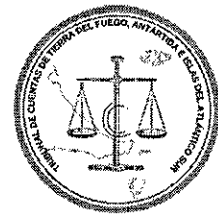




"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

(Informe Legal) N.º

Ref.: (Expte. AIF-E-71313-2024 caratulado: *“Adquisición de caldera, kit de ventilación, accesorios y mano de obra para la Secretaría de Ciencia y Tecnología – AITF.”*)



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

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

Cde.: Expte. AIF-E-71313-2024

Ushuaia, 4 de diciembre de 2024.

SEÑOR SECRETARIO LEGAL A/C

DR. PABLO E. GENNARO

Viene a este Cuerpo de Abogados, el Expediente del corresponde, perteneciente al registro de la Secretaría de Gestión de Polos y Fabrica de Talentos, caratulado: ***"Adquisición de caldera, kit de ventilación, accesorios y mano de obra para la Secretaría de Ciencia y Tecnología – AITF."*** a fin de tomar intervención.

I.- ANTECEDENTES:

Las presentes actuaciones ingresaron a este Organismo de Contralor en el marco del Control Preventivo, conforme lo estipulado en la Resolución Plenaria N° 01/2001 y modificatorias.

En ese contexto, cabe destacar que el Auditor Fiscal de este Tribunal, C.P. Sebastián ROBELÍN, realizó el Acta de Constatación N.º: ACTA-PRE-PE-344-2024, en la que detectaron tres observaciones sustanciales.

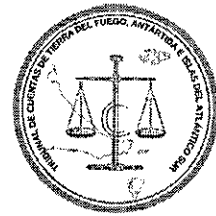
En el Acta de Constatación mencionada indicó: ***"Incumplimiento a la Ley Provincial N.º 1015, artículo 30°; Decreto Provincial N.º 674/11 - Anexo 1, artículo 34°, Punto 21; y Resolución OPC N.º 18/2021 - Anexo 1, artículo 23°; ello teniendo en cuenta que, tratándose de una Licitación Privada, en el acto administrativo de llamado a cotización, la constitución de Garantía de Oferta no***

es facultativa. En la modalidad de contratación adoptada, no constituye potestad de la Administración el hecho de requerir o no tal documento, sino que se trata de un requisito fijado normativamente.

Incumplimiento Decreto Provincial N.º 674/11-Anexo 1, artículo 26, inciso 1); y artículo 34º, Punto 38; Resolución OPC N.º 17/2021, Anexo 1, Capítulo II, Punto 11.11 y Resolución OPC N.º 18/2021-Anexo 1, artículo 17; ello en virtud de que el acto administrativo de autorización del llamado (orden 30 - Resolución S.G.P.yF.T. — AJ.T.F. N.º 30/2024, Anexo 1, Artículo 8º-), otorga la facultad a los proveedores de presentar sobre cerrado o vía correo electrónico. En tanto que, de acuerdo a las normas aquí mencionadas, la presentación de las ofertas en el caso de Licitaciones, debe realizarse en sobres cerrados, no admitiendo otras modalidades.

Incumplimiento Decreto Provincial N.º 674/11 - Anexo 1, artículo 34, punto 49; Resolución OPC N.º 18/21, artículo 14º último párrafo y artículo 20º, último párrafo. Ello atendiendo a que el proveedor, una vez presentada su oferta y posteriormente ante el requerimiento por parte de la administración, modifica las condiciones de contratación inicialmente presentadas (tales como Plazo de Entrega y Plazo de mantenimiento de oferta)”.

Ante ello, la Secretaría Administrativa Dra. María de los Ángeles ARROYO, realizó el INF-DGAF-AIF-268-2024, con el carácter de descargo por las observaciones anteriormente citadas y dijo: “1. En cuanto a este punto se reconoce lo expresado en la norma, considerándose propicio mencionar que la Resolución O.P.C. N° 17/2021 la cual aprueba el manual de Procedimientos de Compras y Contrataciones del Sector Público Provincial no financiero, en su Capítulo II, Pto 1 Caratula y redacta la Nota Fundada (Área solicitante) menciona: ‘...Redacta la Nota Fundada argumentando la necesidad de la



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

contratación e indica si resulta necesario requerir garantía de oferta.'. A raíz de ello se procedió de tal manera.

2. En referencia a la recepción de ofertas vía correo electrónico el Decreto 832/21 regula el inicio, ordenamiento, registro y circulación de documentos y comunicaciones oficiales y actuaciones administrativas gestionadas por el Sistema de Expediente Electrónico.

Con el objetivo de promover la utilización de los recursos tecnológicos de la Sociedad de la Información en el ámbito del sector público incorporando procedimientos de notificación electrónica, el uso de domicilios electrónicos, la implementación de portales interactivos en internet para el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía, la sustitución progresiva de los registros documentales en soporte papel por registros en formato digital y soporte electrónicos, la autenticación de documentos digitales y mensajes de datos en general por utilización de Firma Digital, que mediante su verificación permita asegurar la autoría del documento o mensaje de autos y su integridad y, en general, la utilización de todos los recursos que las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) proveen y que tienden a la progresiva despapelización'.

En su artículo 3º se aprueba el 'Procedimiento de digitalización y resguardo de documentos en soporte papel'.

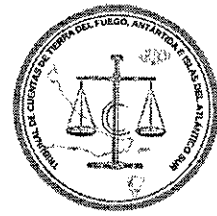
Con lo mencionado precedentemente se puede entender que no hay diferencia entre recepcionar la oferta vía correo electrónico o en papel (sobre cerrado) siempre y cuando se cumplan los procedimientos y principios administrativos correspondientes. Optimizando así el proceso administrativo y generando un impacto positivo en nuestro medio ambiente.

3. En cuanto a este incumplimiento se informa que el correo enviado por parte de la administración al Domicilio Especial Constituido Electrónico del proveedor SUAREZ MAURO PAUL, C.U.I.T. N° 20-16524738-9 es a modo de esclarecer, dado que propiamente el formulario de cotización se encuentra acorde a las condiciones de la contratación pero adicionalmente presentó un presupuesto que contenía información contradictoria. Entendiéndose de mayor peso el contenido expresado en el Formulario de Cotización”.

Luego, el Auditor Fiscal de este Organismo de Control C.P. Leonardo VIVAS AHUMADA realizó el Informe Contable N.º: INF-TCP-SC-286-2024, en el que efectuó un análisis del descargo antes mencionado, y sobre la primera Observación Sustancial dijo: “Análisis y Conclusión: si bien se toma conocimiento del descargo aportado, se considera que, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente, y en particular en el Decreto Provincial N.º 674/2011 - Anexo I, Artículo 34, Punto 27, la constitución de la garantía de oferta es un requisito obligatorio en los procesos de Licitación, al exceptuarse sólo en el caso de contrataciones directas tal exigencia y a requerimiento del organismo licitante.

