA POR EL LEGISLADOR.-

En el capítulo 7 denominado por la Sindicatura General Municipal: **“Servicio jurídico permanente. Intervención previa del área de economía y del Concejo Deliberante”**, se observó que no había intervención previa del Servicio Jurídico Permanente ni de la Secretaría de Economía y Finanzas.-

No existe disposición legal que establezca la intervención previa ni del Servicio Jurídico Permanente, ni de la Secretaría de Economía y Finanzas, razón por la cual podríamos detenernos sin efectuar mayores análisis.-

Sin perjuicio de ello, se pone de resalto que el mecanismo establecido en la Ordenanza Municipal 3565 pone en cabeza de la Comisión de Promoción de Inversiones por Iniciativa Privada la evaluación técnica, económica y jurídica y del Concejo Deliberante la evaluación sobre el Interés de la propuesta.-

Asimismo, corresponde aclarar que conforme la Ordenanza Municipal Nro. 4976 Anexo X punto 2. Corresponde al Servicio Jurídico Permanente Dictaminar en todos los casos en que se encuentren comprometidos derechos de terceros, y en este caso se entendió que NO EXISTÍAN DERECHOS DE TERCEROS EN JUEGO, por lo tanto la intervención fue la de rutina al efectuar el control de legalidad del acto a dictarse (decreto en este caso) conforme constancia referida.-

Por otro lado, se observa que: *"No consta intervención del Cuerpo Deliberativo que autorice el endeudamiento otorgado s/artículo 98 de la Carta Orgánica Municipal que regula las operaciones de Crédito Público".-*

Debe señalarse al respecto, que el Concejo Deliberante tomó intervención conforme art. 12 y 14 de la Ordenanza Municipal Nro. 3565. **El tratamiento que dicho cuerpo le dio a la propuesta de financiamiento no es órbita de este Ejecutivo.** Sin embargo, es necesario aclarar que la esencia de la Iniciativa Privada es el Financiamiento, y darle el tratamiento de Crédito Público sería desvirtuar lo ya decidido por el legislador en una norma vigente que no ha sido atacada en su constitucionalidad.-

Pero además ello tiene su espíritu en el propio surgimiento de estos nuevos contratos administrativos, en tanto: *".... el clásico modelo de contrato de obra pública definido en la Ley 13.064, como aquellas construcciones, trabajos o servicios de industria que se realizaban con fondos provenientes del Tesoro Nacional, se halla hoy en crisis. En este sentido, ha expresado acertadamente Gordillo que la crisis económica y fiscal, ha hecho que "...se deba abandonar en parte la figura del contrato de obra pública como construcción hecha con fondos del Tesoro de la Nación"*

Asimismo, es dable remarcar que la ya mentada carencia de fondos que padece el Estado a los fines de realizar infraestructura pública, es un fenómeno que no solo se ha producido en nuestro país; de tal circunstancia también ha dado cuenta la experiencia comparada.(...)

Ello- demás esta aclararlo- resulto determinante en lo relativo al desarrollo de obras, por cuanto, aun cuando la toma de deuda pública no disminuyo, los recursos que se obtenían se hallaban enderezados fundamentalmente a paliar otra clase de necesidad, principalmente sociales; con el consiguiente retraso que dicha circunstancia generó en la construcción o mantenimiento de infraestructuras públicas.

Como puede advertirse a la luz de lo expuesto, la perspectiva tradicional seguida para la realización de estas últimas, que suponía la utilización del contrato de obra pública, con las peculiaridades que esté presente en cuanto a la naturaleza de los fondos utilizados y al reparto de los riesgos debe ceder en pro de técnicas que respondan mas acabadamente a las características que posee la distribución de recursos en la estructura presupuestaria de los Estado en la actualidad. (...)

