



1 6 7

Procuración del Tesoro de la Nación

BUENOS AIRES, 12 MAY 2005

SEÑORA GERENTE DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL
ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES:

En el presente se analizan los aspectos jurídicos vinculados con el procedimiento de licitación pública para el otorgamiento de la concesión para la administración y explotación de la Estación Terminal Once de Septiembre, por el término de 20 años con la obligación de mejorar, ampliar y mantener las instalaciones de la misma, a fin de brindar un adecuado servicio al usuario; procedimiento que tramita por Expediente ONABE N° 196/03. En particular, se analizan aquellos que permiten merituar la legalidad del trámite y la procedencia de su continuación.

A tales efectos, se han tenido especialmente en cuenta las observaciones formuladas por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) en sus distintas intervenciones.

Asimismo, y sin que de ello se pretenda sustituir la valoración de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, en esta instancia también resulta adecuado recordar las presentaciones efectuadas por FERROCARRILES METROPOLITANOS SOCIEDAD ANÓNIMA EN LIQUIDACIÓN (FEMESA), vinculadas al estado de conservación de la Infraestructura de la Terminal Once de Septiembre y a las consecuencias que, de las circunstancias expuestas, podían derivarse (v. Nota a fs. 3553 y nueva presentación a fs. 3591).

ANTECEDENTES

1. El procedimiento de Selección.

1.1. Por el expediente de referencia tramitó el llamado a licitación pública de concesión para la administración y explotación de la Estación Terminal Once de Septiembre, con la obligación de mejorar, ampliar, remodelar y mantener las instalaciones de la misma, a fin de brindar un adecuado servicio al usuario por un canon base de \$80.000 y un plazo de 20 años; subordinándose el procedimiento al régimen contenido en el Decreto N° 1023/01 (B.O. 16-8-01) y su similar N° 436/00 (B.O. 5-6-00, Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional).

1.2. Así, por Disposición ONABE N° 31 del 7 de marzo de 2003, se autorizó el llamado a Licitación Pública N° 23/03, se aprobaron los Pliegos de Bases y Condiciones, se aprobó el valor base del canon mensual, el valor de venta de pliegos, se autorizó la instrumentación del llamado a través del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, se estableció fecha para la apertura de sobres N° 1 y se designó la integración de la Comisión Evaluadora (v. fs. 399/405).

1.3. Posteriormente, y superadas que fueron las distintas alternativas planteadas en sede judicial, por Disposición ONABE N° 256/03 se ordenó la continuidad del trámite licitatorio para el otorgamiento de la concesión para la administración y explotación de la Estación Terminal Once de Septiembre, con la obligación de mejorar, ampliar, remodelar y mantener las instalaciones de la misma, a fin de brindar un adecuado servicio al usuario, por un canon base



Procuración del Tesoro de la Nación

mensual de PESOS OCHENTA MIL (\$80.000) y un plazo de VEINTE (20) años y se fijó nueva fecha para realizar el acto de apertura de sobres el día 31 de octubre de 2003.

1.4. Mediante Acta de Comisión Evaluadora N° 12 del 7 de enero de 2004, se efectuó el Informe de Preselección - Evaluación Sobre N° 1, a través del cual, quedó preseleccionada la Oferta N° 1 presentada por Néstor Emilio OTERO - José Roberto IGLESIAS - MICRO's S.A. UTE, descalificándose la Oferta N° 2 presentada por LA DOLCE S.R.L. - BAIREN COMERCIAL S.A. - UTE.

1.5. Habiéndose impugnado el Informe de Preselección, la Comisión Evaluadora a través de Acta de Reunión N° 13 del 29 de enero de 2004, recomendó el rechazo de la medida intentada. No obstante ello, en el interín, la agraviada desistió formalmente de su presentación, dictándose en consecuencia, la Disposición ONABE N° 38/04.

1.6. En ese estado de situación, el 6 de febrero de 2004 a las 11 horas, tuvo lugar el acto de apertura del Sobre N° 2 de la única oferta preseleccionada, dando fe del mismo el Señor Escribano General de Gobierno.

1.7. Por Acta de Reunión N° 16 de fecha 9 de febrero del 2004, la Comisión Evaluadora recomendó la adjudicación de la Licitación N° 23/03 a la oferta presentada por NÉSTOR EMILIO OTERO Y OTROS, debiendo tenerse en cuenta las observaciones formuladas en el ANEXO VII del Informe de Preselección de la Comisión Evaluadora.

2. La adjudicación.

Con fecha 4 de marzo de 2004, el Organismo Nacional de Administración de Bienes, considerando reunidos los requisitos legales que hacen al procedimiento licitatorio y su-

perada la impugnación efectuada por uno de los oferentes (LA DOLCE S.R.L.- BAIRE COMERCIAL S.A.- UTE, cuyo desistimiento fue aceptado por Disposición ONABE N° 38/04), mediante la Disposición N° 65/04 adjudicó la Licitación N° 23/03 a la oferta presentada por Néstor Emilio Oloro - José Roberto Iglesias - Micro'S S.A - U.T.E.; en los términos indicados por la Comisión (v. fs. 3520/3525).

3. La primera intervención de la SIGEN.

La Sindicatura General de la Nación, mediante Nota N° 1282 del 22 de abril de 2004, señala que, pese a reuniones mantenidas con el ONABE y la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, aún no podía aclarar ciertos reparos al proceso licitatorio. No obstante, acompañaba copia del informe sobre la gestión del ONABE con relación a la licitación, que contenía distintas observaciones y comentarios (v. fs. 3529/3548).

En sustancia, la SIGEN formuló las siguientes observaciones y comentarios:

a) Incompetencia del Director Ejecutivo para llevar a cabo el proceso licitatorio.

Entiendo la SIGEN que, con la modificación del artículo 4° del Decreto N° 443/00 (B.O. 15-6-00), operada por el Decreto N° 813/01 (B.O. 25-6-01), que dispone que la conducción del organismo estaría a cargo del Ministro de Infraestructura y Vivienda en carácter de Presidente, concentrando las facultades que antes correspondían al Directorio, la Resolución N° 168/00 había quedado sin efecto, concluyendo el Organismo de Control que desde la vigencia del Decreto N° 813/01 no se dictó resolución posterior por



Procuración del Tesoro de la Nación

medio de la cual se delegaran facultades como las comentadas al Director Ejecutivo y, por tanto, los actos administrativos dictados por dicho funcionario a fin de llevar a cabo el proceso licitatorio, fueron realizados careciendo de la debida competencia.

b) Ausencia de dictamen previo emitido por el servicio jurídico permanente.

Entiende la SIGEN que en el procedimiento llevado adelante por el ONABE no se cumplió con un requisito esencial del acto administrativo tal como es el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico de la Administración Nacional; en el caso obligatorio conforme establece el artículo 7° inc. d) in fine del Decreto Ley N° 19.549 (B.O. 27-4-72).

Ello así toda vez que en función de lo descripto y atento que el ONABE constituye un organismo desconcentrado en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se observó la inexistencia del dictamen del servicio de asesoramiento legal permanente correspondiente a la aludida área ministerial.

c) Evaluación económica de la concesión.

Manifiesta el mencionado organismo de control que dado que el proceso licitatorio iniciado en el año 2003 se vio demorado en su gestión y las variables económicas al amparo de las que se realizó el llamado sufrieron cambios, resulta necesario, a los fines de asegurar los intereses del Estado y operar con condiciones actuales de mercado, recabar información a efectos de documentar la conveniencia económica de proseguir el trámite.

Asimismo, destacó que resultaba necesario prever pautas de revisión temporal de las condiciones originalmente pactadas.

La autoridad competente debería reanalizar la conveniencia de la licitación, según estaba diseñada, replanteando la valuación del negocio, revisando las variables en juego y adoptando un plazo de concesión acorde con este tipo de negocios.

d) Incorrecto encuadre jurídico del llamado a licitación. .341

Manifiesta la SIGEN que el Decreto N° 1143/91 (B.O. 21-6-91), en su artículo 5° dispone que las estaciones terminales de las líneas ferroviarias deben ser privatizadas bajo la modalidad de concesión de obra para la explotación, ampliación, reparación y conservación; entendiendo que los cuerpos normativos que regirían la licitación que involucra concesiones de obra pública, serían las Leyes N° 17.520 (B.O. 13-11-67) y N° 13.064 (B.O. 28-10-47) y el Decreto N° 1023/01 en su parte pertinente.

Añade que no se encuentra entre las facultades del ONABE la de celebrar contratos de concesión de obra pública.

e) Situación jurídica con el anterior concesionario (DECSA SA).

Con fundamento en las manifestaciones de la firma DECSA SA en el expediente, referidos a los inconvenientes suscitados, tanto con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como con la entrega de los espacios, se produjo la paralización de las obras que fueran licitadas, bajo la modalidad de concesión de obra pública (Licitación Pública N° 139/99) de la cual resultara adjudicataria dicha firma.



Procuración del Tesoro de la Nación

Tal situación produjo, en principio, el incumplimiento del contrato con DECSA SA, razón por la cual el ONABE dispuso a través de Disposición N° 254/02 la rescisión del mismo. El Concesionario, promovió demanda contra el ONABE solicitando medida cautelar hasta tanto se resolviera la solicitud de transacción (Decreto N° 2589/02, B.O. 16-10-02). Dicha medida suspendió la apertura de la Licitación N° 23/03.

Por Disposición N° 80/03 el ONABE no hizo lugar a la transacción. Con tal novedad, el Juzgado interviniente extinguió la medida cautelar, medida que fuera apelada y posteriormente confirmada por la Exma. Cámara.

f) Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares. Deficiencias en la Evaluación de la capacidad económica, financiera y técnica.

Se reseña que el Capítulo I, Título II, Pto. 1.15.7.6. II del Pliego de Bases y Condiciones establece que, a los efectos de acreditar la capacidad económica, financiera y técnica, los oferentes podrán acompañar todos o algunos de los antecedentes que, taxativamente, indica. En el caso de los inmuebles, consigna copia certificada de las escrituras de dominio o informe de titularidad de dominio.

Entiende la SIGEN que la presentación de la escritura de dominio no permite verificar la titularidad y gravámenes existentes sobre los bienes y, por ello, debieron incluirse a ambos requisitos como obligatorios.

Por otra parte, agrega que la acreditación de titularidad de dominio de determinados bienes por los oferentes, no resultaría suficiente para evaluar la capacidad económica del concesionario para un periodo de 20 años.

Señala que a fin de garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, resultaría conveniente requerir la constitución de una garantía a través de la entidad bancaria acreditada en el mercado, que avale el total cumplimiento del objeto de la concesión.

g) Ausencia del pliego de especificaciones técnicas particulares.

Manifiesta la SIGEN que el pliego de licitación resulta meramente enunciativo en lo que respecta al Programa de Mantenimiento, ya que no se indican frecuencias de intervención, calidad de materiales, especificaciones, estándares que deben cumplirse. No se establecen disparadores de calidad.

En relación al Programa de Seguridad, indica que faltan definir cuáles son los aspectos que deberán contemplarse, ya que el concepto seguridad podía abarcar diferentes acepciones (personal de obras, usuarios, incendios, etc). En el Anexo X *Especificaciones sobre Vigilancia y Seguridad* no se aportan mayores precisiones en cuanto al alcance de los Programas de Seguridad ante situaciones como emergencias de incendios, tumulto e inundaciones.

h) La desagregación efectuada al sistema de puntuación en la evaluación de las ofertas no se encuentra establecida en los pliegos.

Indica el organismo de control que los pliegos de bases y condiciones particulares deben fijar el criterio de evaluación y selección de las ofertas, con la clara determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta a dichos fines. En el Anexo V del PBC está asignado un puntaje para cada parámetro de evaluación, pero no se encuentra in-



Procuración del Tesoro de la Nación

dicada la desagregación y el puntaje conforme lo efectúa posteriormente la Comisión Evaluadora.

Ello, a su entender, resulta contrario al principio de transparencia, dispuesto por el artículo 3° del Decreto N° 1023/01.

i) Ausencia de la evaluación de la capacidad técnica para ejecutar las obras.

Comenta la Sindicatura que, en la metodología de evaluación diseñada para calificar y seleccionar a los postulantes de la licitación, no se han considerado aspectos relativos a la capacidad técnica para la ejecución de las obras.

Agrega que, si bien el pliego exige distintos aspectos a cumplimentar, relacionados con la aptitud y competencia de los oferentes para la ejecución de las obras, estos requerimientos no son objeto de evaluación al momento de decidir su calificación.

Y culmina manifestando que, de haberse encuadrado la licitación por la Ley N° 13.064, la capacidad técnico económica para llevar adelante la obra queda, en principio, acreditada con la presentación del Certificado de Capacidad, expedido por el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

j) Elegibilidad del adjudicatario.

Anota la SIGEN que, conforme el artículo 16 del Decreto N° 1023/01, corresponde desestimar las ofertas de personas físicas o jurídicas que exhiban incumplimiento de sus obligaciones (impositivas, previsionales, deudores del Estado).

Resalta que el integrante de la UTE adjudicataria, Néstor Emilio Otero, al momento de la presentación de la oferta se encontraba demandado por la AFIP por infracción a la Ley N° 24.769 (B.O. 15-1-97) Penal Tributaria.

La causa fue iniciada por la AFIP el 31 de diciembre de 2000 y al 19 de noviembre de 2003, el juzgado interviniente informó que se había decretado el procesamiento del Sr. OTERO. En marzo de 2004, se declaró extinguida la acción penal, tal extinción resultó procedente atento el pago total e incondicional efectuado por el contribuyente.

No obstante, agrega, Otero presentó el formulario de DDJJ sobre *Inhabilidad para Contratar y Juicios con el Estado Nacional* de acuerdo con las condiciones del PBC, declarando que no tenía inhibiciones para contratar ni juicios pendientes contra el Estado Nacional.

Con relación a deudas previsionales, la firma MICRO's S.A. en UTE con el anterior registraba, al mes de marzo de 2001, una obligación exigible de \$16.788,55.

k) Deficiencias en la constitución de la garantía por parte de la firma adjudicataria.

Según la SIGEN, la UTE no cumplió debidamente con la constitución de la garantía conforme lo establecido por el Anexo III del PBC (incondicional, sin término de validez y ejecutable total o parcialmente a su solo requerimiento).

l) Observaciones a la Comisión Evaluadora. Falta de correspondencia entre los puntajes otorgados a la oferta ganadora y los conceptos asociados a la clasificación asignada por la Comisión.

Entiende la Sindicatura General que la Comisión Evaluadora es contradictoria en este punto, pues expresa que la propuesta descripta precedentemente se considera media-



Procuración del Tesoro de la Nación

namemente satisfactoria para el modo ferroviario y satisfactoria para el resto de los modos considerados y, sin embargo, el puntaje numérico asignado en la evaluación no se corresponde con la calificación conceptual otorgada por esa Comisión a cada uno de los modos de transporte (9,20 puntos para la oferta ganadora, sin embargo totalizó 10). Así, considerando la calificación de 9,20 puntos se obtendría 18,90 puntos para el parámetro de evaluación C, valor que estaría por debajo de los 19,50 ptos. mínimos requeridos y, en consecuencia, esta oferta no hubiera calificado.

11) Falta de observancia de una exigencia técnica de obra definida en el pliego.

Agrega, que dicha Comisión no efectúa observación respecto del incumplimiento, por parte de la oferta ganadora, de lo relacionado con la exigencia de una obra a ejecutar en la cubierta de la estación.

Asimismo, que la oferta ganadora no prevé ejecutar el cambio de la cubierta requerido por el Pliego. En vez de esto, la propuesta presentada al respecto consiste en trabajos en la cubierta existente (aislación hidráulica) y reemplazo de chapas y canaletas que se encuentren en mal estado.

m) En cuanto a la evaluación de la capacidad económica.

Manifiesta la SIGEN que no surge del expediente que la Comisión haya evaluado la libre disponibilidad de bienes, balances y lo observado por la Subgerencia de Contabilidad. El principal activo de la adjudicataria es la participación accionaria de Emilio Otero de un 72% en la firma TEBA SA y, a su vez, la empresa MICRO'S SA registra una fuerte inversión de TEBA SA. En ese sentido deben solicitarse el balan-

ce de TEBA SA, en cuanto a si la misma tenía juicios, reclamos o era deudor del Estado Nacional, situación que podría incidir significativamente en la situación patrimonial de esa firma.

Añado que tampoco se expidió sobre el conflicto de TEBA SA con el Estado Nacional por falta de pago del canon, postergándolo para la etapa de adjudicación.

Asimismo, entiende que correspondería esperar la información del Ente Regulador en relación a la situación de la firma TEBA SA y la verificación de la situación de los adjudicatarios respecto a las deudas previsionales.

n) Selección de la oferta ganadora.

La Comisión Evaluadora efectuó distintos tipos de objeciones de relativa importancia a la oferta y, no obstante, la constituye en ganadora de la licitación. De esta manera, no guardan relación las observaciones formuladas con la calificación otorgada, a saber:

i) **Propuesta arquitectónica:** se formularon importantes objeciones al Anteproyecto arquitectónico. En todos los casos, la Comisión recomienda que las deficiencias deberán subsanarse en el Proyecto Ejecutivo Definitivo. Según la SIGEN, las observaciones formuladas se constituyen en incumplimiento a los requerimientos del Pliego, y no pueden ser consideradas como deficiencias menores que podrían tener una mejor definición en el Proyecto Definitivo.

ii) **Programa de mantenimiento, limpieza y seguridad:** dicha Comisión entendió que la propuesta de mantenimiento iguala las pautas requeridas por el Pliego, correspondiéndole la calificación de satisfactoria. No obstante, observa que en el Manual de Mantenimiento Edificio que deberá presentar a consideración del Organismo, deberán realizar un



Procuración del Tesoro de la Nación

análisis más exhaustivo de las tareas de mantenimiento preventivo, con indicación de frecuencias y especificaciones detalladas, de conformidad con los contenidos del Capítulo 3° y el Anexo IX. Asimismo, que similar situación se plantea con relación a la evaluación efectuada al Programa de Limpieza presentado por la oferta ganadora.

n) La adjudicación.