Además, cabe mencionar que el proveedor se notificó oportunamente de las condiciones establecidas en la Resolución OPC N.º 18/2021 (orden 63), en la cual se especifica de manera clara la obligatoriedad de esta garantía, por lo que, ante la falta de cumplimiento de este requisito normativo esencial, se sugiere mantener la presente observación”.

En referencia de la segunda Observación Sustancial indicó: “**Análisis y Conclusión:** tras el análisis del descargo presentado, se concluye que los argumentos ofrecidos no resultan suficientes para remediar la observación formulada, ya que, de acuerdo con las disposiciones normativas indicadas en el



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

apartamento normativo, la presentación de las ofertas en licitaciones debe realizarse exclusivamente en sobres cerrados.

En relación con el argumento que invoca las disposiciones del Decreto Provincial N.º 832/2021 y el impulso hacia la digitalización y despapelización administrativa, resulta pertinente señalar que estas no modifican los requisitos específicos y obligatorios establecidos para los procedimientos de contratación pública, en los cuales prevalecen los principios y garantías definidos en el marco normativo aplicable.

Cabe destacar que esto no excluye la posibilidad de implementar en el futuro mecanismos en los sistemas de compras que armonicen los preceptos legales vigentes con los beneficios de la digitalización. En este sentido, esta Delegación en el análisis de la Cuenta de Inversión 2023 mediante el Informe Contable N.º 186/2024 Letra: TCP-PE, recomendó la reglamentación del Capítulo IV de la Ley Provincial N.º 1015, referente a las Contrataciones Públicas Electrónicas, a fin de cumplimentar con lo establecido en el artículo 72 y propiciar las oportunidades de mejora que traería aparejado su utilización en el sistema de compras públicas local.

Sin embargo, en la actualidad, el requerimiento de sobres cerrados, además de ser una disposición normativa explícita, asegura que las ofertas se mantengan confidenciales hasta el acto de apertura. Esto es particularmente importante en procedimientos competitivos como las licitaciones, donde cualquier percepción de desigualdad en el tratamiento de las ofertas puede comprometer la integridad del proceso.

En este sentido, aceptar la presentación de ofertas por correo electrónico sin una regulación específica que garantice los mismos niveles de seguridad y confidencialidad que los sobres cerrados podría generar riesgos innecesarios,

f

comprometiendo la equidad y la transparencia del proceso. Si bien la digitalización es una herramienta valiosa para optimizar la gestión administrativa, su implementación en los procedimientos de contratación pública debe estar debidamente reglamentada para evitar conflictos con las normativas vigentes y los principios que rigen estas contrataciones.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, y considerando que la conducta verificada resulta contraria al régimen jurídico aplicable, al no admitirse otras modalidades para la presentación de ofertas en el marco de licitaciones, se sugiere mantener la presente observación.”

Por último, en relación a la tercera Observación Sustancial dijo: “**Análisis y Conclusión:** luego de evaluar el descargo aportado, se concluye que este no satisface las exigencias normativas observadas, considerando que la modificación de la oferta después de la apertura de sobres contraviene lo establecido en la normativa vigente. El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales resulta claro y determinante al estipular en su artículo 14 que: ‘Una vez presentada la oferta, la misma será inmodificable, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de realizado el Acto de Apertura de Sobres.’” Asimismo, en su artículo 20, se indica expresamente: ‘La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el OFERENTE para alterar la sustancia de la oferta ni para mejorarla.’.

Permitir la modificación de una oferta presentada, en el marco de un requerimiento de aclaración, afectaría la confianza en el proceso y podría otorgar ventajas indebidas a un oferente en detrimento de otros participantes, desnaturalizando la esencia de la licitación como un mecanismo competitivo. Este tipo de práctica no solo comprometería la equidad entre los participantes, sino que también erosionaría la transparencia y la legitimidad del procedimiento.



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

En virtud de lo expuesto, y dado que la alteración posterior de las condiciones ofertadas impacta directamente en los principios rectores del sistema de contrataciones públicas, se sugiere mantener la presente observación".

Por ese motivo, el Secretario Contable a/c remitió las presentes actuaciones a la Secretaría Legal, a través de su Nota Interna: NOTA-INT-SC-2084-2024: *"(...) a los fines de que se expida en forma previa a la intervención de esta Secretaría Contable, en el marco de lo establecido en el inciso d) del artículo 99 de la Ley provincial N.º 141".*

II.- ANÁLISIS:

El presente análisis se ceñirá en examinar las observaciones sustanciales detectadas en el Acta de Constatación ACTA-PRE-PE-344-2024 y lo expuesto en el Informe Contable INF-TCP-SC-286-2024, realizados por los Auditores Fiscales C.P. Sebastián ROBELÍN y el C.P. Leonardo VIVAS AHUMADA respectivamente, en el marco de control preventivo reglamentado por el Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 01/2001.

Así las cosas, la primera Observación Sustancial expuesta en las intervenciones antes mencionadas refiere, a la falta de constitución de garantía de la oferta realizada, en supuesto detrimento del artículo 30 de la Ley provincial N.º 1015; artículo 34, punto 21 del Anexo I del Decreto provincial N.º 674/11; y el artículo 23 del Anexo I de la Resolución de la OPC N.º 18/2021.

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 30 de la Ley provincial N.º 1015 dice: *"Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones los oferentes y adjudicatarios deberán constituir garantías o contra garantías por anticipos*

f

otorgados por la Administración Pública Provincial, en las formas y por los montos que establezca la reglamentación o los pliegos, con las excepciones que aquella determine”.

En esa misma línea jurídica, la obligatoriedad de la constitución de la garantía de oferta se encuentra previsto en el artículo 23 de la Resolución de la OPC N.º 18/2021.

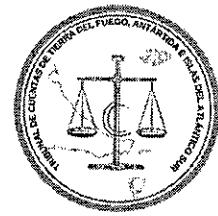
A modo preliminar, entiendo conveniente señalar que respecto al Decreto Reglamentario N.º 674/11 de la Ley territorial N.º 6, derogada esta última por la Ley provincial N.º 1015.

A pesar de ello, la propia Ley provincial N.º 1015 le brindó ultraactividad al reglamento mencionado en el párrafo anterior, a través de su artículo 72 diciendo: “(...) *hasta tanto se dicte el reglamento de la presente* (...)”.