Es por lo expuesto, se hace necesario recurrir a nuevas formulas en materia de gestión y financiación de infraestructuras públicas; las cuales pueden permitir su realización sin hacer cargar al erario público sus costes (No puede perderse de

vista aquí lo dicho, en el sentido que no existen obras gratuitas; siendo que ellas en última instancia siempre van a ser pagadas por los particulares, ya sea en su carácter de usuarios o contribuyentes), o bien difiriendo su pago para un momento ulterior al de su realización". (Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras Javier Guiridlian Larosa, 1° edic, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, Pág. 25/27).-

De ello se desprende claramente, que los nuevos contratos administrativos implican nuevas formas de gestión y financiación de infraestructura pública creados por el legislador con la intención de no acudir al empréstito público.-

Efectuar observaciones al respecto, excede ampliamente el marco de facultades del órgano de contralor.-

Por lo expuesto, las observaciones efectuadas en este sentido deben ser rechazadas por improcedentes.-

IV.E.- LA FUENTE DE FINANCIAMIENTO.-

8.- Falta de especificación del financiamiento en el acto de adjudicación.

Al respecto la Sindicatura observó que: *"En el acto de administrativo de adjudicación decreto municipal N° 267/2017 (fs 358/359) no se especifican los fondos con los cuales se afrontará el anticipo financiero y las cuotas sucesivas del financiamiento. No se menciona en dicho acto administrativo, que la obra se encuentra sujeta al régimen de contribución por mejoras, en el marco de lo establecido en la Ordenanza Municipal Nro. 1521, tal lo estipulado en el Ordenanza Municipal Nro. 5191".-*

Y esta observación resulta apresurada, en tanto hasta la confección del Acta de Constatación la obra tenía reserva presupuestaria con recursos propios, tal como se señaló en el acápite referido al presupuesto.-

Y ello, pues la Ordenanza Municipal Nro. 1521 establece la necesidad de aperturar un registro de contribución por mejoras por el plazo de 30 días a efectos de que los contribuyentes puedan expresar su oposición al régimen, por tanto establecer en el acto de adjudicación el destino de fondos hasta el momento "incierto" sería una gran irregularidad.-

Al día de hoy el registro se ha cerrado, no superando la oposición el 40% establecido en la normativa, por lo que teniendo certeza al respecto corresponde introducir las modificaciones presupuestarias respectivas para posteriormente modificar el acto administrativo en este sentido.-

Por lo expuesto, debiendo continuar la tramitación sus instancias normales, corresponde rechazar la observación por improcedente.-

V.- CONSIDERACIONES FINALES.-

Si bien el espíritu de este Ejecutivo Municipal a lo largo del procedimiento ha sido el de actuar de buena fe, con transparencia, remitiendo las actuaciones al órgano

de contralor para que efectuó su labor contributiva; lo cierto es que todo el accionar (fuera de tiempo, excediendo funciones, logrando en los hechos una paralización de la tramitación con grave riesgo para el interés público) del órgano que debía coadyuvar en esta tarea, ha sido contrario al espíritu de su función y la  tica que rige a todos los servidores públicos.-

Y es que: *“Las regulaciones procedimentales deben promover mecanismos que garanticen el mejor producto final de la gestión, con la correcta y honesta utilización de los medios enderezados al fin propuesto. La regulación no puede separar las conductas medias, o de trámite, del resultado de la gestión en lo que hace a la calidad del fin o servicio prestado* (*“Licitación Pública”* Roberto Dromi, 4edic, Buenos Aires, Hispana Libros, 2010; XXX).-

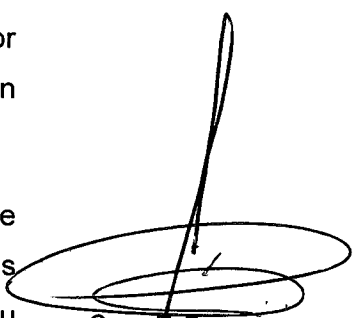
Debe considerarse que ***“El principio de eficiencia se rige a la mejor realización posible de la gestión de los intereses públicos en términos de plena satisfacción de los administrados con los menores costos para la sociedad.***

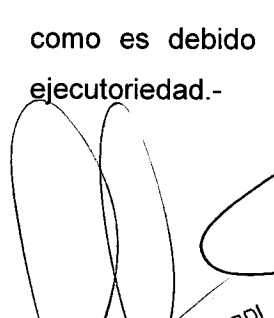
Presente, por lo tanto, en la eficiencia, una triple expresión: es un necesario atributo de la administración; es una exigencia  tica de bien administrar, y es un resultado exigible en términos de buena administración” (*“La contratación pública”* de Juan Carlos Cassagne 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006 pág. 670).-

