



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Ushuaia, 21 de mayo de 2021

VISTO: El expediente del registro de la Dirección Provincial de Puertos N.º 98/20 Letra: DPP, caratulado: *"S/ AMPLIACIÓN DE MUELLE COMERCIAL DE PUERTO USHUAIA"* y,

CONSIDERANDO:

Que el Expediente del Visto, fue intervenido por este Tribunal de Cuentas en el marco de lo establecido en el artículo 166, inciso 2º de la Constitución Provincial y en el artículo 2º inciso a) de la Ley Provincial N° 50, sustituido por el artículo 1º de la Ley Provincial N° 871.

Que en una primera instancia se emitió el Informe Técnico N° 21/2021 Letra: TCP-SC-AT suscripto por el Arq. Rodolfo R. ROJAS, obrante a fs. 3157/3159, efectuando las siguientes recomendaciones al Área Contable GEOP: *"(...) Se recomienda formular Observación al incumplimiento de los artículos citados, y Requerimiento de dar participación a la Comisión de Estudio de Ofertas para que realice el pedido de aclaración y/o justificación a las Ofertas 2 y 3, de los puntos que consideró que no cumplen lo requerido en pliegos, apra luego analizar nuevamente las actuaciones y emitir opinión con la mayor cantidad de información posible (...)"*.

Que a su turno, el Grupo Especial de Obras Públicas emitió el Informe Contable N° 40/2021 Letra: TCP-AOP, obrante a fs. 3160/3164 suscripto por el Auditor Fiscal C.P. Mauricio M. IRIGOITÍA, solicitando -previo a la emisión de la correspondiente Acta de Constatación- la intervención de la Secretaría Legal, respecto de los puntos indicados en el apartado IV-Consultas a

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

la Secretaría Legal, siendo las actuaciones remitidas mediante la Nota Interna N° 357/2021 Letra: TCP-S.C., obrante a fs. 3165.

Que seguidamente, se emitió el Informe Legal N° 45/2021 Letra: TCP-C.A., obrante a fs. 3166/3179 suscripto por el Dr. Luis M. GRASSO, cuyos términos fueron compartidos por el Secretario Legal a cargo, a través de la Nota Interna N° 414/2021 Letra: TCP-S.L., obrante a fs. 3180.

Que a fs. 3181 obra constancia de que esta Secretaría efectuó el pertinente *“Tratamiento de Consulta Legales”*, conforme a lo establecido en el Manual de Procesos de la Secretaría Contable.

Que remitidas las actuaciones al Auditor Fiscal a cargo del Grupo Especial de Obras Públicas, C.P. Mauricio M. IRIGOITÍA, se labró el Acta de Constatación TCP N° 12/2021 Letra: A.O.P. (Control Preventivo - D.P.P.) del 16/03/2021 obrante a fojas 3182/3185, conteniendo la siguiente observación: *“1. En virtud de los argumentos esgrimidos en el Informe Legal N° 45/2021, Letra: T.C.P.-C.A., se deberá dejar sin efecto la Resolución DPP N.º 133/2021, mediante la cual se adjudica la obra de referencia al Oferente N° 1 UNION TRANSITORIA conformada por PANEDILE ARGENTINA S.A.- CONCRET-NOR S.A. - NAKON SUR S.A. y se declara inadmisibles las ofertas presentadas por las firmas N° 2 UNIÓN TRANSITORIA conformada DYOPSA S.A.- COCCARO HERMANOS S.A. y N° 3 UNIÓN TRANSITORIA conformada por GADA S.A.-ECAS S.A.-DOS ARROYOS S.A. En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo señalado en el ante último párrafo de la Conclusión del Informe Legal N° 45/2021, Letra: T.C.P.-C.A., se solicita instruir a las áreas técnicas a revisar las presentaciones de fojas 3100/3116 y 3117/3127”*.

Que posteriormente, la Dirección Provincial de Puertos mediante Resolución D.P.P. N.º 184/2021 obrante a fs. 3186/3187, dejó sin efecto la



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



"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Resolución D.P.P. N° 133/2021 y remitió los actuados a la Comisión Evaluadora de Ofertas para su intervención respecto de la observación formulada por este Tribunal de Cuentas.

