

"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia".

Informe Legal N.º 265/2023

Letra: T.C.P. - C.A.

Ref.: Expte. N.º 63081/2023

Letra: MS-E

Ushuaia, de noviembre de 2023

AL SECRETARIO LEGAL

DR. PABLO E. GENNARO

Viene a este Cuerpo de Abogados el Expediente de la referencia, caratulado: **"ADQUISICIÓN DE DOS VEHÍCULOS DESTINADOS A LA SUBSECRETARÍA DE TRANSPORTE"**, a fin de tomar intervención en el marco del control preventivo.

I.- ANTECEDENTES:

En el expediente del corresponde se está tramitando un procedimiento de selección (licitación pública) que tuvo como primera intervención del Tribunal de Cuentas el Acta de Constatación TCP N.º 135/2023 –P.E. (CONTROL PREVENTIVO – PODER EJECUTIVO, del 17 de noviembre de 2023, incorporada a fojas 138/146, en la que se realizó una observación sustancial y cinco incumplimientos formales.

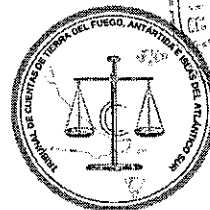
La observación sustancial fue del siguiente tenor: *"Se observa el apartamiento a lo dispuesto por el Decreto Provincial N° 674/11, Anexo I, Art. 26°, Inciso 3, punto b); ello atendiendo que a que, visto los requisitos del Pliego*

de Bases y Condiciones que se habían contemplado en la Licitación fracasada, no se han respetado en la actual Contratación Directa, derivada de aquella”.

El descargo que a tal señalamiento hizo la Administración fue analizado en el Informe Contable N° 472/2023 (CONTROL PREVENTIVO), Letra: TCP-PE, incorporado a fojas 158/165, en estos términos:

“Análisis y Conclusión: si bien se toma conocimiento de los descargos brinda-dos, esta instancia ratifica el apartamiento sustancial detectado al verificarse que no se respetaron todos los requisitos del pliego de bases y condiciones dispuestos para el Licitación Privada N.º 01/23 RAF 536 (expte. MS-E-1458-2023); ello atendiendo a que se han modificado diversas condiciones (tales ‘Forma de Pago’, ‘Plazo de Entrega’, ‘Lugar de Entrega’, ‘Garantía de Oferta’) establecidas en la presente contratación directa.

El Pliego de Bases y Condiciones emanado de la Licitación antecedente de la actual tramitación debió respetarse; ello atendiendo a que esta última, Contratación Directa, es un procedimiento de selección excepcional, y solo puede ser utilizado en casos expresamente determinados en la norma, como lo es en este caso por ‘desierto o fracaso’ del procedimiento de selección contemplado como regla general. Adicionalmente, puede apreciarse que si bien se habrían invitado a diversos proveedores (fojas 39 -primer llamado-, y fojas 55 -segundo llamado-) y las convocatorias se han difundido según lo requerido en las normas, en el expediente se verifica que una de las condiciones de la contratación que se ha modificado, la ‘Forma de Pago’, habría sido rectificada a requerimiento del proveedor al momento de presentar su 2º presupuesto – proveedor que resulta finalmente adjudicado-. Ello sin perder de vista, además, que esta cuestión ha sido expresamente ratificada por el área requirente (Director Provincial Administración de la Subsecretaría de Transporte del



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia".

Ministerio de Salud, conjuntamente con el Secretario de Recursos Físicos), quien a fojas 25 manifiesta que las condiciones de pago serán modificadas en virtud del nuevo presupuesto y las condiciones de pago y cotización 'solicitadas por el proveedor'; ello, además, es reiterado a fojas 148 por el Secretario antes mencionado, en razón de la observación planteada por esta Delegación.

Además, si bien resulta totalmente atendible y razonable que la situación actual del país provoca que los Sres. Proveedores requieran determinadas condiciones para contratar con el Estado Provincial, es el Ministerio de Salud quien habilita este procedimiento extraordinario de contratación; y por tanto debería adecuar-se a la normativa vigente al respecto.

Por último, en cuanto a lo indicado respecto a los plazos ('... atraso en los tiempos de tramitación') y los conceptos de 'oportunidad, mérito y conveniencia' invocados en el descargo, cabe recordar que la Licitación Privada ha sido declarada desierta el 07/06/2023, en tanto que el expediente objeto de intervención, derivado de aquélla, ha sido iniciado el 08/08/2023 y adjudicado el 15/11/2023.

