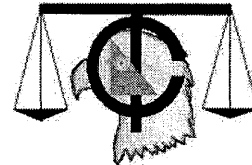




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL N° 154



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

"2017- Año de las Energías Renovables"

Ushuaia, 22 JUN 2017

VISTO: el Expediente TCP VL N° 130/2017, del registro de este Tribunal de Cuentas, caratulado: "PRESENTACIÓN DE LA EMPRESA CONDOR S.A.- S/LICITACIÓN PÚBLICA RESOLUCIÓN DPOSS N° 488/2017"; y,

CONSIDERANDO:

Que las presentes actuaciones se inician con motivo de la Nota N° 8509/17 suscripta por el Sr. Gonzalo YANZI en su carácter de Presidente de la firma CONDOR S.A., en virtud de la cual solicita la intervención de este Organismo de Control en el marco de la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017, por la que se preadjudicara la Licitación Pública DPOSS 04/2016 a la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A.

Que puntualmente manifiesta que la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017 "...adolece de importantes falencias técnico/jurídicas..." que a su entender generarían un perjuicio para el erario público.

Que en consecuencia, habría presentado recurso de reconsideración con alzada en subsidio, cuya copia acompaña (fs. 3/11).

Que tomó intervención la Sra. Asesora Letrada de este Organismo, emitiendo el Dictamen Legal N° 7/2017, Letra: T.C.P.-A.L, del que se desprende que: "Sobre el particular, cabe indicar que este Tribunal de Cuentas ya tomó intervención, en el marco del control preventivo, respecto de la Licitación Pública relativa a la obra en cuestión, formulándose observaciones al acto de pre-adjudicación. En este sentido se emitió el Acta de Constatación N° 133/2017- A.O.P., por la que se observó -entre otras cosas- que no se verificaban de la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017 los motivos por los que se

J

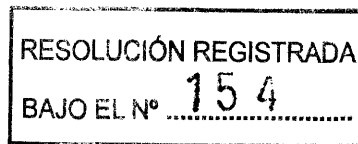
"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

adoptó la decisión de pre-adjudicar la obra a la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A., señalándose al respecto que la decisión de preadjudicar a favor de una oferta con un precio mayor, obligaba a la Administración a extremar los recaudos inherentes a la motivación del acto de adjudicación, de modo tal que se encuentren debidamente justificadas las razones que determinaran la conveniencia de elegir una oferta que no sea la de menor precio (cfr. DRUETTA, T.R. GUGLIEMINETTO, A.P., 2008, Ley 13.064 de Obras Públicas-Comentada y anotada, ABELEDO PERROT). Al realizar su descargo, el Presidente de la D.P.O.S.S acompañó la Nota N° 901/17 por la que expuso los motivos en función de los cuales ratificó la decisión adoptada, detallando los fundamentos de su decisión. A partir de los nuevos elementos agregados y la documentación incorporada, se entendió que la decisión se encontraba debidamente motivada y justificada, en función de ello se levantó la observación. Asimismo se advirtió que, al ser una decisión de carácter discrecional, la competencia de este Organismo de Contralor se limitaba a verificar que la decisión estuviese suficientemente motivada, y que dicha motivación surgiera del acto de adjudicación. Sin embargo, se aclaró -expresamente- que excedía la competencia de este Tribunal de Cuentas determinar cuál era la oferta más conveniente, siendo ello del resorte exclusivo del Presidente de la D.P.O.S.S. De lo indicado se desprende -por un lado- que este Organismo ya efectuó un control de las actuaciones de referencia, entendiéndose al respecto que la decisión de pre-adjudicar se encontraba suficientemente fundada y motivada y, por otro, que excedía la competencia de este Organismo determinar cuál era la oferta más conveniente.”

Que se expuso asimismo que “...corresponde indicar que encontrándose en trámite un recurso de reconsideración conalzada en subsidio, este Organismo no puede expedirse, toda vez que el reclamo respectivo debe



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



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

"2017- Año de las Energías Renovables"

seguir su trámite en el marco de lo dispuesto en la Ley provincial N° 141, resultando por ello competentes para resolver el fondo del asunto, el Presidente de la D.P.O.S.S. y, en su caso, la señora Gobernadora, en el marco del tratamiento de los recursos de reconsideración y alzada en subsidio (...) En este mismo sentido, a nivel provincial, el acto de preadjudicación debe impugnarse por las vías procesales previstas en la Ley provincial N° 141, a través del recurso de reconsideración y la alzada en subsidio, y asimismo, una vez agotada la vía administrativa, podrá irse por la vía judicial. Sin embargo, no puede pretender el oferente vencido que se le adjudique la obra en cuestión, el límite de su pretensión es la nulidad del acto administrativo, y en su caso del contrato, pero no tiene derecho a que se le adjudique la obra. Esta adjudicación no puede ser resuelta ni siquiera por un juez. En este mismo orden de ideas, tampoco es competente este Organismo de Control Externo para analizar y valorar las ofertas, ya que ello es una decisión discrecional, que -como quedó aclarado más arriba, depende más de una decisión volitiva que considera parámetros extrajurídicos, que dependen en cada caso de la materia que se trate y no tiene una sola decisión correcta. De lo expuesto surge claramente que escapa a la competencia de este Organismo expedirse sobre la impugnación a la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017, ya que ello corresponde a la competencia de la D.P.O.S.S. y la señora Gobernadora, en el marco del procedimiento administrado previsto en la Ley provincial N° 141. Analizar la cuestión en esta instancia implicaría un avasallamiento de la competencia de otras esferas del Estado provincial. (...) En función de lo expuesto, soy de la opinión que no corresponde dar tratamiento a la presentación efectuada por el Presidente de la firma CONDOR S.A., al exceder ello el marco de competencia de este Organismo."

e

Que el criterio vertido por la Dra. María Julia DE LA FUENTE es compartido por el Sr. Secretario Legal, Dr. Sebastián OSADO VIRUEL según constancia de fs. 15 vta.

Que este Plenario comparte y hace propios los términos del Dictamen Legal N° 7/2017, Letra: T.C.P.-A.L, correspondiendo rechazar la presentación realizada por el Sr. Gonzalo YANZI en su carácter de Presidente de la firma CONDOR S.A, en tanto su objeto excede el ámbito de competencia de este Organismo de Control.

Que el presente acto se emite con el *quorum* previsto por el artículo 27 de la Ley provincial N° 50, en virtud de la ausencia del Vocal Contador C.P.N. Julio DEL VAL, ello atento lo expuesto en la Resolución Plenaria N° 122/2017.

Que los suscriptos se encuentran facultados para dictar el presente acto administrativo en virtud de lo previsto en los artículos, 1, 2, 26 y 27 de la Ley provincial N° 50.

Por ello:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

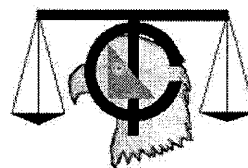
R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1º.- Rechazar la presentación efectuada mediante Nota N° 8509/17 por el Sr. Gonzalo YANZI en su carácter de Presidente de la firma CONDOR S.A. dado que la intervención solicitada excede el marco de competencias de este Organismo de Control. Ello, conforme a lo indicado en los considerandos de la presente y en el Dictamen Legal N° 7/2017, Letra: T.C.P.-A.L, cuyos términos se comparten y hacen propios.



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

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL N° 154



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

"2017- Año de las Energías Renovables"

ARTÍCULO 2º.- Notificar con copia certificada de la presente y del Dictamen Legal N° 7/2017, Letra: T.C.P.-A.L al Sr. Gonzalo YANZI, en el domicilio constituido.

ARTÍCULO 3º.- Notificar con copia certificada de la presente dentro de este Organismo a la Asesora Letrada, Dra. María Julia DE LA FUENTE y al Secretario Legal Dr. Sebastián OSADO VIRUEL con remisión de las actuaciones para su intervención previa al archivo de las mismas.

ARTÍCULO 4º.- Registrar, comunicar, publicar. Cumplido, archivar.

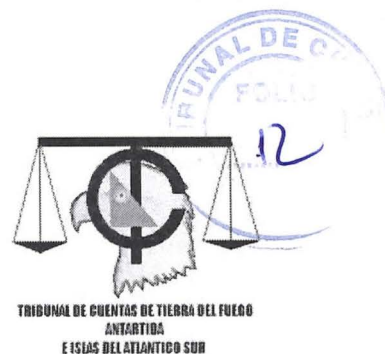
RESOLUCION PLENARIA N° 154 /17.-

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

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



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



"2017- Año de las Energías Renovables"

Dictamen Legal N° 7/2017-Letra: TCP – AL
Cde.: Expte. N° 130 año 2017, Letra:TCP-VL
Ushuaia, 12 de Junio de 2017.

SR. SECRETARIO LEGAL

DR. SEBASTIÁN OSADO VIRUEL.

OBJETO.

Llegan para mi intervención las actuaciones de la referencia, caratuladas: *"Presentación de la empresa CONDOR S.A. s/ Licitación Pública Resolución DPOSS N° 488/2017"*, a fin de dar tratamiento a la Nota N° 8509/17 por la que el Presidente de la firma CONDOR S.A., señor Gonzalo YANZI, ataca la la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017, mediante la cual se pre-adjudicó la obra: *"Nueva Planta de tratamiento de efluentes cloacales ARROYO GRANDE"* a la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A.

ANTECEDENTES Y ANÁLISIS.

Sobre el particular aduce el presentante que dicho acto administrativo adolece de importantes falencias técnico/jurídicas, y realiza al respecto una comparación de ofertas, entre la firma pre-adjudicada y la de su propiedad, indicando -sucintamente- que su oferta era la más conveniente para la Administración, al ser más económica.

Asimismo informa que interpuso recurso de reconsideración contra la mentada Resolución, con alzada en subsidio, el que se encuentra en trámite por ante la D.P.O.S.S.

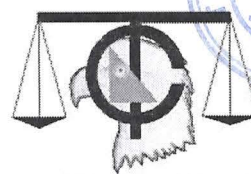
Al respecto entiende que la oferta pre-adjudicada no es la más conveniente y solicita la intervención de este Organismo para evitar un supuesto perjuicio.

Sobre el particular, cabe indicar que este Tribunal de Cuentas ya tomó intervención, en el marco del control preventivo, respecto de la Licitación Pública relativa a la obra en cuestión, formulándose observaciones al acto de pre-adjudicación.

En este sentido se emitió el Acta de Constatación N° 133/2017 – A.O.P., por la que se observó -entre otras cosas- que no se verificaban de la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017 los motivos por los que se adoptó la decisión de pre-adjudicar la obra a la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A., señalándose al respecto que la decisión de pre-adjudicar a favor de una oferta con un precio mayor, obligaba a la Administración a extremar los recaudos inherentes a la motivación del acto de adjudicación, de modo tal que se encuentren debidamente justificadas las razones que determinaran la conveniencia de elegir una oferta que no sea la de menor precio (cfr. DRUETTA, T.R. GUGLIEMINETTO, A.P., 2008, Lay 13.064 de Obras Públicas – Comentada y anotada, ABELEDO PERROT).



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



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



"2017- Año de las Energías Renovables"

Al realizar su descargo, el Presidente de la D.P.O.S.S. acompañó la Nota N° 901/17 por la que expuso los motivos en función de los cuales ratificó la decisión adoptada, detallando los fundamentos de su decisión.

A partir de los nuevos elementos agregados y la documentación incorporada, se entendió que la decisión se encontraba debidamente motivada y justificada, en función de ello se levantó la observación.

Asimismo se advirtió que, al ser una decisión de carácter discrecional, la competencia de este Organismo de Contralor se limitaba a verificar que la decisión estuviese suficientemente motivada, y que dicha motivación surgiera del acto de adjudicación.

Sin embargo, se aclaró -expresamente- que excedía la competencia de este Tribunal de Cuentas determinar cuál era la oferta más conveniente, siendo ello del resorte exclusivo del Presidente de la D.P.O.S.S.

De lo indicado se desprende -por un lado- que este Organismo ya efectuó un control de las actuaciones de referencia, entendiéndose al respecto que la decisión de pre-adjudicar se encontraba suficientemente fundada y motivada y, por otro, que excedía la competencia de este Organismo determinar cuál era la oferta más conveniente.

Al respecto huelga aclarar que se comparte el análisis efectuado en el marco del control preventivo, en el sentido de que se encuentra suficientemente

motivada la decisión de la D.P.O.S.S. en orden a justificar la decisión de pre-adjudicar a la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A.

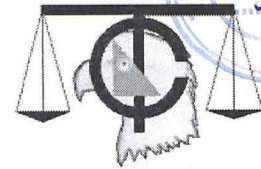
Sin perjuicio de lo señalado, corresponde indicar que encontrándose en trámite un recurso de reconsideración con alzada en subsidio, este Organismo no puede expedirse, toda vez que el reclamo respectivo debe seguir su trámite en el marco de lo dispuesto en la Ley provincial N° 141, resultando por ello competentes para resolver el fondo del asunto, el Presidente de la D.P.O.S.S. y, en su caso, la señora Gobernadora, en el marco del tratamiento de los recursos de reconsideración y alzada en subsidio.

En este sentido, respecto de la impugnación en el marco de un proceso licitatorio COMADIRA tiene dicho que la locución *“oferta más conveniente”* no contiene un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que no alberga, en su ámbito, una única solución justa, porque cuando la Administración decide elegir, de entre las propuestas presentadas, la más conveniente, no realiza un proceso intelectual o de conocimiento, sino antes bien, una actividad estrictamente volitiva en virtud de la cual escoge, esto es, valora a a la luz de parámetros extrajurídicos, que dependerán, en cada caso de la materia de que se trate (cfr. COMADIRA Julio R., *“La Licitación Pública. Nociones. Principio. Cuestiones”*, segunda edición actualizada y ampliada, ABELEDO PERROT”, págs.179/180).

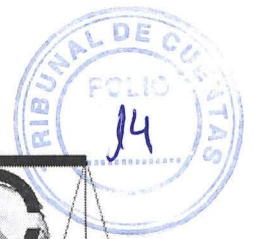
Ahonda el autor sobre el tema señalando: *“...la elección se deberá adecuar en el marco de los principios generales del derecho, los cuales, al operar como límites jurídicos negativos de la discrecionalidad, no podrán, por ende, ser violados; empero, fuera de ese condicionamiento, el proceso,*



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



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



"2017- Año de las Energías Renovables"

valorativo es libre, y en él la autoridad administrativa despliega su potestad gestora del interés público" (lo resaltado no es del original, cfr. COMADIRA, op. cit., pág. 181).

En cuanto al procedimiento que debe seguir un oferente en caso de haber sido excluido ilegítimamente, el autor en comentario indica que, en caso de haberse transgredido los límites indicados, los oferentes vencidos podrían impugnar el acto administrativa y judicialmente, en tanto titulares de un derecho subjetivo a la regularidad del procedimiento de selección, pero escaparía al contenido de su pretensión el requerimiento jurisdiccional de la adjudicación. De ser aceptada esta última alternativa, guardaría contradicción con el principio de separación de poderes, porque importaría reconocer al juez el ejercicio de funciones administrativas ajenas a su cometido judicial en la especie, el cual no podría exceder, en nuestra opinión, la posibilidad anulatoria del acto ilegítimo (cfr. COMADIRA, op. cit., pág. 181).

Es decir que, en lo que respecta a la decisión de adjudicación, el oferente vencido podrá plantear una violación a los principios generales del Derecho, incluso en sede judicial, pero en modo alguno puede el juez -y mucho menos este Organismo de Control- resolver a quién corresponde adjudicar la obra, ya que se estaría vulnerando la competencia de otro Organismo, en el caso la D.P.O.S.S.

Asimismo se ha indicado que, si bien el oferente vencido puede ejercer su pretensión en contra de una adjudicación que entiende ilegítima, ello no implica, sin embargo, la posibilidad de que aquél pretenda el contrato y ésta se lo deba adjudicar, pues **la Administración siempre retiene la alternativa de**
"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

elegir en forma razonablemente discrecional al contratista, o en su caso no contratar. El qué del derecho del oferente no incluye la contratación. (cfr. COMADIRA, op. cit., págs. 182/183).

En cuanto a los medios de impugnación del acto de adjudicación el autor en comentario señaló que el mismo es cuestionable en sede administrativa mediante el sistema recursivo reglado en el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y en sede judicial, luego de agotada la vía administrativa (cfr. COMADIRA, op. cit., pág. 185).

En este mismo sentido, a nivel provincial, el acto de pre-adjudicación debe impugnarse por las vías procesales previstas en la Ley provincial N° 141, a través del recurso de reconsideración y la alzada en subsidio, y asimismo, una vez agotada la vía administrativa, podrá irse por la vía judicial.

Sin embargo, no puede pretender el oferente vencido que se le adjudique la obra en cuestión, el límite de su pretensión es la nulidad del acto administrativo, y en su caso del contrato, pero no tiene derecho a que se le adjudique la obra. Esta adjudicación no puede ser resuelta ni siquiera por un juez.

En ese mismo orden de ideas, tampoco es competente este Organismo de Control Externo para analizar y valorar las ofertas, ya que ello es una decisión discrecional, que -como quedó aclarado más arriba, depende más de una decisión volitiva que considera parámetros extrajurídicos, que dependen en cada caso de la materia que se trate y no tiene una sola decisión correcta.



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



"2017- Año de las Energías Renovables"

De lo expuesto surge claramente que escapa a la competencia de este Organismo expedirse sobre la impugnación a la Resolución D.P.O.S.S. N° 488/2017, ya que ello corresponde a la competencia de la D.P.O.S.S. y la señora Gobernadora, en el marco del procedimiento administrado previsto en la Ley provincial N° 141. Analizar la cuestión en esta instancia implicaría un avasallamiento de la competencia de otras esferas del Estado provincial.

CONCLUSIÓN.

En función de lo expuesto, soy de la opinión que no corresponde dar tratamiento a la presentación efectuada por el Presidente de la firma CONDOR S.A., al exceder ello el marco de competencia de este Organismo.

Elevo el presente a su consideración.



Dra. María Julia DE LA FUENTE
Asesora Letrada
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Señor Vocal Abogado
Dr. Miguel Benítez

Requiere el criterio vertido
por lo Dr. Moric Julio de la Fuente y giro
las actuaciones por continuidad del trámite.


Dr. Sebastián OSADO VIRUEL
Secretario Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia
16 JUN 2017