Cabe destacar que, a mi modo de ver, las reglamentaciones particulares de la Ley provincial N.º 1015 realizadas por la OPC en sus Resoluciones N.º 17/2021 y N.º 18/2021, derogan las previsiones normativas del Decreto Reglamentario N.º 674/11, ello debido a que su ultraactividad tiene relación directa a la falta de reglamentación de las materias que carezcan de ello.

Por ello, conforme mi criterio, en lo que respecta a la necesidad de requerir Garantía de Ofertas el Decreto Reglamentario N.º 674/11 el mismo para este caso en particular se encuentra derogado y sustituido por las reglamentaciones específicas realizadas por la OPC en las Resoluciones previamente señaladas.

Así las cosas, el cuentadante fundamenta la subsistencia de la oferta, sin su correspondiente garantía, conforme lo establecido en el Capítulo II, PUNTO



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

I de la Resolución de la OPC N.º 17/2021 que establece el *"Manual de Compras y Contrataciones del Sector Público provincial no financiero"*.

La norma citada, en el marco de los procedimientos de selección de Licitación Pública y Privada, sobre la nota que inicia el procedimiento indica que: *"(...) deberá mencionar la necesidad de la contratación e indica si resulta necesario requerir garantía de oferta (...)".*

En ese contexto, en la Nota N-SGPFyT-AIF-257-2024 que fundamentó la necesidad de la contratación indicó que: *"(...) No se requiere garantía de oferta"*.

En igual sentido, en la previsión del Pliego de Bases y Condiciones particulares para la presente contratación no se requirió garantía de mantenimiento de oferta.

Ahora bien, es importante destacar que la Resolución de la OPC N.º 018/2021, en su Anexo I, artículo 23, establece que: *"Sera requisito para presentar OFERTAS, la constitución de una garantía de oferta en alguna de las formas indicadas en el PLIEGO, por un monto equivalente al uno por ciento (1%) del valor total de la OFERTA. En los casos de cotizaciones con alternativas, la garantía se calculará sobre el mayor valor propuesto."*

Así, haciendo una hermenéutica integral del marco normativo vigente e imperante, tanto el *"Régimen General de Contrataciones y Disposiciones Comunes para el Sector Público Provincial"* como la resolución de la OPC que establece el *"Pliego Único de Bases y Condiciones"*, instauran como imperativo legal a la constitución de garantía de oferta, debido a que utilizan el vocablo *"deberán"*, salvo que la reglamentación establezca una excepción.

f

Ahora bien, por otra parte, la propia OPC al dictar el “*Manual de Procedimientos de Compras y Contrataciones del Sector Público Provincial no financiero*” permite prescindir, en algunos casos, de requerir la mencionada garantía.

Así las cosas, al realizar una exegesis normativa, esa labor debe hacerse en forma armónica entre las mismas, por lo que cabe poner de manifiesto que Ley provincial N.º 1015 (norma de jerarquía superior) y la Resolución de la OPC N.º 18/2021 la entienden como imperativa con excepciones, mientras que el Manual de Compras y Contrataciones (norma reglamentaria con menor jerarquía) prevé la posibilidad de prescindir de solicitar garantía de oferta, y habilitado ello por el artículo 30 de la Ley provincial N.º 1015.

De ello surge, que la constitución de Garantía de Oferta, en mi opinión, es la regla general y obligatoria, y que lo establecido por la Resolución de la OPC N.º 17/2021, es una excepción a la regla general, aceptada por la norma superior, y en consecuencia la misma deberá ser utilizada con carácter restrictivo.

Además, siguiendo la interpretación integral de los plexos normativos que regulan la cuestión, entiendo que la obligatoriedad y características expuestas por el artículo 23 de la Resolución N.º 18/2021 sobre la garantía de ofertas refiriere a los casos que se determinó su necesidad –regla general- y no en los procedimientos excepcionales en que se entendió su prescindencia.

Más allá de ello, entiendo conveniente expresar la importancia de la constitución de la garantía de oferta; sobre ello calificada Doctrina ha manifestado que: “*II. FUNCIÓN DE LA GARANTÍA. se entiende que el objeto de la constitución de la garantía es asegurar la calidad de los que concurran a la licitación.*”



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

De manera similar, en doctrina comparada se identifica una doble función en la constitución de la garantía de oferta, a saber: '... [A]segurar la seriedad y viabilidad de las ofertas presentadas por los licitadores (disuadiendo de la presentación de ofertas irrealizables con el único objeto de perturbar la concurrencia en el procedimiento de adjudicación); y por otro, asegurar la efectividad de las responsabilidades en que el adjudicatario del contrato pueda incurrir en caso de no llegar a constituir la garantía definitiva y formalizar el contrato ...'" (DRUETTA, Ricardo T. y GUGLIELMINETTI, Ana P., "Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, páginas 124 y 125).

Además, de esta facultad discrecional de prescindir de la solicitud de garantía de oferta, debe ser observada en el marco de la juridicidad.

Sobre ello, la doctrina ha expresado: *"En la experiencia contemporánea el principio de juridicidad debe asumir, entonces, un contenido diverso. En algunos supuestos aparece condicionado de manera absoluta por el precepto normativo concreto que establece expresamente la conducta administrativa debida. En otros casos, el orden jurídico no determina un condicionamiento explícito, sino que sólo actúa como límite en la libre o discrecional actividad estatal.*

Esta nueva concepción de la juridicidad de la acción administrativa nos obliga a ser más prolijos en cuanto a la ubicación correcta de lo discrecional. En otros tiempos, bastaba decir que todo lo que no estaba previsto por la normatividad era discrecional. Hoy la situación es más compleja, por cuanto la discrecionalidad no está 'fuera' sino 'dentro' del orden jurídico.

f

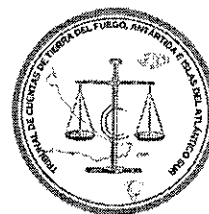
De allí que sea de fundamental importancia examinar la primacía del ordenamiento en el marco de la jerarquía normativa y las materias más o menos intensamente vinculadas, para saber en qué ámbitos se mueve normalmente la discrecionalidad y cuál es su capacidad de crecimiento o restricción” (SESIN, Domingo Juan, “Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica”. Depalma, Buenos Aires, 1994, páginas 20 y stes.)

Por ello, y más allá de la importancia que reviste el contar con la Garantía de mantenimiento de Ofertas, la decisión del cuentadante, se ve respaldada por la excepción establecida por el “*Manual de Procedimientos de Compras y Contrataciones del Sector Público Provincial no financiero*” (Resolución de la OPC N.º 17/2021), que establece la posibilidad de prescindir de la misma.