Que más adelante, la Dirección Provincial de Puertos resolvió por medio de la Resolución D.P.P. N° 221/2021, obrante a fs. 3197/3203, aprobar el procedimiento de selección de la Licitación Pública N° 1/2020 -conf. artículo 1°- y adjudicarla a la firma de la Oferta N° 1) Unión Transitoria conformada por PANEDILE ARGENTINA S.A. - CONCRET-NOR S.A. - NAKON SUR S.A., -artículo 2°-; declarando inadmisibles las ofertas presentadas por las firmas N° 2) y N° 3) por no ajustarse a las bases de la contratación -artículo 3°-.

Que remitido nuevamente el Expediente a este Tribunal de Cuentas, tomó intervención el Área Técnica, emitiendo en consecuencia, el Informe Técnico N° 87/2021 Letra: TCP-SC-AT suscripto por el Arq. Rodolfo R. ROJAS, obrante a fs. 3205/3209, quien recomendó formular consulta legal respecto de: *"a) Si existe contradicción en el PByCP por la inclusión del Art. 18.5.3.b) en un sistema de presentación y apertura de ofertas de 'Sobre Único'. También su posible colisión con los Art. 19.2 y 19.3 del mismo documento normativo. b) Si los elementos técnicos observados por la Comisión pueden ser incluidos entre los causales de consideración de 'Oferta Inadmisibles' detallado en el Art. 18.5.3.b)"* así como mantener la observación, por no haberse dado cumplimiento a lo indicado en el Informe Técnico N° 21/2021.

Que entonces, a través del Informe Contable N° 130/2021 Letra: TCP-AOP, obrante a fs. 3210/3215, suscripto por la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA, se solicitó la intervención de la Secretaría Legal, siendo remitidas las actuaciones mediante la Nota Interna N° 728/2021 Letra: TCP-S.C., obrante a fs. 3216.

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

Que en virtud de lo anterior, se emitió el Informe Legal N° 82/2021 Letra: TCP-S.L., obrante a fs. 3217/3222 y suscripto por el Sr. Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO.

Que a fs. 3223 obra constancia de que esta Secretaría Contable efectuó el pertinente “*Tratamiento de Consulta Legales*”, conforme a lo establecido en el Manual de Procesos de la Secretaría Contable.

Que una vez respondida la consulta legal, el Auditor Fiscal C.P. Mauricio M. IRIGOITÍA labró el Acta de Constatación TCP N° 22/2021 Letra: A.O.P. (Control Preventivo - D.P.P.) del 23/04/2021 obrante a fojas 3224/3225, formulando la siguiente observación sustancial: “*Se observa la Resolución D.P.P. N.º 0221/2021 de fecha 13/04/2021 por cuanto la Comisión de Estudios de Ofertas no ha requerido a las empresas ofertantes las aclaraciones y/o justificaciones que correspondan y así pueda emitir una opinión con la mayor cantidad de información posible, incumpliendo lo establecido en los artículos 19.2 y 19.3 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Todo ello, en consonancia con lo expuesto en las intervenciones efectuadas por las diferentes áreas – Informe Técnico N.º 21/2021 – Letra: TCP – SC – AT, Informe Contable N.º 40/2021 Letra: T.C.P. - A.O.P., Informe Legal N.º 45/2021 Letra: T.C.P. - C.A. y Acta de Constatación TCP N.º 12/2021 A.O.P. Informe Técnico N.º 87/2021 – Letra: TCP – SC – AT, Informe Contable N.º 130/2021 Letra: T.C.P. - A.O.P. e Informe Legal N.º 82/2021 Letra: T.C.P. - S.L. - de este Órgano de Control Externo*”.

Que mediante la Nota N° 388/2021 Letra: D.P.P. obrante a fs. 3242 el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, Sr. Roberto M. MURCIA, remitió nuevamente las actuaciones a esta Secretaría Contable, adjuntando la



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



"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Nota N° 387/2021 Letra: D.P.P. de fs. 3228/3232 y la Resolución D.P.P. N° 320/2021, obrante a fs. 3233/3241.

Que por la resolución aludida en último término, se resolvió dejar sin efecto la Resolución D.P.P. N° 221/2021 -artículo 1°-; declarar inadmisibles las ofertas presentadas por la firma N° 3) por no ajustarse a las bases de la contratación -artículo 3°-; declarar admisibles las presentaciones de los oferentes N° 1 y N° 2 -Artículo 4°-; y adjudicar la licitación a la firma de la Oferta N° 1), por resultar la más conveniente para la ejecución de la obra de Ampliación del Muelle Comercial del Puerto de Ushuaia -artículo 5°-.

