PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO,
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPÚBLICA ARGENTINA

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 235

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

Ushuaia, 23 SEP 2022

VISTO: el Expediente del registro de la Secretaría General, Legal y Técnica del Gobierno de la Provincia N.º 71261/2021 Letra: SGLT-E, caratulado: "ADQUISICIÓN DE COLCHONES DE UNA (1) PLAZA"; y,

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones del Visto fueron intervenidas mediante el Acta de Constatación TCP N.º 162/2022-P.E. (Control Posterior) (fojas 143/147), suscripta por el Auditor Fiscal C.P. Leonardo VIVAS AHUMADA, quien detecta un incumplimiento sustancial, cinco incumplimientos formales y dos requerimientos.

Que a fs 164/165 obra la Nota N.º 61/2022, Letra: DGCRG-MDH suscripta por el Director General de Coordinación R.G. SsAL-DGAF-MDH Lic. Sebastián Héctor MONTERO, por la que efectúa su descargo a los incumplimientos señalados en el Acta descripta precedentemente.

Que los incumplimientos y descargos fueron trascriptos y analizados en el Informe Contable N.º 201/2022 Letra: TCP-PE (fs. 167/172), suscripto por el Auditor Fiscal actuante, en el que se expone textualmente lo siguiente:

"(…) ***4.1 Incumplimiento Sustancial***

Incumplimiento Sustancial N.º 1: *'Se verifica un excesivo rigorismo formal aplicado durante la evaluación de la oferta correspondiente al señor Leandro San Román (fs. 40), dada la severidad aplicado en su admisión, siendo finalmente desestimada por no contar en el Certificado ProTDF la actividad '523520 – VENTA DE COLCHONES Y SOMIERES', sin prever posibilidad alguna de subsanar tal deficiencia insustancial. Cabe destacar que dicha propuesta presentó la oferta de menor precio.*

Al respecto no se verifica que se haya establecido en las bases de la contratación el requisito de contar concretamente con tal actividad, en contraposición a lo aseverado en tal Informe (fs. 40). Asimismo del Certificado ProTDF se desprendería que tal proveedor cuenta con actividades afines al objeto de la presente contratación.

Por lo expuesto se considera que se actuó en forma contraria a los principios que rigen toda gestión de compras públicas, afectándose la concurrencia e igualdad; economía; eficiencia y eficacia previstos en la Ley Provincial N.° 1015, artículo 3°, incisos b), d) y e) y el artículo 4°.

Descargo: *En relación al presente apartamiento normativo, el Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, señor MONTERO, Sebastián Héctor indica que: '… habiendo recibido una cotización mediante esa via; la cual se desestimó atento que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fuera observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoría Interna)...'*

Análisis: *Si bien se toma conocimiento de los descargos efectuados, se considera que los mismos resultan insuficientes, ya que por el tenor del incumplimiento sustancial señalado, tal apartamiento normativo reviste un grave incumplimiento normativo de carácter insalvable en la presente instancia, al vulnerarse los principios que rigen en toda gestión de compras públicas, ante el excesivo rigorismo formal aplicado en la admisibilidad de una de las ofertas recibidas, restringiéndose la concurrencia e imposibilitando al Estado de acceder a condiciones mas ventajosas, al menos desde lo económico.*

Cabe mencionar que si bien el Decreto Provincial N.º 674/11, anexo I, artículo 34º, punto 51, menciona como una de las causales de rechazo de ofertas por inadmisibles las que '...a criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos...', dicho punto también menciona que 'En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta'; por ello es que si bien

estrictamente el proveedor no cuenta con la actividad '523520- Venta de colchones y somieres' declarada, si cuenta con actividades asimilables a aquella, pudiéndose solicitar, en tal caso su alta en un determinado plazo perentorio, máxime cuando la misma resulta la mas ventajosa desde el punto de vista económico.

Ello además de mencionar que incluso otra de las empresas a las que se habría manifestado invitar, tampoco cuenta con dicha actividad específica entre las declaradas en el ProTDF (véase actividades de la firma 'Materiales y Servicios Sevillano S.R.L.' a fojas 159/162) y tampoco se incluyo en las bases de la contratación tal actividad como requisito excluyente.

4.2 Incumplimientos Formales

Se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el Registro de Incumplimientos Formales de esta Delegación a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 112/18, Anexo I, Acápite 1.1.1.. Los mismos se transcriben a continuación para su conocimiento:

Incumplimiento Formal N.° 1: ***'Incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 99 de la Ley Provincial N.° 141,*** *en virtud de que el acto administrativo de adjudicación (fs. 74/76) no resuelve la inadmisibilidad de la oferta tratada como tal (Leandro San Román) durante el procedimiento de selección del contratista.'*

Incumplimiento Formal N.° 2: ***'Incumplimiento Ley Provincial N.° 1015: artículo 27 y Ley Provincial N.° 141: artículo 55, inciso g) (incorporado por Ley 1312 – art. 20)****, en virtud de que las invitaciones cursadas por correo electrónico no consta su efectiva recepción ni contenido del mensaje.*

En relación al presente apartamiento normativo y de acuerdo con lo analizado en la Resolución Plenaria N.° 38/22 donde se detectó similar deficiencia,

*se solicita **incorporar** constancia del registro ProTDF de cada proveedor invitado que permita verificar que el correo electrónico utilizado es el allí registrado.'*

***Incumplimiento Formal N.° 3:** **'Incumplimiento de la Resolución OPC N.° 58/21, Anexo I, Punto I, Inciso h),** dado que no se acredita constancia en el expediente de la fecha y hora de realización de la diligencia de las invitaciones, con indicación del nombre o razón social del destinatario, así como la dirección de correo electrónico a la cual se hubiera remitido la misma.'*

***Incumplimiento Formal N.° 4:** **'Incumplimiento a lo normado en la Ley Provincial N.º 141, Artículo 55,** atento a no obrar fecha de notificación de la Orden de Compra incorporada a fojas 81/82.'*

***Incumplimiento Formal N.° 5:** **'Incumple con la Resolución DGR N.º 83/96 en el Art. 2º, inciso e) punto 2., sustituido por la Resolución General AREF N.º 517/16 Art. 1º, y en su caso la Resolución DGR N.º 29/96**, dado la falta de incorporación en las actuaciones del Certificado de Cumplimiento Fiscal vigente al momento del pago correspondiendo la aplicación del doble de la retención.'*

4.3 Requerimientos:

***Requerimiento N.º 1**: 'Cumplir con el requerimiento efectuado en el segundo párrafo el Incumplimiento Formal N.º 2 de la presente acta.'. El mismo se refiere a que se incorpore el certificado ProTDF de las firmas invitadas.*

***Descargo**: en la Nota N.º 61/22 Letra: DGCRG-MDH (fs. 64/165), el Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, manifiesta: 'Atento al punto 1 se procede a adjunta los certificados de PROTDF como así también captura de pantalla de las firmas a las cuales se les envió vía mail la solicitud de cotización. De Acuerdo a lo observado se debe tener en cuenta que en pos de poder optimizar los tiempos se solicitó a estas firmas vía telefónica los mail en los cuales reciben las solicitudes, cabe destacar que la firma Sevillano S.R.L. obra el mail en el PROTDF del comercio de ventas de materiales de la*

construcción por lo se remitió el mail al correo sevillanomuebles@gmail.com correspondiente a la sucursal de ventas de muebles y colchones; y en cuanto al mail de la firma QUERCIALI HOGAR S.A. se envió al informado para la sucursal Río Grande; cabe destacar que se realizó la correcta publicación y difusión en la página web de compras a fin de poder garantizar la mayor cantidad de ofertas y de esa manera garantizar la transparencia en las contrataciones, habiendo recibido una cotización mediante esa via; la cual se desestimó atento que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fuera observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoría Interna).

De esta manera se dará curso a mecanismos a fin de optimizar las notificaciones, realizando pedidos formales a los mail declarados en el ProTDF con copia a los alternativos suministrados por cada una de las firmas. Es de destacar que desde esta Dirección General de Coordinación dada la escasez de recursos presupuestarios y financiero con los que se disponen se trabaja a fin de poder optimizarlos al máximo con el afán de poder asistir a la mayor población posible'. (SIC)

Análisis: *si bien se* ***cumplió*** *con el requerimiento al incorporarse documentación del ProTDF de las firmas invitadas, surge lo siguiente: por un lado que no se puede constatar la efectiva recepción ni contenido del mensaje de las invitaciones cursadas, puesto que, el único elemento en función de ello son los correos por los cuales se enviaron las invitaciones (fs. 20).*

Y por otro lado que en virtud de lo informado, si bien se considera pertinente que se efectúen diligencias para agilizar las tramitaciones, las casillas electrónicas a las cuales se habrían remitido las invitaciones de las firmas 'Querciali Hogar S.A.' y 'Materiales y Servicios Sevillano S.R.L.' no son las declaradas en el Registro de Proveedores del Estado (ProTDF), tomándose conocimiento el origen declarado de las mismas.

En función de lo expuesto, se deja constancia que se esta a la espera de la reglamentación de toda esta cuestión relacionada al uso del domicilio electrónico como herramienta válida, habilitada y eficiente a los fines de dar curso a las invitaciones en el marco de las contrataciones, con el objeto de garantizar un transparente procedimiento en materia de contrataciones, conforme lo indicado por las Resoluciones Plenarias Nros. 38/22 y 129/22.