Por Disposición N° 65/04, el Director Ejecutivo del ONABE, definió en el artículo 2° que, previo a la suscripción del respectivo contrato, el oferente adjudicatario deberá adecuar el anteproyecto arquitectónico y operativo a las observaciones contenidas en el Anexo VII del Informe de Presелеcción de la Comisión Evaluadora. Tal proceder, a entender de la SIGEN, resulta contrario a lo dispuesto por el Decreto N° 1023/01, en cuanto a violación del principio de transparencia e igualdad de tratamiento para todos los oferentes.

Mediante Nota SIGEN N° 1281 del 22 de abril de 2004, el Síndico General de la Nación, compartió los términos del informe individualizado (v. fs. 3540).

4. Actuaciones posteriores a la intervención de la SIGEN.

4.1. El 17 de febrero de 2004 se presenta pedido de vista de las actuaciones, por parte de subconcesionarios de la firma DECSA SA, reiteratorio de uno anterior (06-02-04) denegado, por encontrarse los autos en la sede de la Comisión Evaluadora.

4.2. El 16 de marzo de 2004, el adjudicatario acompaña la garantía, PÓLIZA CAUCIÓN N° 25936 pedida por el Pliego de Bases y Condiciones (v. fs. 3568/3574). Pedida la inter-

354
vención de la Subgerencia de Contabilidad y Finanzas, respecto de la posibilidad de aceptar o no la póliza presentada (v. fs. 3575); la respuesta del caso está a fojas 3582/3583, resultando observaciones a la documental involucrada; alternativas que se notificaron por carta documento del 13 de abril de 2004, a fojas 3585 y 3585 vta.

4.3. Posteriormente, el 23 de marzo de 2004 el representante de la adjudicataria, conforme establece el Pliego de Bases y Condiciones, solicita se autorice la constitución de una sociedad anónima, para la conclusión de la firma del contrato (v. fs. 3581).

4.4. A fojas 3577, se solicita intervención de la Gerencia de Asuntos Jurídicos del ONABE sobre el pedido formulado. Posteriormente, a fojas 3578, luce pedido formal y expreso de desistimiento por parte de la adjudicataria de la solicitud de autorización para constituir la sociedad anónima. En atención a lo pedido por el adjudicatario, la Subgerencia de Bienes entiende que el pedido de dictamen jurídico devenía abstracto y solicitó la devolución del expediente para la prosecución del trámite (v. fs. 3579).

4.5. A fojas 3586, se acompaña Suplemento N° 1 de la póliza presentada, incorporando las observaciones efectuadas por el ONABE. Dando cumplimiento al Pliego de Bases y Condiciones, también se acompaña: (a) seguro contra incendio, (b) solicitud de afiliación para seguros de riesgos del trabajo y (c) seguro de responsabilidad civil y depósito de los gastos de publicación, reclamados por el Banco Ciudad de Buenos Aires.

4.6. Las pólizas de responsabilidad civil e incendios no fueron aceptadas, según informe de fojas 3587/3588.



Procuración del Tesoro de la Nación

LA A.R.T. debía estar acompañada por el listado de personal asegurado.

4.7. La PÓLIZA de SEGURO DE CAUCIÓN N° 25.936, a fojas 3589, resulta aceptada por el ONABE.

4.8. La adjudicataria, acompaña nuevas constancias de cobertura de responsabilidad civil e incendio y comprobantes definitivos de los pagos efectuados al Banco Ciudad (v. fs. 3593/3594).

4.9. Habiendo sido observadas las pólizas de responsabilidad civil e incendios por el ONABE y notificadas que fueron mediante Carta Documento; las mismas fueron aceptadas, según informe del 22 de abril de 2004, a fojas 3598/3599.

4.10. En lo atinente a la vista de las actuaciones, se reitera el pedido antes formulado. A fojas 3600, el 31 de marzo de 2004, las empresas subconcesionarias de la firma DECSA SA recuerdan las anteriores solicitudes sin tratamiento (06-01-04 y 17-02-04) y solicitan audiencia con la autoridad del ONABE.

4.11. Por otra parte, Eduardo Cura, DNI N° 4.884.433, integrante de una sociedad que había formalizado un contrato de explotación colateral, solicita se le informe cuál es su situación, dado que su relación contractual se había formalizado con los titulares de la explotación rescindida (DECSA SA) (v. fs. 3602).

4.12. Mediante presentación del 16 de marzo de 2004, el adjudicatario presenta la adecuación del anteproyecto arquitectónico y operativo a las observaciones contenidas en el Anexo VII del Informe de Presелеcción de la Comisión Evaluadora (v. fs. 3603/3627). Dicha documental es acepta-

da, según informes técnicos de las Áreas competentes del ONABE, a fojas 3638/3645 y 3646/3647.

4.13. A fojas 3638 se agrega proyecto de decisión administrativa: (i) ratificando lo actuado por el ONABE; (ii) adjudicando la licitación y; (iii) aprobando el modelo de contrato a suscribirse.

4.14. La Subgerencia Contabilidad y Finanzas, Coordinación Tesorería y Patrimonio del ONABE, a fojas 3648, informa que fueron subsanadas las observaciones a la afiliación de la A.R.T.

5. Informes producidos por el ONABE con motivo de las observaciones y comentarios efectuados por la SIGEN.

5.1. El informe producido por la Sindicatura General de la Nación motivó la intervención y elaboración de informes por parte de las Áreas técnicas del ONABE -Gerencia de Técnica (v. fs. 3650/3656) y Gerencia de Asuntos Jurídicos (v. fs. 3657/3669)-, según Nota SOP N° 535/04 de fojas 3671, los cuales analizan y manifiestan su parecer técnico, respecto de los temas allí planteados.

5.2. Ante tal circunstancia, la SIGEN nuevamente interviene señalando que, en lo general, correspondía mantener los términos del anterior informe (v. fs. 3672/3673).

Se reconocen, en esta oportunidad, los argumentos vertidos por el ONABE sobre la competencia del Director Ejecutivo, no obstante lo cual correspondía estar a la Decisión Administrativa N° 215/99 (B.O. 26-7-99).

También, aquellos sobre el dictamen del organismo permanente de asesoramiento.

La SIGEN, en esta nueva intervención, entendió que debía fijar algunos lineamientos básicos de aplicación a esto

tipo de licitaciones, que permitieran definir distintos aspectos dentro de un marco de certidumbre.

Respecto a la no liberación del predio, debía el ONABE abstenerse de disponer actos que generaran derechos subjetivos a favor de otros particulares, como así también promover las medidas tendientes a evitar el enriquecimiento sin causa de DECSA SA y el depósito judicial de los alquileres (ello, estando a lo informado por el Área Jurídica del ONABE).

6. Nuevas actuaciones con posterioridad a la segunda intervención de la SIGEN.

6.1. En atención a lo señalado por la SIGEN, el Director Ejecutivo del ONABE, mediante Nota DE N° 104/04, requirió intervención a la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, a los fines que se indicara si la autorización y aprobación a los que se refieren los artículos 1° y 2° de la Decisión Administrativa N° 215/99 resultaban de aplicación en aquellos supuestos en los cuales la Administración Pública no efectuaba erogaciones y/o contrataciones de bienes y servicios (v. fs. 3676/3677).

6.2. En virtud de tal requerimiento, la Oficina Nacional de Contrataciones de la Subsecretaría de la Gestión Pública, luego de aclarar que *...comparte los principios sentados por la Procuración del Tesoro de la Nación con relación a que las opiniones deben ser emitidas en el caso concreto y previo Dictamen del servicio jurídico permanente sobre el caso que se consulta... y que ...En este caso, se entiende que no se encuentran reunidos ninguno de los presupuestos para que esta Oficina pueda expedirse sobre la consulta de ma-*

rras..., señaló que la celebración de contratos sobre los inmuebles afectados a su jurisdicción (gratuitos/onerosos) deben ser autorizados o aprobados por los funcionarios indicados en los artículos 1° y 2° de la Decisión Administrativa N° 215/99 y, si además se trata de contratos comprendidos en el Decreto N° 1023/01, debe aplicarse el procedimiento de selección previsto al efecto (v. fs. 3678 y vta.).

6.3. En mérito a lo expuesto, se elaboró nuevo proyecto de Decisión Administrativa por el que: (i) se ratifica lo actuado por el ONABE; (ii) se aprueba la contratación en curso y; (iii) se autoriza al ONABE a firmar el contrato (v. fs. 3679/3685).

6.4. A fojas 3690, el 22 de julio de 2004, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción entiende que, por lo específico, correspondía la intervención de la Oficina Nacional de Contrataciones, previo al dictamen jurídico de dicho servicio.

6.5. La Oficina Nacional de Contrataciones, a fojas 3692, intervino nuevamente señalando que el contrato de concesión de bienes de dominio público o privado del Estado se encontraba comprendido dentro del ámbito de aplicación del Decreto N° 1023/01. Agrega, que el procedimiento de selección del oferente se realizó mediante licitación pública (regla general a utilizarse, según dicho decreto) y que, no existiendo previsión legal que requiera que estas concesiones se efectúen por algún tipo de procedimiento particular, haber elegido la licitación pública resultaba el más adecuado y conveniente.



Procuración del Tesoro de la Nación.

6.6. A fojas 3693/3698, luce el informe de la Dirección de Asesoría Técnica de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación. Del mismo resulta que:

a) Debía expedirse la Subsecretaría de Asuntos Legales sobre el rango normativo de la iniciativa y el encuadre legal;

b) No surgía la intervención definitiva de la SIGEN;

c) Faltaba intervención definitiva de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción;

d) No debía referirse a la contratación en curso sino al "modelo de contrato" que se acompañaba en copia;

e) Debía incluirse un artículo expreso, referido a la adjudicación;

f) Faltaban glosar las garantías de cumplimiento de contrato, de incendio y de responsabilidad civil;

g) No habían sido agregadas las constancias de publicación en los diarios de mayor circulación del llamado a licitación;

h) No surgía el reintegro de la garantía de impugnación de LA DOLCE SRL;

i) Debía informarse sobre el temperamento adoptado por el ONABE respecto al pedido de dinero denunciado por un titular de explotación complementaria (v. fs. 3489);

j) La SAL debía expedirse sobre los pedidos de vista efectuados;

k) Situación penal del Señor OTERO, se dejaba constancia que a fojas 3510 constaba el original del oficio, remitido por el Juzgado interviniente, mediante el cual se informaba que se había declarado extinguida la acción penal;

1) Apartados 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, adecuaciones al proyecto.

11) Debían tomar intervención la Subsecretaría de Asuntos Legales y, eventualmente, la Procuración del Tesoro de la Nación.

6.7. El 13 de agosto de 2004, la Subdirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, luego de reseñar el caso, concluyó, en lo que aquí interesa, que faltaba la intervención definitiva de la SIGEN (v. fs. 3699/3704 vta) y que debía también expedirse la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción y en misma oportunidad, dictaminar sobre los pedidos de vista.

En cuanto al encuadre legal y rango normativo de la medida propiciada, señaló que se difería el pronunciamiento hasta tanto se expedieran la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la jurisdicción de origen y la SIGEN.

6.8. El 19 de agosto de 2004, tomó intervención la Gerencia de Asuntos Jurídicos del ONABE, señalando, en lo pertinente, que la SIGEN había tomado segunda intervención, destacando lo relativo a la Decisión Administrativa N° 215/99, por lo que se entendía superada, al igual que la intervención de la Oficina Nacional de Contrataciones.

En cuanto a la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Producción, correspondía su rápida expedición en atención a la significación de la contratación, el estado del inmueble y demás actuaciones en curso.

6.9. El 24 de agosto de 2004, a fojas 3807/3811, intervino dicha Dirección General concluyendo:



Procuración del Tesoro de la Nación

157 a) No tener reparos que formular al encuadre de la contratación, bajo el régimen del Decreto N° 1023/01.

b) En cuanto a la autoridad competente para la aprobación de la contratación, se estimó procedente aplicar la Decisión Administrativa N° 215/99. De conformidad a lo dispuesto por el Artículo 19 de la Ley N° 19.549, correspondía ratificar todo lo actuado por el ONABE.

c) Respecto al pedido de vista de las empresas, habiéndose superado la instancia de "confidencialidad del estado del expediente", podría concederse la misma.

d) En atención a que el proyecto propicia ratificar lo actuado por el ONABE, no tenía reparos que formular.

6.10. Por informe complementario de la Gerencia de Asuntos Jurídicos del ONABE, acompaña constancias de publicación; constancia de recibo de retiro de póliza por parte de LA DOLCE SRL; respecto a la carta documento, se informa que en autos *ONAB c/DECAS s/Ejecución*, se libraron oficios a los subinquilinos notificando que se abstuvieran de pagar, debiendo depositar los cánones locativos en la cuenta de autos. Por ello, lo denunciado por los presentantes devenía abstracto, ya que no resultaba denuncia concreta que afectase al proceso licitatorio y; en cuanto a la negativa de pedidos de vista, se había recomendado su no concesión por el especial estado del trámite de los actuados (25-08-04, a fs. 3812/3813).

6.11. Mediante nueva intervención, el 30 de agosto de 2004, la Dirección de Asesoría Técnica de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación señala, a fojas 3831, que:

a) Se reiteraba que la Subsecretaría de Asuntos Legales (SAL) debía expedirse sobre el rango normativo de la iniciativa y sobre el encuadre legal de la misma;

b) La SAL debía expedirse sobre los pedidos de vista efectuados;

c) Sobre la intervención de la SIGEN está a lo dicho por el Servicio Jurídico del ONABE (ya se produjo);

d) Modelo de contrato: agregar la documental citada en la cláusula primera;

e) No se formulan observaciones de carácter formal;

f) La iniciativa tenía refrendo del Sr. Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y;

g) Debía tomar nueva intervención la Subsecretaría de Asuntos Legales y, eventualmente, la Procuración del Tesoro de la Nación.

6.12. A fojas 3832/3835 vta., la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación señaló que:

a) La autoridad llamada a decidir debía evaluar la necesidad de requerir nueva intervención de la SIGEN;

b) En cuanto a la viabilidad de la decisión administrativa, nada tenía que objetar en razón de que la contratación estaba incluida en los contratos, comprendidos en el Decreto N° 1023/01.

6.13. El 7 de septiembre de 2004, se remitieron los autos de la Jefatura de Gabinete de Ministros a la SIGEN (v. fs. 3837) y el 02 de noviembre de 2004 el ONABE solicitó las actuaciones a la SIGEN -v. fs. 3838- (el 08/11/04 se remitieron los autos al ONABE, v. fs. 3840).

6.14. El 28 de diciembre de 2004 se giraron los autos a la Procuración del Tesoro de la Nación, solicitando



Procuración del Tesoro de la Nación

dictamen respecto de la necesidad de: (i) una intervención definitiva por parte de la SIGEN; (ii) de la legalidad del trámite y (iii) la procedencia de continuar con el mismo (v. fs. 3841/3843).

6.15. Esta Procuración del Tesoro de la Nación concluyó, el 11 de enero de 2005, a fojas 3844/3849 vta., que:

- a) La SIGEN debía emitir su pronunciamiento y;
- b) Emitido el dictamen de la SIGEN, esta Procuración se expediría sobre las demás cuestiones.

7.- Intervención definitiva de la SIGEN.

7.1. Girados los autos a la SIGEN (v. fs. 3850/3851), mediante Nota SIGEN N° 0294 del 24 de enero de 2005, el organismo de contralor señaló que las intervenciones de otras reparticiones no tratan y, por lo tanto, no conmueven las consideraciones vertidas sobre el proceso licitatorio, excepto el reparo relacionado con el cumplimiento de la Decisión Administrativa N° 215/99 (v. fs. 3852/3854).

Agrega que resulta procedente remitirse a los términos de las consideraciones expuestas por la SIGEN; no obstante lo cual, reitera algunos conceptos:

1) Que el concedente cuente con estudios y presupuestos básicos actualizados que le permitan definir, con certidumbre, los extremos a los que debe ajustarse el llamado a licitación.

2) Complementar los análisis de a) con recuperación de capital a invertir, plazo y razonabilidad de la concesión.

3) Ausencia de valuación adecuada de la concesión.

4) El concedente debe contar con un anteproyecto suficientemente definido con especificaciones técnicas precisas a las que deben ajustarse los oferentes.

5) Resulta insuficiente la documentación para evaluar la capacidad económica, técnica y financiera.

6) El Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares carece de definiciones precisas.

7) Falta correspondencia entre la calificación asignada y el puntaje otorgado.

8) Objeciones presentadas al anteproyecto arquitectónico y programas de mantenimiento y seguridad.

9) Se vulneran los principios de transparencia o igualdad.

10) No surge del expediente el tratamiento administrativo legal otorgado por el ONABE a la temática planteada como, tampoco, la existencia de informes circunstanciados o dictámenes jurídicos que traten el tema y asesoren a las máximas autoridades intervinientes en este proceso.

Deficiencias como las apuntadas, concluye la SIGEN, afectan el proceso licitatorio y proyectan sus efectos sobre los actos que al respecto se adopten.

En Causa N° 1988/04 LOUSTEAU BIDAUT, Juan Carlos, se investigan hechos relativos a la Licitación Pública N° 23/03.

La intervención de la SIGEN fue definitiva y en el marco del art. 104, inc. i) de la Ley N° 24.156 (B.O. 29-10-92).

7.2. Ante el informe de la SIGEN, el 27 de enero de 2005, la Gerencia de Asuntos Jurídicos del ONABE remitió los autos a esta Procuración, señalando que no se había pedido a la SIGEN la intervención en lo previsto por el art. 104 inc. i) y que no había formulado recomendaciones tendientes a superar las deficiencias formuladas al proceso licitatorio o a asegurar el adecuado cumplimiento normativo

167



179

Procuración del Tesoro de la Nación

pero, no obstante, como mantenía las observaciones, se solicitaba informar al ONABE sobre: (i) la legalidad del trámite y (ii) la procedencia de continuar con el mismo.

- II -

ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

1. Consideraciones Preliminares

En el expediente bajo examen se solicita emitir opinión respecto de la legalidad del trámite y la procedencia de su continuación.

El requerimiento formulado exige, en sustancia, analizar distintos aspectos vinculados a la factibilidad jurídica de concluir con el procedimiento de contratación que da origen a las presentes actuaciones.