En función de lo expuesto, no se considera subsanada la observación sustancial detectada".

En el mismo Informe Contable, a fojas 162 vta., respecto de la Observación Formal N° 1 se señala:

"Se observa el apartamiento a lo dispuesto por la Ley Provincial N° 141, Art. 99°, inciso a), así como el Decreto Provincial N° 188/23, Anexo III, sustituido por el Anexo III del Decreto Provincial N° 565/23; ello atendiendo a que quien suscribe los actos administrativos que disponen la convocatoria y/o

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes son argentinos"

declara desierta la contratación (fojas 34/36 y fojas 50/52) no posee la competencia suficiente para ello; de acuerdo al monto involucrado y la dependencia que nos ocupa. En el presente, hubiera correspondido la suscripción por quien re-vista carácter de 'Secretario', ello considerando que al estipularse 'Secretario o Subsecretario' en el Anexo III del Jurisdiccional correspondiente, se trataría de 'Subsecretario de Estado'.

Descargo: Según el descargo ofrecido a fojas 155 vta./156, se manifiesta: 'Respecto de lo que se consideraría un apartamiento a lo dispuesto por la Ley Provincial nº 141, Art. 99, inciso a), así como los Decretos Provinciales Nº 188/23, Anexo II, y complementado por el Anexo III del Decreto Provincial Nº 565/23, se debe tener en cuenta que estos Decretos hacen referencia a un Secretario o Subsecretario de la Jurisdicción contratante, siguiendo el presente enunciado se deberá entender que en ningún caso correspondería a Secretarías o Subsecretarías de Estado, dado que estas últimas no pertenecen al Ministerio de Salud'.

Análisis y Conclusión: se toma conocimiento de lo indicado por el responsable de Compras menores de la cartera ministerial. Al respecto, cabe señalar que se considera que cuando el Jurisdiccional establece: 'Subsecretario' o 'Secretario', se refiere justamente a que corresponde la suscripción del subsecretario en el caso de una Secretaria de Estado y del secretario en el caso de un Ministerio. En atención a ello, se entiende que, si quien adjudica es la Ministro, quien autoriza el llamado debería ser un Secretario del Ministerio; dado que la norma prevé que quien efectúa la convocatoria revista un rango de carácter inmediato anterior. Por tanto, en este aspecto, se sugiere dar a intervención del área legal a fin de emitir opinión al respecto".



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia".

A fojas 166, mediante la Nota Interna N° 2798/2023, Letra: TCP-SC, del 27 de noviembre de 2023, el Secretario Contable, C.P. David BEHRENS requirió el tratamiento de la Observaciones sustancial y formal N° 1 previo al dictado del acto administrativo.

II. ANÁLISIS

Observación Sustancial N° 1

En el Informe Contable N° 427/2023, Letra: TCP-PE (CONTROL PREVENTIVO), a fojas 158/165, se detectó un incumplimiento sustancial al que se refirió en estos términos: *"Se observa el apartamiento a lo dispuesto por el Decreto Provincial N° 674/11, Anexo I, Art. 26º, Inciso 3, punto b); ello atendiendo que a que, visto los requisitos del Pliego de Bases y Condiciones que se habían contemplado en la Licitación fracasada, no se han respetado en la actual Contratación Directa, derivada de aquella"*.

La norma en cuestión ordena: *"Cuando el concurso de precios, licitación privada o pública no hubiera obtenido cotizaciones admisibles, porque ajustadas a las bases de la contratación su precio resulte inconveniente, se deberá invitar a las firmas participantes a mejorar sus ofertas en el marco del mismo procedimiento de contratación. Si las cotizaciones resultaren nuevamente inadmisibles, se podrá realizar la contratación de forma directa, respetando los requisitos del pliego de bases y condiciones dispuestos para la licitación o concurso que se hubiera declarado fracasado"*.

Ahora bien, una vez señalada la norma, respecto de los hechos que se reflejan en el expediente se puede constatar, a fojas 2, que se incorporó la Resolución SsSDyGSI N° 60/2023, A fojas 2, se resolvió declarar desierto el procedimiento de selección gestionado en la Licitación Privada N° 1/2023-536 que habría tramitado en el Expediente N° 1458-2023, Letra MS-E. Esa licitación tenía por objeto la adquisición de DOS (2) vehículos utilitarios destinados a una repartición del Ministerio de Salud.