Que en ese marco y por Nota Interna N° 957/21 Letra: TCP-S.C. obrante a fs. 3243, esta Secretaría Contable remitió las actuaciones a la Secretaría Legal, con el fin de que analice la nueva documentación aportada por el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos y emita las consideraciones que estime corresponder.

Que así las cosas, la Secretaría Legal emitió el Informe Legal N° 115/2021 Letra: T.C.P.-C.A., obrante a fs. 3246/3264 suscripto por el Dr. Luis M. GRASSO, cuyos términos rezan: "(...) **II.1. Criterios de adjudicación. El menor precio. La oferta más conveniente.**

Sobre el criterio de adjudicación en el procedimiento de selección para la ampliación del muelle no hay duda alguna: conforme surge del artículo 29 del Pliego de Condiciones Generales, se aplica lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley provincial N.º 1015 y en el artículo 18 de la Ley nacional N.º 13.064. El criterio de adjudicación es la oferta más conveniente.

Puede verificarse que el artículo 29 del Pliego de Condiciones Generales establece que: 'La evaluación de las propuestas estará a cargo de la Comisión de Preadjudicación que la D.P.P. designará a tal efecto, cuya tarea

consiste en evaluar las propuestas y sus proponentes, estableciendo orden de prelación de las propuestas admisibles y aconsejando al Comitente sobre la adjudicación de la oferta más conveniente’.

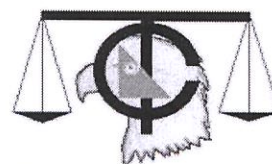
Por su parte, el artículo 18 de la Ley nacional N.º 13.064 prevé: ‘La circunstancia de no haberse presentado más de una propuesta no impide la adjudicación. Esta caerá siempre sobre la más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación’.

Con mayor claridad y precisión, 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’.

También hay que decir que es claro (y no requiere mayor análisis) que la obra en cuestión no es un servicio estandarizado o de uso común en los que se entiende que la oferta más conveniente es, en principio, la de menor precio. Baste con recordar la fracasada contratación de la empresa ‘CONSTRUCTORA PERFOMAR S.A.’ que tramitó en la Licitación Pública N.º 07/2016 de la D.P.P., ‘S/ AMPLIACIÓN DEL MUELLE COMERCIAL DEL PUERTO DE USHUAIA’, que, amén de la rescisión contractual, derivó en una contratación millonaria para el dragado de urgencia, en la locación de



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

asistentes de inspección de obra y en el pago de remoción de materiales de una obra que, en definitiva, no se realizó.

En ocasión similar, sobre la que ya se ha llamado al atención en estas actuaciones, se sentenció que: 'La Administración no está obligada a adjudicar la obra a quien ofrece hacer la por el precio más bajo. Es indudable que el precio más bajo determina un factor importante respecto de la conveniencia; pero no es el único a considerarse. La solvencia moral y material del contratista, la competencia técnica, trayectoria recorrida en la ejecución de obras públicas y privadas, mejor calidad de materiales dentro de los exigidos por los pliegos de especificaciones, etc., son factores que pueden inclinar la balanza en favor de una oferta que puede no ser la más barata'. (Superior Tribunal de Justicia, causa: 'Medio Ambiente S.A. c/ Municipalidad de Río Grande s/ contencioso administrativo', Expediente N° 2209/2009, sentencia del 14 de agosto de 2019, voto del Dr. Sagastume).

También 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. Sin embargo, es necesario que el comitente exprese, siempre y fundadamente, cuáles han sido las circunstancias que lo llevaron a apartarse del precio más bajo. 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

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

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 - Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

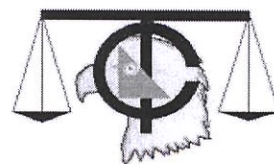
Ahora bien, nada de lo dicho hasta aquí significa que el monto de las ofertas no sea importante en todos los procedimientos de selección, sino sólo que es uno de los elementos para identificar cuál es la oferta más ventajosa.