Con ese fin, y en orden a un mejor tratamiento de los diversos aspectos susceptibles de ser analizados; y en particular aquellos que merecen un tratamiento puntual en orden a las observaciones formuladas por la SIGEN, es menester expedirse respecto de:

a) El marco normativo aplicable, atendiendo al objeto y tipo de contrato.

b) Las partes: 1.- La Administración contratante; en particular, el órgano de la contratación y su competencia y 2.- El contratista.

c) El objeto del contrato.

d) El procedimiento de contratación: punto éste que exige tratar diversas cuestiones, especialmente: 1.- la selección del contratista, 2.- la modalidad de adjudicación, el acto de adjudicación y 3.- la formalización del contrato.

e) Otras cuestiones.

a) El marco normativo aplicable, atendiendo al objeto y tipo de contrato.

Tal como antes se reseñara, el Organismo Administrador de Bienes llamó a Licitación Pública para el otorgamiento de la concesión para la administración y explotación de la Estación Terminal Once de Septiembre, por el término de 20 años con la obligación de mejorar, ampliar y mantener las instalaciones de la misma, a fin de brindar un adecuado servicio al usuario.

El Pliego de Bases y Condiciones de la licitación aprobado por la Disposición ONABE N° 31/93, en su Título II -Pliego de Bases y Condiciones Particulares-, regula, en el numeral 5.2. lo atinente al marco normativo rector del procedimiento de selección y del contrato que oportunamente se suscriba así como su orden de prelación, disponiendo expresamente que se encuentra regido por el Decreto N° 1023/01- Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional- y el Decreto N° 436/00 -Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional-.

Es menester recordar aquí, en orden a sus implicancias, que el Decreto N° 1023/01 fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por la Ley N° 25.414 (B.O. 30-3-01) y, consecuentemente, las normas en él contenidas tienen rango y efecto equivalente a la ley.

Específicamente, el artículo 4°, inc. a) del Régimen aprobado por el Decreto N° 1023/01, establece, en lo que aquí interesa, que éste será de aplicación a las concesio-



Procuración del Tesoro de la Nación

nes de uso de los bienes del dominio público del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto N° 436/00 estatuye como obligatoria la aplicación de las disposiciones que se aprueban a todos los procedimientos de contratación en los que sean parte los organismos comprendidos en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.

En tal sentido el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 prevé que *„Se regirán por este Reglamento los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas y concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del ESTADO NACIONAL, que celebren las entidades estatales comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial (v. art. 2°, lo resaltado me pertenece).*

En lo particular, y recordando el acto que se cuestiona, esto es el otorgamiento de un bien de dominio público, a un particular, para que lo explote, mejore, etc. a cambio de un canon por dicha explotación, cabe recordar que el artículo 149 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00, en concordancia con lo previsto por el artículo 4° del Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto N° 1023/01, contempla, entre las modalidades de contratación tipificadas a aquellos *„contratos por los que los administrados, actuando a su propia costa y riesgo, ocupen, usen o exploten, por tiempo determinado, bienes pertenecientes al dominio público o privado del ESTADO NACIONAL, al que pagarán un canon por dicho uso, explotación u ocupación de los*

inmuebles puestos a su disposición en forma periódica y de acuerdo a las pautas que establezcan los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

Cabe recordar, asimismo, que dicha norma exceptúa *...de las disposiciones del presente Reglamento a las concesiones de obra pública y servicios públicos, las que se regirán por sus respectivos cuerpos normativos.*

Tal como surge de los artículos citados en los párrafos precedentes, el actual régimen de contratación administrativa contempla expresamente la posibilidad de la utilización de nuevas figuras contractuales, junto a las típicas, por la Administración Pública, como técnica para satisfacer las necesidades del tráfico jurídico público.

En ese contexto, la Administración, en el marco de facultades que le son propias y que le acuerda el mismo ordenamiento jurídico, dispuso de una de las herramientas que el sistema normativo pone a su disposición -de acuerdo a la naturaleza del acto que debía realizarse- y, en ejercicio de potestades atribuidas legalmente, optó por la satisfacción de las necesidades públicas aquí involucradas, a través de un contrato cuyo objeto excede los límites materiales de cualquiera de los tipos contractuales tipificado por el ordenamiento jurídico. J^u

Sentado ello, es preciso analizar la observación formulada por la SIGEN en lo atinente al encuadre jurídico de la licitación. En tal orden de ideas, el organismo de control entiende que resulta aplicable al caso el Decreto N° 1143/91, que en su artículo 5° dispone que las estaciones terminales de las líneas ferroviarias deben ser privatizadas bajo la modalidad de concesión de obra para la explotación, ampliación, reparación y conservación, por lo que la



Procuración del Tesoro de la Nación

presente licitación debería haberse sujetado al régimen previsto por las Leyes N° 17.520 y N° 13.064 y el Decreto N° 1023/01, en su parte pertinente.

En este estado de cosas, corresponderá abordar la legislación que regula la materia de interés.

Es cierto que el Decreto N° 1143 del 14 de junio de 1991 en su artículo 5° dispone que *...Las concesiones de los servicios ferroviarios del ÁREA METROPOLITANA comprenderán, en cada sector objeto de la concesión, la explotación comercial, la operación de trenes, el mantenimiento y rehabilitación del material rodante, infraestructura y equipos, y la atención de estaciones y actividades complementarias y subsidiarias, con exclusión de las estaciones terminales de las líneas ferroviarias y otras intermedias principales de superficie o subterráneas a determinar por la Autoridad de Aplicación, las cuales, previa determinación de los andenes, locales, instalaciones y sectores que serán asignados exclusivamente a los concesionarios de dichos servicios, deberán ser privatizados bajo la modalidad de concesión de obra para la explotación, ampliación, reparación y conservación, contemplada en el Capítulo VIII de la Ley N° 23.696 (B.O. 23-8-89).*

Pero también lo es, que dicho Decreto se dictó en el ejercicio de las facultades conferidas por la Ley N° 23.696 de Emergencia Económica y Reforma del Estado.

Esta ley prevé en su Anexo I -Privatizaciones o concesiones-, lo atinente a las modalidades previstas para la transferencia al sector privado de las distintas prestaciones sujetas a privatización, disponiendo, respecto de FERROCARRILES ARGENTINOS que la modalidad de la participación del sector privado en el proceso entonces iniciado, en lo referente a Infraestructura o servicios, sería a través

de la concesión; ello sin predefinir alguna de las modalidades susceptibles de ser consideradas dentro de esta especie (concesión de servicio público, de obra pública, de uso de dominio público o técnicas mixtas) y , por tanto, dejando librado a la decisión de la autoridad administrativa, tal como expresamente se dispone en su artículo 11, la opción, entre distintas alternativas igualmente válidas, del tipo contractual.

En tal marco normativo, si bien en una primera etapa el Poder Ejecutivo en el decreto de ejecución de la facultad conferida por el precitado artículo (v. Decreto N° 1143/91) fue la concesión de obra pública, también lo es que luego, el Ejecutivo apoderó al entonces ENABIEF en los términos del Decreto N° 1383/96 (B.O. 9-12-96) para optar entre distintos tipos contractuales en punto a la administración de los bienes que le fueron afectados, entre los que se encontraba la Estación Terminal Once de Septiembre, tal como a continuación se explica.

De este modo, puede ya adelantarse que, la modalidad contractual por la que ha optado el ONABE se ajusta a las previsiones contenidas en la Ley N° 23.696 y en disposiciones reglamentarias, dictadas con posterioridad al Decreto N° 1143/91.

Como se dijo, en lo atinente a los bienes ferroviarios que no se encontraban afectados a las concesiones de transporte ferroviarios de cargas y pasajeros, los mismos tuvieron un tratamiento especial, tal como surge del Decreto N° 1836/94 (B.O. 19-10-94), que reguló la transferencia al Estado Nacional, en el estado en que se encuentren, de los derechos reales correspondientes a los bienes inmuebles de los entes en liquidación y del Decreto N° 1039/95 (B.O. 1-



Procuración del Tesoro de la Nación

8-95) por el que, atento la importancia del patrimonio mobiliario e inmobiliario se exceptuó a FERROCARRILES ARGENTINOS de las obligaciones impuestas por las normativas señaladas y se determinó la necesidad de establecer un plan para la administración, enajenación y/o transferencia de tales bienes.

Posteriormente, conforme resulta de los considerandos que motivaron el dictado del Decreto N° 1383/96, el Estado Nacional efectuó una nueva valoración en punto al régimen de bienes ferroviarios, entre los que se encuentra la Estación Terminal Once de Septiembre.

Se recordó que, a través de los respectivos procedimientos licitatorios, la explotación ferroviaria de pasajeros y carga, entre los años 1992 y 1995, fue transferida del ESTADO NACIONAL al sector privado (v. consid. séptimo del Decreto N° 1383/96).

Asimismo, a la fecha del dictado de este decreto, FERROCARRILES ARGENTINOS (en liquidación) tenía a su cargo un patrimonio inmobiliario de importante magnitud, complejamente disperso en todo el territorio del país y un patrimonio mobiliario de muy particulares características (v. considerando noveno).

Ante tal situación, este Decreto N° 1383/96 previó la creación de un ente que permitiera concentrar todos los derechos y obligaciones inherentes al patrimonio ferroviario, para su adecuada tutela.

En dicho patrimonio, correspondía distinguir entre aquellos bienes que fueron entregados a los concesionarios del transporte ferroviario que resultaron adjudicados en los respectivos procesos licitatorios y, aquellos otros que, al no haber sido concesionados seguían afectados a FERROCARRILES

ARGENTINOS (el) o a FERROCARRILES METROPOLITANOS SOCIEDAD ANÓNIMA.

Los primeros bienes, en lo atinente a su vigilancia y conservación, quedaban en la órbita de la COMISIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN DEL TRANSPORTE -v. art. 30- (v. Decreto N° 1836/93 -B.O. 7-9-93-, modificado por Decreto N° 660/96 -B.O. 27-6-96-).

Los segundos, es decir, los no concesionados, fueron transferidos, en afectación, a un nuevo ente que se creaba: ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES FERROVIARIOS (ENABIEF); estableciéndose, claramente, que la afectación no impedía atribuirle facultades de disposición sobre dicho patrimonio.

Dichos bienes no concesionados eran el conjunto de bienes que no se hubieron otorgado contractualmente en virtud del concesionamiento del sistema ferroviario de transporte de personas y cargas que se encuentren en poder de FERROCARRILES ARGENTINOS (el) o FERROCARRILES METROPOLITANOS SOCIEDAD ANÓNIMA, más aquellos que, habiendo sido concesionados, se hubiera resuelto desafectar de la explotación o se decidiera hacerlo en el futuro, menos aquéllos que se hubiera resuelto o se resolviera en el futuro incorporar a las concesiones de servicios ferroviarios de transporte de personas y carga (v. Artículos 2° y 4° del Decreto N° 1383/96).

Se declararon innecesarios a los fines perseguidos los bienes asignados, **con la exclusión expresa de las terminales ferroviarias**, que se encontraban comprendidas en el artículo 5° del Decreto N° 1143/91 (v. artículo 5° del Decreto N° 1383/96).



Procuración del Tesoro de la Nación

En el marco comentado, se dispuso, entre las misiones del ENABIER, la de administración del patrimonio del Estado Nacional que se le asignara por su decreto de creación (v. art. 8° inc. a) Decreto N° 1383/96).

A los efectos del cumplimiento de tal misión, se lo facultó para realizar todas las acciones necesarias relativas a la preservación del patrimonio a su cargo, incluyendo *...Contratar obras y servicios que hagan al cumplimiento de sus misiones y funciones dentro de los límites del presupuesto asignado y de conformidad con la legislación vigente: (...) j) Celebrar todo tipo de contratos, y en particular, contratos de concesión de uso, con o sin el derecho de introducir mejoras, y de publicidad en los bienes a su cargo, de anticresis, leasing, factoring, fideicomiso, y cualquier otro contrato civil o comercial, típico o atípico, nominado o innominado, que fuera conducente para el cumplimiento de su objeto (v. art. 10 Decreto N° 1383/96).*

Ahora bien, ni en la motivación del decreto antes mencionado ni en su parte dispositiva se hace alusión alguna respecto de la modalidad de contratación prevista por la última parte del artículo 5° del Decreto N° 1143/91, para las terminales ferroviarias.

Lo que sí se pone de manifiesto en dicho acto administrativo es el otorgamiento de amplias atribuciones en materia de administración de los bienes cuya afectación le fuera transferida, entre los que se encuentran las terminales ferroviarias y, entre ellas, la Estación Once de Septiembre, y amplias facultades en materia de contratación con el fin de cumplir los cometidos públicos que le fueran asignados.

Tales atribuciones son las que actualmente ostenta el ONABE, en virtud de lo previsto por el artículo 3° del Decreto N° 443/00 que, expresamente, prevé en lo que aquí interesa que el *...ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES* tendrá las misiones y funciones del *ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES FERROVIARIOS*, establecidas por el Decreto N° 1383/96...

En ese marco, el canon hermenéutico fundamental de totalidad y coherencia del ordenamiento jurídico conduce a una conclusión inexorable: en tanto la Ley N° 23.696 no ha previsto una modalidad específica en materia de participación del sector privado respecto de las terminales ferroviarias, no existe vulneración alguna al principio de legalidad, principio rector de la actividad administrativa y postulado esencial del estado de derecho.

Así, el contrato de concesión de obra pública prevista en el artículo 5° del Decreto N° 1143/91 convive, a partir del dictado del Decreto N° 1383/96, con una amplia gama de técnicas contractuales susceptibles de ser utilizadas por el ONABE, para cumplir con su deber de administración de los bienes afectados a este organismo.

Por lo demás, la facultad del ONABE de optar por una técnica contractual distinta de la prevista por el artículo 5° del Decreto N° 1143/91, según surge del texto de las normas precitadas, está conteste con el ordenamiento jurídico administrativo vigente en materia de contratación administrativa, que atribuye a la Administración Pública la potestad de acudir a la utilización de la técnica contractual y seleccionar, entre las figuras posibles, aquella que resulte más conveniente, para cada caso, según la naturaleza de la prestación, los fondos y tiempos disponibles, la



Procuración del Tesoro de la Nación

relación entre la exigencia concreta y singular a la que se pretende dar satisfacción mediante un contrato determinado y el resto de las necesidades públicas que han de ser canceladas por el poder administrador, en la ejecución de los cometidos que le son propios (v. Guglielminetti, Ana Patricia, *Contratos Administrativos y Financiamiento Privado*, en *Actualidad en el Derecho Público*, Ed. AD HOC, N° 11, 1999, pág. 131).

No existen, pues, objeciones de índole jurídica que formular a la Disposición ONABE N° 31/03 y al procedimiento de selección desarrollado en consecuencia en punto al objeto y tipo de contrato que se pretende celebrar relacionado con la Estación Terminal Once de Septiembre.

1. La prestación.

El contenido específico de la prestación involucrada en este contrato, viene definido por la Disposición ONABE N° 31/03 y las provisiones del pliego, involucrando una serie de obligaciones de distinta naturaleza (obra, mantenimiento, explotación y operación) que, en definitiva, constituyen el objeto precisado en el acto de la convocatoria.

La alternativa de optar por esta modalidad singular, luego de despejadas las dudas planteadas en el punto 1 precedente, resulta ajustada a derecho pues tanto el Decreto N° 1023/01 al definir su ámbito de aplicación objetivo (v. art. 2), como el Decreto N° 1383/96 (v. art. 10), de aplicación al ONABE lo previsto por el art. 3 del Decreto N° 443/00), habilitan la utilización de modalidades contractuales distintas a las tipificadas por el ordenamiento jurídico administrativo.

Asimismo, al analizarse más adelante la cuestión vinculada a los contenidos de los pliegos de la licitación -en

orden a razones metodológicas- se desarrollan, también, otras consideraciones que terminan de precisar la cuestión tratada en este acápite.

2. El precio y el canon.

En este contrato, a diferencia de la mayoría de los contratos administrativos, el precio no es asumido por la Administración, sino por terceros ajenos a la relación contractual, derivado de la explotación de los locales comerciales y otros espacios; asumiendo el concesionario la obligación de pagar, por tal explotación, un canon a la Administración.

Corresponde detenerse en este último punto, toda vez que es el dato económico importante a la hora de determinar la ecuación económico financiera y la conveniencia de la contratación, cuestión ésta, propia de la administración activa.

En primer lugar, la fijación del canon base para la concesión que nos ocupa, fue solicitada a la Gerencia Área Pignoratícia Ventas del Banco Ciudad de Buenos Aires, por el ONABE, mediante nota glosada a fojas 231.

De dicha comunicación, resultaban los lineamientos a ser tenidos en cuenta para la fijación requerida: concesión para la administración y explotación de la Estación Terminal, por el término de 20 años, con obligación de mejorar, ampliar, remodelar y mantener las instalaciones, a fin de brindar adecuado servicio al usuario; detalles de planta, planos generales de superficie, descripción sintetizada del inmueble, pautas para el diseño de proyecto y ejecución de obras, pautas para diseño de locales comerciales, pautas para mantenimiento y limpieza, para vigilancia y seguridad; es decir, se solicita una determinación de canon que, jus-



Procuración del Tesoro de la Nación.

tamente, contemplaba las variables objetadas por la Sindicatura.

El pedido efectuado por el ONABE, lo fue a una Entidad ajena a la Administración Pública Nacional, de reconocida idoneidad en dicha materia y con capacidad técnica, para llevar adelante lo solicitado.

Amen de lo expuesto, la Gerencia Técnica del ONABE produjo un informe de estimación de canon. Es importante recordar, en este sentido, que la exposición realizada por el Área Técnica tuvo por base el análisis que fuera desarrollado por los Consultores Camba y Asociados SA, que fuera base para la licitación del año 1999, que quedara rescindida por Disposición N° 254/02 por falta de realización de obras y de pago de canon y no, por haber resultado inadecuados los valores establecidos.