En el marco de las contrataciones públicas, una licitación declarada desierta se produce cuando no existe ninguna oferta y fracasada cuando ninguna proposición es admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego. El artículo 18, inciso a), de la Ley provincial N° 1015 les atribuye la misma consecuencia jurídica: la posibilidad de realizar una contratación directa, como parte del mismo procedimiento originario, no de uno autónomo.

De ahí que, en caso de que una licitación se declare desierta, entre las diferentes medidas que puede tomar el órgano licitante es optar por llamar a contratación directa en los mismos términos que se establecieron en la licitación o iniciar una nueva licitación, modificando los requisitos o condiciones establecidos en el pliego anterior, de tal modo de estimular la concurrencia.

Lo que estaría vedado es justificar la contratación directa en una licitación declarada desierta y al mismo tiempo modificar las condiciones del procedimiento que le da sustento.

Respecto de este caso en concreto, puede verificarse que el artículo 18, inciso a), de la Ley provincial N° 1015, establece que podrá realizarse una contratación directa *“cuando la licitación, concurso, remate o subasta resulten desiertos o fracasados”*, y que la Resolución SsSDyGSI N° 88/2023, incorporada



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia".

a fojas 34, autorizó el llamado a presentar ofertas, en esos términos, en la Contratación Directa N° 7/2023-536.

Sin embargo, la Subsecretaría de Salud Digital y Gobierno de los Sistemas de Informática del Ministerio de Salud decidió cambiar elementos esenciales del llamado (modo de pago, plazo de entrega, lugar de entrega, garantía de oferta) conforme los condicionamientos de uno de los potenciales proveedores, como bien señala la Auditoría Fiscal a fojas 162. Además, para el caso del pago anticipado no se habría previsto una caución en caso de incumplimiento.

Lo concreto es que el procedimiento de contratación directa por licitación declarada desierta, también fracasó, conforme se decidió en el artículo 1° de la Resolución SsSDyGSI N° 96/2023, a fojas 50.

Agregado a ello, en el artículo 2° del mismo acto administrativo, se dispuso un nuevo llamado a contratación directa, por el mismo objeto, pero en los términos del inciso l) del artículo 18 de la Ley provincial N° 1015. En este inciso se establece que es posible el procedimiento de excepción *"cuando el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación"*.

Es claro que, como el Decreto provincial N° 188/2023, reglamentario de la Ley provincial N° 1015, establece -para el Ministerio de Salud- que la contratación directa por compulsa abreviada para el caso del inciso l) del artículo 18 es hasta el límite de DOS MIL QUINIENTOS (2.500) módulos.

Considerando que el valor de cada módulo es de PESOS CUATRO MIL (\$4.000), el límite del inciso l) del artículo 18 de la Ley provincial N° 1015 estaría dado en la suma de PESOS DIEZ MILLONES (\$10.000.000), entonces

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes son argentinos"

este tipo procedimiento de contratación directa sería jurídicamente imposible para la adquisición de dos vehículos cuyo valor estimado superaba los \$20.000.000 (sobre esta imposibilidad jurídica se profundiza sobre este tema debajo, al responder la consulta legal acerca de la Observación Formal N° 1).

Hay que agregar que esta sería la causa por la que el 15 de noviembre de 2023, *después de realizado el procedimiento y cuando ya el error era insalvable*, se dictó la Resolución SsSDyGSI N° 120/2023, incorporada a fojas 134 vuelta, en la que se pretende rectificar el encuadre jurídico por el que tramitó la contratación, modificando del procedimiento por monto al que se justifica por licitación que haya resultado desierta o fracasada.

Además, es preciso subrayar que este intento tampoco se ajustaría a la buena técnica jurídica, ya que no existiría norma habilitante para iniciar un procedimiento de contratación directa causada por una contratación directa declarada desierta.

Entonces, como conclusión parcial, se podría sostener que en el expediente bajo estudio se corrobora que existen diferentes irregularidades. Entre ellas, que se modificaron elementos esenciales (modo de pago, plazo de entrega, lugar de entrega, garantía de oferta) del pliego de bases y condiciones de la Licitación Privada N° 1/2023, que tramitó en el Expediente MS-E-1458-2023, de ahí que se sugiere sostener la observación sustancial toda vez que se habría infringido el Decreto Provincial N° 674/11, Anexo I, Art. 26°, Inciso 3, punto b).