Además, al indicar la prescindencia tanto en la Nota que funda la contratación y especialmente en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, a mi modo de ver, no se afectaron los principios rectores de igualdad, concurrencia y competencia, consagrados en el marco jurídico imperante, y particularmente en la Ley provincial N.º 1015.

Ahora bien, sobre la facultad discrecional de carácter excepcional y restrictivo de prescindir de contar con la Garantía de Oferta, por la misma se debería entender como responsable al funcionario interviniente, en el hipotético caso que se genere algún perjuicio al estado y que se podría haber sido evitado en el caso que se hubiese constituido dicha garantía, en la medida que la decisión de prescindir carezca de juridicidad.

En consecuencia, más allá de coincidir con el criterio de los Auditores Fiscales intervinientes, sobre la necesidad legal de contar con la garantía de ofertas



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

correspondiente, debido a que es la regla establecida por el ordenamiento, comprendo conveniente sugerir que, en este caso en particular, se proceda al levantamiento de la observación sustancial.

Ello debido a que, la excepción de contar con la garantía antes mencionada, se encuentra prevista por la nueva configuración normativa establecida por la Resolución N.º 17/2021, y que, a mi modo de ver, no afectaría en este caso a los principios rectores del mismo, salvo mejor y más elevado criterio.

Más allá de ello, entiendo prudente señalar también que se informe al cuentadante que, en el hipotético caso de que se genere algún perjuicio al Estado provincial, el que podría haber sido evitado si se hubiese constituido Garantía de mantenimiento de Ofertas, el funcionario interviniente que entendió conveniente no requerir la misma será responsable del perjuicio ocasionado por su decisión, cuando la misma carezca de razonabilidad y juridicidad en consideración del carácter restrictivo de ella.

Por otra parte, la segunda observación sustancial encontraría su sustento ante la falta de presentación de oferta a través del correspondiente sobre cerrado.

A modo preliminar y en honor a la brevedad, entiendo que el Decreto provincial N.º 674/2011, también carece de ultraactividad en lo que respecta al marco jurídico de esta Observación Sustancial por los mismos fundamentos que los realizados al tratar la Observación Sustancial N.º 1.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el Decreto provincial N.º 674/2011, en su artículo 26 inciso 1), preveía que: "(...) La Licitación privada es el procedimiento de contratación en el que, mediante pliego de bases y

f

condiciones, las ofertas se realizan mediante uno o más sobres cerrados, aperturando las mismas en una fecha y horario determinadas previamente (...)”.

Asimismo, el Decreto antes citado, en su artículo 34 punto 38, apartado a) también decía: *“Cuando se trate de licitaciones o concurso de precios, las propuestas serán siempre presentadas en sobre cerrados (...)*”.

En esa misma línea Jurídica, actualmente la OPC en su Resolución N.º 18/2021, artículo 17.5 estableció que: *“La presentación de la oferta deberá hacerse en sobre común, caja o paquete si fuera voluminoso, debidamente cerrado”*.

Ante ese contexto, a mi modo de ver no caben dudas que las normas imperantes establecen que ante este tipo de procedimientos de selección como es la Licitación privada, las ofertas deben presentarse por sobre cerrado.

Ahora bien, la justificación que expuso el cuentadante lo hace en relación al Decreto provincial N.º 832/21. Cabe destacar que la norma en cuestión establece el Reglamento para el uso del *“Sistema Expediente Electrónico”* y *“Procedimiento de digitalización y resguardo de documentos en soporte papel”*.

En tal sentido, el Decreto mencionado, no podría tenerse como una norma reglamentaria específica de las contrataciones públicas electrónicas establecidas por el artículo 37 de la Ley provincial N.º 1015, a pesar de que si podría aplicarse en el hipotético caso que sean reglamentadas en carácter supletorio o análogo.



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Así las cosas, en el Régimen provincial de Contrataciones Pública establecido por la Ley provincial N.º 1015, se prevé el procedimiento de selección electrónico.

En tal sentido, el artículo 37 del plexo normativo mencionado dispone:
"Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5º del presente."

Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 1º estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este Régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por la presente.

Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 3º de la Ley provincial 955 o aquellas que la sustituyan y sus normas reglamentarias, en los términos establecidos en la mencionada ley, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en el artículo 5º de este Régimen, aún a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa. Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

f

ARTÍCULO 38.- Regulación. La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital” (Los resaltados me pertenecen).

Asimismo, resulta oportuno recordar que, mediante la Ley provincial N.º 1312, se modificaron determinados artículos de la Ley provincial N.º 141 en los siguientes términos: “Artículo 20.- Incorpórese como inciso g) al artículo 55 de la ley Provincial 141, el siguiente texto: ‘g) por correo electrónico u otros medios electrónicos siempre que garanticen la certeza de su recepción, su fecha y hora, y su contenido, en los términos que determine la reglamentación’.

Artículo 21.- Incorpórese como segundo párrafo al artículo 97 de la Ley Provincial 141, el siguiente texto: ‘La firma de la autoridad que la emite podrá ser instrumentada en forma electrónica o digital, en los términos que determine la reglamentación’.

Artículo 22.- Sustitúyase el artículo 21 de la Ley Provincial 141, por el siguiente texto: ‘Artículo 21.- El procedimiento se desarrollará con arreglo a criterios de imparcialidad, gratuidad, celeridad, sencillez y eficacia, permitiendo la utilización de tecnologías informáticas y plataformas electrónicas que faciliten la eficiencia de los mismos conforme lo establezca la reglamentación.

A tal efecto, se autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

administrativos que se tramitan ante Administración Pública, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales".

En ese orden de ideas, entiendo que el propio texto de la Ley provincial N.º 1015 en su artículo 37, establece que, en el marco de las contrataciones públicas electrónicas, se podría autorizar al envío de ofertas en formato digital firmado de la misma forma.

No obstante, ni la Administración ni la OPC que también posee la potestad de reglamentar el régimen establecido por la norma citada en el párrafo precedente, han reglamentado el procedimiento de contrataciones públicas electrónicas, por lo que, a la fecha, a mi modo de ver no se pueden llevar a cabo hasta tanto no se realice dicha labor de manera completa y así garantizar todos los principios rectores como ser igualdad y concurrencia.

En función de ello, en cuanto a la presentación de ofertas, dentro del ordenamiento jurídico actual, sería un valladar legal la no presentación de ofertas en sobre cerrado, al menos en el procedimiento de selección aquí analizado, hasta tanto, como se dijo, no se encuentren garantizados los principios rectores de las contrataciones públicas y el secreto de la oferta remitida.