Las particularidades del proceso licitatorio en análisis no escaparon a los Organismos llamados a valorar las circunstancias que permitieran determinar un adecuado equilibrio entre las obligaciones que asumía el concesionario y los beneficios que obtuviera. En tal sentido, se señalaba ya en el informe en comentario *...a efectos de la estimación, se formulan diversas hipótesis con sustento variable por la atipicidad de la licitación, que tiene como objetivo básico la prestación de un servicio eficiente al pasajero y no la persecución de la optimización de un negocio inmobiliario. La atipicidad deviene de transferir a los oferentes el proyecto de las obras a realizar del cual surgirá la determinación del monto de inversión de las mismas así como la actividad comercial que debe financiar, las inversiones y costos operativos (v. fs. 266).*

33

Fue en ese marco, que se ponderaron circunstancias centrales como el cálculo de ingresos (la superficie rentable de locales comerciales, el factor de aprovechamiento; el factor de utilización -coeficiente que tenía en cuenta la falta de simultaneidad en la ocupación rentable de los espacios-; ingresos mensuales por locales, ingresos por publicidad y promociones); cálculo de egresos (gastos generales como personal, vigilancia, limpieza, operación y administración o inversión en obras, actualizado el valor, según el índice dado por la Cámara Argentina de la Construcción).

De lo expuesto, se concluía en la determinación de un canon base, con una tasa de rentabilidad del 16% anual, estimado en ochenta mil pesos (\$80.000) mensuales.

Por otra parte y conforme requerimiento efectuado, el Banco Ciudad de Buenos Aires produjo, en marzo de 2003, el informe que corre glosado a fojas 412/424, resultado de la intervención del personal técnico de dicha entidad.

Conforme se adelantara, se brindaron al Órgano dictaminante los criterios rectores, a los fines de la elaboración del informe. Así fueron reseñados el objeto del llamado, el plazo, la operatividad de la estación, que los oferentes presentarían los proyectos siguiendo las pautas y requerimientos generales previstos en los pliegos, así como propuestas de vigilancia y mantenimiento.

Analizadas las características del llamado previstas antes expuestas, las condiciones detectadas en la plaza en que el bien se encuentra y los factores que conforman la hipótesis de trabajo -concluye el Banco Ciudad- se sugería un canon base para el llamado a licitación de pesos ochenta mil (\$80.000).



Procuración del Tesoro de la Nación

A partir de tal circunstancia, de las conclusiones a las que arriba dicha entidad financiera, teniendo a la vista el detalle del informe producido a fojas 412/424 y, recordando lo concluido en el informe de la Gerencia Técnica del ONABE, las observaciones formuladas por la SIGEN, tal como están propuestas, impresionan como meras apreciaciones circunstanciales; toda vez que, dichos cuestionamientos, hacen caso omiso a los informes producidos no sólo por las áreas competentes del Organismo Licitante, sino también de un organismo dictaminante independiente y de reconocida solvencia; despojando así a la valoración que se hace del trámite licitatorio de un andamiaje central, cual es la contemplación de las distintas variables que hacen a la adecuada ponderación del negocio, tutelando tanto los intereses del Estado como los del particular, a través de la determinación de una rentabilidad razonable, por el tiempo previsto de concesión.

No se advierten pues, en este punto, elementos de juicio suficientes para conmovir los informes producidos por las áreas técnicas, los cuales merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. Dictámenes 207:343, 247:180, entre otros).

b) Las partes.

Corresponde ahora analizar el cumplimiento por parte de la Administración y el adjudicatario, respectivamente, de los requisitos jurídicos exigidos por el grupo normativo rector del procedimiento de selección, motorizado por la Disposición ONABE N° 31/03 respecto de su regularidad y consecuente posibilidad de continuar con el trámite.

1.- La Administración contratante; en particular, el órgano de la contratación y su competencia.

En cuanto a la cuestión referida al órgano competente para expresar la voluntad de contratar, en particular, la regularidad de la Disposición ONABE N° 31/03, el procedimiento licitatorio desarrollado en consecuencia y la Disposición ONABE N° 65/04, por la que se dispone la adjudicación del contrato, en orden a lo previsto por los Artículos 3° y 7° inc. a) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549, cabe apreciar:

Tal como surge de los antecedentes obrantes en las actuaciones, el Director Ejecutivo del Organismo Nacional de Administración de Bienes dispuso el llamado a licitación y posterior adjudicación del contrato con fundamento en las atribuciones conferidas por Decreto N° 1280/02 (B.O. 18-7-02); Resolución MIV N° 168/00, Actas de Directorio N° 5 y N° 10 de fechas 7 de septiembre de 2000 y 25 de abril de 2001, respectivamente; Decreto N° 1383/96 y, similar N° 443/00, modificado por los Decretos N° 813/01 y N° 2693/02 (B.O. 2-1-03).

Para analizar la cuestión referida a la competencia del ONABE es menester recordar la evolución de los organismo que tuvieron tales competencias, hasta la actualidad.

Así, por Decreto N° 1383/96, se creó el ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES FERROVIARIOS (ENABIEF).

Posteriormente, por Decreto N° 443/00 se disolvió el ENABIEF y se creó el Organismo Nacional de Administración de Bienes; concentrando las misiones y funciones del Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios y de la Dirección Nacional de Bienes del Estado, con excepción del



Procuración del Tesoro de la Nación

Registro Patrimonial, el que se mantiene en la órbita del ex Ministerio de Economía (v. artículos 1º, 2º y 3º).

El Organismo Nacional de Administración de Bienes sería conducido por un Directorio integrado por UN (1) Presidente y CUATRO (4) Vocales. La Presidencia del Directorio sería ejercida por el entonces Ministro de Infraestructura y Vivienda y la Administración de dicho Organismo, según dicho decreto, estaba a cargo de UN (1) Director, designado a propuesta del Directorio (v. art. 4º).

Posteriormente, por Decreto N° 813/01, se sustituyó el artículo 4º del Decreto N° 443/00, el que quedó redactado de la siguiente forma: **El ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES será conducido por el Ministro de Infraestructura y Vivienda, en carácter de Presidente, el que quedará facultado para efectuar las delegaciones necesarias, ampliar y/o restringir las existentes.** La Administración de dicho Organismo estará a cargo de UN (1) Director, que será designado por el citado funcionario (el resaltado me pertenece).

De conformidad a lo expuesto, se dictó la Resolución N° 168/01, por la cual, se le delegaron diversas facultades, entre ellas la del artículo 10 inc. j), relacionada con la celebración de todo tipo de contratos.

Nuevamente, el artículo 4º en comentario sufrió una modificación: el Decreto N° 2693/02 dispuso sustituir el artículo 4º del Decreto N° 443/00, modificado por el artículo 1º del Decreto N° 813/01, quedando redactado de la siguiente forma: **"El ORGANISMO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES será conducido por el Secretario de Obras Públicas de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, en carácter de Presidente, el que quedará facultado para efectuar las delega-**

ciones necesarias, ampliar y/o restringir las existentes (el resaltado me pertenece).

Dispuso también que *„La Administración de dicho Organismo estará a cargo de UN (1) Director, que será designado por el citado funcionario.*

A modo de síntesis, de las normas reseñadas surge que:

- La competencia en materia de celebración de contratos es atribuida por los respectivos decretos de creación al Presidente del ex ENABIEF y del actual ONABE;

- A partir del dictado del Decreto N° 813/C1, se facultó al Presidente del organismo *„para efectuar las delegaciones necesarias, ampliar y/o restringir las existentes;*

- Por Resolución N° 168/C1 del entonces Ministerio de Infraestructura y Vivienda, a cargo de la Presidencia del Directorio, se delegó al Director del ONABE la atribución de celebrar contratos, de conformidad con lo previsto por el artículo 10 inc. j) del Decreto N° 1383/96.

- Por el Decreto N° 2693/02 se asignó la Presidencia del órgano a la Secretaría de Obras Públicas y mantuvo, en idénticos términos, la autorización en materia de delegación de facultades.

De este modo, la delegación al director del órgano en materia de celebración de contratos por la Resolución MINFRAVI N° 168/C1 se efectuó dentro de los límites establecidos por el artículo 3° de la LNPA, pues tal como señala Comadira, conforme a la ley, la delegación no requiere autorización legislativa; es suficiente la habilitación normativa; de modo que en el marco de aquella, un reglamento, en el caso las normas de organización contenidas en los decretos antes mencionados, puede operar como fuente de competencia para delegar, o de competencia delegada (v.



Procuración del Tesoro de la Nación

COMADIRA, Julio R, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, Bs As, La Ley, 2002, (T.1.).

Ahora bien, el dato que la titularidad de la Presidencia del Directorio haya sido encomendada por el P. E. a través del tiempo a distintos órganos a partir del dictado del Decreto N° 813/01 no tiene, per se, eficacia jurídica suficiente para considerar que tal circunstancia ha producido la derogación de la delegación de facultades toda vez que, más allá de dichas vicisitudes organizativas, se ha mantenido vigente sin solución de continuidad la facultad en materia de delegación de funciones prevista por el artículo 4°.

Entonces, en materia de celebración de contratos el Director Ejecutivo del ONABE conserva las atribuciones oportunamente delegadas por el Presidente del ONABE mediante la Resolución MINTRAFI N° 168/01 dado que, según los antecedentes que se tienen a la vista, en el caso bajo análisis con posterioridad al dictado de dicha resolución no se emitieron actos administrativos que restrinjan, alteren o modifiquen la delegación de facultades en lo atinente a la materia que aquí se trata.

En este marco y a título de colofón, podría señalarse que el ONABE conserva las facultades del EXABIEF (ONABE) y, entre ellas *„Celebrar todo tipo de contratos, y en particular, contratos de concesión de uso, con o sin el derecho de introducir mejoras...*, resultando competente para el dictado de las medidas tendientes a tal fin su Director Ejecutivo.

De lo expuesto, resulta clara la competencia material (*Conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye a un órgano. Significa el grado de aptitud que la norma confiere*

11

a un órgano administrativo para el ejercicio de sus funciones. Conf. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Ed. ASTREA, Bs. As. 1992, pág. 55) del Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado para llevar adelante el acto licitatorio que se cuestiona.

Sin perjuicio de ello, cabe analizar si el ejercicio de tales competencias encuentra una linde externa en la Decisión Administrativa N° 215/99.

Por el Decreto N° 2662/92, se reglamentó el art. 35 de la Ley N° 24.156. Este último, dispone que *„Los órganos de los tres poderes del Estado determinarán, para cada uno de ellos, los límites cuantitativos y cualitativos mediante los cuales podrán contraer compromisos por sí, o por la competencia específica que asignen, al efecto, a los funcionarios de sus dependencias. La competencia así asignada será indelegable. La reglamentación establecerá la competencia para ordenar pagos y efectuar desembolsos y las habilitaciones para pagar que no estén expresamente establecidas en esta ley.*

En virtud de ello, por el Decreto N° 2662/92 se establecieron las autoridades y funcionarios del PODER EJECUTIVO NACIONAL que pueden autorizar los procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios, según su monto.

A su vez, por el artículo 2° del premencionado decreto, se fijó la competencia de las autoridades y funcionarios del mismo ámbito para la aprobación de actos por los que se contrate o adquiera bienes y servicios, de acuerdo con los importes allí determinados. Tales previsiones fueron, luego, reemplazadas por la Decisión Administrativa N° 215/99 sobre la que, más adelante, se volverá.



Procuración del Tesoro de la Nación

Cabe destacar que, entre los antecedentes de hecho y de derecho que motivan dicho decreto -la causa del acto administrativo-, enunciados en sus considerandos, se señaló que su dictado se encontraba vinculado a la necesidad de *...reglamentar las competencias de los Funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional sobre autorización y aprobación de gastos y establecer las competencias para ordenar pagos y; que tales competencias debían ...determinarse no sólo para los gastos en bienes y servicios no personales, debiendo comprender los demás conceptos incluidos en el Clasificador por Objeto del Gasto...* (el resaltado me pertenece).

Posteriormente, por Decisión Administrativa N° 215/99, se fijaron los montos para autorizar los procesos de adquisición de bienes y servicios y para la aprobación de actos por los que se contrate o adquiera bienes y servicios, de acuerdo con la competencia asignada a los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional.

En este ámbito, claramente definido por el texto de la normativa citada, es que la Secretaría de Hacienda, competente para el dictado de normas complementarias que deben cumplir las jurisdicciones para la autorización y aprobación de gastos y ordenación de pagos, emitió la Resolución N° 358/93 (modif. Similar N° 11/93), estableciendo los requerimientos que debían cumplirse en tales materias (autorización de gastos, aprobación de gastos, ordenación de pagos).

De lo expuesto resulta el ámbito de aplicación material de la reglamentación comentada: autorización y aprobación de gastos. Es decir, la generación de compromisos de recursos y obligaciones de pago por parte del Estado Nacional.

En materia de interpretación, tal como ha señalado la Procuración del Tesoro de la Nación *„Cuando de las palabras del precepto se deduce indudablemente el sentido de la voluntad legislativa, no es admisible, so pretexto de interpretar la norma, indagar un pensamiento y una voluntad distintos. La transparencia de un texto legal no deja resquicio a un análisis exegético que pondere elementos ajenos al de su consideración directa; no resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice, o dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena (v. Dictámenes 233:223).*

De ello se sigue que la Decisión Administrativa N° 215/99 no resulta aplicable al caso bajo examen, toda vez que dicho acto regula la competencia en razón del grado de los funcionarios de la Administración Pública Nacional, en materia de autorización y aprobación de gastos.

No puede predicarse, entonces, con carácter general y en abstracto, tal como lo hace la Oficina Nacional de Contrataciones, que la hipótesis legal condicionante de las normas jurídicas contenidas en dicho reglamento involucran a todos los contratos vinculados con la adquisición de bienes y servicios, toda vez que tratándose de la regulación de las competencias en materia de autorización y aprobación de gastos, mal puede encontrarse alcanzada por tal régimen la celebración de un contrato como el que aquí se trata en el que, por su modalidad, no existe obligación de la Administración de realizar pagos o gastos en orden a su ejecución y cumplimiento.

Así, desde la perspectiva de la competencia en razón del grado del Director del Organismo Nacional de Adminis-



Procuración del Tesoro de la Nación

tración de Bienes, las Disposiciones N° 31/03 y N° 65/04, no merecen reparos legales que formular.

En virtud de ello, resulta desde el punto de vista jurídico innecesario proceder a la ratificación de lo actuado por el Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONABE) y, consecuentemente, al dictado de la decisión administrativa que en proyecto se acompaña por parte del Jefe de Gabinete de Ministros.

En efecto, la ratificación del acto administrativo por el órgano superior prevista por el artículo 19 inc. a) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 es la técnica jurídica a través de la que el acto administrativo anulable es susceptible de ser saneado.

En recientes asesoramientos esta Procuración del Tesoro de la Nación se pronunció respecto de la ratificación de los actos anulables. Se sostuvo entonces que "...Cabe tener presente que la Ley de Procedimientos Administrativos faculta a la Administración para sanear actos de esta naturaleza, recurriendo al remedio de la ratificación por el órgano superior jerárquico, siempre que la avocación, delegación o sustitución fueran procedentes (v. art. 19 LPA). En efecto, para la procedencia del saneamiento -y, por ende, de la ratificación-, es condición indispensable, como ya se ha señalado, que el acto administrativo que se pretende sanear sea anulable; esto es, un acto en el que, en su dictado, se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales (confr. art. 15 LPA). Tal es el caso del vicio de incompetencia en razón del grado, al que la Ley N° 19.549 no incluye entre aquellos vi

cios que provocan la nulidad absoluta (v. Dictámenes 247:180).

Esto es, como se ha sostenido en reiteradas oportunidades *„El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado; este vicio es eliminado por la ratificación. De tal suerte, los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro (v. Dictámenes 247:780; 248:475).*

Desde los lineamientos teóricos propuestos, se estima que no habiendo vicio de competencia del agente del cual emanó el acto de adjudicación, ni correlativamente, un acto nulo de nulidad relativa, la ratificación del mismo por autoridad superior, como ya se adelantara, no resulta necesaria en atención a la ausencia de necesidad de auxilio para superar una circunstancia vicio del acto- que no se configuró.

2. El contratista: aptitud para contratar con la Administración.

La regulación de las condiciones de aptitud que deben reunir las personas físicas o jurídicas que se propongan contratar con la Administración se regulan por los Decretos N° 1023/01 y N° 436/00 desde una triple perspectiva: la capacidad de obrar; la de las circunstancias de hecho que inhabilitan para contratar y la de la solvencia económica financiera y técnica que deben reunir los oferentes.

El artículo 16 del Régimen de Contrataciones, aprobado por el Decreto N° 1023/01, establece una pauta general en orden a la elegibilidad de los oferentes disponiendo que la información obrante en bases de datos de organismos públicos sobre antecedentes de las personas físicas o jurídicas



Procuración del Tesoro de la Nación

que presenten ofertas será considerada a fin de determinar su elegibilidad. Asimismo prevé que se desestimarán, con causa, las ofertas de personas físicas o jurídicas que exhiban reiterados incumplimiento de sus obligaciones, en las condiciones que establezca la reglamentación.

Específicamente, las condiciones de aptitud para contratar con la administración se encuentran reguladas por los artículos 27 y 29 del Régimen aprobado por el Decreto N° 1023/01 y, 135 y 136 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

En cuanto a la capacidad de obrar, los artículos 27 y 135 de dichos Decretos prevén que podrán contratar con la Administración las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse, que no se encuentren comprendidas en las provisiones del artículo 28 del Decreto N° 1023/01.

Por su parte, los artículos 28 y 136, respectivamente, establecen los supuestos que determinan la inhabilidad para contratar con la administración a saber: a) las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de lo dispuesto por el art. 29; b) los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquellos tuvieran participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido por la Ley de Ética Pública N° 25.188 (B.O. 1-11-99); c) los fallidos, interdictos y concursados, salvo que estos últimos presenten la correspondiente autorización judicial y se trate de contratos donde resulte intrascendente la capacidad económica del oferente; d) los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena; e) las personas que se encontrasen procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacio-

nal, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción; f) las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias o previsionales de acuerdo con lo que establezca la oficina de hacienda; g) las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del art. 8 de la Ley N° 24.156.

Específicamente, en lo atinente al inc. f, el Manual Práctico para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional, aprobado por la Resolución N° 312/00 (B.O. 13-7-00) de la Secretaría de Hacienda, prevé que el Certificado Fiscal para Contratar deberá exigirse de conformidad con lo establecido por dicho inciso f). Dicho certificado, es expedido por la AFIP,³⁴ a solicitud de los interesados en participar en procesos de contratación con el Estado Nacional.