Igualmente, puede destacarse en el presente que *“Procurar la nulidad por la nulidad misma constituiría un formalismo que conspirar a contra el legítimo interés de las partes y la recta administración de justicia”* (afirmación de la Sala citando a los autores : Fenocchi tto, Carlos Eduardo – Arazá, Roland “ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” T  I, pág. 620 y jurisprudencia all  citada. Ed. Astrea, Bs. As., 1.983).-

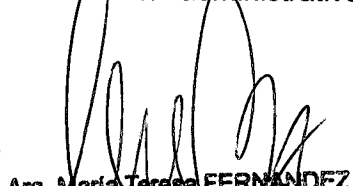
Más allá de lo expuesto, lo cierto es que urge dar respuestas y certezas a la ciudadanía principalmente en un contexto de Emergencia Vial, que se ve agravado por la cercana veda invernal, y al adjudicatario e iniciador privado en tanto posee derechos en expectativas y legítimos de efectuar la obra.-

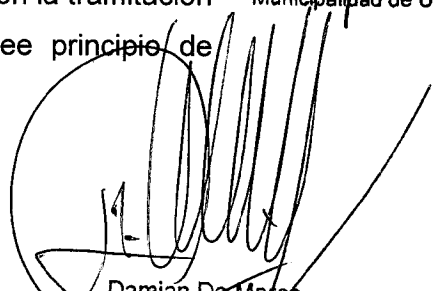
Por todo lo expuesto solicitamos a este Honorable Concejo Deliberante se adentre en el tratamiento de todos y cada uno de los aspectos planteados, rechazando las observaciones erróneamente efectuadas por la Sindicatura General Municipal, y en su defecto indicando las recomendaciones a seguir que permitan continuar con la tramitación como es debido en esta instancia donde el acto administrativo posee principio de ejecutoriedad.-

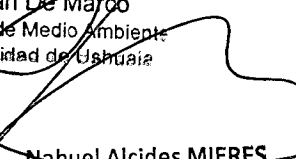

Omar E. Becerra
Secretario de Gobierno
Municipalidad de Ushuaia

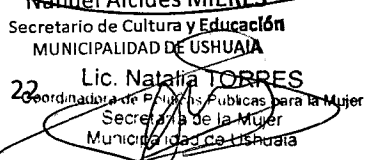

Dra. Gabriela MU  Z SICCARDI
Secretaria de Planificación e Inversión Pública
S.P. e I.P.
Municipalidad de Ushuaia


Juan CHERANUK
Secretario de Turismo
Municipalidad de Ushuaia

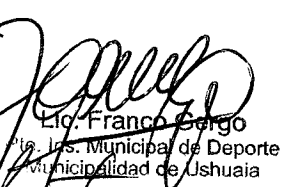

Arq. Maria Teresa FERNANDEZ
Secretaria de Habitat y Ord. Territorial
Municipalidad de Ushuaia


Damian De Marco
Secretario de Medio Ambiente
Municipalidad de Ushuaia

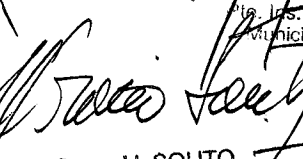

Nahuel Alcides MIERES
Secretario de Cultura y Educación
Municipalidad de Ushuaia

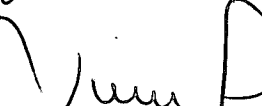

Lic. Natalia TORRES
Coordinadora de Políticas Públicas para la Mujer
Secretaria de la Mujer
Municipalidad de Ushuaia

A cargo x b
Secretaria x b


Lic. Franco B rigo
Sta. Ins. Municipal de Deporte
Municipalidad de Ushuaia


Malena TESZKIEWICZ
Secretaria de Políticas Sociales,
Sanitarias y de Derechos Humanos
Municipalidad de Ushuaia


Oscar H. SOUTO
Sec. Coordinación de Gestión
Municipalidad de Ushuaia


Dra. María Victoria Vuoto
Secretaria Legal y Técnica
Municipalidad de Ushuaia