Sin perjuicio de ello, la propia administración estableció en el Pliego de Bases y Condiciones particulares, en su artículo 8º la forma de presentar ofertas y dijo: *"La OFERTA se presentará en sobre cerrado sin membrete o marca alguna, o vía correo electrónico a la casilla de correo electrónico dgafaif@gmail.com. El sobre deberá contener en el frente el siguiente texto: 'AGENCIA DE INNOVACIÓN DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR – LICITACIÓN PRIVADA N° 04/24 – RAF 29' – FECHA DE APERTURA 30/09/2024 - HORA 12:00 HS."*

Asimismo, en rigor factico, la posibilidad de remisión de oferta se dio a todos los invitados a participar, y fue únicamente el ofertante quien remitió, vía correo electrónico –única oferta-, toda la documentación respectiva a la misma con su firma ológrafa correspondiente.

Ante ello, es importante destacar que el principal objeto de la presentación de ofertas en sobre cerrado es promover la transparencia al garantizar que todos los participantes tengan las mismas oportunidades de presentar sus ofertas sin ningún sesgo, favoritismo o conocimiento anticipado de las ofertas de sus posibles competidores.

Asimismo, esta igualdad de condiciones fomenta la competencia y anima a los postores a ofrecer los mejores precios posibles, y para ello es necesario garantizar el secreto de las ofertas hasta el día del acto de apertura de las mismas.

Bajo ese escenario, coincido con lo formulado por los Auditores Fiscales intervinientes, en que al menos por ahora, la única forma de presentar ofertas es a través de sobre cerrado, no pudiendo la administración establecer una diferente al momento de confeccionar el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

Ello, al menos hasta que sea reglamentado el procedimiento de Contrataciones Públicas electrónicas, o sea garantizada, en el caso en particular, la presentación de ofertas por correo electrónico, conservando su secreto hasta el acto de apertura.

Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar que la presentación bajo la modalidad de sobre cerrado hasta el momento establecido para su apertura, es una



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

garantía tanto para la administración como para el oferente, consagrando los principios de igualdad, concurrencia y competencia principalmente.

Así, en las presentes actuaciones al haberse presentado una única oferta, la misma, a mi modo de ver, no tiene potencialidad de afectar los principios mencionados en el párrafo anterior y consagrados en el marco normativo imperante.

En consecuencia, entiendo prudente recomendar el levantamiento de la presente Observación Sustancial, atento a que más allá que el ofertante debe conocer el orden normativo regulador, en los hechos, el mismo presentó la oferta en las condiciones establecidas por el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y además la misma fue la única oferta presentada por lo que a mi modo de ver no se afectaron gravemente principios rectores de la materia.

No obstante, la sugerencia de levantar la observación sustancial, se realiza en función a las singularidades del caso, especialmente por haber una única oferta presentada y haber sido previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, pero el ordenamiento jurídico impone, hasta el momento, la obligación de presentar las ofertas en sobre cerrado y secreto, y su inobservancia podría ser considerado un incumplimiento normativo sustancial insalvable.

En ese sentido, entiendo prudente sugerir que se recomiende al cuentadante que, hasta tanto no reglamente el procedimiento de contrataciones electrónicas, y en lo particular sobre la posibilidad de presentar ofertas por medios electrónicos, se abstenga de establecer en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares la previsión de esta modalidad diferente de la de sobre cerrado y secreto, hasta que pueda garantizar la concurrencia, la igualdad y la competencia

f

y, en este caso específico, de asegurar el secreto de las ofertas presentadas hasta el acto de apertura de las mismas.

Por último, la tercera Observación Sustancial tiene su sustento en la supuesta modificación de la oferta presentada por el único oferente.

En ese aspecto, señaló el Auditor Fiscal que la modificación llevada a cabo por el oferente violó el Decreto provincial N.º 674/11, Anexo I, artículo 34, punto 49 y la Resolución OPC N.º 18/21, artículo 14 último párrafo y artículo 20, último párrafo.

A modo preliminar, sobre la vigencia del Decreto provincial N.º 674/11, en este caso en particular, el mismo tampoco se encontraría vigente por los mismos fundamentos esbozados en el presente análisis.

Así las cosas, el último párrafo del artículo 14 de la Resolución mencionada anteriormente indica: *“Una vez presentada la oferta la misma será inmodificable, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de realizado el Acto de Apertura de Sobres”*.

Asimismo, el último párrafo del artículo 20 del mismo cuerpo legal establece: *“La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el OFERENTE para alterar la sustancia de la oferta ni para mejorarla”*.

Ante ese contexto normativo, entiendo que la subsistencia de la presente observación se fundamentará en principio si la modificación de la oferta llevada a cabo por el oferente modificó la esencia de la misma y alteró su esencia.



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

En ese camino, la doctrina ha clasificado a los defectos de la oferta en sustanciales y no sustanciales y de ambas se desprenden una subclasificación denominada como formales y no formales.

Así, los defectos sustanciales formales son *"(...) los que afectan los requisitos meramente instrumentales requeridos por la normativa, y se configuran con el incumplimiento de alguna exigencia meramente formal (...).*

"(...) Escola sostiene que podría aceptarse la excusación de incumplimiento de las formas esenciales, cuando ello no perjudique derechos de terceros" (Gustavo SA ZEICHEN en "La Subsanación de Ofertas en los Procedimientos de Selección del Contratista Estatal. Un Análisis desde los principios de la Contratación Administrativa", parte II, Derecho Administrativo revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, pp. 371 y siguientes).

Por otra parte, sobre los defectos sustanciales no formales la doctrina los define como *"(...) son los que afectan elementos esenciales, nucleares de la oferta (precio, calidad, parámetros de cumplimiento, indicaciones contrarias a la normativa que rige el llamado, etc.) y que, de permitirse su mejora o subsanación, colocarían de manera ilegítima al oferente beneficiado en una mejor posición con respecto a los demás" (Ibídem pp. 372).*

Por el contrario, los defectos no sustanciales formales *"(...) son aquéllas que no afectan el núcleo de la oferta (precios, calidad, condiciones esenciales), cuya subsanación posterior no permite la configuración de ventajas competitivas para el oferente titular de la oferta viciada, o no incide en los parámetros objetivos de comparación entre oferentes.*

f

Diversos ejemplos existen de vicios formales no sustanciales, y por ello no invalidantes de la oferta –y, en tal caso, subsanables-, pudiendo citar, a título ejemplificativo, la ausencia de constitución del domicilio legal o real, la omisión de acompañar el poder, la omisión de acompañar documentos probatorios o que acrediten una circunstancia fáctica ya existente al momento de la apertura de las ofertas (declaraciones juradas, vgr.), etcétera” (Ibídem, pp 373).