Por su parte, el artículo 74 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 regula las causales de inadmisibilidad de las ofertas. En lo que aquí interesa, de conformidad con lo previsto en el inc. d) serán declaradas inadmisibles las ofertas que fueran formuladas por personas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado Nacional. Tales sanciones son aplicadas por la Oficina Nacional de Contrataciones de conformidad con lo previsto por los artículos 144, 145 y 156 de dicho Reglamento.

En ese contexto normativo, la Comisión de Evaluación (v. fs. 3480/3487) consideró que el oferente y actual adjudicatario de la licitación tenía capacidad suficiente para contratar, no encontrándose incurso en alguna causal de inhabilidad que lo impidiera contratar con la Administración.



Procuración del Tesoro de la Nación

No obstante ello, la SIGEN formulo observaciones en lo atinente a: a) Elegibilidad del adjudicatario, b) Ausencia de la evaluación de la capacidad técnica para ejecutar las obras; c) Deficiencias en la Evaluación de la capacidad económica, financiera y técnica.

Observó el organismo de control en punto a la elegibilidad del adjudicatario que, tal como antes fuera reseñado, uno de los integrantes de la UTE adjudicataria, Néstor Emilio Otero, al momento de la presentación de la oferta se encontraba demandado por la AFIP por infracción a la Ley N° 24.769 Penal Tributaria.

Agrega que, no obstante, el Sr. Otero presentó el formulario de declaración jurada e inhabilidad para contratar y Juicios con el Estado Nacional de acuerdo con las condiciones del Pliego de Bases y Condiciones, declarando que no tenía inhibiciones para contratar ni juicios pendientes contra el Estado Nacional y que, con relación a deudas previsionales, la firma MICRO's S.A. miembro integrante de la UTE, junto con el anterior, registraba al mes de marzo de 2001 una obligación exigible de \$16.788,55.

La conclusión a la que se arriba en el cuestionamiento que se trata, es resultado de la revisión parcializada del texto involucrado. Conforme el artículo interesado, se destimarán las presentaciones u ofertas de aquellas que exhiban reiterados incumplimientos; es decir, faltas que se hagan o sucedan repetidamente, esto es varias veces.

Como se ve, la configuración de la conducta prevista en la norma reseñada es muy diferente a la pretendida por la observación.

En cuanto a la elegibilidad del adjudicatario, debe recordarse que a través del proceso de selección estableci-

do, se pretende garantizar tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público (v. García De Entrenría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. CIVITAS, Madrid 1993, T.I, pág.683). Cabe recordar que según establece el Pliego de Bases y Condiciones Generales, artículo 21, la adjudicación deberá recaer en la oferta más conveniente para el Organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la misma.

Por su parte, entre las definiciones contenidas en el artículo 1.4 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, se establece que el Adjudicatario es el oferente ⁴¹ cuya oferta haya sido adjudicada, a juicio exclusivo del ONABE.

Tal derivación se ve modulada por el apartado 1.21.1: *La adjudicación recaerá sobre la oferta que resulte más conveniente de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y se efectuará mediante acto administrativo realizado por la autoridad competente.*

A mayor abundamiento, dispone el numeral 1.21.2.: *La adjudicación podrá efectuarse aún cuando se hubiera obtenido una sola oferta, siempre que la misma reúna los requisitos de admisibilidad técnica exigidos por el presente pliego, obtenido la calificación mínima establecida para el SOBRE N° 1 y ofertado al menos el canon base establecido.*

Respecto a la información a suministrar por el Oferente, corresponde señalar que el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, en su artículo 12, formula una serie de requerimientos que vienen a auxiliar a la administración en cuanto a la determinación de su identificación y habilidad para contratar con el Estado Nacional.



Procuración del Tesoro de la Nación

En el caso bajo análisis, resultan de interés las pautas contenidas en el apartado a. IV *Agrupación de Colaboración y Uniones Transitorias de Empresas*.

Respecto a la habilidad (apartado b), acompañar una declaración jurada donde conste que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad para contratar con el Estado de conformidad con lo establecido por el Reglamento para la Adquisición, Enajenación, y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional.

Sobre el aspecto judicial (apartado c), denunciar si mantienen o no juicios con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, individualizando en su caso, carátula, número de expediente, monto reclamado, fuero, juzgado, secretaría y entidad demandada.

En lo referido a la impositiva (apartado d), certificado fiscal para contratar vigente, expedido por la AFIP y acreditación de libre deuda previsional, expedido también por la AFIP.

En este orden de ideas, de los antecedentes obrantes en las actuaciones surge que, el oferente, no se encontraba suspendido o inhabilitado, conforme el artículo 144 del Decreto N° 436/00. Tampoco resultaba alcanzado por las previsiones de los apartados (b), (c), (d) y (g), en atención a las particularidades que son necesarias para caracterizar dichas situaciones, las que resultaban totalmente ajenas en el caso bajo análisis.

Respecto al apartado individualizado como (e), cabe señalar que el oferente -integrantes- no se hallaba procesado por delitos contra la propiedad (v. arts. 162/186 del Código Penal), o contra la Administración Pública Nacional (v. arts. 237/281 bis), o contra la fe pública (v. arts.

282/302) o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, Ley N° 24.759 -B.O. 17-1-97- (v. arts. I, IV y c.c.).

Asimismo, en cuanto a lo dispuesto por el acápite (f), cabe señalar que según daban cuentas los informes requeridos a los organismos intervinientes, los certificados fiscales para contratar, emitidos por la Administración Federal de Ingresos Públicos a favor de OTERO (8-4-03) y MICRO's SA (3-3-03) no registran deuda impositiva, ni previsional, de acuerdo a lo previsto por la Resolución General AFIP N° 135/03 (v. fs. 1310 y 1461).

Sin perjuicio de ello, corresponde, atento las particularidades de la cuestión planteada, analizar si, no obstante verificarse el cumplimiento de los requisitos formales en orden a la demostración de la aptitud para contratar, la existencia de una causa penal al momento de presentar la oferta resulta una causa suficiente y razonable para proceder a la desestimación de la oferta, en orden a su elegibilidad, en los términos del Reglamento aprobado por Decreto N° 1023/01.

Sobre la causa que involucraba al Sr. Otero es preciso recordar la situación verificada durante el procedimiento de selección.

Así, según surgen de los antecedentes obrantes en el expediente (v. fs. 3501) la causa fue iniciada por la AFIP el 31 de marzo de 2000. El 19 de noviembre de 2003, esto es, con posterioridad a la presentación de ofertas y apertura de sobre N° 1, hecho este último que se produjo el 31 de octubre de 2003, el Juzgado interviniente informaba que se había decretado el procesamiento del Sr. Otero por infracción al artículo 1° de la Ley N° 24.769.



Procuración del Tesoro de la Nación

Por Acta de Reunión N° 16 del 9 de febrero de 2004, la Comisión Evaluadora recomendó, en los términos de los artículos 78 y 110 del Reglamento, la adjudicación de la Licitación Pública N° 23/03, a la oferta presentada por Néstor Emilio Otero, José Roberto Iglesias, MICRO'S S.A. UTE.

El 2 de marzo de 2004 el juez de la causa por presunta evasión impositiva (N° 963/00) declaró extinguida la acción penal, atento el pago total e incondicional efectuado por el contribuyente de conformidad con lo previsto por el art. 16 de la Ley N° 24.769 que dispone: **En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada. La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reiniciencia y Estadística Criminal y Carcelaria (el resaltado me pertenece).**

Es dable destacar que, dicho auto, se complementa con el informe de la AFIP, glosado a fojas 3501.

El 4 de marzo de 2004, por Disposición N° 65, el CNABE dispuso la adjudicación en cuestión.

Sobre las cuestiones referidas al procesamiento de uno de los integrantes de la UTE adjudicataria y sus alcances, corresponde que la situación informada sea entendida en el contexto del régimen jurídico vigente; resultando oportuno recordar que, en doctrina, textos como el contenido en el artículo 136 del Decreto N° 436/00 o el artículo 28 del De-

creto N° 1023/01, se consideran de discutible adecuación al derecho fundamental a la presunción de inocencia (v. VINYOLÉS I CASTELLÓ, Miguel; *La Adjudicación de los Contratos Públicos*", Ed. CIVITAS, Madrid 1995, pág. 207/208).

Así, debe recordarse que en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal rige, como uno de los fundamentos del sistema, que toda persona tiene derecho a ser considerada inocente mientras que no se pruebe que es culpable (v. Artículo 1.º del Código Procesal Penal Nacional *"Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho"*). Precisamente en esa regla se basa todo el sistema acusatorio, puesto que no es al presunto culpable a quien incumbe demostrar su inocencia, sino a quien lo acusa probar tal culpabilidad. Es en materia procesal donde el tema ofrece particular relevancia, porque doctrinal y prácticamente plantea el tema de si la persona que es inculpada de un acto criminoso y aún detenida preventivamente, debe ser considerada inocente y que el hecho de que sean sometidas a un juicio, y hasta transitoriamente privada de libertad, esto último para asegurar la investigación del delito, no es porque se tenga que probar su inocencia, sino que lo que ha de demostrarse es su culpabilidad, y si tiene que probarse ésta, es precisamente porque el inculcado es inocente. Entonces, el procesado deberá ser tratado como inocente, sin hacer recaer sobre él otras



Procuración del Tesoro de la Nación

restricciones que las necesarias para evitar que pueda sus- traerse a la acción de la justicia).

Ahora bien, establecido el marco dentro del que debe estudiarse el cumplimiento de los requerimientos exigidos por la normativa, corresponde formular ciertas precisiones, vinculadas a los distintos "momentos" del proceso licitato- rio en el que tales requerimientos deben ser confrontados.

Quedó erradicado cualquier cuestionamiento vinculado a la configuración de las causales contenidas en el artículo 136, en lo que al oferente *Otero-Iglesias-MICRO's UTE* se refiere y, también, a partir de la cita precedente, que las cuestiones traídas a cuento deben, en definitiva, ser valoradas al momento de la contratación, esto es, una etapa que podría denominarse posterior a la de la oferta.

No debe confundirse, entonces, a efectos de analizar la legitimidad del proceso licitatorio y del acto de adju- dicación el momento de ponderación de las causales de in- habilidad y de las de inadmisibilidad de la oferta.

Lo dicho, resulta de la interpretación armónica de las normas del Decreto N° 436/00, cuyo artículo 74, estipula la inadmisibilidad de las ofertas que no reúnan los requisitos exigidos, pero en un momento del procedimiento distinto y anterior al de la contratación.

En este orden argumental y a poco de ver lo señalado, no correspondería otra interpretación ya que, las situacio- nes contempladas por las normas, pretenden otorgar a la Ad- ministración distintas herramientas para asegurar el cum- plimiento de los fines para los cuales instrumenta el pro- cedimiento de contratación que se estudia, en el marco de los principios generales a los que deben ajustarse la ges- tión de las contrataciones, esto es, de razonabilidad del

proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado, promoción de la concurrencia de los interesados y competencia de los oferentes, transparencia de los procedimientos, publicidad e igualdad (v. art. 3° del Reglamento probado por Decreto N° 1023/01).

Caso contrario, se afectarían principios como el de igualdad, contenidos en el régimen de contrataciones, ya que si el oferente, al momento de la revisión de su habilidad para contratar, no se encontraba comprendido entre las causales previstas; pero si resultaba incurso en ellas, posteriormente, al tiempo de suscribir el contrato, se encontraría en mejor posición que aquel sobre el cual pesó una condicionante, originada en una incertidumbre (procesamiento), que no sólo logrará certeza luego de una decisión judicial, sino que además, la misma deberá resultar firme, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Por último, tampoco compromete la legalidad del procedimiento ni el principio de transparencia la situación referida al contenido de declaración jurada presentada por Otero, en lo atinente a la existencia de juicios con el Estado Nacional de conformidad con la exigencia prevista por el Pliego de Bases y Condiciones.

En efecto, el contenido de la declaración jurada respecto de este requisito está expresamente definido en las condiciones generales y particulares de la licitación, en tanto, establecen la obligación de denunciar con carácter de declaración jurada, si mantienen o no juicios con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, individualizando en su caso: carátula, número de expediente, monto reclamado, fuero, juzgado, secretaría y **entidad demandada**



Procuración del Tesoro de la Nación

(v. art. 138 antepenúltimo párrafo del Régimen aprobado por Decreto N° 436/00; 12 c) del Pliego Único de Bases y Condiciones; art. 1.15.7.3 del Pliego de Especificaciones Particulares; fs. 1112 y 1133).

De ello se sigue que la obligación de declarar, que recae sobre el oferente, refiere a las causas que éste tiene contra el Estado Nacional; única hipótesis que se compara con la exigencia de individualizar a la entidad demandada.

Por tanto, es a todas luces evidente que no se ha verificado un incumplimiento del deber de información.

La SIGEN observa también que en la metodología de evaluación diseñada para calificar y seleccionar a los postulantes de la licitación no se han considerado aspectos relativos a la capacidad técnica para la ejecución de las obras, agregando que de haberse encuadrado la licitación por la Ley N° 13.064, la capacidad técnico económica para llevar adelante la obra queda en principio acreditada con la presentación del Certificado de Capacidad, expedido por el Registro Nacional de Constructores de Obra Pública, dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

Esta observación, si bien está relacionada con el contenido de los Pliegos que rigen la licitación, merece ser tratada en este punto toda vez que, en definitiva, la cuestión reconduce necesariamente a la metodología prevista para la valoración de la capacidad técnica del adjudicatario y, en orden a ello, a determinar si se encuentra comprometida la juridicidad del procedimiento de selección y del acto de adjudicación, por falta de capacidad técnica del adjudicatario.

En primer lugar es preciso resaltar que dado el carácter jurídico de este dictamen no se entra a considerar los aspectos técnicos de las cuestiones planteadas, ni tampoco corresponde expedirse, en principio, respecto de las razones de oportunidad, mérito y/o conveniencia de las medidas que se pretenden adoptar (conf. Dictámenes 206:156; 214:134; 228:25; 230:156; 231:36; 251 p. 75).

Dentro de ese marco la cuestión aquí planteada, sólo corresponde ser abordada en orden a verificar si la documentación licitatoria vulnera la normativa vigente aplicable al caso.

Es menester destacar que el contrato tiene un objeto complejo que excede materialmente al previsto por la Ley N° 13.064 de Obras Públicas. En efecto, tal como se define en las condiciones particulares (v. ap. 1.4.) el concepto obras involucra la construcción, refacción, remodelación, ampliación y reparación, constituyendo este concepto una de las obligaciones que deberá asumir el concesionario.

Pero, también, ha de tenerse en cuenta que a las obligaciones de obra se suman a otras de igual relevancia tales como la operación, que involucra el mantenimiento y la normal circulación de pasajeros y usuarios durante los 365 días del año; la explotación, que conlleva todas las acciones de carácter comercial a cargo del concesionario la cual es una herramienta esencial en orden al financiamiento y pago del resto de las obligaciones asumidas y la administración, que interesa, a manera de ejemplo, los servicios de custodia, limpieza y mantenimiento de la Estación Terminal, las cuales se deben cumplir de manera ininterrumpida a lo largo del plazo del contrato.



197

Procuración del Tesoro de la Nación

No impresiona como irrazonable o arbitraria la elección -entre otras alternativas igualmente válidas- efectuada por el ONABE, en su carácter de órgano técnico competente, del tipo de contratación en orden a satisfacer las necesidades de interés público aquí involucradas que, como ya se expusiera, exceden las meramente constructivas.

No puede olvidarse que, en el diseño de división de funciones acogido por la Constitución Nacional, corresponde a la administración la elección de estrategias que en las circunstancias dadas (teniendo en cuenta las limitaciones de recursos, plazos, etc.), resulten aptas para realizar los valores y fines establecidos por la ley (v. Guglielmini, Ana P., op. cit., pág. 132).

En este sentido, el tipo de negocio jurídico seleccionado -mas allá de sus singularidades- ha de regirse, supletoriamente y en lo pertinente por artículo 149 y c.c. del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/06 que, atendiendo a las particularidades que puede presentar la utilización del tipo allí previsto, y en función de la naturaleza y características de uso de los bienes comprometidos, prevé que, en cada caso, el Pliego de Condiciones Particulares establecerá las pautas relativas a la idoneidad técnica requerida al concesionario.

En virtud de ello, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares estableció los parámetros tendientes a la calificación de la idoneidad técnica de los oferentes.

En particular, en punto a la capacidad técnica asociada a la ejecución de obras, en el numeral 1.15.7.6.11 CAPACIDAD ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA, incs. f) y g) previó que el oferente debía acreditar la organización del equipo de trabajo, su composición, cantidad y calidad del

mismo, formación profesional y experiencia en las tareas de las características de las obras a construir. Asimismo, se requirió que cuando la modalidad de contratación prevista para la ejecución de los trabajos y, de corresponder, la firma o firmas que tendrán a su cargo su ejecución y, si tales firmas difieren de los proponentes también se deberá acompañar todos los antecedentes de ellas, así como un compromiso o carta de intención de dichas empresas en relación a las obras que tendrán a su cargo.

Así las cosas, debe señalarse que conforme se desprende de los antecedentes agregados, en particular, el informe técnico agregado como fojas 3650/3656, el adjudicatario cumple con los parámetros contenidos en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares (v. numeral 1.15.7.6.II.2).

En este sentido, esta Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido en reiteradas oportunidades que los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. Dictámenes 207:343; 247:180, entre otros).

Con relación a la capacidad económica, financiera y técnica, plantea también la SIGEN deficiencias en la evaluación.

Nuevamente es menester recordar que la Licitación Pública N° 23/03 fue llevada adelante por el CNABE, con el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado por Resolución ex ME N° 834/00 (B.O. 19-10-00); dando cuentas de tales circunstancias el dictamen jurídico de fojas 271/286.



198

Procuración del Tesoro de la Nación

Respecto a las consideraciones que se formulan al Pliego de Bases y Condiciones Particulares, cabe señalar que, el cuestionamiento referido a que la presentación de la escritura de dominio no permite verificar la titularidad y gravámenes existentes sobre los bienes (PUNTO II CAPACIDAD ECONÓMICA, FINANCIERA y TÉCNICA), resulta de una lectura parcializada de la cláusula.