Consulta legal respecto de la Observación Formal N° 1

En la primera de las observaciones formales se señala: *“Se observa el apartamiento a lo dispuesto por la Ley Provincial N° 141, Art. 99°, inciso a), así*



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia".

como el Decreto Provincial N° 188/23, Anexo III, sustituido por el Anexo III del Decreto Provincial N° 565/23; ello atendiendo a que quien suscribe los actos administrativos que disponen la convocatoria y/o declara desierta la contratación (fojas 34/36 y fojas 50/52) no posee la competencia suficiente para ello; de acuerdo al monto involucrado y la dependencia que nos ocupa. En el presente, hubiera correspondido la suscripción por quien revista carácter de 'Secretario', ello considerando que al estipularse 'Secretario o Subsecretario' en el Anexo III del Jurisdiccional correspondiente, se trataría de 'Subsecretario de Estado'".

En el cuadro Anexo III, del Decreto provincial N° 188/2023, reglamentario del artículo 21 de la Ley provincial N° 1015 se establecen las competencias de los funcionarios según los montos de las contrataciones (en cantidad de módulos), y de acuerdo a si se trata de licitaciones o concursos y contrataciones directas por compulsas abreviadas y adjudicaciones simples, determinando las autoridades competentes de acuerdo al tipo de acto administrativo que deba suscribirse.

Las competencias de los funcionarios intervinientes en los procedimientos de contrataciones se encuentran determinadas a partir de la conjunción del tipo de procedimiento de selección de que se trate (Licitación y Concurso Público o Privado/Subasta Pública; Compulsa abreviada y adjudicación simple) y de la cantidad de módulos (M) involucrados, estableciéndose distintas autoridades para la suscripción de los actos administrativos correspondientes a las diferentes etapas (autorizar la convocatoria y elección del procedimiento; aprobar los pliegos y preselección en

etapa múltiple; dejar sin efecto; declarar desierto; aprobar el procedimiento; adjudicar; declarar fracasado).

Se detallan como autoridades competentes, según los parámetros previamente enunciados, al Director General de Administración Financiera, a Secretario o Subsecretarios del Ministerio de Salud, a los Directores de los Hospitales, a Secretarios de Estado, al titular de la cartera ministerial y al Gobernador de la Provincia.

En lo que respecta puntualmente al nivel jerárquico habilitado por el titular del Poder Ejecutivo Provincial para declarar adjudicar o declarar desierta una licitación privada hasta 6.750 módulos, como en el caso en estudio, es el de Secretario o de Subsecretario de la jurisdicción o entidad contratante —o el Director del Hospital, según el caso— (punto 4 de la primera columna de autoridades competentes).

En cuanto a la autoridad con competencia para autorizar la convocatoria a presentar ofertas en una contratación directa que se inicia como consecuencia de la declaración licitación privada previa declarada desierta, tengo para mí que es la misma que declaró desierta la licitación. Ello así por cuanto en este nuevo procedimiento no se modifica ninguno de los elementos esenciales del procedimiento de selección que da mayores garantías.

Entonces, considerando que, por un lado, el Ing. Francisco GOICOECHEA, fue designado con el cargo de Subsecretario de Salud Digital y Gobierno de los Sistemas de Informática del Ministerio de Salud; y, por otro, que la jurisdicción contratante es el Ministerio de Salud, por lo tanto, el funcionario tendría la competencia para el dictado de los actos administrativos incorporados a fojas 2 y 34/36.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia".

Ahora bien, distinto es el caso de la Resolución SsSDyGSL N° 96/2023, agregada a fojas 50/52, en cuyo artículo 2° se dispone encuadrar el procedimiento en los términos del inciso 1) del artículo 18 de la Ley provincial N° 1015, ya que este tipo de contrataciones está limitado por el monto y sólo serían jurídicamente posibles hasta 2.500 módulos –equivalentes a \$10.000.000,-.

Es así que, en los términos reglamentarios actuales y conforme la inderogabilidad singular de los reglamentos, ninguna autoridad administrativa podría el intentar una contratación directa conforme del artículo 18, el inciso 1), de la Ley provincial N° 1015, para concretar una compra de \$29.000.000. Si así fuese, entonces se podría afirmar que la gravedad del apartamiento normativo no transformaría la observación de formal en sustancial.

Además, y sólo como hipótesis, si se hubiese optado por alguno de los otros procedimientos de contratación directa, considerando que el monto estimado de la contratación que supera el límite de 5.000 módulos (\$20.000.000), entonces las autoridades para elegir el procedimiento pueden ser el Ministro o un Secretario de Estado, pero no sería el caso de un Subsecretario, conforme puede verificarse que el decreto reglamentario.

En conclusión, respecto de la consulta de la Secretaría Contable, se podría afirmar que la Subsecretaría de Salud Digital y Gobierno de los Sistemas de Informática del Ministerio de Salud tendría competencia para el dictado del acto administrativo en que se declara desierta la Licitación Privada N° 1/2023, que tramitó en el Expediente MS-E-1458-2023 (a fojas 2) y de la Resolución SsSDyGSL N° 88/2023 (a fojas 34/36), pero sería incompetente para autorizar el llamado y determinar el procedimiento de selección dispuestos en la Resolución SsSDyGSL N° 96/2023 (a fojas 50/52).

III. CONCLUSIÓN

Atento a las consideraciones realizadas, cabe aseverar:

Respecto de la Observación Sustancial que, frente a un procedimiento de licitación declarado desierto, el órgano licitante puede optar por una contratación directa en los mismos términos o por una nueva licitación con modificaciones en el pliego de bases y condiciones.

Sin embargo, la Subsecretaría de Salud Digital y Gobierno de los Sistemas de Informática del Ministerio de Salud decidió cambiar elementos esenciales del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación Privada N° 1/2023 (modo de pago, plazo de entrega, lugar de entrega, garantía de oferta), declarada desierta por medio de la Resolución SsSDyGSL N° 60/2023.

Como bien señala la Auditoria Fiscal, esta conducta constituiría un apartamiento grave al Decreto Provincial N° 674/11, Anexo I, Art. 26°, Inciso 3, punto b), que establece que no se pueden modificar los elementos esenciales del pliego de bases y condiciones en una contratación directa derivada de una licitación declarada desierta, de ahí que se sugiere mantener la observación.

En cuanto a la consulta legal de la Observación Formal N°1, conforme el Anexo III del Decreto provincial N° 188/2023, podría responderse que el Subsecretario de Salud Digital y Gobierno de los Sistemas de Informática del Ministerio de Salud, Ing. Francisco GOICOECHEA, sería competente para el dictado de las Resoluciones SsSDyGSL N° 60/2023 (a fojas 2) y N° 88/2023 (a fojas 34/36), pero carecería competencia para el dictado de la Resolución SsSDyGSL N° 96/2023 (a fojas 50/52) que es, justamente, la resolución cuya competencia fue observada por la Auditora Fiscal.

Dr. Luis Mario GRASSO
Abogado
Mat. N° 710 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Nota Interna N° 2844 /2023

Letra: T.C.P. - S.L.

Ref.: Expte. N° 63081/2023

Letra: MS-E

Ushuaia, 30 NOV. 2023

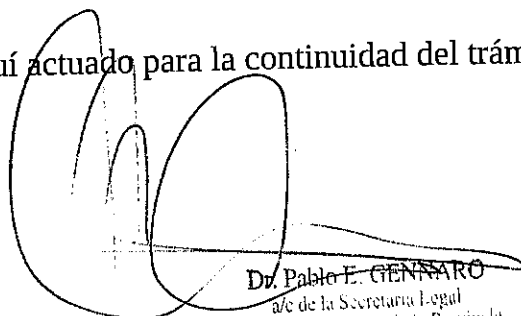
SR. SECRETARIO CONTABLE A/C

C.P. David R. BEHRENS

Comparto el criterio vertido en el Informe Legal N° 265/2023, Letra: T.C.P. - C.A., suscripto por el Dr. Luis M. GRASSO en virtud de la remisión efectuada mediante la Nota Interna N° 2798/2023, Letra: TCP-SC a foja 166.

En función de lo advertido por el Letrado interviniente, respecto de la Observación Sustancial N° 1 y la Observación Formal N° 1, correspondería, salvo mejor y elevado criterio, tenerlas por no subsanas en esta instancia.

Sin más, giro lo hasta aquí actuado para la continuidad del trámite.


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