***Requerimiento N.º 2**: 'Incorporar el listado completo de beneficiarios a los que se les han entregado colchones'.*

***Descargo:** en el descargo formulado a fojas 164/165 se hace alusión a la Nota N.º 12/22 Letra: DPAS-MDH, producida por la Dirección Abastecimiento Social mediante la cual presenta listado de beneficiarios a los que se les ha entregado colchones. Así, se constata a fojas 148/151 dicha nota, donde se visualiza lista discriminada en 'APELLIDO Y NOMBRE', 'DNI', 'DESCRIP. DE LA ASISTENCIA' y 'AREA'. Suscribe en carácter de responsable de la información otorgada Franco LÓPEZ, Dir. Abastecimiento Social, M.D.H.-Ss.A.L.-R.G.*

Análisis:** visto el listado incorporado, se considera que **el requerimiento ha sido cumplimentado.

5. Conclusión

En virtud de lo expuesto en el Apartado 4. Análisis, donde se expone puntualmente cada incumplimiento, con su descargo y análisis, se resumen las conclusiones obtenidas.

Respecto de los incumplimientos que no han sido subsanados, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2 del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 122/18 y se informan los siguientes puntos:

- ***Normativa incumplida:** Ley Provincial N.º 1015, Artículo 3, incisos b), d) y e) y Artículo 4.*
- ***Acto Administrativo:** Resolución SsAL-MDH N.º 292/21 del 26/11/2021 (fs. 74/75).*

- ***Agentes Responsables:***
  - *Subsecretaria Administrativa Legal, Ministerio de Desarrollo Humano: María Marta SILVA, quien suscribe el acto administrativo de adjudicación (fs. 74/75).*
  - *Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, quien emite el Informe de Preadjudicación (fs. 40).*

Presunto Perjuicio Fiscal: *Se deja constancia de que el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para presumir un posible perjuicio al erario público en esta instancia (...)".*

Que a fs. 173/176 obra el Informe Contable N.º 216/2022 Letra: TCP-S.C., mediante el cual el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS, analizó los hechos expuestos y concluyó que: *"(…) Así las cosas, ante los hechos expuestos, y en atención al análisis realizado por las distintas áreas de esta Secretaría Contable, esta instancia comparte lo actuado mediante el informe contable citado, considerándose que subsiste el incumplimiento sustancial detectado (...)".*

Que a fs. 178/179 luce el Informe Legal N.º 188/2022, Letra: TCP-P.L. suscripto por el Prosecretario Legal Dr. Oscar Juan SUÁREZ en el que indicó:

"(…) ***ANÁLISIS***

A fin de no repetir los análisis efectuados por el Sr. Auditor Fiscal y el Secretario Contable a cargo, me referiré puntualmente al incumplimiento sustancial Nro. 1, de carácter insalvable.

En primer término voy a apartarme del análisis del incumplimiento de carácter sustancial planteado por el Sr. Auditor Fiscal como así del Secretario Contable a/c, pues entiendo que le asiste razón al cuentadante en su descargo independientemente de la situación puntual que como bien se plantea de rigorismo formal.

Es así que la desestimación de la oferta podría ser un exceso, pero también es cierto que éste Órgano de Control bien ha establecido el criterio en cuanto a observar los ítem de actividad del oferente es el camino a seguir, y ello no es casual, atento que se han visto situaciones realmente sorprendentes de proveedores que al momento de ofertar lo hacían por rubros muy disimiles que en el mejor de los casos resultaba llamativo.

Por otra parte merituar que la observación es conducente y no plantear el perjuicio fiscal por la desestimación de la oferta es un contrasentido, motivo por lo cual entiendo que si el criterio de aquí en más va a ser elástico para su determinación, debería plantearse un margen que permita establecerlo con claridad, y evitar situaciones como la presente.

CONCLUSIÓN

Por lo anterior entiendo que no se ha vulnerado la normativa y en su caso al proveedor le queda la vía administrativa para hacer valer sus derechos o en su caso se vulneró la normativa y en consecuencia se produjo perjuicio fiscal.

Sin perjuicio de lo anterior resultaría conducente establecer un principio rector en cuanto a la necesidad de evaluar si corresponde en los casos como el presente correr traslado por 48 hs al proveedor para subsanar la observación y no directamente desestimar la oferta (...)".

Que a fs. 180/191 obra el Informe Legal N.º 197/2022 Letra: TCP-SL suscripto por el Secretario Legal a/c Dr. Pablo E. GENNARO, en el cual textualmente expresa:

"(…) ***II. ANÁLISIS***

De la lectura de estas actuaciones se puede anticipar, que tanto el Acta de Constatación N.º 162/2022 PE (Control Posterior – Poder Ejecutivo) como los Informes Contables N.º 201/2022 Letra TCP-PE y N.º 216/2022 Letra TCP-SC -cuyas conclusiones se comparten- reflejan un tratamiento razonable al que se agregarán algunos matices.

Así, en el marco del análisis realizado por el Auditor, se detectó como observación sustancial, la decisión de la Administración vinculada a la desestimación de la oferta presentada por el proveedor Leandro SAN ROMÁN: '(…) por no contar en el Certificado de PROTDF la actividad solicitada, (523520-VENTA DE COLCHONES Y SOMIERS)' (Informe de Preadjudicación - foja 40).

Sobre esta decisión y en oportunidad del descargo otorgado por el Auditor después de la observación formulada, el Lic. Sebastián H. MONTERO, expuso: '(…) se desestimó atento a que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fuera observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoría Interna)'.

En relación a las observaciones formales detectadas y transcriptas en los antecedentes, en el descargo no se visualizó oposición del cuentadante, por lo que se procedió a su inscripción en el registro correspondiente.

En consecuencia, luciendo razonable el tratamiento y atento a su falta de oposición, entiendo como objeto de estudio únicamente la observación sustancial transcripta en los antecedentes.

A los fines del tratamiento del objeto propuesto, es necesario analizar lo normado el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.° 674/11.

Esta norma deberá ser abordada en el marco de los principios de concurrencia y razonabilidad (art. 3 incs. a) y b) Ley prov. N.° 1015), que tienen especial relevancia a lo largo de todo el procedimiento y están previstos en beneficio de la Administración Pública, por lo tanto, toda acción contraria debe ser considerada restrictivamente.

Por otro lado, se deberá tener en cuenta que: 'Durante el procedimiento licitatorio la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por

ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios deben satisfacer". (GORDILLO, Agustín, "El informalismo y la concurrencia en la licitación Pública - después de la reforma del Estado-"Capítulo VII - Fundación de Derecho Administrativo, pág. 728/729, https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues7.pdf).

Asimismo se dijo: '(…) en el procedimiento de selección del contratista deben cumplirse las reglas formales predeterminadas por la legalidad, siempre que de ello no se derive un exceso de ritualismo formal injustificable o manifiesta inconveniencia para los intereses del Estado'. (SESÍN, Domingo J. 'El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas" en la obra "Cuestiones de procedimiento Administrativo', Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 93).

En ese mismo sentido, el artículo 4º de la Ley provincial Nº 1015 ordena: 'El principio de concurrencia de ofertas no debe ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes o subsanables, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, sin que ello implique alterar los principios establecidos en la presente ley'.

Por ello, la doctrina expuso: '(...) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazadas por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en

beneficio del Estado' (FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, "Licitación Pública. Selección del contratista estatal', Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972).

También debe advertirse que: '(…) las exigencias cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad, o sea, se debe considerar que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, es decir la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas' (GORDILLO, Agustín, 'El informalismo y la concurrencia en la licitación Pública - después de la reforma del Estado-' Capítulo VII – F.D.A., pág. 733, https: //www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues7.pdf).

Ahora, bajo esta perspectiva debe ser analizado el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, que dispone: 'Sin perjuicio de otras causales que pueden establecerse en los pliegos de bases y condiciones serán rechazadas por inadmisibles las ofertas: (…) e) A criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos (…) En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta' (el subrayado no corresponde al original).

Así, en primer término puede señalarse, que será el criterio del órgano licitante quien determine la existencia o no de una relación entre el objeto requerido en la contratación y el rubro inscripto por el oferente en el ProTDF, en orden a proceder a su trámite o desestimación.

Por otro lado, se visualiza con claridad que no requiere una exacta coincidencia entre ambos, sino que unicamente 'guarde relación'.

Entonces, bajo este prisma, deberemos determinar si el criterio del órgano licitante esbozado en las presentes resultaría conforme al principio de razonabilidad, como así también, si es respetuoso de la pauta normativa que establece que en caso de duda debería admitirse la oferta.

Como pauta objetiva para realizar el análisis propuesto y determinar la juridicidad de la exclusión de la oferta de foja 26 -llevada a cabo por el Informe de foja 40- entiendo prudente confrontarla con el nomenclador de actividades aprobado como Anexo II de la Ley provincial N.º 1340 para la Agencia de Recaudación Fueguina, sobre el que entiendo debería reflejarse o guardar un correlato aquel correspondiente al ProTDF y que, en definitiva, se encuentra publicado para su confronte (https://www.aref.gob.ar/ley-provincial-1340-modificacion-codigo-fiscal-y-ley-impositiva/).

Allí, en una búsqueda de la palabra "colchones", se visualiza que el rubro 'Venta al por mayor de muebles excepto de oficina; artículos de mimbre y corcho; colchones y somieres' bajo el código 464610, que en la columna 'incluye' determina 'La venta al por mayor de colchones y somieres', rubro este que el proveedor excluido parecería tener inscripto en el certificado de ProTDF (fs. 32) o uno que guarda relación (venta al por mayor de muebles no metálicos ...).