En efecto, el texto en cuestión dispone "...Copia certificada de las escrituras de dominio, títulos de propiedad y/o registros que acrediten la titularidad de sus bienes. Por lo tanto, sólo podrían ser acompañados aquellos que diezan fe de tales circunstancias, es decir, actualizados y que, a criterio de la entidad licitante, revistieran suficiencia para tales fines. La Gerencia Técnica del ONABE recordó el carácter de información adicional de tal previsión y consideró que la observación formulada, sería tenida en cuenta para posteriores oportunidades. A mayor abundamiento, cabe remitirse a lo expuesto en su oportunidad por dicha Gerencia, a fojas 3650/3656.

Al respecto tratándose de una información que, según los órganos técnicos competentes, tiene carácter adicional al resto de la información presentada y evaluada con el objeto de merituar la capacidad económica financiera y dada su condición de requisito establecido por el Pliego de Bases y Condiciones Particulares oportunamente cumplido, el oferente seleccionado, para el caso, es indiferente desde el punto de vista jurídico.

d) El procedimiento de contratación.

Corresponde ahora analizar, en orden a emitir opinión sobre la viabilidad de continuar con el trámite, lo atinente al procedimiento de selección que disciplina la activi-

dad administrativa desarrollada con el fin de celebrar el contrato objeto de llamado a licitación.

1.- La selección del contratista.

Con el fin de elegir el cocontratante particular, el ONABE, de conformidad con el grupo normativo rector en materia de contratación administrativa, optó, entre los procedimientos de selección, por el de licitación pública, que es la regla en materia de contratación administrativa, mediante el dictado del acto administrativo pertinente; esto es, la Disposición N° 31/03. Por ese mismo acto, se dispuso la convocatoria pertinente y la aprobación de las condiciones particulares del llamado (v. arts. 11 inc. a), b); 24 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1023/01 y arts. 20, 24 y c.c. del Decreto N° 436/00). Asimismo, previó la integración de la Comisión de Evaluación y se fijó la fecha de presentación de las ofertas.

En lo atinente a los Pliegos de Bases y Condiciones, la SIGEN también formuló observaciones puso de manifiesto la ausencia del Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares; que el pliego de licitación resultaba meramente enunciativo en lo referido al Programa de Mantenimiento, al Programa de Seguridad y a las Especificaciones sobre Vigilancia y Seguridad.

Tal como se ha sostenido en doctrina, el pliego de bases y condiciones, genéricamente, es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate (confr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *LA LICITACIÓN PÚBLICA*, Ed. ABELEDO PERROT, Bs. As., 2000, p.113; vid.t.b, Fiorini Bartolomé, Mata Israel, *Licitación pública*, Abeledo Perrot,



Procuración del Tesoro de la Nación

Bs. As., 1972; Sayagués Lazo, *La licitación pública*, Acali, Montevideo, 1978).

El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales, destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución.

Así, el pliego preestablece las cuestiones que le interesan al licitante sobre el objeto de la contratación. En consideración al carácter sustancial de las cláusulas contenidas en el pliego, se pueden distinguir pliegos administrativos y pliegos técnicos. Los primeros contienen cláusulas de orden jurídico; los segundos, las de carácter técnico. Si se tiene en cuenta la extensión de las cláusulas y condiciones, los pliegos pueden ser analíticos o sintéticos. Aquéllos, determinan exhaustivamente las condiciones del procedimiento y la contratación; excluyendo toda variación originada en la iniciativa de los oferentes (Estos son los pliegos específicos de los contratos de suministros, sobre mercaderías de fácil adquisición y sin grandes diferencias de calidad); en tanto los últimos, abrevian las condiciones y aumentan la discrecionalidad de los oferentes; dejándoseles las especificaciones de forma, modo, precio, plazo, etc. de la prestación solicitada (v. DROMI, José R., *La Licitación Pública*, Ed. ASTREA, Bs. As. 1975, pág. 198; Comadira, *Ibidem*).

En lo que aquí interesa, Fiorini, al referir a los pliegos analíticos y sintéticos señala que "Los primeros regulan exhaustivamente las características del objeto que se desea contratar y las condiciones del contrato, mientras que los segundos ofrecen un mayor margen de discrecionalidad o de iniciativa al oferente, permitiéndolo colaborar en la determinación de ciertas notas de la prestación materia

del llamado. Los pliegos sintéticos contienen cláusulas esquemáticas y abiertas que permiten la negociación de ciertos aspectos del contrato. Los pliegos analíticos, en cambio, excluyen toda variación originada en la iniciativa de los oferentes, estableciendo, por lo general, que la adjudicación será otorgada a la oferta de más bajo precio. Estos son los pliegos específicos de los contratos de suministros sobre mercaderías de fácil adquisición y sin grandes diferencias de calidad (v. FIORINI, op. cit. p. 79).

Los pliegos denominados sintéticos, mediante cláusulas esquemáticas y abiertas, ofrecen un margen de discrecionalidad o libertad de iniciativa al oferente, permitiéndole colaborar en la determinación de otras pautas en la contratación.

Aclara Fiorini, finalmente, que *„La clasificación de los pliegos en analíticos y sintéticos no marca una separación absoluta puesto que hay gradaciones entre las dos clases. A veces la contratación está regida por un pliego minucioso y detallado pero, en cuanto a determinados aspectos del objeto, le deja al oferente en libertad de ofrecer lo que crea conveniente. También puede darse la situación inversa (v. FIORINI, op. cit. p. 80).*

La conveniencia de una u otra clase de pliego no puede ser formulada en abstracto; todo depende de la cosa licitada y de las condiciones del mercado.

Y así, la razonabilidad de la opción no deriva de una estimación aislada sino comparativo/contextual (v. SALAVERRIA IGARTUA, Juan; *Discrecionalidad Técnica, Motivación Y Control Jurisdiccional*, Ed. CIVITAS, Madrid 1998, pág. 40/41).

En cuanto a los pliegos técnicos, el mencionado autor anota que *„El pliego de condiciones técnicas generales o*



200

Procuración del Tesoro de la Nación

pliego general de especificaciones tiene relevancia en los contratos de obra pública y también puede tenerla en la contratación de suministros cuando se trata de mercaderías o elementos de alta tecnificación, y "El pliego de condiciones técnicas particulares o pliego particular de especificaciones técnicas contiene la regulación práctica especial de cada obra o suministro que requiera bases de esta clase. Es un pliego que forma parte de la documentación del proyecto -en la obra pública- y en el que se describe cada ítem o elemento de la obra o provisión, calidad de los materiales, formas de ejecución, condiciones que deben satisfacer las estructuras, valores fijados a los ensayos en el laboratorio, técnicas de medición para el pago, etc.

Ahora bien, en todos los casos, el pliego contiene un elemento variable cuya determinación se deja librada a los proponentes, el cual permitirá el cotejo, por parte de la Administración, de las distintas propuestas que se formulen.

Descriptos conceptualmente los tipos de pliego de acuerdo a los criterios de clasificación propuestos por la doctrina, corresponde ahora verificar si tales alternativas son susceptibles de aplicación, teniendo en cuenta las normas vigentes en la materia.

El Título V del Reglamento de Contrataciones aprobado por el Decreto N° 436/00 regula lo atinente a los pliegos de bases y condiciones.

Establece que el (ex) Ministerio de Economía aprobará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (v. artículo 44). Dicho pliego fue aprobado por Resolución N° 834/00 de dicha Cartera ministerial.

Asimismo, prevé que los pliegos de bases y condiciones particulares serán elaborados y aprobados por las entidades estatales para cada procedimiento de selección y **deberán contener los requisitos mínimos que indicará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales e incluirán las especificaciones técnicas** (v. artículo 45, el resaltado me pertenece).

Tales pliegos deberán establecer los parámetros de evaluación y selección de las ofertas ya sea mediante la inclusión de fórmulas polinómicas o la clara determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta a dichos fines, teniendo en cuenta el grado de complejidad, el monto y el tipo de contratación a realizar (v. artículo 47).

En cuanto al pliego de especificaciones técnicas, establece pautas para su elaboración que resultan aplicables, en sustancia, a los contratos vinculados con la adquisición de bienes y servicios y no a los del tipo que aquí se trata.

Es importante tener en cuenta que el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Decreto N° 436/00, en su artículo 36, faculta a los organismos contratantes para realizar concursos de proyectos integrales cuando, en la hipótesis que aquí interesa, la jurisdicción o entidad no hubiera determinado detalladamente en el llamado las especificaciones del objeto del contrato. En tales casos, la jurisdicción o entidad deberá consignar los factores que habrán de considerarse para la evaluación de las propuestas y determinar el coeficiente de ponderación relativa que se asignará a cada factor y manera de considerarlos y efectuar



201

Procuración del Tesoro de la Nación

la selección del cocontratante, tanto en función de la conveniencia técnica de la propuesta como de su precio.

Esta norma tiene significativa relevancia por cuanto, a diferencia del régimen provisto por la Ley N° 13.064 (v. art. 4) -en la que sólo en casos excepcionales y cuando las circunstancias especiales lo requieran-, el Poder Ejecutivo podrá autorizar la adjudicación, sobre la base de anteproyectos y presupuestos globales, los que tendrán el carácter de provisional por el tiempo necesario para que se preparen y aprueben los documentos definitivos.

Se podrá, en virtud de lo previsto en el citado artículo 36, llamar a concurso para la elaboración de proyectos y acordar premios que se consideren justos y estimulantes, así como contratar los proyectos directamente en casos especiales, en los contratos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento antes aludido. Asimismo, se faculta a los órganos competentes a realizar concursos de proyectos integrales, cuando no hubieran sido determinadas detalladamente las especificaciones del objeto.

Desde esta perspectiva, los pliegos aprobados por la Disposición ONABE N° 31/03, tienen las siguientes características:

a) Se incorpora como pliego de bases y condiciones generales el Pliego Único oportunamente aprobado por Resolución ex ME N° 834/00.

b) El pliego de bases y condiciones particulares prevé los contenidos mínimos exigidos por la reglamentación.

c) El pliego de bases y condiciones particulares, no obstante estar organizado como un documento único, contiene cláusulas administrativas y técnicas.

d) De ello se sigue que, en el caso, no se ha omitido preestablecer las bases y condiciones técnicas de la licitación;

e) El ONABE optó por aprobar pliegos técnicos sintéticos, que contienen los requisitos esenciales establecidos por la reglamentación dejando librado al oferente la determinación de los elementos variables; opción ésta jurídicamente factible para este tipo de contrato en tanto se encuentra sujeto al Decreto N° 436/00 y, expresamente prevista por el art. 36 de dicha reglamentación, cuya instrumentación no se subordina al acaecimiento de circunstancias excepcionales para desarrollar procedimientos de selección en las que no se detallan, específicamente, el objeto.

f) En consonancia con el párrafo precedente, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares satisface las exigencias contenidas en los inc. a) y b) del referido art. 36, a tenor de lo previsto en su Anexo V y del Numeral 1.21.

g) Atento la modalidad adoptada con relación a la selección del contratista y al contenido de las ofertas, no resulta factible incorporar un pliego de especificaciones técnicas particulares, en tanto este tipo de pliegos son los que forman parte de la documentación del proyecto y, en el caso, su elaboración integra las obligaciones del concesionario.

Por lo demás, no es ocioso comentar que la modalidad adoptada por el ONABE encuentra antecedentes en el derecho administrativo comparado. Así, en Italia, país de derecho administrativo, se encuentra tipificado el *appalto concorsuale*, modalidad que se utiliza en los casos en que el objeto del contrato es la ejecución de obras y la redacción total o parcial del proyecto de éstas. No hay un mecanismo rígi-



Procuración del Tesoro de la Nación

do. En general, las empresas proponen su proyecto, uno de los cuales es escogido y, posteriormente, reexaminado y normalmente corregido en algún aspecto por los servicios técnicos de la entidad pública. Seguidamente, es adjudicado. Se suele reservar a contratos que requieren un adjudicatario con capacidades técnicas especiales (v. VINYOLÉS Y CASTELLS, Miguel, *La Adjudicación de los Contratos Públicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 196).

Con similares características a las previstas por el art. 36 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00, en el ordenamiento jurídico español, encontramos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a su art. 86, inc. a).

Sentado ello, puede, entonces, concluirse que desde el punto de vista jurídico no corresponde formular observaciones a los pliegos oportunamente aprobados, en tanto, tales documentos no se apartan de los requisitos establecidos por la legislación vigente.

En ese contexto, corresponde entonces analizar la objeción al Pliego de Bases y Condiciones Particulares formulada por la SIGEN en el sentido que, el mismo, resulta meramente enunciativo en lo que respecta al programa de mantenimiento, ya que no se indican frecuencias de intervención, calidad de materiales, especificaciones, estándares que deben cumplirse. No se establecen disparadores de calidad.

Tal como surge de las consideraciones vertidas precedentemente, desde la perspectiva jurídica no existen, en el caso, elementos de juicio que permitan descalificar a los pliegos aprobados por la Disposición N° 31/03 sobre la base de argumentos vinculados a la ilegalidad o irrazonabilidad

de sus contenidos (v. LINARES, Juan Francisco, *PODER DISCRECIONAL ADMINISTRATIVO*; Bs. As.; 1958, Cap. XIV y XV. Al respecto, cabe recordar que para Linares la regla de legalidad de la Administración implica tanto la exigencia de legalidad en sentido estricto como la de razonabilidad. Confr., t.b. GRECCO, Carlos M.; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimiento administrativo* (Glosas preliminares), Revista Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, Septiembre 2003-Abril 2004, N° 267-268, pág. 131) ni, consecuentemente, la presunción de legitimidad de la que gozan (v. art. 12 LNPA).

Debe recordarse, siguiendo a Robersem, que *la enunciación de las cláusulas (que hace la ley) que forman parte del contenido de los pliegos de condiciones tiene un doble carácter: taxativo e indicativo a la vez.*

Es taxativa en el sentido que un pliego de condiciones no puede dejar de contener tales cláusulas (que forman así el contenido mínimo de todo pliego); es indicativa, en el sentido que aquellas cláusulas no agotan el contenido posible de los pliegos de condiciones, ya que pueden incluirse cláusulas ulteriores, siempre que lo considere útil la administración (naturalmente sin derogar las exigencias legales) (v. ROBERSEN, Guglielmo, *Consideraciones sobre los pliegos de condiciones*, en *PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL Y IV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Mendoza, 1977, pág. 13).

Sin perjuicio de ello, es menester tener presente que el pliego particular establece los estándares esenciales, a los cuales deben subordinarse la propuesta del oferentes.



Procuración del Tesoro de la Nación

Así, a título de ejemplo, el Anexo IX, establece el criterio general, en cuanto a que el Concesionario deberá proponer la organización que brinde máxima confiabilidad en la obtención del mantenimiento de las prestaciones del edificio.

Además, deberá elaborar y someter a consideración del Organismo Contratante la propuesta de un Manual de Mantenimiento Edilicio; estableciéndose al final del citado anexo que la enumeración era taxativa y de mínima, pudiendo el oferente ampliar tratamientos, variar productos, considerar otras alternativas que complementen a las enumeradas, u otras formas de programar y realizar las tareas.

Amén de lo expuesto, de la sola lectura del Capítulo 3, apartado 3.1. resultan las consideraciones de operación de la terminal, tanto normales como extraordinarias, y en dicho marco, se determina como básico el mantenimiento preventivo, sustentado en el cambio de los elementos, conjuntos, motores, máquinas, etc. antes de la extinción de sus vidas útiles (según fabricante y/o experiencia de la empresa, dejándose un porcentaje restante para el factor de aleatoriedad), acompañado de la revisión periódica programada. No se autoriza a utilizar ningún elemento hasta su agotamiento en ningún sector licitado.

En cuanto al mantenimiento, se establece claramente en el pliego cuestionado que *se considerará falta grave no realizar los mantenimientos preventivos de dichas instalaciones, los cuales deberán seguir la secuencia indicada por los fabricantes de equipamientos (v. Cap. 3, numeral 3.2.1.b) in fine).*

Además, el numeral 3.2.3 prevé, expresamente, que *el oferente deberá obtener la aprobación del ONARE para la*

programación de mantenimiento que proponga al equipamiento existente y a los que instale como consecuencia de sus proyectos.

Y, en tal sentido, el numeral 3.2.5. estatuye que no se aceptarán como acciones de mantenimiento, intervenciones casuales a posteriori de fallas accidentales.

De lo expuesto, resultan claras las pautas que el concesionario deberá respetar para llevar adelante el plan de mantenimiento, que asegura controles periódicos, con fundamento en las normas de fabricación del producto y de la experiencia de la empresa y a los fines de evitar la concreción de hipótesis negativas en tal sentido, suma otros elementos de resguardo para determinar la periodicidad de tales controles: impedir la utilización de los elementos hasta el agotamiento de su vida útil, la imposibilidad de aceptar acciones accidentales como de mantenimiento previstas y, la configuración de falta grave de las situaciones que se produzcan en tal sentido, las que pueden acarrear la rescisión contractual (v. numeral 3.2.4).

Corolario de lo dicho es la previsión del numeral 3.2.3 del Capítulo 3 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, que estatuye la necesidad de aprobación del ONABE respecto a la programación del mantenimiento.

Se cuestiona también el programa de seguridad, en la inteligencia de que faltan definir cuáles son los aspectos que deberán contemplarse. Al igual que en el ítem precedente, al momento de su análisis en relación con el pliego, estos reparos pierden fuerza argumental.

El Anexo X del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, que contiene las especificaciones sobre vigilancia y seguridad, desarrolla entre las consideraciones generales,



Procuración del Tesoro de la Nación

la obligación de proponer un sistema que permita durante las 24 horas, efectuar un control visual de la totalidad de los espacios públicos de circulación y que garantice la presencia de personal especialmente entrenado para la asistencia a cualquier punto del área bajo su responsabilidad, en un intervalo de tiempo que no exceda de treinta segundos luego de emitirse el aviso de una emergencia; la necesidad que el personal esté uniformado; la coordinación permanente con las organizaciones de seguridad de los restantes concesionarios; la elaboración de un Manual de Procedimientos que se someterá a consideración del Organismo Contratante.

Asimismo, entre las paulas, se establece que el objeto de la vigilancia es para protección de pasajeros de los servicios ferroviarios y demás usuarios de la Estación Terminal, de las instalaciones y personal de los ambientes y locales que el concesionario alquile y de sus propios bienes e instalaciones.