Si bien es posible apartarse del criterio de adjudicación al menor precio cuando se trate de contrataciones que no son de bienes estandarizados, ello no quita que 'el menor precio debe seguir siendo prioritario dentro de la pirámide jerarquizada de los diferentes aspectos a valorar. En caso de apartamiento de este principio general, su justificación y motivación deben ser contundentes en orden a establecer en el caso concreto otro orden de prioridades' (SESIN, Domingo, 'La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos', <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view11544>).

Debe subrayarse que el Tribunal de Cuentas ha considerado que si bien es posible no adjudicar la propuesta de menor valor: '(...) 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



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

razones que determinaran la conveniencia de elegir una oferta que no sea la de menor precio (...)

En sentido concordante, se ha indicado que: ‘... la determinación de la oferta más conveniente debe requerir: a) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; b) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados a la bondad utilidad o eficacia de la prestación; c) la demostración de que la ventaja que representa la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; d) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos; e) otras variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos’ (...)

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’. (Resolución Plenaria N.º 154/2017, del 22 de junio de 2017, con cita doctrinaria).

Por último, si bien no tienen el mismo carácter que en el orden nacional, resulta adecuado considerar los precedentes administrativos de la Oficina Nacional de Contrataciones y de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Sobre este tópico la Oficina Nacional de Contrataciones ha dicho que:

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

‘II) Por ‘oferta más conveniente’ se entiende a aquella que se ajusta a las previsiones del pliego de bases y condiciones particulares, y que basándose en criterios económicos, de calidad, de idoneidad del proveedor, entre otros, logra satisfacer la necesidad del organismo co-contratante.

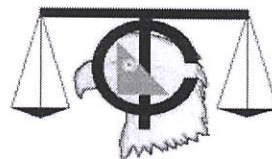
III) El principio de economía no solo se asegura seleccionando a la propuesta de menor costo, ya que el precio es solo uno de los tantos criterios que un organismo puede tener en cuenta a la hora de seleccionar una oferta. Cuando la Administración selecciona una oferta, no se encuentra constreñida exclusivamente 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 (...)

V) La determinación de la oferta más conveniente es una prerrogativa propia del órgano competente para decidir, el que en cada caso gozará de un margen de apreciación discrecional, sin perjuicio de las siguientes limitantes: I) La selección de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares y demás normas complementarias que rigen la contratación, conforme con el principio de juridicidad; II) La exigencia de que la elección se encuentre razonablemente fundada y motivada, debiendo explicitarse las razones y el criterio objetivo que permitió seleccionar una determinada propuesta como ‘la más conveniente’ para satisfacer el fin público comprometido en cada caso’. (Dictamen ONC N.º 221/2015, del 6 de agosto de 2015).

Acerca del mismo tema, la Procuración del Tesoro, en situaciones similares a la que aquí se estudia, dictaminó:



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

‘En lo relativo al concepto de oferta más conveniente, la Administración, al valorar las ofertas, debe tener en consideración además del menor precio, las ventajas o conveniencias de cada propuesta, ya que, en algunas licitaciones pueden jugar otros factores ajenos al costo, que hagan aconsejable la adjudicación de una de mayor precio pero que reúne otras condiciones que la transforma en más conveniente’ (Dictámenes: 104:56; 119:184; 147:267:189:48 bis); y que ‘La apreciación de la oferta más conveniente, es una facultad que si bien es discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos’ (Dictámenes 114:124).

En este marco, como una conclusión parcial de las distintas fuentes de Derecho, se puede afirmar que:

1º) La contratación de la obra de ampliación del puerto de Ushuaia no se trata de un bien estandarizado de uso frecuente;

2º) La Dirección Provincial de Puertos no está obligada a adjudicar la obra a quien ofrece a realizarla por el menor precio;

3º) El criterio de adjudicación, la oferta más conveniente, es una cuestión de mérito de la que es responsable el funcionario que adjudica;

4º) El comitente puede no adjudicar a la oferta de menor valor, pero debe justificar adecuadamente su decisión evaluando, al mismo tiempo, el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y las condiciones de la postulación. Aún en estos casos, el menor precio ocupa un lugar prioritario dentro de los diferentes aspectos a valorar.

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

5º) Aunque la valoración de la oferta más conveniente puede ser discrecional (sólo en determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites) siempre debe ser razonable.

De ahí que deba evaluarse si de los argumentos esgrimidos por la Presidencia de la Dirección Provincial de Puertos al motivar el acto administrativo de adjudicación pasan por el test de interdicción de la arbitrariedad previsto, entre otros, en los artículos 28, 33 y 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 50 de la Constitución Provincial.

En concreto, queda por verse si la decisión de adjudicar a la UT PANEDILE ARGENTINA S.A. - CONCRET-NOR S.A. - NAKON SUR S.A. pasa el filtro del principio de razonabilidad. Cuestión que será tratada en el siguiente apartado.

II.2. Control de razonabilidad de la decisión administrativa tomada en ejercicio de facultades discrecionales.

Tal y como se analizó en el capítulo anterior, la elección de la oferta más conveniente está comprendida dentro de las facultades discrecionales del órgano contratante.

Por supuesto que el ejercicio de tales facultades, dentro de las contrataciones del sector público de la Provincia de Tierra del Fuego, requiere de cierto cuidado y del ejercicio de la técnica jurídica adecuada.

El primer elemento que debe ser delimitado es que la actividad discrecional del órgano decisor no lo habilita a cualquier conducta sino que puede elegir entre 'distintos cursos de acción o inacción igualmente válidos'



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

(TAWIL, Guido, 'Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa', Depalma, Bs.As., 1993, T. I, pág. 373).

En sentido similar, se ha dicho que 'en el caso de las facultades discrecionales, el Derecho deja a la Administración un marco dentro del cual puede optar entre distintas alternativas, todas ellas igualmente válidas frente al ordenamiento jurídico. La selección entonces es neutra, desde el punto de vista jurídico, aunque, obviamente puede no serlo desde el punto de vista de otras disciplinas' (MAIRAL, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, Depalma, Bs. As., 1984, T. II, pág. 652).

Incluso, con mayor precisión, lo mejor de la doctrina nacional definió a la discrecionalidad administrativa como: 'una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su ordenación práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el Derecho' (SESIN, Domingo, 'El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad discrecional, política y técnica', <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulosartcontenidotutelajudicialalefectiva>).

A partir de estas definiciones encontramos ciertos elementos comunes: a) la elección entre alternativas; b) establecidas dentro de un marco jurídico; c) que obligan a realizar un juicio de conveniencia; y d) cuyo resultado debe ser razonable y suficientemente fundado.

Así puede entenderse, sin mayor esfuerzo, que el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos está obligado a adjudicar la obra a la oferta que considere más conveniente entre las que cumplen con las condiciones del pliego.

En este sentido, el órgano administrativo cuenta un plexo jurídico que le atribuye la competencia y le otorga facultades discrecionales para decidir cuál de las ofertas es la más conveniente para concretar la extensión del muelle comercial (conformado por las Leyes provinciales N.º 69, N.º 141 y N.º 1015, la Ley nacional N.º 13.064 y el Pliego de Bases y Condiciones).

Para ello puede utilizar diferentes criterios, por ejemplo: a) el grado de eficacia que hayan demostrado las empresas para conseguir el fin buscado en obras similares; b) desde una perspectiva comercial del puerto que dirige, la mayor o menor rapidez para terminar la obra; c) desde el punto de vista operativo, la mayor o menor afectación de los derechos e intereses de las empresas que operan en el Puerto; d) desde un enfoque probabilístico y considerando rescisiones contractuales anteriores, la mayor o menor seguridad con que la constructora elegida concretará la extensión del muelle.

Así aparece otra dificultad en la determinación de la oferta más conveniente: que las dos alternativas con las que cuenta el órgano contratante no responden del mismo modo a los criterios señalados en el párrafo anterior.

Ahora bien, en caso de dudas o controversias en las contrataciones públicas provinciales se considera que, tal y como decidió el constituyente en el artículo 74 y el Legislador lo definió en el artículo 3º de la Ley provincial N.º 1015, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, concurrencia e



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

igualdad, transparencia, economía, eficiencia y eficacia, juntamente con las demás normas que regulan el procedimiento de selección del contratista, funcionan como garantía y criterio de interpretación.

Con acierto la parte final de este último artículo ordena que: ‘Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden. Estos principios servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta ley; como parámetros para actuación de los funcionarios y las dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente ley y demás normas reglamentarias.’

Como lo ha destacado María Angélica GELLI en su artículo ‘El caso Smith (o la razonabilidad cuestionada)’ (LA LEY 2002-B, 790), y a estudiado en profundidad Juan CIANCIARDO en ‘Los fundamentos de la exigencia de razobabilidad’ (LA LEY, 2009-B, 1249) existen varios criterios y subprincipios para controlar la razonabilidad de los actos estatales.

A partir de su aplicación se puede apreciar como se manifiestan y enlazan los principios instituidos en el Régimen General de Contrataciones del Sector Público Provincial con la motivación, la finalidad y el objeto de los actos administrativos en los que se aplican facultades discrecionales.

El subprincipio de idoneidad es el primero de los estándares de razonabilidad que debe cumplir de la decisión discrecional tomada. Implica un nivel mínimo y consiste en realizar un análisis de relación entre los fines que se procuran conseguir con el dictado del acto y los medios que utiliza para

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

alcanzarlos; se limita a reconocer si existe adecuación entre medios y fines, si los oferentes son idóneos para llegar a la solución buscada.

En este sentido, los pliegos de bases y condiciones -tanto generales como particulares- y los antecedentes y documentación que constan en la presentación de las ofertas acreditan que: El fin buscado es legítimo, que el procedimiento realizado cumple con las previsiones constitucionales y legales, que el órgano decisor tiene competencia para ello, que el proyecto es adecuado para la extensión del muelle comercial y que los conjuntos empresarios que presentaron las ofertas 1º) y 2º) podrían, en principio, construirlo.

Respecto de este filtro de razonabilidad, se podría considerar que ambas postulaciones serían idóneas para lograr el fin buscado.

El segundo de los tests de razonabilidad que deben pasar las decisiones discrecionales es el sub-principio de necesidad. Como este examen consiste, esencialmente, en el análisis comparativo de la eficacia de las empresas oferentes, deberá responderse a la pregunta ¿cuál de estas dos ofertas idóneas para construir el muelle da más garantías de ser eficaz?

En este sentido puede verificarse que el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, Roberto Marcial MURCIA, a partir de la recomendación la evaluación de la Comisión de Preadjudicación y de las presentaciones de la UT DYOPSA y CÓCCARO HNOS (tanto en la oferta en sí como en la presentación de fojas 3100/3117), evaluó que:

1. El Oferente N.º 2 tuvo dos ocasiones para presentar la documentación completa: en el momento previo a la apertura de sobres y en su aclaración de fojas 3100/3117: Sin embargo en ninguna de la oportunidades lo



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

hizo y forzó a la D.P.P. a elegir entre una oferta con tales carencias y otra, que resultó ser clara, prolija y completa (la del Oferente N.º 1 de PANEDILE ARGENTINA S.A. - CONCRET-NOR S.A. - NAKON SUR S.A).

2. La desprolijidad en la postulación de DYOPSA – CÓCCARO HNOS le impide comparar cómo llegan los oferentes al precio final, a pesar de que un exhaustivo análisis de precios estaba previsto en el pliego (incluso, le faltaron cotizar insumos esenciales);

3. A raíz de ello y considerando que ese análisis de precios es fundamental para el cálculo de las redeterminaciones de precios, entiende que no contar con ellos permite prever que existirían futuros conflictos, retrasos y paralizaciones. Estas situaciones no serían otra cosa que falta de eficacia o, cuanto menos, la dilación de la entrega de la obra.

Todo ello mostraría que el Órgano Comitente realizó el juicio de eficacia entre las ofertas. El resultado de su comparación fue que a partir de elementos objetivos (documentos incompletos o poco claros cuyo requisito de presentación, entre otras consecuencias, redundaba en beneficio del propio oferente) le permite prever la falta de eficacia de las empresas que presentaron la Oferta N.º 2, y consideró que puede preverse mayor eficacia en el oferente que hizo la presentación con mayor precisión.

Por último, el tercer criterio de razonabilidad que debe cumplir el acto de adjudicación es el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este recaudo consiste en evaluar que exista desproporción entre el precio y el fin público perseguido.

Para cumplir con este requisito, la máxima autoridad del Puerto debía realizar la comparación entre los costos y beneficios de cada una de las alternativas. Y en este sentido, la Dirección Provincial de Puertos aclaró que si bien en el precio final entre las ofertas habría una diferencia del 5,5%, la presentación del Oferente N.º 2 impedía comparar como se llegaba al precio final.

Además, en su fundamentación a fojas 3231 afirmó que ‘resulta que la presentación de PANEDILE ARGENTINA S.A. - CONCRET-NOR S.A. - NAKON SUR S.A. es la que cuenta con mayor experiencia en la ejecución de obras similares portuarias, todo lo cual se encuentra acreditado en las presentes actuaciones en las fojas 780/785, 1056/1059’.

En especial, señaló que la Comisión Evaluadora le había informado que la presentación de la UT DYOPSA – CÓCCARO HNOS no había cotizado algunos insumos que incidirían en el precio final. Puntualmente, a fojas 3089, respecto de las planillas de análisis de precios de la Oferta N.º 2 señaló:

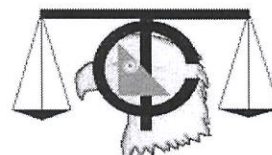
‘Ítem 01 – ESTUDIO DE CAMPO: no presenta desglose de equipos ni personal a afectar en la tarea, asimismo las cuantías de los materiales figuran como 0 (cero).

Ítem 02 – PROYECTO EJECUTIVO E INGENIERÍA DE DETALLE:
Las cuantías de materiales figuran como 0 (cero).

Ítem 03 – OBRADOR: No se desglosan los Materiales del Obrador los cuales tienen un monto total de \$10.000.000 (diez millones con 0/100 de pesos).



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Ítem 05.01 – PROVISIÓN Y COLOCACIÓN DE CAMISAS: No consideran entre los equipos la guía para los pilotos.

Ítem 05.02 – PERFORACIÓN Y HORMIGONADO DE LOS PILOTES – INCLUYENDO ARMADURA: No considera la totalidad de los materiales componentes del hormigón, sólo aparece cemento puzolánico.

Ítem 06.01.01 – CÁSCARAS DE CABEZALES: No considera la totalidad de los materiales componentes del hormigón, sólo aparece cemento puzolánico.

Ítem 06.01.02 – VIGAS LONGITUDINALES: No considera la totalidad de los materiales componentes del hormigón, sólo aparece cemento puzolánico.

Ítem 06.01.03 – LOSETAS: No considera ningún material componente del hormigón.

Ítem 06.01.04 – CÁSCARAS DOLFIN: No considera la totalidad de los materiales componentes del hormigón, sólo aparece cemento puzolánico.

Ítem 06.02.01 – CABEZAL DE PILOTE IN SITU: No considera ningún material componente del hormigón.

Ítem 06.02.02 – LOSA DE TABLERO IN SITU: No considera ningún material componente del hormigón.

Ítem 06.02.03 – CABEZAL DOLFIN: No considera ningún material componente del hormigón.

Ítem 7 – CARPETA DE RODAMIENTO DE Hº: Se considera acero ADN 420 cuantía 0.05 tn/m³, sin embargo este ítem es hormigón simple.

Ítem 12 – DEMOLICIÓN DE TORRE DE AMARRE: EL desglose del mismo no permite conocer los equipos a utilizar, asimismo la cuantía de materiales figura como 0 (cero)’.

De este modo, habiendo realizado también el juicio de proporcionalidad, concluyó:

‘También he de fundar mi decisión según lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, que ha explicitado: ‘(...) la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas sean comparables entre sí y, en este sentido, las bases de la selección juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados’ (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Acuerdo 617/2000 ‘Consur vs. Municipalidad de Neuquén s/APA’; BARRESE, María y BACCI María, ‘Contratos Administrativos, reseña de jurisprudencia del Tribunal Superior de Neuquén’ RDA, N.º 33/35, enero-diciembre 2000, Depalma (hoy LexisNexis), p. 515).

Concordante con el fallo anterior, también la UTE por la que me inclino para adjudicar efectuó la oferta con mayor claridad, precisión y menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados en comparación con el conjunto empresario integrado por DYOPSA y CÓCCARO HNOS, tal y como se remarcó anteriormente’.

Entonces, como conclusión parcial de este capítulo, anticipo que se podría considerar que, dado este marco y en estas especiales circunstancias, el



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

ejercicio de las facultades discrecionales para identificar cuál es la oferta más conveniente para la ampliación del muelle del Puerto de Ushuaia pasaría el test constitucional de razonabilidad".

Que por último y en función del análisis efectuado, se concluyó que:
"Dadas las particulares circunstancias reflejadas en estas actuaciones, la buena técnica jurídica obliga a subrayar que:

1º) La contratación de la obra de ampliación del puerto de Ushuaia no se trata de un bien estandarizado de uso frecuente;

2º) La Dirección Provincial de Puertos no está obligada a adjudicar la obra a quien ofrece a realizarla por el menor precio;

3º) El criterio de adjudicación, la oferta más conveniente, es una cuestión de mérito de la que es responsable el funcionario que adjudica;

4º) El comitente puede no adjudicar a la oferta de menor valor, pero debe justificar adecuadamente su decisión evaluando, al mismo tiempo, el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y las condiciones de la postulación. Aún en estos casos, el menor precio ocupa un lugar prioritario dentro de los diferentes aspectos a valorar.

5º) Aunque la valoración de la oferta más conveniente puede ser discrecional (sólo en determinadas circunstancias y dentro de ciertos límites) siempre debe ser razonable.

Dado este marco y en estas especiales circunstancias, el ejercicio de las facultades discrecionales para identificar cuál es la oferta más conveniente reflejado en la Nota D.P.P. N.º 387/2021 y expresados en la motivación de la

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

Resolución D.P.P. N.º 320/2021, del 13 de mayo de 2021, que adjudicaría la ampliación del muelle del Puerto de Ushuaia, cumplirían con requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del examen de razonabilidad.

En respuesta a la consulta, se sugiere a la Secretaría Contable, que en el marco de sus atribuciones levante la observación atento de la razonabilidad de la respuesta brindada y la motivación expuesta en el acto acompañado". (El subrayado es propio).

Que por Nota Interna N° 998/2021 Letra: T.C.P.-S.L., el Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, compartió los términos del informe legal citado, girando nuevamente los obrados a esta Secretaría Contable.

Que en esta instancia, tomando en consideración el exhaustivo análisis jurídico brindado por el Área Legal de este Organismo, que excede las incumbencias profesionales de quien suscribe, así como la conclusión arribada respecto de la correspondencia de levantar la observación sustancial N° 1 del Acta de Constatación TCP N° 22/2021 - AOP (Control Preventivo), se estima pertinente adoptar aquel temperamento, levantando por consiguiente dicha observación.

Que el suscripto, se encuentra facultado para el dictado de la presente, de conformidad con lo indicado en el artículo 1º de la Resolución Plenaria N° 323/2015 y en el artículo 15 inciso c) de la Resolución Plenaria N° 152/09.

Por ello:



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

"2021 - AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

EL SECRETARIO CONTABLE A/C DE LA SECRETARÍA CONTABLE

DISPONE:

ARTÍCULO 1º.- Levantar la observación plasmada en el Título III – OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, del Acta de Constatación TCP N.º 22/2021 – A.O.P. (Control Preventivo - D.P.P.), por los motivos expuestos en los Considerandos.

ARTÍCULO 2º.- Notificar en sede de este Organismo, al Auditor Fiscal, C.P. Mauricio M. IRIGOITÍA, a los efectos de la interposición en caso de corresponder, de la reconsideración prevista en el punto 4 inciso h) del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 1/01, modificada por su similar N.º 89/02. En caso contrario, hacerle saber que deberá notificar con remisión de las actuaciones al cuentadante, a los fines previstos en el punto 4 inciso f) de la Resolución Plenaria N.º 01/01, modificada por Resolución Plenaria N.º 89/02.

ARTICULO 3º.- Dar a conocer la presente a los Señores Vocales de este Tribunal de Cuentas.

ARTICULO 4º.- Comunicar a la Dirección de Informática para su publicación en la página web del Organismo y a la Secretaría del Plenario de Miembros para su publicación en el Boletín Oficial.

ARTICULO 5º.- Registrar. Comunicar. Cumplido, archivar.

DISPOSICIÓN SECRETARÍA CONTABLE T.C.P. N.º 06/2021

C.P. Rafael A. CHOREN
AUDITOR FISCAL
Tribunal de Cuentas de la Provincia

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