Asimismo, la venta minorista de colchones (fs. 24 proveedor adjudicado) no incluye expresamente la venta mayorista de estos y, en el nomenclador traído a análisis, son rubros diferenciados (475420 y 464610 respectivamente).

En el mismo sentido, se orienta el nomenclador de actividades que provee la agencia Federal de Ingresos Públicos en la página de internet https://www.afip.gob.ar/noticias/documentos/listado-de-actividades-*afectadas.pdf*

Por otro lado y visto desde la vereda de la experiencia personal y con la subjetividad propia que acompaña una apreciación de esa índole, los

locales de venta de muebles usualmente también tienen como objeto de comercio la venta de colchones.

Así también lo entendió el propio agente Sebastián H. MONTERO, en la medida que en su descargo expuso: '(…) cabe destacar que la firma Sevillano S.R.L. obra en el mail en el PROTDF como comercio de ventas de materiales de la construcción por lo que se remitió el mail al correo sevillanomuebles@gmail.com correspondiente a la sucursal de ventas de muebles y colchones; y en cuanto al mail de la firma QUERCIALI HOGAR S.A. se envió al informado para la sucursal Río Grande (el subrayado no es del original)', resaltando que ambas firmas (Sevillano Muebles y Querciali) venden muebles y colchones y que incluso respecto de una de ellas se reconoce expresamente por el agente (Sevillano Muebles).

Estos análisis aclaro, son permitidos por el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, puesto que no afirma la necesidad de que exista una estricta coincidencia.

Desde otra arista, si bien el estado busca satisfacer la necesidad pública adquiriendo el bien o servicio requerido, no es menos cierto que además cuenta con la garantía de adjudicación para su ejecución en caso de incumplimiento.

Todo ello me lleva a sostener, que la decisión adoptada en el Informe de foja 40, en concordancia con lo expuesto por el Auditor, resultaría a contramano del principio de razonabilidad que debe imperar en las contrataciones estatales y, por ende, por afuera de la facultad consagrada en el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, atento a que al confrontarlo con un elemento objetivo, el rubro inscripto por el proveedor "guarda relación" razonable con el objeto de la contratación.

En otro orden de consideraciones, el Auditor Fiscal interviniente advirtió en su Informe Contable Nº 201/2022, Letra: TCP-PE, que la oferta que

fue desestimada resultaba ser la más ventajosa desde el punto de vista económico.

Sobre este elemento de juicio, la Ley provincial N.º 1015, en su artículo 12 ordena: 'La adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, los costos asociados de uso y mantenimiento presentes y futuros así como los criterios y objetivos con los cuales se dispuso la contratación, como ser oportunidad, mérito y conveniencia, y demás condiciones de la oferta. Cuando se trate de la compra de un bien o la contratación de un servicio estandarizado o de uso común, cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá en principio como oferta más conveniente la de menor precio'.

Ahora, no siempre que las características de los bienes puedan determinarse de antemano, debe considerarse necesariamente como un bien estandarizado, en tanto pueden estar destinados por ejemplo, a cubrir una necesidad de manera urgente en el tiempo, lo que requiere celeridad en la entrega y consolidada al factor tiempo como cuestión dirimente en la decisión.

En ese caso, el factor tiempo debe ser necesariamente analizado dentro del menú de ofertas en principio estandarizadas para determinar la más conveniente, siendo insuficiente el factor económico.

En este andarivel, en sede judicial se ha resuelto que: 'No cabe duda de que el menor precio constituye un dato inestimable en miras a valorar esa conveniencia, pero no siendo el único, la Administración, en determinadas ocasiones, puede prescindir de ese parámetro como elemento decisorio de selección. (...). Ello así, desde que los contratos se celebran para cumplirse y el Estado debe formalizarlos con quien o quienes demuestren el máximo de garantía de cumplimiento (cfr. Mó, Fernando, Régimen legal de las obras públicas, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 168).

En igual sentido, este cuerpo ha considerado anteriormente que en todo acto licitatorio realizado bajo las previsiones de la Ley N° 13.064, la adjudicación recaerá siempre sobre la propuesta más conveniente, siendo conforme con las condiciones de la licitación. ***En la determinación de la conveniencia pueden incidir diversos factores relativos a precios, plazos y circunstancias,*** *algunas de ponderación subjetiva, cuya razonable evaluación por parte de la autoridad competente para su juzgamiento y decisión hace posible, bajo su exclusiva responsabilidad, resolver en cuanto a las ofertas más ventajosas para el Estado' (Fallos: 94199213 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza)' (el destacado no es del original).*

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones expuso: 'El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta. Cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la 'oferta más conveniente' u 'oferta más ventajosa' u 'oferta de mejor valor' conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas'.

Como se observa, la cuestión de bien estandarizado debe ser abordada en el caso concreto, en el expediente en particular y conforme a las particulares especificaciones de la necesidad pública que busca ser satisfecha en la contratación.

Ahora entrando al caso bajo análisis, es de destacar que el Auditor Fiscal señaló la inexistencia de perjuicio fiscal derivado del incumplimiento normativo relevado líneas arriba, opinión que vuelvo a reiterar, comparto teniendo en consideración las particularidades del expediente en trámite.

En relación al perjuicio fiscal, se ha expresado en las Resoluciones Plenarias N° 97/2015, N° 121/2015 y N° 54/2017, que para determinar su existencia debe exhibirse daño cierto, real y efectivo al patrimonio estatal, no meramente conjetural, eventual ni hipotético y además existir conducta antijurídica reprochable subjetivamente en forma conjunta con un factor de atribución.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha sentenciado respecto del primer elemento que: '(…) asiste razón al recurrente en que no es correcto asimilar la pérdida de chance al daño cierto, o tomar como equivalente el monto objetivo de la expectativa como un perjuicio efectivamente sufrido' (causa 'Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ Plasenzotti, Leonardo Ariel s/ Acción Resarcitoria', Expte Nº 1643/12 STJ-SR, sentencia del 27 de febrero de 2018).

En el mismo sentido, se manifestó nuestro Cuerpo Plenario al considerar: 'Que la responsabilidad patrimonial presenta una serie de características, '(...) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado (...) El fin que esta responsabilidad persigue es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico cuando éste se ha visto quebrantado (...) El autor del daño es un agente público (...) La denominación común del daño en este tipo de responsabilidad [patrimonial] es la de 'perjuicio fiscal', definido simplemente como el daño jurídico, el desmedro patrimonial susceptible de apreciación pecuniaria. Daño. El principio general aplicable a todo tipo de responsabilidad es que sin daño no se genera el deber de reparar. El daño debe ser cierto, no conjetural ni hipotético, dado que sin la certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura este elemento. Que el daño sea cierto, implica que sea 'real, efectivo, tanto que, de no mediar, la víctima se habría hallado en mejor situación'. (IVANEGA, Miriam M., Mecanismos de control público y argumentaciones de

responsabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2003, página 269)' (Resolución Plenaria Nº 59/2015).

A los fines del ejercicio de la acción de responsabilidad por perjuicio fiscal, la eventualidad en el daño excluye la responsabilidad, o el daño es cierto y puede ser reclamado, o el daño es hipotético y no lo puede ser.

En cuanto al daño cierto, la propia Secretaría Contable entiende en estos obrados que: '(…) el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para presumir un posible perjuicio fiscal al erario público en esta instancia'.

Por otro lado, como se dijo, se requiere reprochabilidad de la conducta y, conforme lo señala el cuentadante en su descargo (foja 164), la tesitura adoptada en las actuaciones surgiría de las observaciones realizadas en forma previa por su órgano de Auditoría Interna (aunque no se encontraría acreditado esto), lo que en mi visión podría ser suficiente para el uso de las facultades conferidas por el artículo 4 inciso h) de la Ley provincial Nº 50, pero no para sostener la reprochabilidad necesaria que sustente un perjuicio fiscal.

En consecuencia, comparto la visión del Auditor en cuanto no se verifican en este expediente los recaudos necesarios para iniciar la acción de resarcimiento por perjuicio fiscal en el expediente particular, recordando además, que la facultad para su análisis fue instruida a los Auditores por parte del Cuerpo Plenario, mediante el punto 1.4.2.5 de la Resolución Plenaria N.º 122/2018.

Sin embargo, el Prosecretario Legal considero que: 'Por otra parte meritar que la observación es conducente y no plantear el perjuicio fiscal por la desestimación es un contrasentido (…)' (foja 178 vta).

Es de destacar, que la simple afirmación sin sustento normativo, doctrinario o jurisprudencial, que además se encuentre relacionada con los antecedentes del expediente administrativo, imposibilita un análisis más

profundo de la opinión vertida (que parecería en algún punto contrariar lo aquí expuesto).

Esta forma de emitir opinión, no constituye mas que una mera discordancia y así deben ser tratada sin mayores dilaciones, ello en la medida que no se acompañe con una exposición ordenada y fundada sobre la cual se pueda acordar o rebatir ideas.