Están, entre las consideraciones, la instalación de un circuito de televisión cerrado, que permita el control simultáneo de todas las áreas licitadas, desde una sala restringida y dotada de medidas de seguridad que eviten ser accedidas por delincuentes o terroristas, las 24 horas los 365 días del año, personal que actúe como rondín, uso de radioenlace, realizar una programación del personal de vigilancia según los turnos que las leyes laborales autoricen, también, considerando el apoyo que la PFA tenga previsto para la Estación Terminal, programación con vigencia para los 20 años de concesión.

Aclarándose al final del anexo que siendo imposible prever todas las contingencias durante el periodo de la concesión, será necesario considerar adecuaciones de esta

programación, así como la variación de elementos técnicos de trabajo y supervisión de la programación de los servicios de vigilancia.

Sobre la falta de mayores precisiones en cuanto al alcance de los programas de seguridad ante situaciones como emergencias de incendios, tumulto e inundaciones, cabe remitirse a lo expuesto en el numeral 3.9 y s.s., donde se individualizan los escenarios y se prevén características y medidas de seguridad, tipo de materiales, conformación de equipos de personas, horarios, a partir de los cuales el Concesionario debe elaborar los planes que pasarán por el organismo oferente, destacándose que la enunciación efectuada era meramente enunciativa y manteniéndose la previsión de multa, ante la detección de incumplimientos en tal sentido.

Preselección y preadjudicación.

Los Pliegos de Bases y Condiciones establecieron, a los efectos de la presentación y valoración de las ofertas, el sistema de doble sobre previsto por el artículo 33 del Decreto N° 436/00 y artículo 26 del Decreto N° 1023/01.

En lo que aquí interesa, y recordando lo relatado en el punto I, según este procedimiento, la Comisión Evaluadora por Acta N° 12 de fecha 7 de enero de 2004, efectuó el informe de preselección o evaluación del sobre N° 1-, a través de la cual quedó preseleccionada la oferta N° 1 y se descalificó la oferta N° 2.

Impugnada que fuera la preselección por el oferente descalificado y dado el posterior desistimiento de la impugnación planteado a fojas 3056/3105, mediante Disposición ONABE N° 38/03, se la tuvo por desistida.



Procuración del Tesoro de la Nación

Mediante Acta N° 16 la Comisión de Evaluación (v. fs. 3480/3487) formula recomendación de adjudicación a la oferta N° 1, con relación a la Licitación Pública N° 23/03. A tal conclusión arriba luego de realizar el Cuadro Comparativo de Ofertas - Calificación Final (v. Pliego de Bases y Condiciones Particulares, numeral 1.20.4).

Cabe señalar que, la recomendación de adjudicación se formula en los términos de los arts. 78 y 110 del Reglamento, advirtiéndole la Comisión de Evaluación que deberán tenerse oportunamente en cuenta, las observaciones contenidas en el Anexo VII del Informe de Preselección.

De lo expuesto se sigue que, desde el punto de vista procedimental, se ha dado cumplimiento a los requisitos previstos por los arts. 70, 71, 76, 79, 82 y c.c. del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00 y los numerales 16 a 21 de los Pliegos de Bases y Condiciones Generales.

En cuanto al contenido de los dictámenes de la Comisión Evaluadora la SIGEN ha formulado observaciones que corresponde sean analizadas, en cuanto comprometen aspectos relacionados con la legalidad del procedimiento.

Con relación a la valuación de las ofertas que fuera realizada por la Comisión de Evaluación, la SIGEN observa dos aspectos; por un lado, la desagregación efectuada al sistema de puntuación en la evaluación de las ofertas no se encuentra establecido en los pliegos y; por el otro, la falta de correspondencia entre los puntajes otorgados a la oferta ganadora y los conceptos asociados a la clasificación asignada por la Comisión.

Señala que la Comisión Evaluadora expresa que la propuesta descripta precedentemente se considera medianamente satisfactoria para el modo ferroviario y satisfactoria para

el resto de los modos considerados. Sin embargo, el puntaje numérico asignado en la evaluación no se corresponde con la calificación conceptual otorgada por la Comisión Evaluadora a cada uno de los modos de transporte.

Se destaca en la observación que los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares deben fijar el criterio de evaluación y selección de las ofertas, con la clara determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta a dichos fines; agregándose que en el Anexo V del Pliego de Bases y Condiciones Particulares estaba asignado un puntaje para cada parámetro de evaluación, pero no se encontraba indicada la desagregación y el puntaje conforme lo efectúa posteriormente la Comisión Evaluadora, resultando contrario al principio de transparencia, dispuesto por el artículo 3° del Decreto N° 1023/01.

En esta instancia, corresponde señalar que el requerimiento mínimo dispuesto por el Pliego Único de Bases y Condiciones, aprobado por Resolución ex ME N° 834/00 establece, cuando el procedimiento sea de etapa múltiple, los factores que serán tenidos en cuenta para la evaluación de cada uno de los sobres y, en su caso, los coeficientes de ponderación relativa que se aplicarán a cada uno de ellos, sistemas que se aplicarán para la determinación de la oferta más conveniente, detalles de la carta de presentación, valor máximo del puntaje para cada factor y el mínimo para la precalificación.

En tal sentido, de la documental agregada a autos y sin perjuicio del detalle efectuado por la Gerencia Técnica del ONABE al momento de elaborar la respuesta del caso, según constancias de fojas 3650/3656, es dable señalar que en el Anexo V, antes cuestionado, lucen los distintos factores



Procuración del Tesoro de la Nación

tenidos en cuenta para la evaluación de cada uno de los sobres; los coeficientes de ponderación aplicados, valores máximos del puntaje por cada factor y el mínimo establecido para la precalificación; resultando por ello sobreabundante mayor comentario sobre las particularidades del procedimiento que, en detalle, resulta de la documental glosada a fojas 1171/1175.

Así las cosas, el resultado al que arriba la Comisión Evaluadora es producto de la valoración de los distintos elementos ponderados que, de más está señalar, se encontraban contenidos en el pliego general, particular y en su respectivo anexo; habiéndose seguido a tal fin, lo preceptuado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, ap. 1.19, en tanto analizó y evaluó las propuestas presentadas y emitió dictamen; estudió la documentación contenida en los sobres N° 1 y otorgó puntaje a cada una, de acuerdo a los parámetros previstos en el Anexo V (v. numeral 1.19.1); efectuó una evaluación técnico financiera (v. numeral 1.19.1.1); para la designación del puntaje del sobre N° 1 tuvo en cuenta -según previó la normativa- los conceptos que se indicaban en el Anexo V, asignándole a cada uno el puntaje que se consideraba debía corresponder (v. numeral 1.19.1.2); se contemplaron los puntajes máximos y los mínimos establecidos para la preselección de ofertas (v. numeral 1.19.1.3).

Se entendieron como contenidos mínimos del dictamen de la Comisión Evaluadora, en su parte de interés: el examen de los aspectos formales y la evaluación de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley; la evaluación técnico financiera de la documental de acuerdo a los parámetros del Anexo V ; etc.

Vistos los informes producidos y las pautas contenidas en los Pliegos que sustentaron la Licitación cuestionada, de los mismos resultan respetados los criterios que rigen este procedimiento (v. MONTES, María V. *Manual Práctico de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*, Revista RAP DOCTRINA PÚBLICA XXVI-1, Bs. As., 2004, pág. 409/410, señala ...a) Emisión del acta de precalificación. La comisión evaluadora analizará los aspectos de la oferta contenidos en el sobre a, asignará a cada factor un puntaje cuyo valor máximo estará previsto en el pliego de bases y condiciones particulares y elaborará el correspondiente cuadro comparativo (...) b) Emisión del dictamen de evaluación (...) Para tal fin la Comisión Evaluadora tomará en cuenta los parámetros de evaluación contenidos en el pliego de bases y condiciones particulares para el sobre B, establecerá el orden de mérito de las ofertas ajustadas al pliego y recomendará la adjudicación...), así como el principio de transparencia traído a debate, ya que los elementos requeridos por la normativa aplicable fueron tenidos en cuenta no sólo al momento de elaborar los pliegos, sino también y como quedó dicho, al tiempo de evaluar las ofertas y elaborar el dictamen de Comisión.

En cuanto a la desagregación de puntos, desde la perspectiva jurídica, constituye una autolimitación de la Comisión Evaluadora, en orden a establecer parámetros objetivos para la calificación del oferente de modo tal que cualquier interesado pueda conocer cómo se llegó al puntaje de cada ítem (v. GRECCO, Carlos M.; *Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración Pública*, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, ED. AD HOC, Bs. As. 1999, pág. 175 y s.s.).



207

Procuración del Tesoro de la Nación

Específicamente, por las características del llamado a licitación y de los pliegos antes descriptas, no se advierten contradicciones en los dictámenes de la Comisión de Evaluación respecto de las puntuaciones efectuadas.

También formula el organismo de control objeciones al anteproyecto arquitectónico; entendiéndose que las recomendaciones efectuadas por la Comisión de Evaluación se constituirían en incumplimiento a los requerimientos del Pliego, y no podían ser consideradas como deficiencias menores que podrían tener una mejor definición en el Proyecto Definitivo.

Asimismo, plantea que la Comisión Evaluadora no efectúa observación respecto al incumplimiento, por parte de la oferta ganadora, de lo relacionado con la exigencia de Techado completo de la Estación.

Respecto de la primera cuestión, la Gerencia Técnica del ONABE -Nota GT AME N° 67.939-, al evaluar la cuestión planteada manifiesta que no se coincide con la magnitud de las observaciones que efectúa la SIGEN respecto de las modificaciones a introducir por la adjudicataria en su propuesta arquitectónica, atento a que las variaciones propuestas por la Comisión Evaluadora no resultan ser sustanciales ni modifican la esencia del anteproyecto presentado (v. fs. 3655). Tales modificaciones, se encuentran justificadas en la necesidad de otorgar más y mejores servicios al usuario y, de este modo, satisfacer el interés público comprometido en esta licitación.

En cuanto a la segunda cuestión, el informe de la Gerencia Técnica del ONABE -Nota GT AME N° 67.939- señala que no parece advertir la SIGEN que si bien el punto 4.10 del Pliego de Bases y Condiciones, en efecto preveía la posibilidad de que se construyera una nueva cubierta para el

hall, el artículo 4.1 del Anexo VII del mismo Pliego preveía como alternativa, que el oferente propusiera las obras que resultaran necesarias para dejar en perfectas condiciones estructurales de funcionamiento, incluyendo sus estructuras, vigas, techos, losas, etc. Se agrega, luego, que el oferente efectuó su propuesta en este último sentido y, luego de inspeccionado por personal técnico del organismo del edificio de la estación, se verificó que resultaba innecesario sustituir totalmente la cubierta del hall y que la actual cubierta con tareas de reparación menor satisfacía los requerimientos del pliego, haciéndose notar que si se verificó la necesidad de reconstruir totalmente los cielorrasos y lucernarias. Concluye que la propuesta efectuada por la adjudicataria es de aceptación y ajustada a pliego.

Si bien no corresponde emitir opinión en punto a los aspectos técnicos aquí involucrados; cabe reiterar aquí, como manifestado precedentemente con relación al valor de los informes técnicos, en punto a que ellos merecen plena fe en cuanto sean serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor; exigencias éstas que se verifican con relación al punto en trato.

Sobre esa base, no se advierte la existencia de irrazonabilidad o falta de precisión de los dictámenes técnicos que pongan en entredicho su valor; ello así, atendiendo a las características de los pliegos aprobados y a los parámetros que informan el procedimiento de selección bajo examen antes descriptos los que, en sustancia, ponen en cabeza de los particulares la responsabilidad y correlativamente los riesgos técnicos -de concepción; que hacen al proyecto y la tecnología a utilizar y de construcción-, asociados a



Procuración del Tesoro de la Nación

las obligaciones de mantenimiento, explotación y operación; los riesgos financieros y los riesgos de demanda (v. PERROT, 54).

Sin perjuicio de lo expuesto, si por vía de hipótesis existieran dudas desde el punto de vista técnico en orden a un eventual apartamiento, corresponde recordar que es opinión de esta Procuración del Tesoro de la Nación que aun cuando las cláusulas de los pliegos deben ser de interpretación restrictiva, como resguardo a la igualdad de los participantes frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en el concurso, ante cualquier norma dudosa, debe prevalecer la admisión de la oferta, cuya conveniencia luego ha de ser ponderada con criterio de razonabilidad en forma previa a la adjudicación (v. Dictámenes 188:1).

Tampoco se ponen de manifiesto contradicciones respecto de las cuestiones consignadas por la informe de la SIGEN en el punto 10 b), por cuanto las calificaciones de óptimo o satisfactorias realizadas al diseño o propuesta de programas y manuales respectivos de mantenimiento, higiene y seguridad no obsta al requerimiento de mayores precisiones al momento de presentarse la documentación definitiva. atento a las características del proceso y de los pliegos y en atención a que la documentación presentada en el sobre N° 1 reviste el nivel de anteproyecto, correspondiendo presentar la documentación a nivel de proyecto, esto es, con todos los pormenores y detalles pertinentes con posterioridad a la firma del contrato (v. Capítulo 2, numeral 2.1.1 y s.s. del Pliego de Bases y Condiciones Particulares).

Cumplidas las distintas etapas del procedimiento de selección previstas en la grupo normativo rector de la li-

licitación, mediante Disposición N° 65/03, se adjudicó la licitación y se dispuso que, previo a la suscripción del respectivo contrato, el oferente adjudicatario debía ajustar el anteproyecto técnico y operativo a las observaciones, contenidas en el Anexo VII del informe de Preselección de la Comisión Evaluadora.

Se dispuso, también, la difusión de la medida en el sitio de Internet del organismo rector de las contrataciones de la Administración Pública Nacional.

Conforme lo establece la normativa de aplicación, la determinación de adjudicar la licitación cuestionada a la oferta efectuada por OTERO - IGLESIAS - MICRO's UTE, fue realizada por el Organismo licitante, sobre la base del informe de la Comisión Evaluadora que si bien resulta obligatorio en el proceso, no reviste el mismo carácter a los fines de la determinación de la adjudicación por parte de la Autoridad contratante (v. artículo 78 del Decreto N° 436/ 00).

Entiende la SIGEN que tal procedimiento resulta contrario a lo dispuesto por el Decreto N° 1023/01, artículo 3° inc. a), en particular, a lo establecido en los apartados c) y f), referidos a la transparencia en los procedimientos y a la igualdad de tratamiento a todos los oferentes, respectivamente.

Tal como señala Comadira, *...la experiencia administrativa muestra la existencia de cierta práctica en la cual la preadjudicación se sujeta a la condición de que el o los oferentes eventualmente preadjudicatarios, cumplan con requisitos exigidos en el pliego, esenciales o no esenciales. Normalmente, esta clase de preadjudicación contiene, para los destinatarios de ella, el apercibimiento de quedar sin efecto en caso de que las exigencias fijadas no se cumplan*



Procuración del Tesoro de la Nación

dentro del plazo que aquélla determina. Ahora bien, la preadjudicación no es, técnicamente un acto administrativo según la noción que de éste hemos adoptado, pues ella no genera de modo inmediato efectos jurídicos individuales, respecto de terceros, es si, un acto meramente preparatorio de la decisión final, el cual, en rigor, no debería contener más que el juicio de valor que la autoridad competente para dictarlo acerca del mérito de las ofertas presentadas. Agrega luego que para instrumentar el formalismo moderado no se debe, pues, emplear el acto de preadjudicación o, en su caso, ahora en el marco del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/CO-, los dictámenes de evaluación, y mucho menos para posibilitar el saneamiento de recaudos esenciales (v. COMADIRA, Julio R., cit., pág. 29).

En el caso, la Comisión de Evaluación no preadjudica en forma condicionada sino que, recomienda la adjudicación sin condicionamientos y manifiesta que se deberán tener en cuenta las observaciones aludidas, en orden a una mejor formulación del proyecto que, en definitiva, deberá luego aprobar el ONABE en una etapa oportuna, posterior a la adjudicación.

- Es el acto de adjudicación el que subordina la suscripción del contrato a la adecuación del anteproyecto arquitectónico, técnico y operativo a las recomendaciones aludidas.

Corresponde, entonces, analizar la legitimidad de dicho acto.

Y ello no puede hacerse, con pretensión de razonabilidad, si no se tienen en cuenta las características del objeto del contrato y del procedimiento de selección llevado a cabo el que, como se dijo, en sustancia es subsumible en

la hipótesis prevista por el artículo 36 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00, lo cual fue analizado ampliamente en los anteriores acápites.

Comprendido que fuera la singularidad del objeto del contrato y atento que el régimen jurídico vigente, en general, no establece un *numerus clausus* en punto a la tipología de contratos susceptibles de ser celebrados por la Administración, atribución esta que respecto del ONABE aparece, además, explícitamente consagrada (v. Decreto N° 1383/96) **en tanto** las recomendaciones efectuadas no suponen la subsanación de apartamientos esenciales en el pliego sino que, según se manifiesta en el informe técnico mencionado dado que, estas no resultan ser sustanciales ni modifican la esencia de los anteproyectos presentados, más encuentran su justificación en la mejor satisfacción del interés público comprometido. No se advierte, teniendo en cuenta los antecedentes a la vista, que el acto administrativo bajo examen adolezca de vicio alguno en sus elementos susceptibles de comprometer su validez.

Como antes se señaló, en consideraciones que *mutatis mutandi* resultan aplicables al caso, no puede predicarse para estas modalidades de selección en que se traslada al oferente la obligación de elaborar los proyectos y anteproyectos pertinentes, un dispositivo rígido, sino que, por el contrario, la discrecionalidad de la administración se pone de manifiesto en la posibilidad de reexaminar los proyectos escogidos los que normalmente son corregidos por los órganos técnicos competentes de la administración (v. VINYOLES Y CASTELLS, cit, p. 196).

En estos casos puede predicarse, sin vacilación, que la linde externa del actuar de la Administración viene dada



Procuración del Tesoro de la Nación

por la interdicción del actuar arbitrario o irrazonable; supuesto este que no se verifica en la especie.