Asimismo, los defectos insustanciales no formales son “(...) incumplimientos de requisitos integrativos de la oferta no formales, pero que por no afectar elementos esenciales de la oferta no alteran el alcance de la propuesta, y por ende, permiten su subsanación posterior, de no mejorarse la posición relativa del oferente respecto de los otros. Contrariamente a lo que ocurre con los vicios formales, los defectos no formales no invalidantes son la excepción, y no la regla” (Ibídem, pp. 373).

Así las cosas, particularmente en las presentes actuaciones, el cuentadante remitió el correo electrónico al oferente en el que dijo: “Por tal motivo se solicita aclarar respecto de la inconsistencia entre el presupuesto enviado junto a su oferta donde se agrega el ítem 5 ‘Grupo de llenado Caleffi’ y el formulario decotización, renglón 1, en el cual se suma el monto del ítem mencionado al valor de la caldera y sus insumos descriptos en dicho renglón. Ello debido a que el producto no se encontraba contemplado inicialmente ni en el presupuesto ni en lo requerido por vuestra área”.

Ante ello, la respuesta del Oferente fue: “Respecto a la consulta por el ítem 1 cotizado, con la integración al precio de la caldera, se suma un grupo de llenado automático, que se describe en dicha solicitud.



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

En la foto adjuntada marco con puntos verdes donde la describe, junto con un vaso de expansión y una bomba recirculadora, que ya vienen incorporada a la caldera.

Si creen conveniente que retire el valor de ese producto en el ítem , se puede hacer”.

Además, la Téc. Norma Barrientos Directora de Gestión Operativa – S.G.P. y F.T de la Agencia de Innovación de la Provincia de Tierra del Fuego, AeIAS expuso sobre ello que: “(...) tenga a bien corroborar lo expuesto en correo electrónico e imagen incorporados a orden 75 y 76. Ello en virtud de la observación 1 realizada por el área de Auditoría Interna en Informe N° 355/2024, ante lo que el proveedor aclara que el insumo ‘Grupo de llenado Caleffi’ se trata de uno de los insumos requeridos en el renglón 1 del formulario de cotización descripto como “válvula de carga automática, unión doble aqua...”.

En igual sentido se pronunció la M.M.O Roa Tamara A. Subsecretaria de Infraestructura ZS M. ED., quien manifestó: “(...) para dar cumplimiento a la observación N° 1 es importante destacar que el insumo denominado ‘GRUPO DE LLENADO CALEFFI’ es análogo a lo mencionado como ‘VALVULA DE CARGA AUTOMÁTICA’ a orden N° 5 de Nota N° 605/2024 LETRA: Ss. I.Z.S.

Así, es dable mencionar lo expuesto por destacada doctrina la que tiene dicho que: "Durante el procedimiento licitatorio la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios deben satisfacer". (GORDILLO, Agustín, "El informalismo y la concurrencia en la licitación Pública - después de la reforma del Estado-" Capítulo VII - Fundación

f

de Derecho Administrativo, pág. 728/729,
https://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues7.pdf).

En ese mismo orden de ideas, deben primar dos criterios: la concurrencia y la finalidad del contrato y tener presente que la doctrina nacional considera que *“en el procedimiento de selección del contratista deben cumplirse las reglas formales predeterminadas por la legalidad, siempre que de ello no se derive un exceso de ritualismo formal injustificable o manifiesta inconveniencia para los intereses del Estado”*. (SESÍN, Domingo J. *"El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas"* en la obra *"Cuestiones de procedimiento Administrativo"*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 93).

Además de las consideraciones anteriormente expuestas, tienen sustento en el marco normativo provincial, en el artículo 4º de la Ley provincial N° 1015 el que indica: *“El principio de concurrencia de ofertas no debe ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes o subsanables, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, sin que ello implique alterar los principios establecidos en la presente ley”*.

De la norma surge claro que si bien una oferta debe ser declarada inadmisibles cuando presenta vicios que afectan su núcleo esencial imposibilitando la comparación de la misma con las restantes, en aquellos casos en los que sean admisibles resulta obligatorio para la Administración generar las acciones tendientes a subsanar aquellos defectos que no sean invalidantes.



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Bajo esa tesitura, también la doctrina tiene dicho que: "(...) Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazadas por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado" (FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, "Licitación Pública. Selección del contratista estatal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972).

En ese mismo sentido se pronunció el Superior Tribunal de Justicia provincial cuando en los autos caratulados: "*Medio Ambiente S.A. c/ Municipalidad de Río Grande s/ contencioso administrativo*", expediente N.º 2209/09 se condenó al Municipalidad de Río Grande por los daños que le produjo a la actora al impedir, en una licitación pública, la subsanación de algunos elementos no esenciales de su oferta.

En el fallo citado, el Máximo Órgano decisor provincial, haciendo propios los dichos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Oficina Nacional de Contrataciones sentenció: "*En definitiva, calificar a las irregularidades y alteraciones observadas en la oferta presentada por la firma Medio Ambiente S.A. como 'anomalías insubsanables', se entiende que lesiona los principios de igualdad y concurrencia que deben orientar el accionar administrativo en este proceso, resguardando de esa manera el derecho de los oferentes y el interés público comprometido en la debida elección de los adjudicatarios, tal como lo indicara el cimero Tribunal en un reconocido precedente (CSJN, Fallos 327:4185, 'Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - decreto 310/1998 s/ amparo ley 16.986', sentencia de fecha 14/10/2004).*"

f

Así lo ha señalado la propia Oficina Nacional de Contrataciones, en un dictamen en el que se tratara una cuestión similar al indicar: '...La posibilidad de subsanar errores u omisiones se debe interpretar en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad. V) La norma debe ser interpretada de manera que permita la subsanación de las deficiencias que presente la oferta y la competencia entre la mayor cantidad posible de oferentes, pero siempre respetando el principio de igualdad de interesados y oferentes. Ambos principios 'conurrencia' e 'igualdad' deben complementarse en lugar de oponerse...' (Dictamen ONC No 313/2013, del 18 de septiembre de 2013).

En relación a este aspecto, Altamira Gigena en la obra antes mencionada señala que: 'Otro error que suele cometer la Administración es declarar que una oferta es inadmisile por ausencia de alguno de los requisitos que podrían ser subsanados con posterioridad, como pueden ser que la oferta no esté rubricada en cada una de sus hojas por el representante legal de la empresa oferente, o que el depósito de garantía de oferta, el pagaré o el seguro de caución se encuentren incompletos. Considero que estas exigencias pueden perfectamente cumplirse o completarse a posteriori, pues no alteran la oferta económica, y de esa forma el principio de concurrencia estará garantizado. La administración podrá elegir la oferta más conveniente, y al permitir la comparación con las otras ofertas, no se habrá violado el principio de igualdad' (cfr. ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, publicación citada, pág. 235)".

Asimismo, el mismo Tribunal citando a destacada doctrina agregó: “Resulta coincidente con este criterio, la posición adoptada por Dromi al indicar



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

que: *'Los interesados en contratar con el Estado no sólo deben tener la libertad de participar en el procedimiento, sino que, además, deben acceder en condiciones de igualdad. La administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros. Cuando existen intereses contrapuestos de los administrados en un procedimiento, éste adquiere carácter contradictorio y la Administración está obligada a garantizar la participación igualitaria de los interesados, so pena de la ilegitimidad de la decisión por afectar la imparcialidad que debe guardar en el trámite... La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. El trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes: ...3) cumplimiento por parte de la administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista....Además, toda ventaja concedida por el licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, también lesiona o infringe el principio de igualdad'. (cfr. DROMI, ROBERTO, Revista de Derecho Público, 2006 - 1, Contratistas del Estado, Procedimiento de Selección, Rubinzal -Culzoni Editores, 'Renovación axiológica y normativa de la licitación pública', págs. 96/98).*

Máxime si entendemos que, el principio de igualdad es un principio constitucional y resulta ser uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, estando obligados todos los poderes públicos a respetarlo y a contribuir activamente a su consecución (cfr. GROSZ, PEDRO J., Revista de Derecho Público, 2006 - 1, Contratistas del Estado, Procedimiento de Selección, Rubinzal -Culzoni Editores, "La contratación pública, el principio de libre concurrencia y los regímenes preferenciales", pág. 292/293).

f

Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las probanzas aportadas en autos, se advierte que la igualdad de trato y oportunidades consagrada en los artículos 21.2 y 73 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Río Grande - concordante con lo establecido en los arts. 14.4 y 16 de las Constituciones Provincial y Nacional respectivamente-, se ha visto quebrantada en el marco del procedimiento de la licitación pública no 09/2008, realizada por la municipalidad de Río Grande, al excluir en los términos indicados a la firma Medio Ambiente S.A. Ello, por entender que la apreciación restrictiva utilizada en el dictamen de preselección para verificar la admisibilidad de la oferta presentada por la firma actora, no se corresponde con el criterio de concurrencia utilizado para permitir la participación de la firma Agrotécnica Fueguina S.A.C.I.F.

En consecuencia, al estar acreditada la vinculación causal entre la conducta estatal que se impugna y el daño cierto que dice haber sufrido la firma actora, corresponde determinar el alcance de este último” (el énfasis no corresponde con el original).

En ese orden de ideas, a mi modo de ver se desprenden dos situaciones: 1º) el principio de concurrencia tiene especial relevancia a lo largo de todo el procedimiento y está previsto en beneficio de la Administración Pública; por lo tanto, toda acción contraria debe ser considerada de forma restrictiva y 2º) La subsanación de elementos no esenciales de la oferta no afecta el principio de igualdad, en tanto y en cuanto se dé la misma posibilidad y plazo a todos los interesados.

Además, de acuerdo a la jurisprudencia citada, de impedirse la posibilidad de subsanación de elementos no esenciales de la oferta, se atentaría contra los principios de igualdad y concurrencia, siempre y cuando esa posibilidad de subsanación no sea la que termine afectando a los mismos principios.



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Asimismo, siendo este un procedimiento administrativo, cobra especial relevancia algunos matices que puede tener el formalismo en favor del administrado-oferente (artículo 22 de la Ley provincial N° 141), posibilidad que debe ser leída siempre en el sentido de fomentar la comparación de alternativas y precios para poder adquirir los objetos de la contratación, sin que se violenten otros principios como ser la concurrencia y la igualdad.

Así las cosas, se ha considerado que las ofertas no deben ser rechazadas si contienen *"defectos de forma tales como: error en el monto de la garantía, omisión del duplicado de la oferta u otros defectos que no impidan su exacta comparación con las demás presentadas"*. (MARIENHOFF, Miguel S., *"Tratado de Derecho Administrativo"*, T° II-A *"Contratos Administrativos"*, Abeledo Perrot, pág. 220).

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

Sin embargo, al mismo tiempo se enseña que: *"Si bien se coincide en que el carácter no esencial de un defecto formal se vincula principalmente con que*

f

no constituya una irregularidad que impida la comparación de ofertas, existen otros defectos que, aunque no impiden la comparación de las propuestas, sí dificultan el normal desarrollo de la licitación, restando eficiencia al procedimiento e impregnándolo de cierta inseguridad en su desarrollo.

Dentro de estos supuestos podemos mencionar a la falta de constitución de la garantía en el modo exigido en el pliego -o defectos de tal magnitud en la garantía que podrían derivar en inconvenientes en su ejecutabilidad-, o aquellos que se refieran a la falta de representación debidamente acreditada por parte de quien se presenta no por derecho propio" (TALAMONTI BALDASARRE, Bernardo, "¿Principio de informalismo en favor del oferente?", La Ley, DJ25/07/2012.1, cita on line AR/DOC/2822/2012).

Se debe agregar que: "No existe impedimento alguno para que, con posterioridad a la apertura de los sobres conteniendo las ofertas se admita documentación vinculada a antecedentes históricos de los oferentes y, por lo tanto, preexistentes al momento de la presentación, tales como balances, estados contables con fecha cierta o copias certificadas.

Tales datos no podrían ser elaborados, preparados o ajustados con posterioridad. Se refieren a cuestiones que existen antes de la presentación de las ofertas y que, por tanto, no pueden modificarse una vez presentadas éstas. Están destinados a respaldar, mediante documentación fidedigna, información brindada por el oferente y sustentar los términos en que es formulada la oferta. Por lo tanto, no la alteran (...).

Por eso no serían subsanables cuestiones o recaudos que hagan al contenido de la oferta como acto jurídico. Qué se ofrece, quién lo hace y a qué precio, son cuestiones sustanciales. Pero cumplir con exigencias sustanciales



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

formales menores vinculadas con la documentación respaldatoria o información histórica que deba adjuntarse con la oferta no suele ser, en principio, esencial, en tanto su presentación posterior no otorgue ventajas concretas y específicas al momento de comparar las diversas propuestas". (REJTMAN FARAH, Mario y SANTORO, Silvana M. en "Régimen de contrataciones de la Administración Nacional", en AAVV "Legislación usual comentada - Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Bs. As. 2015, pág. 204).

Así, solamente deberán ser considerados defectos no subsanables los que impidan la comparación de ofertas, o los que aunque no impiden la comparación de las propuestas, dificulten el normal desarrollo del procedimiento de selección, restando eficiencia al mismo e impregnándolo de cierta inseguridad en su desarrollo.

Ante ese contexto, y más allá de la clasificación precedentemente expuesta, en las presentes actuaciones la aclaración realizada por el oferente no habría perjudicado derechos de terceros, ya que se trató de una aclaración de un producto ofrecido y que en el Pliego de Bases y Condiciones se denominaba de una forma diferente a la de la oferta, a pesar de ser productos similares de acuerdo a lo manifestado por los funcionarios intervinientes.

En ese orden de ideas, entiendo prudente sugerir el levantamiento de la presente observación sustancial, en relación a que la aclaración llevada a cabo no alteró la esencia de la oferta realizada, además no perjudicó los derechos de terceros –por ser la única oferta–, en consecuencia no habría vulnerado el principio de igualdad, concurrencia y competencia que rigen las contrataciones públicas.

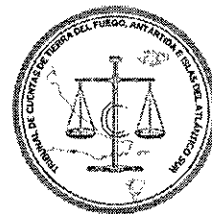
f

III.- CONCLUSIÓN:

En las inteligencias expuestas en el acápite precedente, sobre la **Observación sustancial N.º 1** referida a la falta de constitución de garantía de la oferta realizada, comprendo conveniente sugerir, salvo mejor y más elevado criterio, el levantamiento de la misma atento a que la excepción de contar con la Garantía antes mencionada, se encuentra prevista por el Ordenamiento, y, a mi modo de ver, no afectaría en este caso en particular los principios rectores del mismo, salvo mejor y más elevado criterio.

No obstante, entiendo conveniente mencionar que respecto al funcionario actuante que entienda conveniente prescindir de requerir la garantía de oferta mencionada, teniendo en cuenta que dicha decisión reviste el carácter de excepcional y restrictiva, en el hipotético caso de que se genere algún perjuicio que podría haberse evitado constituyendo la garantía mencionada, se podría señalar como responsable del mismo, si su decisión careciera de juridicidad teniendo en cuenta la función que cumple la misma.

En cuanto a la Observación sustancial N.º 2 referida a la decisión del cuentadante de posibilitar la presentación de las ofertas a través de un correo electrónico y no en sobre cerrado como establece la normativa, atento a que más allá que el ofertante debe conocer el orden normativo regulador, en rigor factico, el mismo presentó la oferta en las condiciones establecidas por el Pliego de Bases y Condiciones particulares y además la misma fue la única oferta presentada por lo que a mi modo de ver, por esa situación excepcional no se afectaron principios rectores de la materia, por lo que sugiero su levantamiento, a pesar que la misma ante otro escenario revisitaría el carácter de incumplimiento normativo con carácter insalvable.



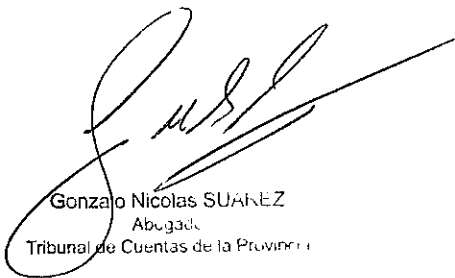
"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

No obstante, entiendo prudente agregar que se recomienda al cuentadante que, hasta tanto no reglamente el procedimiento de contrataciones electrónicas, se abstenga de establecer en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares la previsión de esta modalidad diferente de la de sobre cerrado y secreto, hasta que pueda garantizar la concurrencia, la igualdad y la competencia y, en este caso específico, de asegurar el secreto de las ofertas presentadas hasta el acto de apertura de las mismas.

Por último, la **Observación Sustancial N.º 3** tiene su sustento en la supuesta modificación de la oferta presentada por el único oferente, en referencia a ello, entiendo que la aclaración requerida por el cuentadante no habría sido sobre elementos esenciales de la oferta, ni tampoco la misma afectó derechos de terceros, con la particularidad también de haber sido la única oferta presentada, por lo que se sugiere su levantamiento, en especial garantía de los principios de concurrencia e informalismo, salvo mejor criterio.

En síntesis, entiendo prudente sugerir el levantamiento de las observaciones sustanciales detectadas en las presentes actuaciones, de acuerdo al Anexo I, punto 4.E.1. de la Resolución Plenaria N.º 01/2001, atento a las razones fácticas y jurídicas indicadas en el mismo.

Sin otras consideraciones, elevo las presentes para la continuidad del trámite.


Gonzalo Nicolás SUÁÑEZ
Abogado
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Reporte de Instrumentos Jurídicos y voces

Tipo-Nro-Año-Letra	Proc. de int.	Carátula del Expte. o Asunto Nota	Categoría	Voces	Res. que aprueba	Res. Compartida?
Informe- 248/2024 TCP- CA	Control Preventivo - RP 01/2001 y Modif.	Expte. AIF-E-71313-2024, caratulado: "Adquisición de caldera, kit de ventilación, accesorios y mano de obra para la Secretaría de Ciencia y Tecnología - AITF."	Ley Provincial N° 1015 - Régimen General de Contrataciones Sector Público Provincial Resolución OPC 17/2021 - Incumplimiento de envío de oferta por sobre cerrado y secreto Anexo I, Capítulo II, punto II.11 Resolución OPC N° 18/2021 Anexo I artículo 14 último párrafo y 20 último párrafo Ley provincial N° 1015 artículo 30	Falta de solicitud de Garantía de Oferta Falta de Cumplimiento de remisión de oferta en sobre cerrado y secreto Modificación de oferta		C.P.: S.L.: C.S.L.: Pro.L.:

Firmado Electrónicamente por
ABOGADO SUAREZ GONZALO NICOLAS
Tribunal de Cuentas
SIN CARGO Cuerpo de Abogados de la
Secretaría Legal
04/12/2024 14:45

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

PASE A LA SECRETARIA CONTABLE

Notificado por: pgennaro (Tribunal de Cuentas)

Se notificó a:

DAVID RICARDO BEHRENS (dbehrens) : dbehrens@tcptdf.gob.ar

Comparto el Informe Legal TCP-CA N° 248/24, vertido por el Dr. Gonzalo SUAREZ, como así también sus Voces Jurídicas correspondientes. Pase a Secretaría Contable para continuidad de trámite

Firmado Electrónicamente por
ABOGADO GENNARO Pablo Esteban
Tribunal de Cuentas
SECRETARIO LEGAL
04/12/2024 15:16