En términos específicos, cuando se tiene una opinión contraria a aquel que tiene la facultad primigenia de determinar la presunta existencia de perjuicio fiscal, se requiere una explicación ordenada, que analice los fundamentos o razones dados por el Auditor en orden a rebatirlos y que, además, mínimamente siente las bases para determinarlo, circunscribiendo sus elementos necesarios (daño, reprochabilidad y causalidad), especificando también sobre quien recaería la eventual responsabilidad, las pautas temporales para el ejercicio de la acción de responsabilidad y todo otra cuestión que ilustre a la autoridad para tomar la decisión.

En resumen, atento a que se observa en opinión del Auditor y del suscripto una irregularidad normativa únicamente, sería prudente considerar si hay mérito suficiente para aplicar sanciones en el marco del artículo 4º, inciso h) de la Ley provincial N.º 50.

En este camino, a la Subsecretaria Administrativa Legal del Ministerio de Desarrollo Humano, Sra. Marta María SILVA, decidió adjudicar (a fojas 74/75) la compra al proveedor Héctor Daniel LÓPEZ, habiéndose previamente desestimado un oferente cuya propuesta -más económica- podría haber sido analizada de no aplicar el criterio de excesivo rigorismo formal para su admisión.

Esta decisión, estuvo fundada exclusivamente en el Informe de foja 40, suscripto por el agente Lic. Sebastián H. MONTERO, que a su vez asumió responsabilidad por tal situación a fojas 164/165, bajo el argumento de que fue

indicado por su Auditoría Interna en otras oportunidades, pero omitiendo probarlo en el caso concreto para el respectivo análisis de su responsabilidad.

Además, se analizó el tenor literal de la norma, que no deja espacio para interpretar que requiere una coincidencia estricta del rubro inscripto con el objeto de la contratación, demostrándose además con pautas objetivas (nomenclador de AFIP y AREF), que si en su caso existiera un espacio para la duda, esta debe ser zanjada con la categórica afirmación de la ley transcripta, que en caso de duda se debe estar por la subsistencia.

Por otro lado, lo observado respecto del procedimiento no fue completamente inocuo para el Estado, pues lo privó de tener la posibilidad de analizar una propuesta que en principio lucía mas económica.

Entonces, en definitiva, respecto del incumplimiento normativo reseñado y dadas las especiales circunstancias del caso pero teniendo en cuenta la falta de perjuicio fiscal, entiendo prudente sugerir que se formule un apercibimiento únicamente al agente Sebastián H. MONTERO en ejercicio del inciso h) de la Ley provincial N.º 50, atento a la expresa asunción de responsabilidad expresada a fojas 164/165.

Además, se sugiere formular una recomendación al Titular de la cartera ministerial y por su intermedio a la agente Marta María SILVA, por ser quien suscribió el acto administrativo de adjudicación que no revirtió el incumplimiento, haciéndoles saber que en el futuro deberán extremar los recaudos para evitar este tipo de transgresiones a la ley bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones y, eventualmente, de perjuicio fiscal en caso de corroborar su existencia.

Es de destacar, que respecto del agente que se sugiere el uso del inciso h) relatado, se encuentra vigente la pauta temporal para su ejercicio, ya que desde el acto de aprobación de la contratación y su publicidad o del ingreso de las actuaciones a esta sede, no transcurrió el tiempo estipulado en el artículo

75 de la Ley provincial N.º 50 (modificado por el artículo 45 de la Ley prov. N° 1333), teniendo en consideración además, que efectivamente ejerció su descargo a diferencia de la agente SILVA.

Una última cuestión merece atención en relación a un problema en el sistema informático en la caratulación de expedientes.

A fojas 67 y luego de ser observado por la Auditoría Interna, el Director General de Coordinación R.G, expuso que '(…) se verifica que el expediente en tramitación figura ámbito de origen, la Secretaría General Legal y Técnica. Se deja constancia que dicho carátula fue generada por el Director de Abastecimiento Social quien cumple funciones en este Ministerio de Desarrollo Humano, y que al momento de Generar los expedientes en el ámbito es generado automáticamente, cabe destacar que el mencionado Director al generar otros expedientes durante ese periodo siendo los mismos originados en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Humano, desconociendo los motivos en particular que el sistema generará dicha carátula en un ámbito que no corresponde al agente, a tal efecto se genera un tiquet a mesa de ayuda a fin de que se notifique del error del sistema (...)'.

Entonces, más allá de la aclaración efectuada, entiendo oportuno que en razón de encontrarse en análisis la remisión de los expedientes para el control en formato digital en el marco de la Resolución Plenaria N.º 367/2021, se ponga en conocimiento a la Dirección de Informática de este Tribunal a los efectos de su tratamiento en el marco que entienda conveniente.

III. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, sugiero que el acto administrativo a dictarse por el Cuerpo Plenario de Miembros contemple una sanción de apercibimiento para el agente Lic. Sebastián H. MONTERO, además de una recomendación a la máxima autoridad del Ministerio de Desarrollo Humano y por su intermedio a la agente Marta María SILVA, en el sentido de que en el futuro se deberá verificar el cumplimiento a la normativa vigente reseñada, bajo apercibimiento de que la

reiteración de estos incumplimientos importará la aplicación de sanciones en orden a las previsiones del artículo 4° inc. h) de la Ley Provincial N° 50 - reglamentado por el Decreto Provincial N° 1917/99- a la autoridad adjudicante también.

Asimismo, se sugiere que en razón de lo expuesto en último término, se ponga en conocimiento a la Dirección de Informática y Comunicaciones de este Tribunal de la problemática señalada (...)".

Que este Plenario de Miembros comparte los términos del Informe Contable N.º 216/2022 Letra: TCP-S.C. y del Informe Legal N.º 197/2022 Letra: TCP-SL, por lo que corresponde aplicar una sanción de apercibimiento al Director General de Coordinación R.G. SsAL-DGAF-MDH Lic. Sebastián Héctor MONTERO, en los términos del artículo 4º inc h) de la Ley provincial N.º 50, reglamentado por el Decreto Provincial N° 1917/99, en virtud de lo expuesto precedentemente.

Que asimismo, corresponde recomendar al Ministro de Desarrollo Humano Juan Marcelo MACIEL y por su intermedio a la Subsecretaria Administrativa Legal M.D.H. Marta María SILVA, que en el futuro deberán verificar en las contrataciones el cumplimiento de las normas y criterios expuestos a lo largo de la presente, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones en orden a las previsiones del artículo 4° inc. h) de la Ley provincial N° 50, reglamentado por el Decreto provincial N° 1917/99.

Que la presente se emite con el quorum previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N.º 50, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Plenaria N.º 46/2022.

Que los suscriptos se encuentran facultados para emitir el presente acto en virtud de lo dispuesto por los artículos 4° incisos g) y h), 27 siguientes y concordantes de la Ley provincial N.º 50 y el Decreto provincial N° 1917/99.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Contable N.º 216/2022 Letra: TCP-S.C. y del Informe Legal N.º 197/2022 Letra: TCP-SL, que forman parte integrante de la presente. Ello, en virtud de los motivos expuestos en los considerandos.

ARTÍCULO 2°.- Recomendar al Ministro de Desarrollo Humano Juan Marcelo MACIEL, y por su intermedio, a la Subsecretaria Administrativa Legal M.D.H. Marta María SILVA, que en el futuro deberán verificar en las contrataciones que practiquen, el debido cumplimiento de las normas y criterios expuestos en la presente, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones en los términos del artículo 4° inc. h) de la Ley provincial N° 50, reglamentado por el Decreto provincial N° 1917/99.

ARTÍCULO 3°.- Aplicar una sanción de apercibimiento al Director General de Coordinación R.G. SsAL-DGAF-MDH Lic. Sebastián Héctor MONTERO en los términos del artículo 4º inc. h) de la Ley provincial N.º 50, reglamentado por el Decreto Provincial N.º 1917/99, por haber incumplido las normas y principios que rigen las contrataciones del Estado; ello, de conformidad a los hechos y a los extensos fundamentos expuestos en los considerandos de la presente.

ARTÍCULO 4°.- Hacer saber al Director General de Coordinación R.G. SsAL-DGAF-MDH Lic. Sebastián Héctor MONTERO, que además de la posibilidad de interponer contra el presente acto administrativo el recurso previsto en el artículo 127 de la Ley provincial N.º 141; en virtud de la doctrina del fallo: "Transporte Automotor Integral Lem S.R.L. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo", se encuentra agotada la vía administrativa y expedita la vía judicial, pudiendo interponer demanda contencioso administrativa en el término de noventa (90) días hábiles judiciales,

computados desde la notificación de la presente (arts. 7 inc. a), 15 y 24 de la Ley provincial N.º 133).

ARTÍCULO 5°.- Notificar, con copia certificada de la presente y remisión de las actuaciones del Visto al Ministro de Desarrollo Humano Juan Marcelo MACIEL, y por su intermedio, notificar a la Subsecretaria Administrativa Legal M.D.H. Marta Maria SILVA.

ARTÍCULO 6°.- Notificar con copia certificada de la presente al Director General de Coordinación R.G. SsAL-DGAF-MDH Lic. Sebastián Héctor MONTERO.

ARTÍCULO 7°.- Notificar en sede del Organismo, al Secretario Legal a/c Dr. Pablo E. GENNARO, para su anotación en el Registro de Sanciones y Multas y por su intermedio, notificar al Prosecretario Legal; al Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS y por su intermedio, notificar al Auditor Fiscal interviniente; y al Director de Informática y Comunicaciones Pablo L. ESCOBAR, para conocimiento de lo expuesto en el Informe Legal que se aprueba por el artículo 1º de la presente.

ARTÍCULO 8°.- Registrar, publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N.º 235 **/2022.**

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

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

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
173

INFORME CONTABLE

INFORME CONTABLE N.º 216 /2022
Letra: TCP-SC
Ref.: Expte. SGLT-E-71261-2021 caratulado: "*-ADQUISICION DE COLCHONES DE UNA (1) PLAZA*".
Monto: $849.000,00
Área generadora: Dirección de Archivo General - SGLT

Ushuaia, 04 de julio de 2022

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
174

Control Posterior

Índice

1. **Destinatario**.....1
2. **Objeto**.....1
3. **Antecedentes**.....1
4. **Análisis y conclusión**.....2

1. Destinatario

El presente informe se dirige al Sr. Vocal de Auditoría.

2. Objeto

Elevar el análisis efectuado, mediante el Informe Contable N.º 201/2022 Letra: TCP-PE obrante a fs. 167/172, suscripto por el Auditor Fiscal CP Leonardo VIVAS AHUMADA, en el marco del Control Posterior, reglamentado mediante la Resolución Plenaria N.° 122/2018, en relación a lo actuado en las presentes actuaciones.

3. Antecedentes

A los efectos de no abundar y en honor a la brevedad, me remito a los antecedentes descriptos en el informe contable detallado en el título anterior. No obstante, se transcribe a continuación el incumplimiento sustancial detectado:

Incumplimiento Sustancial N.º 1: *"Se verifica un excesivo rigorismo formal aplicado durante la evaluación de la oferta correspondiente al señor Leandro San Roman (fs. 40), dada la severidad aplicado en su admisión, siendo finalmente desestimada por no contar en el Certificado ProTDF la actividad "523520 – VENTA DE COLCHONES Y SOMIERES", sin prever posibilidad alguna de subsanar tal deficiencia insustancial. Cabe destacar que dicha propuesta presentó la oferta de menor precio.*

Al respecto no se verifica que se haya establecido en las bases de la contratación el requisito de contar concretamente con tal actividad, en contraposición a lo aseverado en tal Informe (fs. 40). Asimismo del Certificado ProTDF se

desprendería que tal proveedor cuenta con actividades afines al objeto de la presente contratación.

Por lo expuesto se considera que se actuó en forma contraria a los principios que rigen toda gestión de compras públicas, afectándose la concurrencia e igualdad; economía; eficiencia y eficacia previstos en la Ley Provincial N.° 1015, artículo 3°, incisos b), d) y e) y el artículo 4°".

Asimismo, se efectuaron cinco (5) incumplimientos formales, y dos (2) requerimientos, encontrándose estos últimos cumplimentados.

4. Análisis y conclusión

Así las cosas, ante los hechos expuestos, y en atención al análisis realizado por las distintas áreas de esta Secretaría Contable, esta instancia comparte lo actuado mediante el informe contable citado, considerándose que subsiste el incumplimiento sustancial detectado.

- **Normativa incumplida:** Ley Provincial N.º 1015, Artículo 3, incisos b), d) y e) y Artículo 4.
- **Acto Administrativo:** Resolución SsAL-MDH N.º 292/21 del 26/11/2021 (fs. 74/75).
- **Agentes Responsables:**
  - Subsecretaria Administrativa Legal, Ministerio de Desarrollo Humano: María Marta SILVA, quien suscribe el acto administrativo de adjudicación (fs. 74/75).
  - Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, quien emite el Informe de Preadjudicación (fs. 40).

- **<u>Presunto Perjuicio Fiscal:</u>** Se deja constancia de que el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para presumir un posible perjuicio al erario público en esta instancia.

Por otra parte, se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el "Registro de Incumplimientos Formales" de la Delegación de control a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1.

Sin otro particular, elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de referencia, con 176 fojas.

C.P. David Ricardo BEHRENS
AUDITOR FISCAL
a/c de la Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Pase a la Secretaria Legal a sus efectos.
VOCALIA DE AUDITORIA - USHUAIA,

05 JUL 2022

C.P.N. Pablo Sebastián PANI
VOCAL DE AUDITORIA
Tribunal de Cuentas de la Provincia

SECRETARIA LEGAL
ENTRADA
06 JUL 2022
RECIBIO
Salvador CAVALLARI
Secretario Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia
HORA
09:31

PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO,
ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR
REPUBLICA ARGENTINA

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO 180

"2022- 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Informe Legal Nº 197 /2022
Letra: T.C.P. - S.L.
Cde. Expte. Nº 71261-2021
Letra: S.G.L.T.

Ushuaia, 20 de julio de 2022

SR. VOCAL DE AUDITORÍA

C.P.N. HUGO SEBASTIÁN PANI

Viene a esta Secretaría Legal el Expediente del corresponde en el que tramitó la Contratación Directa N.º 47/2021, caratulado *"ADQUISICIÓN DE COLCHONES DE UNA (1) PLAZA"* para la intervención de la Secretaría Legal respecto de la conclusiones a las que arriba el Informe Contable Nº 216/2021, Letra: T.C.P.- S.C. y el Informe Legal N.º 188/2022, Letra: T.C.P.-P.L.

I. ANTECEDENTES

El 26 de abril de 2022 (fojas 142) ingresó por primera vez el expediente y, como resultado de dicha intervención, se produjo el Acta de Constatación TCP N.º 162/2022-P.E. (fojas 143/147) con un incumplimiento sustancial, cinco incumplimientos formales y dos requerimientos.

Como descargo a dicho documento, el Director General de Coordinación R.G. SsAL-MDH, Sr. Sebastián Héctor MONTERO, (fojas 164/165), remitió la Nota N.º 61/2022, Letra: D.G.C.R.G.-MDH, del 20 de mayo de 2022, cuyo texto se transcribe:

"Atento al punto 1 se procede a adjuntar los certificados de PROTDF como así también captura de pantalla de las firmas a las cuales se les invitó vía mail la solicitud de cotización. De acuerdo a los observado se debe tener en cuenta que en pos de poder optimizar los tiempos se solicitó a estas firmas vía telefónica los mails en los cuales reciben las solicitudes, cabe destacar que la firma Sevillano S.R.L. obra en el mail en el PROTDF como comercio de ventas de materiales de la construcción por lo que se remitió el mail al correo sevillanomuebles@gmail.com correspondiente a la sucursal de ventas de muebles y colchones; y en cuanto al mail de la firma QUERCIALI HOGAR S.A. se envió al informado para la sucursal Río Grande; cabe destacar que se realizó la correcta publicación y difusión en la página web de compras a fin de poder garantizar la mayor cantidad de ofertas y de esa manera garantizar la transparencia en las contrataciones, habiendo recibido una cotización mediante esa vía; la cual se desestimó atento que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fue observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoría Interna)".

A partir de dicha presentación se produjo el Informe Contable N.º 201/2022, Letra: TCP-PE, del 28 de junio de 2022, incorporado a fojas 167/172, en el que se analizó lo siguiente: "***4.1 Incumplimiento Sustancial***

Incumplimiento Sustancial N.º 1: *´Se verifica un excesivo rigorismo formal aplicado durante la evaluación de la oferta correspondiente al señor Leandro San Román (fs. 40), dada la severidad aplicada en su admisión, siendo finalmente desestimada por no contar en el Certificado ProTDF la actividad ´523520 – VENTA DE COLCHONES Y SOMIERES´, sin prever posibilidad*

alguna de subsanar tal deficiencia insustancial. Cabe destacar que dicha propuesta presentó la oferta de menor precio.

Al respecto no se verifica que se haya establecido en las bases de la contratación el requisito de contar concretamente con tal actividad, en contraposición a lo aseverado en tal Informe (fs. 40). Asimismo del Certificado ProTDF se desprendería que tal proveedor cuenta con actividades afines al objeto de la presente contratación.

Por lo expuesto se considera que se actuó en forma contraria a los principios que rigen toda gestión de compras públicas, afectándose la concurrencia e igualdad; economía; eficiencia y eficacia previstos en la Ley Provincial N.° 1015, artículo 3°, incisos b), d) y e) y el artículo 4°´.

Descargo: *En relación al presente apartamiento normativo, el Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, señor MONTERO, Sebastián Héctor indica que: ´… habiendo recibido una cotización mediante esa via; la cual se desestimó atento que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fuera observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoria Interna)...´.*

Análisis: *Si bien se toma conocimiento de los descargos efectuados, se considera que los mismos resultan insuficientes, ya que por el tenor del incumplimiento sustancial señalado, tal apartamiento normativo reviste un grave incumplimiento normativo de carácter insalvable en la presente instancia, al vulnerarse los principios que rigen en toda gestión de compras públicas, ante el excesivo rigorismo formal aplicado en la admisibilidad de una de las ofertas recibidas, restringiéndose la concurrencia e imposibilitando al Estado de acceder a condiciones mas ventajosas, al menos desde lo económico.*

Cabe mencionar que si bien el Decreto Provincial N.º 674/11, anexo I, artículo 34º, punto 51, menciona como una de las causales de rechazo de ofertas por inadmisibles las que '...a criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos...', dicho punto también menciona que 'En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta'; por ello es que si bien estrictamente el proveedor no cuenta con la actividad '523520- Venta de colchones y somieres' declarada, si cuenta con actividades asimilables a aquella, pudiéndose solicitar, en tal caso su alta en un determinado plazo perentorio, máxime cuando la misma resulta la mas ventajosa desde el punto de vista económico.

Ello además de mencionar que incluso otra de las empresas a las que se habría manifestado invitar, tampoco cuenta con dicha actividad específica entre las declaradas en el ProTDF (véase actividades de la firma 'Materiales y Servicios Sevillano S.R.L.' a fojas 159/162) y tampoco se incluyo en las bases de la contratación tal actividad como requisito excluyente.

4.2 Incumplimientos Formales

Se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el Registro de Incumplimientos Formales de esta Delegación a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 112/18, Anexo I, Acápite 1.1.1.. Los mismos se transcriben a continuación para su conocimiento:

Incumplimiento Formal N.° 1: *´Incumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 99 de la Ley Provincial N.° 141, en virtud de que el acto administrativo de adjudicación (fs. 74/76) no resuelve la inadmisibilidad de la*

oferta tratada como tal (Leandro San Román) durante el procedimiento de selección del contratista´.

Incumplimiento Formal N.° 2: *´Incumplimiento Ley Provincial N.° 1015: artículo 27 y Ley Provincial N.° 141: artículo 55, inciso g) (incorporado por Ley 1312 – art. 20), en virtud de que las invitaciones cursadas por correo electrónico no consta su efectiva recepción ni contenido del mensaje.*

En relación al presente apartamiento normativo y de acuerdo con lo analizado en la Resolución Plenaria N.° 38/22 donde se detectó similar deficiencia, se solicita incorporar constancia del registro ProTDF de cada proveedor invitado que permita verificar que el correo electrónico utilizado es el allí registrado´.

Incumplimiento Formal N.° 3: *´Incumplimiento de la Resolución OPC N.° 58/21, Anexo I, Punto I, Inciso h), dado que no se acredita constancia en el expediente de la fecha y hora de realización de la diligencia de las invitaciones, con indicación del nombre o razón social del destinatario, así como la dirección de correo electrónico a la cual se hubiera remitido la misma´.*

Incumplimiento Formal N.° 4: *´Incumplimiento a lo normado en la Ley Provincial N.° 141, Artículo 55, atento a no obrar fecha de notificación de la Orden de Compra incorporada a fojas 81/82´.*

Incumplimiento Formal N.° 5: *´Incumple con la Resolución DGR N.° 83/96 en el Art. 2°, inciso e) punto 2., sustituido por la Resolución General AREF N.° 517/16 Art. 1°, y en su caso la Resolución DGR N.° 29/96, dado la falta de incorporación en las actuaciones del Certificado de Cumplimiento*

Fiscal vigente al momento del pago correspondiendo la aplicación del doble de la retención´.

4.3 Requerimientos:

<u>Requerimiento N.º 1:</u> *´Cumplir con el requerimiento efectuado en el segundo párrafo el Incumplimiento Formal N.º 2 de la presente acta´. El mismo se refiere a que se incorpore el certificado ProTDF de las firmas invitadas.*

(…) Análisis: si bien se cumplió con el requerimiento al incorporarse documentación del ProTDF de las firmas invitadas, surge lo siguiente: por un lado que no se puede constatar la efectiva recepción ni contenido del mensaje de las invitaciones cursadas, puesto que, el único elemento en función de ello son los correos por los cuales se enviaron las invitaciones (fs. 20).

Y por otro lado que en virtud de lo informado, si bien se considera pertinente que se efectúen diligencias para agilizar las tramitaciones, las casillas electrónicas a las cuales se habrían remitido las invitaciones de las firmas 'Querciali Hogar S.A.' y 'Materiales y Servicios Sevillano S.R.L.' no son las declaradas en el Registro de Proveedores del Estado (ProTDF), tomándose conocimiento el origen declarado de las mismas.

En función de lo expuesto, se deja constancia que se esta a la espera de la reglamentación de toda esta cuestión relacionada al uso del domicilio electrónico como herramienta valida, habilitada y eficiente a los fines de dar curso a las invitaciones en el marco de las contrataciones, con el objeto de de garantizar un transparente procedimiento en materia de contrataciones, conforme lo indicado por las Resoluciones Plenarias Nros. 38/22 y 129/22.

Requerimiento N.º 2: *´Incorporar el listado completo de beneficiarios a los que se les han entregado colchones´.*

Descargo: *en el descargo formulado a fojas 164/165 se hace alusión a la Nota N.º 12/22 Letra: DPAS-MDH, producida por la Dirección Abastecimiento Social mediante la cual presenta listado de beneficiarios a los que se les ha entregado colchones. Así, se constata a fojas 148/151 dicha nota, donde se visualiza lista discriminada en ´APELLIDO Y NOMBRE´, ´DNI´, ´DESCRIP. DE LA ASISTENCIA´ y ´AREA´. Suscribe en carácter de responsable de la información otorgada Franco LOPEZ, Dir. Abastecimiento Social, M.D.H.-Ss.A.L.-R.G.*

Análisis: *visto el listado incorporado, se considera que* ***el*** *requerimiento ha sido cumplimentado".*

Luego, mediante el Informe Contable N.º 216/2022, Letra: TCP-S.C., del 4 de julio de 2022, el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David R. BEHRENS, analizó los hechos expuestos y concluyó que: *"Así las cosas, ante los hechos expuestos, y en atención al análisis realizado por las distintas áreas de esta Secretaría Contable, esta instancia comparte lo actuado mediante el informe contable citado, considerándose que subsiste el incumplimiento sustancial detectado.*

• ***Normativa incumplida:*** *Ley Provincial N.º 1015, Artículo 3, incisos b), d) y e) y Artículo 4.*

• ***Acto Administrativo:*** *Resolución SsAL-MDH N.º 292/21 del 26/11/2021 (fs. 74/75).*

• ***Agentes Responsables:***

◦ *Subsecretaria Administrativa Legal, Ministerio de Desarrollo Humano: María Marta SILVA, quien suscribe el acto administrativo de adjudicación (fs. 74/75).*

◦ *Director General de Coordinación RG SsAL-DGAF-MDH, quien emite el Informe de Preadjudicación (fs. 40).*

• ***Presunto Perjuicio Fiscal:*** *Se deja constancia de que el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para presumir un posible perjuicio al erario público en esta instancia.*

Por otra parte, se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el 'Registro de Incumplimientos Formales" de la Delegación de control a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1.'.

Con posterioridad, tomó intervención en el asunto el Prosecretario Legal, emitiendo el Informe Legal N.º 188/2022, Letra: TCP-P.L., por el que indicó: *"A fin de no repetir los análisis efectuados por el Sr. Auditor Fiscal y el Secretario Contable a cargo, me referiré puntualmente al incumplimiento sustancial Nro. 1, de carácter insalvable.*

En primer término voy a apartarme del análisis del incumplimiento de carácter sustancial planteado por el Sr. Auditor Fiscal como así del Secretario Contable a/c, pues entiendo que le asiste razón al cuentadante en su descargo independientemente de la situación puntual que como bien se plantea de rigorismo formal.

Es así que la desestimación de la oferta podría ser un exceso, pero también es cierto que éste Órgano de Control bien ha establecido el criterio en cuanto a observar los ítem de actividad del oferente es el camino a seguir, y ello no es casual, atento que se han visto situaciones realmente sorprendentes de proveedores que al momento de ofertar lo hacían por rubros muy disimiles que en el mejor de los casos resultaba llamativo.

Por otra parte meritar que la observación es conducente y no plantear el perjuicio fiscal por la desestimación de la oferta es un contrasentido, motivo por lo cual entiendo que si el criterio de aquí en más va a ser elástico para su determinación, debería plantearse un margen que permita establecerlo con claridad, y evitar situaciones como la presente".

En estas condiciones, se giraron las actuaciones para la intervención de esta Secretaría.

II. ANÁLISIS

De la lectura de estas actuaciones se puede anticipar, que tanto el Acta de Constatación N.º 162/2022 PE (Control Posterior – Poder Ejecutivo) como los Informes Contables N.º 201/2022 Letra TCP-PE y N.º 216/2022 Letra TCP-SC -cuyas conclusiones se comparten- reflejan un tratamiento razonable al que se agregarán algunos matices.

Así, en el marco del análisis realizado por el Auditor, se detectó como observación sustancial, la decisión de la Administración vinculada a la desestimación de la oferta presentada por el proveedor Leandro SAN ROMÁN:

"(…) por no contar en el Certificado de PROTDF la actividad solicitada, (523520-VENTA DE COLCHONES Y SOMIERS)" (Informe de Preadjudicación - foja 40).

Sobre esta decisión y en oportunidad del descargo otorgado por el Auditor después de la observación formulada, el Lic. Sebastian H. MONTERO, expuso: *"(…) se desestimo atento a que no estaba inscripta en la actividad solicitada, lo cual se ejecutó dado que este requerimiento fuera observado en otras tramitaciones por el organismo de control previo (Auditoria Interna)"*.

En relación a las observaciones formales detectadas y trascriptas en los antecedentes, en el descargo no se visualizó oposición del cuentadante, por lo que se procedió a su inscripción en el registro correspondiente.

En consecuencia, luciendo razonable el tratamiento y atento a su falta de oposición, entiendo como objeto de estudio únicamente la observación sustancial transcripta en los antecedentes.

A los fines del tratamiento del objeto propuesto, es necesario analizar lo normado el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11.

Esta norma deberá ser abordada en el marco de los principios de concurrencia y razonabilidad (art. 3 incs. a) y b) Ley prov. N.º 1015), que tienen especial relevancia a lo largo de todo el procedimiento y están previstos en beneficio de la Administración Pública, por lo tanto, toda acción contraria debe ser considerada restrictivamente.

Por otro lado, se deberá tener en cuenta que: *"Durante el procedimiento licitatorio la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por*

*ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios deben satisfacer". (*GORDILLO, Agustín, "*El informalismo y la concurrencia en la licitación Pública - después de la reforma del Estado-*"Capítulo VII - Fundación de Derecho Administrativo, pág. 728/729, https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues7.pdf).

Asimismo se dijo: *"(…) en el procedimiento de selección del contratista deben cumplirse las reglas formales predeterminadas por la legalidad, siempre que de ello no se derive un exceso de ritualismo formal injustificable o manifiesta inconveniencia para los intereses del Estado".* (SESÍN, Domingo J. *"El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas"* en la obra *"Cuestiones de procedimiento Administrativo"*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 93).

En ese mismo sentido, el artículo 4º de la Ley provincial Nº 1015 ordena: *"El principio de concurrencia de ofertas no debe ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes o subsanables, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, sin que ello implique alterar los principios establecidos en la presente ley".*

Por ello, la doctrina expuso: *"(...) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazadas por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la*

esencia del trato igualitario. La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado" (FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *"Licitación Pública. Selección del contratista estatal"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972).

También debe advertirse que: "(…) *las exigencias cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad, o sea, se debe considerar que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, es decir la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación), y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas"* (GORDILLO, Agustín, *"El informalismo y la concurrencia en la licitación Pública - después de la reforma del Estado-"* Capítulo VII – F.D.A., pág. 733, https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues7.pdf).

Ahora, bajo esta perspectiva debe ser analizado el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, que dispone: *"Sin perjuicio de otras causales que pueden establecerse en los pliegos de bases y condiciones serán rechazadas por inadmisibles las ofertas: (…) e) A criterio del organismo licitante, aquellas inscriptas en rubros que no guarden relación con los elementos o servicios pedidos (…) En caso de duda, se deberá inclinar siempre a favor del mantenimiento de la oferta"* (el subrayado no corresponde al original).

Así, en primer término puede señalarse, que será el criterio del órgano licitante quien determine la existencia o no de una relación entre el objeto

requerido en la contratación y el rubro inscripto por el oferente en el ProTDF, en orden a proceder a su trámite o desestimación.

Por otro lado, se visualiza con claridad que no requiere una exacta coincidencia entre ambos, sino que unicamente "*guarde relación*".

Entonces, bajo este prisma, deberemos determinar si el criterio del órgano licitante esbozado en las presentes resultaría conforme al principio de razonabilidad, como así también, si es respetuoso de la pauta normativa que establece que en caso de duda debería admitirse la oferta.

Como pauta objetiva para realizar el análisis propuesto y determinar la juridicidad de la exclusión de la oferta de foja 26 -llevada a cabo por el Informe de foja 40- entiendo prudente confrontarla con el nomenclador de actividades aprobado como Anexo II de la Ley provincial N.º 1340 para la Agencia de Recaudación Fueguina, sobre el que entiendo debería reflejarse o guardar un correlato aquel correspondiente al ProTDF y que, en definitiva, se encuentra publicado para su confronte (https://www.aref.gob.ar/ley-provincial-1340-modificacion-codigo-fiscal-y-ley-impositiva/).

Allí, en una búsqueda de la palabra "*colchones*", se visualiza que el rubro "*Venta al por mayor de muebles excepto de oficina; artículos de mimbre y corcho; colchones y somieres*" bajo el código 464610, que en la columna "*incluye*" determina "*La venta al por mayor de colchones y somieres*", rubro este que el proveedor excluido parecería tener inscripto en el certificado de ProTDF (fs. 32) o uno que guarda relación (venta al por mayor de muebles no metálicos ...).

Asimismo, la venta minorista de colchones (fs. 24 proveedor adjudicado) no incluye expresamente la venta mayorista de estos y, en el nomenclador traído a análisis, son rubros diferenciados (475420 y 464610 respectivamente).

En el mismo sentido, se orienta el nomenclador de actividades que provee la agencia Federal de Ingresos Públicos en la página de internet https://www.afip.gob.ar/noticias/documentos/listado-de-actividades-afectadas.pdf

Por otro lado y visto desde la vereda de la experiencia personal y con la subjetividad propia que acompaña una apreciación de esa índole, los locales de venta de muebles usualmente también tienen como objeto de comercio la venta de colchones.

Asi también lo entendió el propio agente Sebastian H. MONTERO, en la medida que en su descargo expuso: "(…) *cabe destacar que la firma Sevillano S.R.L. obra en el mail en el PROTDF como comercio de ventas de materiales de la construcción por lo que se remitió el mail al correo sevillanomuebles@gmail.com correspondiente a la sucursal de ventas de muebles y colchones; y en cuanto al mail de la firma QUERCIALI HOGAR S.A. se envió al informado para la sucursal Río Grande* (el subrayado no es del original)", resaltando que ambas firmas (Sevillano Muebles y Querciali) venden muebles y colchones y que incluso respecto de una de ellas se reconoce expresamente por el agente (Sevillano Muebles).

Estos análisis aclaro, son permitidos por el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, puesto que no afirma la necesidad de que exista una estricta coincidencia.

Desde otra arista, si bien el estado busca satisfacer la necesidad pública adquiriendo el bien o servicio requerido, no es menos cierto que además cuenta con la garantía de adjudicación para su ejecución en caso de incumplimiento.

Todo ello me lleva a sostener, que la decisión adoptada en el Informe de foja 40, en concordancia con lo expuesto por el Auditor, resultaría a contramano del principio de razonabilidad que debe imperar en las contrataciones estatales y, por ende, por afuera de la facultad consagrada en el punto 51 inciso e) del Decreto provincial N.º 674/11, atento a que al confrontarlo con un elemento objetivo, el rubro inscripto por el proveedor "*guarda relación*" razonable con el objeto de la contratación.

En otro orden de consideraciones, el Auditor Fiscal interviniente advirtió en su Informe Contable Nº 201/2022, Letra: TCP-PE, que la oferta que fue desestimada resultaba ser la mas ventajosa desde el punto de vista económico.

Sobre este elemento de juicio, la Ley provincial N.º 1015, en su artículo 12 ordena: "*La adjudicación deberá realizarse en favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, los costos asociados de uso y mantenimiento presentes y futuros así como los criterios y objetivos con los cuales se dispuso la contratación, como ser oportunidad, mérito y conveniencia, y demás condiciones de la oferta. Cuando se trate de la compra de un bien o la contratación de un servicio estandarizado o de uso común, cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá en principio como oferta más conveniente la de menor precio*".

Ahora, no siempre que las características de los bienes puedan determinarse de antemano, debe considerarse necesariamente como un bien

estandarizado, en tanto pueden estar destinados por ejemplo, a cubrir una necesidad de manera urgente en el tiempo, lo que requiere celeridad en la entrega y consolidada al factor tiempo como cuestión dirimente en la decisión.

En ese caso, el factor tiempo debe ser necesariamente analizado dentro del menú de ofertas en principio estandarizadas para determinar la más conveniente, siendo insuficiente el factor económico.

En este andarivel, en sede judicial se ha resuelto que: *"No cabe duda de que el menor precio constituye un dato inestimable en miras a valorar esa conveniencia, pero no siendo el único, la Administración, en determinadas ocasiones, puede prescindir de ese parámetro como elemento decisorio de selección. (...). Ello así, desde que los contratos se celebran para cumplirse y el Estado debe formalizarlos con quien o quienes demuestren el máximo de garantía de cumplimiento (cfr. Mó, Fernando, Régimen legal de las obras públicas, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 168).*

En igual sentido, este cuerpo ha considerado anteriormente que en todo acto licitatorio realizado bajo las previsiones de la Ley N° 13.064, la adjudicación recaerá siempre sobre la propuesta más conveniente, siendo conforme con las condiciones de la licitación. ***En la determinación de la conveniencia pueden incidir diversos factores relativos a precios, plazos y circunstancias,*** *algunas de ponderación subjetiva, cuya razonable evaluación por parte de la autoridad competente para su juzgamiento y decisión hace posible, bajo su exclusiva responsabilidad, resolver en cuanto a las ofertas más ventajosas para el Estado"* (Fallos: 94199213 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza)" (el destacado no es del original).

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones expuso: *"El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta. Cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente a atender al precio ofertado, sino que la elección de la 'oferta más conveniente' u 'oferta más ventajosa' u 'oferta de mejor valor' conlleva la necesidad de apreciar cuestiones de hecho, al propio tiempo que se realizan consideraciones técnicas y jurídicas"*.

Como se observa, la cuestión de bien estandarizado debe ser abordada en el caso concreto, en el expediente en particular y conforme a las particulares especificaciones de la necesidad pública que busca ser satisfecha en la contratación.

Ahora entrando al caso bajo análisis, es de destacar que el Auditor Fiscal señaló la inexistencia de perjuicio fiscal derivado del incumplimiento normativo relevado líneas arriba, opinión que vuelvo a reiterar, comparto teniendo en consideración las particularidades del expediente en trámite.