Sin perjuicio de lo expuesto, y atento a la especial alusión a la vulneración del principio de transparencia (v. COMADIRA, Julio R, op. cit. pág. 43, señala *„Es posible observar el empleo frecuente de la locución transparencia, a la cual podría, quizás, asignarse el sentido de una expresión sintetizadora de la concurrencia de los principios tradicionales. La reglamentación aprobada por el Decreto 346/2000 (sic), relativa a las contrataciones regidas por la Ley de Contabilidad Pública, se refiere, en sus considerandos, en tres oportunidades, a la transparencia como principio inspirador de la actividad estatal en general y contractual en particular (CONSIDERANDOS SEGUNDO, SEXTO Y NOVENO); además de consagrarla, junto con la igualdad, la promoción de la concurrencia, la competencia y la ética como uno de los principios que deben inspirar la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares definitivos, después del proceso de difusión, publicidad y observaciones a que ellos pudieron, según el caso, ser sometidos (art.12 "in fine")...*), cabe resaltar que, no obstante el vasto alcance que dicha locución connota, el Reglamento al hacer referencia a él, impone como deber expreso de la administración el de publicidad, mediante difusión en el sitio de Internet correspondiente, a lo que la disposición bajo examen da cumplimiento en su artículo 3.

Ahora bien, tal como anota Farrando, analizando la dinámica de este principio en materia de contratación administrativa, no es éste *„un principio 'propio' o 'específico' del procedimiento licitatorio, porque debería serlo de todos los procedimientos administrativos. Y, agrega luego,*

que *...la transparencia aparece como el cumplimiento cabal de todos los otros principios propios de la licitación (publicidad, concurrencia, igualdad) y entendemos que los engloba. Es un resultado de su 'cumplimiento'. También la transparencia está emparentada con el control; pudiéndose decir que no habrá una sin otro; porque, como se dijo, no es otra cosa, en este aspecto, que la disposición de fondos públicos (v. FARRANDO, Ismael, La contratación administrativa, normas y principios, en Revista Documentación Administrativa, cit. pág. 253).*

En el caso, se optó por el procedimiento de selección establecido como regla por el Régimen aprobado por Decreto N° 1923/01, que garantiza la posibilidad de participación de todos los interesados y se dio cumplimiento a todas las etapas previstas por la reglamentación; resolviéndose las distintas vicisitudes planteadas sobre la base de informes técnicos cuyo contenido responde a los requisitos exigidos por esta Procuración de Tesoro de la Nación, en orden a su plena fe. A ello cabe agregar, que las distintas vicisitudes judiciales vinculadas directa o indirectamente al procedimiento licitatorio, a la fecha, se resolvieron en el sentido de la presunción de legitimidad de los actos administrativos cuestionados.

Así las cosas, no merece observación legal que formular el acto administrativo por el que se dispone la adjudicación de la Licitación N° 23/03.

3. La formalización del contrato.

En este estado de situación, corresponde ahora expresarse en punto a la viabilidad jurídica de continuar el procedimiento de contratación, el cual finaliza con el acto de formalización del contrato, consistente en la plasmación



Procuración del Tesoro de la Nación

de éste en un documento solemne con forma clásica de contrato, suscrito por el representante de la Administración y el contratista seleccionado; el cual constituye un requisito de eficacia de contrato; por cuanto hasta que ella no se produce no puede dar comienzo su ejecución (v. SANTAMARÍA Pastor; *Principios de Derecho Administrativo*; Ed CENTRO DE ESTUDIOS RAMON ARECES, Madrid, 1999, Vol II, pág. 213).

Dictado el acto de adjudicación, es menester no obstante, verificar el cumplimiento de algunas exigencias previas previstas en el marco de la reglamentación, aprobada por Decreto N° 436/00 y el art. 2° de la Disposición N° 65/04.

Asimismo, se analizan las observaciones de la SIGEM que impactan en la ejecución misma del contrato.

Del cumplimiento, por la adjudicataria, de las exigencias previstas por el art. 2° de la Disposición ONABE N° 65/04 dan cuenta los informes agregados a autos.

Las garantías de cumplimiento contractual.

Respecto de las garantías de cumplimiento contractual el artículo 52 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00, prevé, las garantías que han de presentarse en las distintas etapas de proceso de selección: de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato.

En cuanto a la segunda, según la reglamentación el adjudicatario debe constituir una garantía -de cumplimiento del contrato- equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total de la adjudicación (v. art. 52 inc b).

El artículo 53, en su parte final especifica que *...todas las garantías, a excepción de la de mantenimiento de la oferta que deberá cubrir los plazos previstos en el pliego, garantizarán el total cumplimiento de las obliga-*

ciones contraídas, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación.

De conformidad con lo normado, tanto el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales -art. 23 inc. a)-, como el Pliego de Bases y Condiciones Particulares -numerales 1.22.1, 1.22.2, 1.22.4-, previeron cláusulas en tal sentido: la garantía de cumplimiento de contrato deberá ser equivalente al 10% del canon total y constituirse en algunas de las formas previstas por la reglamentación.

Pero, además, el pliego citado en último término exige una garantía adicional a las previstas por el Decreto N° 436/00. En su apartado 2.3.3. dispone *El Adjudicatario deberá constituir, de manera previa a la firma del Acta de Inicio de Obra una GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBRAS propuestas en la oferta, equivalente al cinco (5%) por ciento del valor total de la inversión en obras presupuestado en su oferta.*

Y agrega, la cláusula en comento *Esta garantía, en caso de no mediar causal que justifique su retención, será devuelta dentro de los treinta (30) días de suscrita el Acta de Recepción Definitiva de la Obra.*

De los textos reseñados, resultan claras las previsiones que los pliegos contienen, a los fines de dar adecuada tutela a los intereses del Estado Nacional.

Así, no sólo resulta de previsión para el caso bajo análisis la constitución de una garantía de cumplimiento de contrato -como ya se señalara-, sino también la integración de otra, distinta, cuyo objeto será garantizar el cumplimiento de las obras propuestas; obligación ésta que, como se viera, resulta significativa en lo que a la ejecución del contrato se refiere.



Procuración del Tesoro de la Nación

He aquí, entonces, una clara combinación de instrumentos a través de los cuales, el Estado Nacional, asegura el resguardo de los intereses públicos comprometidos con lo que se encuentra, desde la perspectiva jurídica, conceptualmente satisfecha la recomendación efectuada por la SIGEN en el último párrafo del punto 6 de su primer informe.

Conteste con esta previsión, la póliza de seguro de caución para concesiones constituida por el adjudicatario - *Garantía de la adjudicación*- condiciones particulares, dice: *"El presente seguro regirá desde la 00 hora del día 11 DE MARZO DE 2005, hasta la extinción de las obligaciones del Concesionario que son materia de esta póliza. Dicha póliza fue renovada."*

Las técnicas de aseguramiento de los intereses públicos.

En atención a la sistematización propuesta y en orden a contar con los elementos de juicio suficientes para determinar la viabilidad jurídica de continuar con el trámite, es menester aludir a los comentarios efectuados por la SIGEN (v. pto. 3, Informe, fs. 3531/3538) donde se señala que en contratos como el presente, con plazo de 20 años, se hace necesario prever pautas de revisión temporal de las condiciones originariamente pactadas, que contentan los cambios de factores tales como las condiciones económicas, los cambios tecnológicos, el grado de inserción de medios de comunicación y de transporte, y las nuevas necesidades del público usuario, etc.

Liminarmente cabe señalar que toda la teoría del contrato administrativo se articula en torno a la insuficiencia del derecho privado para regular la relación de la Ad-

ministración con los particulares cuanto, para conseguir sus fines, actúa a través de particulares específicamente cualificados: contratistas o concesionarios. Es insuficiente, fundamentalmente, por la necesidad de mantener en estas situaciones jurídicas la prerrogativa, presencia constante y superior de la Administración (v. RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo); que se concretan en lo que se ha dado en llamar cláusulas exorbitantes y correlativamente, las debidas garantías a los derechos del cocontratante particular, que se concretan en una regulación singular de su posición.

Y ello es así por cuanto al contrato administrativo *„subyace un imperativo institucional de que el objeto en que consiste se realice efectivamente y, además, del modo más ajustado en cada momento al interés público* (v. SANTAMARÍA, Pastor, op. cit., p. 221).

Lo expuesto, ha dado lugar a una serie de instrumentos jurídicos que operan como técnicas de aseguramiento de los intereses públicos, técnicas que, en sustancia, se encuentran recogidas por los artículos 12 -Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa- y 13 -Facultades y obligaciones del cocontratante- del Régimen aprobado por el Decreto N° 1023/01 y particularmente, en lo que aquí interesa, de interpretación unilateral (v. art. 12 inc. a), la potestad modificatoria o *ius variandi*, también denominada como *de mutabilidad del contrato administrativo* (v. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, p.666). (v. 12 inc. b, en cuanto a las variaciones cuantitativas), la potestad de dirección (v. 12 inc. c), la potestad correctiva (v. inc. d); así como las técnicas de garantía del



Procuración del Tesoro de la Nación

equilibrio económico: el hecho del príncipe y el riesgo imprevisible -teoría de la imprevisión- (v. art. 13 inc. a).

Estas técnicas, normativamente previstas en el régimen mencionado han sido, en sustancia, originalmente acuñadas por la jurisprudencia y ampliamente tratada por la doctrina nacional y comparada. A través de estas fuentes, también se fueron definiendo y precisando, a lo largo del tiempo su contenido y alcance.

Lo mismo corresponde señalar en punto a los comentarios realizados con relación a los cambios tecnológicos que a dado lugar a la denominada *cláusula del progreso en los servicios públicos*, cuestiones ampliamente tratadas por la doctrina y la jurisprudencia (sólo a manera de ejemplo, y dado su aporte fundamental en el desarrollo de este tópico cabe citar la obra de José Luis Meilan Gil: *La "cláusula de progreso" en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid); cuestión ésta que no puede dissociarse de otro postulado capital en materia de contratos administrativos, tal como es el de *mutabilidad del objeto e inmutabilidad del fin*, el cual alude a la potestad de la Administración de introducir modificaciones relativas al modo de cumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante.

Estos últimos mecanismos, tienden a resolver las diversas vicisitudes que pueden plantearse durante la ejecución de contratos de plazos extensos, en los que es imposible prever desde un principio las distintas mutaciones que las cambiantes necesidades públicas pueden exigir (v. entre muchos otros, Bercaitz, Miguel A., *Teoría...*, pág. 392 y ss.).

La falta de provisiones expresas en los pliegos o en los contratos no obstan a su aplicación, pues se trata en

estos casos de prerrogativas y derechos de la Administración y del contratista, respectivamente, establecidas directamente por la ley que operan como cláusulas implícitas del contrato.

Es pues, desde la perspectiva jurídica, que las observaciones que la SIGEN formula al respecto carecen de eficacia para conmovir la juridicidad de la actuación administrativa examinada.

Sin perjuicio de ello, se destaca que los pliegos, prevén, en diversas cláusulas, cuestiones vinculadas con las técnicas contentadas; algunas de las cuales fueron referenciadas precedentemente.

e) Otras cuestiones.

1. Situación jurídica con el anterior concesionario (DECSA SA).

De las distintas situaciones referidas a los planteos judiciales vinculados directa o indirectamente con el procedimiento a licitación, da cuentas el informe jurídico producido con motivo del dictado de la Disposición ONABE N° 256/03.

En cuanto a la causa *LOUSTEAU BIDAUT*, Juan Carlos, a la que alude la SIGEN, en su informe definitivo, donde se investigan hechos relativos a la Licitación Pública N° 23/03 recientemente se pronunció la Sala II de la Exma. Cámara Penal Federal.

Mediante resolución del 10 de marzo de 2005, en la Causa N° 22.088 ONABE s/medida de no innovar, Juz. Fed. N° 1, Secretaría N° 1 se revocó el punto I de la resolución del juez de grado y se resolvió no hacer lugar a la medida de no innovar respecto de la decisión de ordenar el lanzamiento de la firma DECSA SA de la Terminal Once de Septiem-



Procuraduría del Tesoro de la Nación

bre, que fuera dispuesta el 10 de agosto de 2004 por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 4 Secretaría 7, en el Expte. N° 4421/03, caratulado "ONABE c/DECSA s/Lanzamiento ley 17091 (B.O. 9-1-67)".

Para así resolver consideró que la medida de no innovar recurrida se adoptó frente a la resolución dictada por el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, el 5 de agosto de 2004, que dispuso el lanzamiento previsto en la Ley N° 17.091 de la firma DESARROLLOS COMERCIALES S.A. de la Estación Terminal Once de Septiembre.

El fundamento de la Disposición ONABE N° 254/02 que dispuso la rescisión del contrato y la intimación a la restitución del bien, bajo apercibimiento de lo previsto en la Ley N° 17.091, fue el incumplimiento de las obligaciones de efectuar las obras de remodelación y mantenimiento de la Estación Terminal y del pago de los cánones a los que la empresa se obligara contractualmente.

Toda vez que la rescisión resultó uno de los recaudos valorados por el entonces titular del Juzgado para disponer el lanzamiento en los términos de la Ley N° 17.091, no puede afirmarse válidamente -expone la resolución de Cámara- que el requirente de la medida cautelar haya contado con la verosimilitud del derecho para solicitarla.

Así, respecto a la denuncia formulada por DECSA, apuntada a cuestionar la Licitación N° 23/03 del ONABE, se destaca en el decisorio que no se ha establecido -a los fines de la medida de no innovar- la vinculación entre ésta y la rescisión dispuesta por el organismo estatal y, reconocer el derecho alegado a través de la medida cautelar propuesta, implicaría revisar la decisión adoptada en sede Contencioso.

cioso Administrativa Federal de modo impropio (una medida de no innovar no puede ser utilizada para incumplir una orden de otro juez, y resulta aplicable el criterio según el cual una cautelar de tales características, no puede, como regla, interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, ni ser empleada para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los derechos que las partes interesadas consideran tener -conf. Causa L.297 XXXII ORIGINARIO, *Lawsa c/ Catamarca, Provincia de (Dirección Provincial de Aeronáutica) s/ interdicto de retener*, rta. El 16/07/1996; por la CSJN-).

Así las cosas, y desde la perspectiva de la factibilidad de continuar con el trámite, habiéndose neutralizado la imposibilidad de disponer el lanzamiento, no se advierten obstáculos legales para proceder a su continuación en tanto, desde el punto de vista jurídico procesal, se encuentran reunidos los requisitos en orden a proceder al lanzamiento dispuesto por la Ley N° 17.071 (B.O. 26-12-66), requisito necesario para que, en el caso de que el ONABE resuelva suscribir el contrato pertinente, el adjudicatario pueda asumir y cumplir sus obligaciones con el Estado Nacional y, asimismo, no existen otras medidas judiciales vigentes que ordenen la suspensión del procedimiento de contratación.

Por lo demás, teniendo en cuenta los antecedentes que se tienen a la vista y la conducta del denunciante LOUSTEAU BIDAUI, tanto en su relación con la Administración durante la ejecución del contrato como con posterioridad a la rescisión dispuesta por Disposición ONABE N° 256/02 (vgr. el incumplimiento de la obligación de restituir los bienes



Procuración del Tesoro de la Nación

prevista por la Ley N° 17.091), cabe concluir que la causa penal originada con motivo de dicha denuncia no impresiona, como un elemento fundamental susceptible de conmover la presunción de legitimidad de la que gozan los actos administrativos (v. art. 12 LNPA).

2. Observaciones de la SIGEN vinculadas con aspectos económicos.

Respecto de las distintas observaciones vinculadas con los aspectos económicos de la contratación no corresponde su tratamiento, salvo respecto de aquellas cuestiones que reconducen a cuestiones jurídicas, siendo la autoridad competente quien deberá merituar si son susceptibles de conmover la actuación desarrollada por los órganos técnicos de la Administración, cabiendo recordar aquí, lo antes manifestado en punto a la plena fe que merecen los informes técnicos siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. Dictámenes 207:343; 247:180, entre otros).

Ahora bien, entre las observaciones vinculadas a aspectos económicos de la concesión, existen algunas que merecen ser analizadas en tanto involucran aspectos jurídicos, y son las contenidas en el punto 3 del informe de fojas 3531/3538.

Respecto de la primera de ellas, la SIGEN manifiesta atento al tiempo transcurrido que resulta necesario, con el fin de tutelar los intereses del Estado y operar en condiciones de mercado, recabar información, a efectos de documentar la conveniencia económica de proseguir con el trámite.

Corresponderá al órgano contratante -el ONABE- teniendo en cuenta los intereses públicos comprometidos relacionados con la contratación determinar la oportunidad, mérito o conveniencia de proceder a la suscripción del contrato.

Sin perjuicio de ello, en lo atinente al aspecto estrictamente jurídico es preciso tener en cuenta que, la ecuación económico financiera del negocio jurídico queda definida al momento de la presentación de las ofertas correspondiendo luego a la Administración evaluar las ofertas presentadas, y, en su caso, elegir la más conveniente. Producida la adjudicación y la suscripción del contrato, según la modalidad de que se trate, la preservación de la equivalencia honesta de las prestaciones y consecuentemente del equilibrio de la ecuación económico financiera, se ve garantizada a través de las técnicas de tutela del interés público antes tratadas, en particular aquellas tendientes a remediar los impactos derivados del álea económica o del álea administrativa.

En cuanto a la observación referida a la necesidad de pautas de revisión temporal del contrato, se remite a la opinión antes emitida.

Por último, corresponde a la autoridad primaria llamada a decidir, merituar la necesidad de contar con nuevos informes técnicos o si los agregados al expediente resultan suficientes para merituar la conveniencia de continuar con el trámite, en orden a las observaciones formuladas en los puntos 2, 3 y 5 del informe final de la SIGEN.

3. Vistas.

Superadas las etapas en que la vista no resulta posible de conceder, corresponderá conceder las vistas solici-



Procuración del Tesoro de la Nación

tadas en el expediente, sin que ello signifique interferir en la continuidad del trámite.

- III -

CONCLUSIÓN

n°

Habida cuenta de lo expuesto, desde el punto de vista jurídico, no existen reparos que formular respecto de la legalidad del procedimiento de licitación.

En cuanto a la posibilidad de continuar con el trámite se estima, con las salvedades formuladas en el punto II.2.1, en cuanto a la improcedencia del dictado de un acto administrativo ratificatorio, que no se encuentran objeciones legales para la suscripción del contrato pertinente, de conformidad con lo aquí opinado.

DICTAMEN, N° 150

ADOLFO GUSTAVO SCRINZI
SUBPROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN