Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

DM

DICTAMEN N° 870

REF.: REF: ACT. ELECTRÓNICA E12-2024-2071-AE S/RECURSO REVOCATORIA C/JERARQUICO EN SUBS. TEKCHACO S.R.L. C/RES. N.° 1851/2024 DE LOTERÍA CHAQUEÑA. -

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DRA. MARÍA ALEJANDRA FERREYRA

A: SUBSECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
DR. JULIO CÉSAR FERRO

De mi consideración:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: Arriban las actuaciones de referencia a este organismo Asesor a afectos de emitir dictamen, respecto del Recurso Jerárquico en subsidio al de revocatoria obrante en e-parte 34, presentado en fecha 14/08/24, por el Sr. Carlos A. de Bortoli DNI N.° 10.441.414, en el carácter de representante legal -Socio Gerente- de la firma Tekchaco SRL, CUIT N.° 33-67021198-9, con domicilio real y legal en la calle Posadas N.° 630, de Resistencia, contra la Resolución del Directorio de Lotería Chaqueña N.° 1578/24, del 05 de agosto del 2024, por la cual se declaró la nulidad de la Licitación Pública N.° 197/2024, de fecha 26 de abril de 2024.

II. ADMISIBILIDAD FORMAL DEL RECURSO: Del análisis de admisibilidad formal del Recurso, surge que fue interpuesto en tiempo y forma (e-parte 39), por lo que corresponde avocarme al estudio de fondo de la cuestión planteada.

En la e-parte 49, obra, agregada la Resolución del Directorio de Lotería Chaqueña 1851/2024, de fecha 02/09/24, por la cual rechaza el Recurso de Revocatoria impetrado y concede el Jerárquico en subsidio.

III. MANIFESTACIONES DE LA RECURRENTE: Expresa el Sr. Bortoli en su escrito, obrante en e-parte 34 de la presente, que el acto de haber ofertado generó en el proceso licitatorio una situación jurídica a favor de Tekchaco SRL como titular de derechos subjetivos, entre otros, que la administración garantice una real igualdad en el tratamiento entre oferentes y al respeto a la legalidad vigente.

Señala, que se manifiestan en las siguientes facultades de los oferentes, "solicitar aclaraciones, efectuar impugnaciones, que su oferta sea considerada y apreciada, obtener un pronunciamiento fundado del licitante y a exigir el contralor del superior jerárquico".

Dice que la Resolución atacada, se sustenta en un fundamento falso (que resulta inviable mantener los precios ofrecidos por los oferentes) y que omite lisa y llanamente el tratamiento y respuesta de los planteos formulados por Tekchaco, en definitiva, explicar porque no adjudicó la oferta de Tekchaco SRL, por lo cual se está en presencia de acto administrativo viciado por la ilegalidad, inmotivación y desvío de poder.

Aduce además el recurrente que, el Directorio de Lotería Chaqueña en la Resolución 1578/24 dispuso dejar sin efecto la licitación alegando como único argumento que, debido al tiempo transcurrido desde la presentación de las ofertas, resulta inviable legalmente mantener los precios propuestos originalmente por oferentes. Esta situación genera una incertidumbre financiera para Lotería Chaqueña, ya que los costos pueden haber variado significativamente.

Asimismo, se explaya manifestando que la nulidad es la sanción por la concurrencia de un vicio que afecta gravemente algunos de los elementos esenciales del acto administrativo (objeto, voluntad, competencia y forma), y que la circunstancia alegada (eventual variación de precios) de ningún modo puede ser considerada una real causa de nulidad.

Sostiene que si se actualiza el precio ofertado por Tekchaco asciende solo a $148.442.919,27 (julio/2024), quedando de manifiesto que el monto resultante aún no alcanza el precio oficial de la licitación de $153.200.000 (abr/2024), siendo que la preadjudicación efectuada a la oferta N.° 2 fue de $171.270.631,29 (abril/2024).

Indica que de adjudicarse la oferta de Tekchaco, y actualizando el precio ofertado por la misma, se está dentro de las previsiones presupuestarias de la licitante.

Que objetivamente, no hay ningún "riesgo" financiero para la licitante, ni incertidumbre ni eventual perjuicio, ya que una redeterminación de precios es un procedimiento habitual en cualquier contrato de obra en un contexto inflacionario (de hecho, también se dispone una nueva licitación para la cual deberá actualizarse el precio oficial siguiendo la evolución de los precios de la economía); y agrega que la redeterminación de precios es una "facultad", no una obligación del adjudicatario, y que la licitante tiene la atribución de aceptar o no tal redeterminación.

Asevera que estamos ante un argumento falso, elaborado al solo efecto de NO ADJUDICAR LA OFERTA DE TEKCHACO SRL, que sin dudas es la oferta más conveniente, y que las Impugnaciones formuladas a la preadjudicación efectuada a la Oferta N.° 2 desarmaron una licitación claramente "amañada".

Continúa apuntando que la preadjudicación a una oferta cuyo precio ofertado es un 40% superior al de la oferta de Tekchaco SRL, basado en pretensos mejores "antecedentes", siendo que se trata de una obra de poca especialidad, es un acto que además de arbitrario, es claramente perjudicial a los intereses públicos.

Sostiene que la Resolución 1578/24, a su juicio, no ha tratado ni se ha hecho cargo de los planteos formulados por Tekchaco SRL a la preadjudicación, siendo que en tres presentaciones ha argumentado sobre las razones técnicas de porqué la oferta que formulara es la más conveniente (como también ha argumentado sobre los motivos de la indebida preadjudicación a la oferta 2).

Explica que siendo Tekchaco la oferente que formuló la oferta más conveniente, como asimismo la única que impugnó la preadjudicación, no hay manera de entender una resolución que no considere sus planteos.

Finalmente, apunta que el órgano de conducción de Lotería Chaqueña o la autoridad jerárquica superior, deben sanear el procedimiento licitatorio previo, conforme a los antecedentes obrantes, y proceder a adjudicar la licitación a favor de Tekchaco SRL, por reunir su oferta las condiciones exigidas en el pliego, y por ser la más conveniente desde el punto de vista económico.

Ofrece pruebas y finaliza con petitorio de estilo.

Así planteada la cuestión y admitida la procedencia del remedio recursivo subsidiario, toda vez que este fue presentado en legal tiempo y forma, contra Resolución del Directorio de Lotería Chaqueña N.° 1578/24 (e-parte 32), del 05 de agosto del 2024, por la cual se declaró la nulidad de la Licitación Pública N.° 197/2024, de fecha 26 de abril de 2024, de la que devino la Resolución N.° 1851/24 (e-parte 49), que rechazó el recurso en trato, por lo que ab initio debo adelantar opinión respecto del rechazo del mismo, en base a las consideraciones que infra se exponen.

El planteamiento recursivo fue deducido contra un acto administrativo con origen en una entidad autárquica del Estado provincial, conforme ley 89-C, art. 4, resultando aplicable el criterio de este organismo asesor que dice: "Cabe señalar que el control del Poder Ejecutivo sobre actos de los entes autárquicos, conforme a la doctrina sustentada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en Fallo N.° 18/84 en los autos: "MARTINEZ LOVEY MANUELA C/ PROVINCIA DEL CHACO E IPDUV DE LA PROVINCIA S/ DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA", Expte. N.° 18343/81 y N.° 490/92 en autos: "DOSSO OSCAR ALBERTO C/ INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL DEL CHACO S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA", Expte. N.° 32432/91 se halla limitado a los supuestos de legitimidad, por lo que en base a ello solo puede confirmar o revocar el acto sometido a su fiscalización, pero no modificarlo, reformarlo o sustituirlo. (Conforme DROMI, José R. "Derecho Administrativo Económico" T. 1- pág. 261, Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, T. 1, pág. 424 y siguientes). El control de legitimidad tiene por objeto hacer respetar la "legalidad", asegurando que los actos del ente autárquico armonicen con el derecho objetivo. El alcance del control de legitimidad es amplio: procede cuando se vulnera una ley, se refiera ésta a la competencia o forma, o al fondo del acto, o en los supuestos de indebida aplicación de la ley; procede, asimismo, cuando se lesiona un derecho adquirido o cuando se incurra en desviación de poder. La doctrina sostiene que, respecto a las

entidades autárquicas, solo procede por principio el control de legitimidad, y que el control de oportunidad, mérito o conveniencia, o no procede o solo es admisible excepcionalmente, cuando un texto expreso de derecho positivo lo autoriza" (Dictamen N.° 881/97- A.G.G.), por lo que solo procede en casos como el presente, el control de legitimidad del acto impugnado por vía del recurso jerárquico.

IV. ANTECEDENTES DEL CASO: Sentado lo expuesto, consideramos prudente sintetizar el devenir de las actuaciones a efectos de contextualizar el asunto en trato.

Previo a ello, cabe aclarar, que lo acreditado en autos, expresa una realidad objetivamente contraria a lo planteado por el recurrente, quien ni siquiera fue preadjudicado en la Licitación anulada (en tanto que la comisión de preadjudicación, aconsejó conceder la obra a la oferta N.° 2 (e-parte 13), hecho que fue notificado a los oferentes), lo que expondremos a continuación haciendo mención de la documental agregada.

En e-partes 1/3, obran Nota de Pedido, Pliego de Especificaciones Técnicas y Pliego de Condiciones Particulares.

En e-parte 7, obra Resolución N.° 0468/24, de fecha 15/03/2024, por la que se autoriza al llamado a Licitación Pública y se establece que la Comisión de Pre-Adjudicación analizará dicha Licitación, conforme lo dispuesto en el Cap. XI, Art. 46, del Régimen de Contrataciones para Lotería Chaqueña, aprobado por Resolución N.° 1685/95 y puesto en vigencia por su par N.° 1507/96.

En e-partes 9/10, lucen respectivamente Licitación Pública N.° 197/24 y acta de apertura de la Licitación Pública de fecha 26/04/2024.

En e-partes 12/13, se desprende, que la Resolución en crisis, fue dictada por el directorio del organismo, basado en el informe de una comisión específica conformada por el Departamento de Arquitectura y Mantenimiento, que considera fundadamente que la oferta N.° 2, "...Para este departamento técnico la oferta económica CUMPLE con los requisitos técnicos para ser tenido en cuenta en el presente análisis..." y que continúa exponiendo: "Es responsabilidad de este Departamento Técnico indicar que la oferta que cumple con lo requerido específico de la oferta Técnica es la correspondiente a LA OFERTA N.° 2 de PINTURAS ESPECIALES, que si bien la capacidad de contratación expedida por el Registro de Constructores indica que se trata de una empresa calificada como mediana reúne todas las condiciones, es reconocida en el medio por dedicarse casi exclusivamente al rubro impermeabilizaciones y se valoraría los aportes técnicos que puedan recomendar para la obra. El monto ofertado supera en 11,80% el presupuesto oficial quedando dentro de lo normado por la Ley de Obras Públicas". (e-parte 12).

En ése contexto, la comisión de preadjudicación, aconsejó preadjudicar la obra a la oferta N.° 2 (e-parte 13), hecho que fue notificado a los oferentes (e-partes 14/15).

En e -parte 19, obra presentación del recurrente en la que solicita la impugnación y NULIDAD de la preadjudicación, textualmente en los puntos *"...4. Asimismo, planteo la nulidad de la preadjudicación resuelta y/o la nulidad de la notificación ya que no se ha informado ni dado a conocer a esta oferente... 5. Aparte de la impugnación, revocación y nulidad articuladas...* y finalmente en el punto *8. ... solicito la corrección del procedimiento, la anulación de la preadjudicación realizada, la adjudicación a favor de la firma que represento..."*

Seguidamente, en e-parte 22, la recurrente amplia fundamentos en fecha 13/06/24, y en el punto II ACLARACIÓN PREVIA, expresa textualmente, *"... La impugnación efectuada a la preadjudicación -derecho de todo oferente- en ningún caso supone que deba dejarse sin efecto el procedimiento licitatorio en marcha (la preadjudicación desde el punto de vista técnico jurídico es considerada una actividad preparatoria de la voluntad administrativa, y su conclusión reviste la condición de dictamen o recomendación). Lo debido es que se corrija la errónea conclusión arribada por la instancia consultiva, sea a través de una nueva preadjudicación, o directamente en la adjudicación. Ello por cuanto existen otras ofertas válidas, y en particular la formulada por Tekchaco SRL encuadra en el concepto legal de "más conveniente", ya que reúne el menor precio, calidad de la oferta técnica e idoneidad de la empresa (con documentación completa y ninguna causa de inadmisibilidad)..."*.

En e-parte 27, obra nueva presentación del Sr. Carlos A. de Bortoli, en el carácter de representante legal -Socio Gerente- de la firma Tekchaco SRL en fecha 26/06/24.

A su turno la Dirección de Asesoría Legal de Lotería Chaqueña, emite dictamen (e-parte 29), en el que sugiere declarar la nulidad del llamado, procedimiento y pre-adjudicación de la Licitación Pública N.° 197/2024, en base a los vicios detectados y en concordancia con ello declarar abstracta la impugnación, los recursos de revocatoria, jerárquico, de nulidad y la solicitud de adjudicación formulada por la firma Tekchaco SRL.

Es así que en e-parte 32, la Resolución N.° 1578/24 (notificada según informa Lotería Chaqueña a las empresas intervinientes en e-partes 39/40 y 43/45) expresa en sus considerandos, que la comisión encargada de la evaluación de las ofertas, basada en el análisis técnico y económico, presentó un informe recomendando a la superioridad jerárquica la pre-adjudicación de la obra a la Oferta N.° 2, que fue considerada la más conveniente según los criterios establecidos en los pliegos licitatorios. Este informe fue debidamente notificado a todos los oferentes que participaron en la licitación pública. Que posteriormente, se recibieron observaciones y cuestionamientos respecto al procedimiento administrativo seguido en la licitación, lo cual motivó una

revisión exhaustiva del proceso y que, debido al tiempo transcurrido desde la presentación de las ofertas, resulte inviable legalmente mantener los precios propuestos originalmente por los oferentes, situación genera una incertidumbre financiera para Lotería Chaqueña, ya que los costos de las obras pueden haber variado significativamente.

Que, con el objetivo de preservar los principios de igualdad en el trato a los licitantes, transparencia en el proceso de adjudicación, responsabilidad administrativa y debido proceso, se ha considerado que continuar con el actual procedimiento de licitación pública conlleva riesgos significativos para la institución, tanto en términos financieros como de cumplimiento de normativas.

Por lo tanto, corresponde declarar la nulidad de la Licitación Pública N.° 197/24 en todas sus partes, basándose en los fundamentos expuestos, con el fin de evitar posibles perjuicios para Lotería Chaqueña y a todos los oferentes presentados... y así, en el art. 1° procedió, a declarar la nulidad de la Licitación Pública N.° 197/24 en todas sus partes, basándose en los fundamentos expuestos. Autorícese a la Gerencia Financiera Contable para que a través de la Dirección de Administración - Departamento de Compras y Patrimonio, se efectúe un nuevo llamado a Licitación Pública...; por el art. 2° reconoce los gastos realizados por los oferentes que presentaron sus propuestas en la Licitación Pública N.° 197/24, quedando eximidos de la obligación de pago para la adquisición del nuevo pliego licitatorio, como compensación por los costos ya incurridos en el proceso anterior.

Por su parte, en e-parte 34, el Sr. Carlos A. de Bortoli DNI N.° 10.441.414, en el carácter de representante legal -Socio Gerente- de la firma Tekchaco SRL, interpone Recurso de revocatoria con Jerárquico en subsidio, en fecha 14/08/24.

En e-partes 39/40, obran nota del 19/08/2024 con lista de notificaciones, de la que surge que la empresa Tekchaco SRL fue notificada el 07/08/24 de la Resolución 1578/24 y print de pantalla de notificación por correo electrónico.

Obra en e-parte 43/44, obra copia de carta documento de Lotería Chaqueña a Tekchaco SRL remitida el 29/08/24 y print de entrega.

En e-parte 45, obra acta por la que se concedió vista de las actuaciones al Sr. De Bortoli en fecha 30/08/24.

En e-parte 46, obra dictamen de la asesoría legal del organismo, en el que concluye que el recurso de revocatoria deducido contra la resolución en crisis, resulta improcedente, debido a que retrotraerlo al procedimiento, comprometería el interés público, el cual debe prevalecer sobre el interés particular.

Obra en e-parte 49, Resolución N.° 1851/24 de 02/09/24 de Lotería Chaqueña, por la que en el art. 1°, rechaza el recurso de revocatoria interpuesto en A.E. N.° E12-2024-10752-Ae, por el Arq. Carlos A. De Bórtoli, formulado contra la

Resolución N.° 1578/24, emitida por el Directorio de Lotería Chaqueña... y en el Art. 2°, eleva las actuaciones al Poder Ejecutivo para el tratamiento del Recurso Jerárquico.

Obra en e-parte 51/53, obra copia de carta documento de Lotería Chaqueña a Tekchaco SRL remitida el 03/09/24 y print de entrega.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN Y NORMATIVA APLICABLE:

Con respecto a la Resolución N.° 1578/24, como bien señala el Dictamen de la asesoría legal del organismo, la misma no generó derechos subjetivos que se encuentren vigentes, ni tuvo principio de ejecución, situación que indefectiblemente conlleva que los oferentes que participaron de la Licitación, solo tenían una mera expectativa.

Le ley de Creación de Lotería Chaqueña, 89-C, en el Capítulo IV - Régimen de Contrataciones, remite a la Ley de obras públicas.

La Ley 1182-K, establece en el Anexo-A, **Definiciones y Terminologías Utilizadas... Licitación Pública Anulada: Si la licitación se invalida por vicios en su substanciación, se considerará licitación anulada.**

A su turno, el Decreto N.° 3566/77, señala en su **art. 10.11- En cualquier estado del trámite, previo a la adjudicación, se podrá dejar sin efectos la licitación, rechazar todas o partes de las propuestas, así como preadjudicar todos o algunos de los renglones licitados. para preadjudicar parte de un renglón, deberá requerirse la previa conformidad del oferente, salvo que la diferencia no excediera del diez (10%) por ciento.**

En tal sentido, debe quedar claro que la administración, tiene facultades para dejar sin efecto la Licitación N.° 197/24, por la cual, dictó la resolución en crisis N.° 1578/24.

Asimismo, resulta conveniente recordar que la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que *"el desistimiento administrativo de una licitación es una prerrogativa que todos los regímenes de contrataciones públicas reservan a favor del organismo licitante (PTN, Dictámenes: 174:078)".*

Debe dejarse en claro que la doctrina mayoritaria, coincide en la potestad de la administración de dejar sin efecto el llamado a licitación ...Ahora bien, no debe perderse de vista que, en el ámbito de la licitación pública, y como consecuencia del principio derivado de la potestad administrativa de conducir el procedimiento, la Administración puede, en cualquier estado del trámite previo a la adjudicación, dejar sin efecto el llamado, y revocarlo por razones de oportunidad y conveniencia (Monti Laura Mercedes, "Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia", en "Contratos Administrativos", Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, 1999, pág. 346).

En estos casos, la Administración extingue el procedimiento sin emitir acto alguno de adjudicación, con base en una discrecional interpretación del interés público que la lleva a decidir no continuar con la tramitación de la contratación, ya sea porque ha concluido en la inconveniencia de ejecutar el contrato, o bien ha resuelto efectuar modificaciones en el proyecto u otras características relativas a su ejecución, o por cualquier otra razón dejada a su apreciación prudencial (Barra Rodolfo Carlos, "Contrato de Obra Pública", Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1986, T_ 11, pág. 647-648).

Dicha potestad puede ser ejercida en cualquier etapa del proceso licitatorio, previo a la adjudicación. Ello es así puesto que el llamado a licitación implica una invitación del licitante a cotizar ofertas, pero de ninguna manera involucra la obligación de terminar el proceso con la adjudicación (Monti Laura Mercedes, ob. cit., pág. 346-347), ya que, en este estado del procedimiento, la Administración tiene una especie de derecho de veto respecto a la celebración del contrato lo cual es consecuencia del carácter discrecional de su actividad en lo atinente a la aprobación de la adjudicación (Marienhoff Miguel S., ob. cit.).

A veces se habla de "licitación pública anulada" para referirse al caso en que se ha decidido no adjudicar porque las ofertas presentadas son inconvenientes; no configura una anulación ni permite tampoco contratar directamente. Ahora bien, si la licitación fuera declarada inválida en razón de un vicio cometido en su sustanciación, la situación no varía, pues la ley no prevé un caso tal como causal de contratación directa y además la extinción vuelve a las cosas a su estado anterior: Es decir, no ha habido en verdad licitación pública. (Agustín Gordillo - Cap. XII - La Licitación Pública, pág. 531).

En este contexto cabe también mencionar la postura de la Corte Suprema que implica otorgarle al procedimiento licitatorio, la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo. Es así que sostuvo: "...En los contratos en que interviene la Administración, se supedita su validez y eficacia al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones de cada obra, formulen propuestas entre las cuales será seleccionada la más conveniente" (C.S.J.N. "Juan Carlos Radeljak v. Administración General de Puertos", Fallos 311.2831, 1988.).

Ahora bien, tal como surge del texto expreso de la Resolución atacada, la decisión adoptada por el directorio, encontró su fundamento en las observaciones y cuestionamientos respecto al procedimiento administrativo seguido en la licitación, sumado al tiempo transcurrido desde la presentación de las ofertas, lo que significa la inviabilidad de mantener los precios propuestos originalmente por los oferentes.

Por ende, es dable destacar que el acto administrativo impugnado, fue dictado por el organismo licitante, sobre materias que son de su exclusiva competencia; constituyéndose así una zona propia y de reserva de la Administración en el ámbito normativo, con potestad (conforme doctrina mayoritaria) para hacerlo, no evidenciándose violación alguna a los derechos de la recurrente, como tampoco, lesión alguna a la normativa vigente, ni alteración al espíritu de la ley.

Los argumentos desarrollados por la recurrente, evidencian un interés personal y particular por sobre el general, desconociendo el principio de la legalidad - juridicidad que rige en materia administrativa, pretendiendo defender una posición basada en una subjetividad, contrariando la normativa aplicable.

En definitiva, no queda margen de duda alguna respecto al carácter de facultad discrecional de la administración de anular el procedimiento licitatorio, máxime, cuando el propio organismo licitante reconoce los gastos realizados a los oferentes y los exime del pago del pliego para una nueva licitación, compensando de esa manera, los gastos en que incurrieron en el proceso anterior.

VI. CONCLUSION: Como corolario de lo expuesto, esta Asesoría General de Gobierno entiende que corresponde no hacer lugar al recurso jerárquico en trato, debiendo mantenerse la plena vigencia de la Resolución del Directorio de Lotería Chaqueña N.° 1578/24.

Atentamente.-

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

14 OCT. 2024

Dra. MARIA ALEJANDRA FERREYRA
Asesora General de Gobierno
PROVINCIA DEL CHACO