En relación al perjuicio fiscal, se ha expresado en las Resoluciones Plenarias N° 97/2015, N° 121/2015 y N° 54/2017, que para determinar su existencia debe exhibirse daño cierto, real y efectivo al patrimonio estatal, no meramente conjetural, eventual ni hipotético y además existir conducta antijurídica reprochable subjetivamente en forma conjunta con un factor de atribución.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha sentenciado respecto del primer elemento que: *"(…) asiste razón al recurrente en que no es correcto asimilar la pérdida de chance al daño cierto, o tomar como equivalente el monto*

objetivo de la expectativa como un perjuicio efectivamente sufrido" (causa *"Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ Plasenzotti, Leonardo Ariel s/ Acción Resarcitoria"*, Expte Nº 1643/12 STJ-SR, sentencia del 27 de febrero de 2018).

En el mismo sentido, se manifestó nuestro Cuerpo Plenario al considerar: *"Que la responsabilidad patrimonial presenta una serie de características, '(...) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado (...) El fin que esta responsabilidad persigue es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico cuando éste se ha visto quebrantado (...) El autor del daño es un agente público (...) La denominación común del daño en este tipo de responsabilidad [patrimonial] es la de 'perjuicio fiscal', definido simplemente como el daño jurídico, el desmedro patrimonial susceptible de apreciación pecuniaria. Daño. El principio general aplicable a todo tipo de responsabilidad es que sin daño no se genera el deber de reparar. El daño debe ser cierto, no conjetural ni hipotético, dado que sin la certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura este elemento). Que el daño sea cierto, implica que sea 'real, efectivo, tanto que, de no mediar, la víctima se habría hallado en mejor situación'. (IVANEGA, Miriam M., Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Ábaco, Buenos Aires, 2003, página 269)"* (Resolución Plenaria Nº 59/2015).

A los fines del ejercicio de la acción de responsabilidad por perjuicio fiscal, la eventualidad en el daño excluye la responsabilidad, o el daño es cierto y puede ser reclamado, o el daño es hipotético y no lo puede ser.

En cuanto al daño cierto, la propia Secretaría Contable entiende en estos obrados que: *"(…) el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para presumir un posible perjuicio fiscal al erario público en esta instancia"*.

Por otro lado, como se dijo, se requiere reprochabilidad de la conducta y, conforme lo señala el cuentadante en su descargo (foja 164), la tesitura adoptada en las actuaciones surgiría de las observaciones realizadas en forma previa por su órgano de Auditoría Interna (aunque no se encontraría acreditado esto), lo que en mi visión podría ser suficiente para el uso de las facultades conferidas por el artículo 4 inciso h) de la Ley provincial Nº 50, pero no para sostener la reprochabilidad necesaria que sustente un perjuicio fiscal.

En consecuencia, comparto la visión del Auditor en cuanto no se verifican en este expediente los recaudos necesarios para iniciar la acción de resarcimiento por perjuicio fiscal en el expediente particular, recordando además, que la facultad para su análisis fue instruida a los Auditores por parte del Cuerpo Plenario, mediante el punto 1.4.2.5 de la Resolución Plenaria N.º 122/2016.

Sin embargo, el Prosecretario Legal consideró que: "*Por otra parte meritar que la observación es conducente y no plantear el perjuicio fiscal por la desestimación es un contrasentido (…)*" (foja 178 vta).

Es de destacar, que la simple afirmación sin sustento normativo, doctrinario o jurisprudencial, que además se encuentre relacionada con los antecedentes del expediente administrativo, imposibilita un análisis más profundo de la opinión vertida (que parecería en algún punto contrariar lo aquí expuesto).

Esta forma de emitir opinión, no constituye mas que una mera discordancia y así deben ser tratada sin mayores dilaciones, ello en la medida que no se acompañe con una exposición ordenada y fundada sobre la cual se pueda acordar o rebatir ideas.

En términos específicos, cuando se tiene una opinión contraria a aquel que tiene la facultad primigenia de determinar la presunta existencia de perjuicio fiscal, se requiere una explicación ordenada, que analice los fundamentos o razones dados por el Auditor en orden a rebatirlos y que, además, mínimamente siente las bases para determinarlo, circunscribiendo sus elementos necesarios (daño, reprochabilidad y causalidad), especificando también sobre quien recaería la eventual responsabilidad, las pautas temporales para el ejercicio de la acción de responsabilidad y todo otra cuestión que ilustre a la autoridad para tomar la decisión.

En resumen, atento a que se observa en opinión del Auditor y del suscripto una irregularidad normativa únicamente, sería prudente considerar si hay mérito suficiente para aplicar sanciones en el marco del artículo 4º, inciso h) de la Ley provincial N.º 50.

En este camino, a la Subsecretaria Administrativa Legal del Ministerio de Desarrollo Humano, Sra. Marta María SILVA, decidió adjudicar (a fojas 74/75) la compra al proveedor Héctor Daniel LÓPEZ, habiéndose previamente desestimado un oferente cuya propuesta -más económica- podría haber sido analizada de no aplicar el criterio de excesivo rigorismo formal para su admisión.

Esta decisión, estuvo fundada exclusivamente en el Informe de foja 40, suscripto por el agente Lic. Sebastian H. MONTERO, que a su vez asumió responsabilidad por tal situación a fojas 164/165, bajo el argumento de que fue indicado por su Auditoría Interna en otras oportunidades, pero omitiendo probarlo en el caso concreto para el respectivo análisis de su responsabilidad.

Además, se analizó el tenor literal de la norma, que no deja espacio para interpretar que requiere una coincidencia estricta del rubro inscripto con el objeto

de la contratracion, demostrandose además con pautas objetivas (nomenclador de AFIP y AREF), que si en su caso existiera un espacio para la duda, esta debe ser zanjada con la categórica afirmación de la ley transcripta, que en caso de duda se debe estar por la subsistencia.

Por otro lado, lo observado respecto del procedimiento no fue completamente inocuo para el Estado, pues lo privó de tener la posibilidad de analizar una propuesta que en principio lucía mas económica.

Entonces, en definitiva, respecto del incumplimiento normativo reseñado y dadas las especiales circunstancias del caso pero teniendo en cuenta la falta de perjuicio fiscal, entiendo prudente sugerir que se formule un apercibimiento únicamente al agente Sebastian H. MONTERO en ejercicio del inciso h) de la Ley provincial N.º 50, atento a la expresa asunción de responsabilidad expresada a fojas 164/165.

Además, se sugiere formular una recomendación al Titular de la cartera ministerial y por su intermedio a la agente Maria Marta SILVA, por ser quien suscribió el acto administrativo de adjudicación que no revirtió el incumplimiento, haciéndoles saber que en el futuro deberán extremar los recaudos para evitar este tipo de transgresiones a la ley bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones y, eventualmente, de perjuicio fiscal en caso de corroborar su existencia.

Es de destacar, que respecto del agente que se sugiere el uso del inciso h) relatado, se encuentra vigente la pauta temporal para su ejercicio, ya que desde el acto de aprobación de la contratación y su publicidad o del ingreso de las actuaciones a esta sede, no transcurrió el tiempo estipulado en el artículo 75 de la Ley provincial N.º 50 (modificado por el artículo 45 de la Ley prov. N° 1333),

teniendo en consideración además, que efectivamente ejerció su descargo a diferencia de la agente SILVA.

Una última cuestión merece atención en relación a un problema en el sistema informático en la caratulación de expedientes.

A fojas 67 y luego de ser observado por la Auditoría Interna, el Director General de Coordinación R.G, expuso que "(…) se *verifica que el expediente en tramitación figura ámbito de origen, la Secretaría General Legal y Técnica. Se deja constancia que dicho caratula fue generada por el Director de Abastecimiento Social quien cumple funciones en este Ministerio de Desarrollo Humano, y que al momento de Generar los expedientes en el ámbito es generado automáticamente, cabe destacar que el mencionado Director al generar otros expedientes durante ese periodo siendo los mismos originados en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Humano, desconociendo los motivos en particular que el sistema generará dicha carátula en un ámbito que no corresponde al agente, a tal efecto se genera un tiquet a mesa de ayuda a fin de que se notifique del error del sistema* (...)".

Entonces, más allá de la aclaración efectuada, entiendo oportuno que en razón de encontrarse en análisis la remisión de los expedientes para el control en formato digital en el marco de la Resolución Plenaria N.º 367/2021, se ponga en conocimiento a la Dirección de Informática de este Tribunal a los efectos de su tratamiento en el marco que entienda conveniente.

III. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, sugiero que el acto administrativo a dictarse por el Cuerpo Plenario de Miembros contemple una sanción de apercibimiento para el

agente Lic. Sebastian H. MONTERO, además de una recomendación a la máxima autoridad del Ministerio de Desarrollo Humano y por su intermedio a la agente Maria Marta SILVA, en el sentido de que en el futuro se deberá verificar el cumplimiento a la normativa vigente reseñada, bajo apercibimiento de que la reiteración de estos incumplimientos importará la aplicación de sanciones en orden a las previsiones del artículo 4° inc. h) de la Ley Provincial N° 50 -reglamentado por el Decreto Provincial N° 1917/99- a la autoridad adjudicante también.

Asimismo, se sugiere que en razón de lo expuesto en último término, se ponga en conocimiento a la Dirección de Informática y Medios de este Tribunal de la problemática señalada.

En consecuencia, elevo a usted las presentes para su continuidad.

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

PASE AGENDA DE PLENARIO -
22 JUL 2022

C.P.N. Hugo Sebastián PANI
Vocal Contador
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia