



**Al Señor Interventor de la
Administración General de Puertos S.E.**

Sergio Leonardo Rodríguez, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, y Esteban Luis Venditti, Auxiliar Fiscal de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas en el marco del Expediente PIA n° 126/2022, conforme las facultades conferidas a la Procuraduría mediante el art. 27 y cc. de la Ley n° 27.148, nos dirigimos a Ud. a fin de poner en su conocimiento la opinión de este organismo especializado en cuanto a lo actuado por esa sociedad del estado en el procedimiento llevado a cabo en la Licitación Pública n° 13/21, que concluyera por Resolución AGPSE N° 38/22, de la Vía Navegable Troncal en materia de dragado y balizamiento, cuya concesión ha sido otorgada a la Administración General de Puertos S.E¹ (APGSE y/o AGP).

A manera introductoria debe señalarse que a través de una solicitada publicada en el diario “La Nación”², de fecha 20/02/22, esta Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) tomó conocimiento de posibles irregularidades en el marco de un proceso licitatorio de gran envergadura nacional: la Licitación Pública de Etapa Múltiple n° 13/2021 para la contratación de la obra “Dragado de mantenimiento de la vía navegable troncal”, cuyo presupuesto oficial estimado asciende a la suma de dólares estadounidenses ochenta millones doscientos ochenta mil (USD 80.280.000) más IVA.

En ella hubo cuatro firmas oferentes: 1) DREDGING INTERNATIONAL NV SUC. ARG. -DREDGING INTERNACIONAL ARGENTINA S.A. - CCCC SHANGHAIDREDGING CO. SUC. ARG. – SERVIMAGNUS S.A. – UNIÓN TRANSITORIA; 2) COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE DRAGADOS S.A.; 3) ROHDENIELSEN A/S SUC. ARGENTINA – EMEPA S.A. – UNIÓN TRANSITORIA y 4) BOSKALIS INTERNATIONAL B. V. SUCURSAL ARGENTINA. Tres de ellas fueron calificadas como no aptas para continuar a la siguiente etapa del proceso por parte de la Comisión de Precalificación.

¹ Cfr. Decreto N° 427/2021, Art. 2, se otorgó la concesión de la operación para el mantenimiento del sistema de señalización y tareas de dragado y redragado y el correspondiente control hidrológico de la Vía Navegable Troncal comprendida entre el kilómetro 1238 del RÍO PARANÁ, punto denominado Confluencia, hasta la Zona de Aguas Profundas Naturales en el RÍO DE LA PLATA exterior, a la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS SOCIEDAD DEL ESTADO, con arreglo a lo establecido en la Ley N 17.520 y en el artículo 3° del presente decreto

²La solicitada se acompaña como archivo adjunto a la presente.



En virtud de lo mencionado, y en función del Art. 27 de la Ley N° 27.148 y lo previsto en el art. 21 inc. c) del reglamento aprobado por Res. PGN 757/16, se procedió a iniciar de oficio una investigación preliminar bajo el Expediente PIA N° 126/22 y en consecuencia, emitir el presente dictamen.

1. Consideraciones previas

En efecto, este dictamen se efectúa teniendo en consideración la envergadura de la contratación, la relevancia institucional y económica sobre la actividad³ y el exiguo plazo entre el dictado de la Resolución AGPSE N° 38/22 que dejó sin efecto el procedimiento de Licitación Pública N° 13/21 y el establecido para convocar a un nuevo llamado. Los motivos esgrimidos por la Administración se fundan principalmente en la necesidad de asegurar la mayor cantidad de oferentes posibles, ya que habría quedado únicamente una oferta en pie en el primigenio intento de contratación.

Así en el presente, esta PIA señalará irregularidades que han sido advertidas en el expediente administrativo por el que se llevó a cabo el procedimiento de la Licitación Pública N° 13/2021 (EX-2021-65990824-APN-MEG#AGP), que abarcan etapas iniciales del procedimiento, como la confección de los correspondientes pliegos de bases y condiciones, pero también posteriores, como los sistemas utilizados para calificar oferentes y sus respectivas ofertas, sin entrar a considerar ni analizar, en esta instancia, las ofertas presentadas ni sentar postura respecto de las impugnaciones formuladas, salvo aclaraciones puntuales.

Todo lo cual dará lugar a las recomendaciones finales que se formularán a la AGPSE, actual concesionario de la hidrovía, con el fin de evitar que situaciones similares sucedan en los próximos procedimientos de selección que deberán llevarse a cabo para la concesión encomendada por Decreto N° 949/2020, sin perjuicio de las presentaciones que se harán ante la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Transporte, el Ente Nacional de Control y Gestión de la Vía Navegables y la Fiscalía Federal interviniente.; como así también en el marco de las actuaciones judiciales en trámite.

³ La relevancia de esta contratación pública está directamente vinculada con la importancia que la Vía Navegable Troncal (VNT) tiene para el desarrollo comercial de la República Argentina. Ello porque, según se desprende del propio sitio oficial del Ministerio de Transporte, constituye la principal vía navegable para el comercio exterior de la Nación, llevando aproximadamente el 80% de la exportación nacional, alrededor del 81% del volumen de las exportaciones agrícolas, y el 96% del tráfico de contenedores con producción industrial.



2. Nociones preliminares. Principios.

El Reglamento de Contrataciones de la Administración General de Puertos S.E., aprobado por Res. N° 76/21, en su Artículo 3° menciona los principios que, como regla general, van a regir en la gestión de las contrataciones que la AGP realice y desde cuya óptica se formula el presente dictamen.

Entre ellos, en esta instancia, caben resaltar los mencionados en los incisos b) Publicidad: mediante la difusión de la información relativa a las contrataciones y la publicación de todas las convocatorias o llamados a presentación de ofertas, a través de un sitio o portal web oficial, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento; c) Transparencia: en el curso de las peticiones y presentaciones de los interesados, garantizando el libre acceso a la información con el debido resguardo de la confidencialidad y/o secreto comercial de los proponentes y adjudicatarios; y d) Concurrencia e igualdad: a través de procedimientos de selección que favorezcan la presentación de un mayor número de oferentes y el tratamiento igualitario de los participantes, pudiendo presentarse toda persona humana o jurídica que hubiere tomado conocimiento por cualquier medio y reúna la capacidad y los requisitos para obligarse de acuerdo con el reglamento y los respectivos pliegos de bases y condiciones y f) Razonabilidad: técnica y económica para determinar el objeto y las necesidades a satisfacer con el requerimiento y el objeto del contrato.

Antes de continuar conviene aclarar en qué consisten los mencionados principios, toda vez que éstos cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer. Si ello ocurre, sin importar el rango, procedimiento y mayoría con que aquélla se hubiere aprobado, dicha norma sólo sería una regla con pretensiones de justicia, pero no derecho sino sólo arbitrariedad. Asimismo, los principios son informadores de la labor hermenéutica, razón por la cual las normas deben interpretarse de acuerdo con ellos⁴.

Un principio específico de la licitación pública es el de igualdad. Nace de la propia Constitución Nacional, ya que la igualdad ante la ley está asegurada por su artículo 16 a todos los habitantes de la Nación, lo que evidentemente también incluye a los oferentes y potenciales oferentes, autoexcluidos en una licitación pública.

⁴ NIELSEN, Federico, *“La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”*, en Cuestiones de Contratos Administrativos, Cuadros, Oscar A., (et al.), 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007. Págs. 564/565.



El trato igualitario debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá, durante el desarrollo de la relación contractual, modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte.⁵

En íntima vinculación con el principio de igualdad, es el informalismo en favor del administrado, por el cual se permite la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas luego. Se debe aplicar en todos los procedimientos administrativos, haya en ellos contrainterésados o no, siempre que habiéndolos se lo haga igualitariamente.⁶

Otro principio específico de la licitación es el de concurrencia. Éste tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida. Así, mediante la aplicación de este principio, se logrará seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó.

Por otro lado, en cuanto a la razonabilidad nos referimos, es importante tener en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado preciso se determina caso por caso. Muchos autores coinciden en que, para analizarla en un determinado momento, cabe tener presente que se despliega en tres subprincipios: adecuación, necesidad y razonabilidad en sentido estricto.

Cuando hablamos de adecuación hablamos de eficacia, es decir, se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado. Por su lado, la necesidad requiere que, entre los medios que resultaren idóneos para el objetivo que se pretende, se elija aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el menor sacrificio a los derechos de los particulares. Y este segundo

⁵La PTN ha dicho que durante toda la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes que en síntesis se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminaciones que benefician a unos en perjuicio de otros, ni tampoco importen modificaciones en los pliegos de bases y condiciones (Dictámenes 249:592).

⁶“La observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación”. COMADIRA, Julio (2012). *Curso de derecho Administrativo*, tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot.



subprincipio es de extrema importancia, ya que es el que permite que la razonabilidad deje de ser una garantía contra la arbitrariedad para pasar a ser un medio para lograr la mejor medida posible en el caso concreto.

Finalmente, el subprincipio de razonabilidad -en sentido estricto- implica que, establecida la adecuación y necesidad de una medida, se debe determinar si ésta guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Se trata de considerar los costos y beneficios, con lo cual nos introduce en un análisis vinculado con la eficiencia de la decisión. Así, una medida será eficiente cuando de ella resulte el mayor beneficio al menor costo posible.

Cabe aclarar también que hablamos de un principio que se aplica durante todo el *iter* contractual (Decreto 1023/01 y Ley N° 25.188). Ello implica, en lo que aquí interesa, la elaboración de los pliegos y la selección del cocontratante. Pero, además, no debe perderse de vista que es un principio que encuentra sustento en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional, lo que permite conferirle esa misma jerarquía.

En consecuencia, la razonabilidad exige, por ejemplo, que los pliegos sean confeccionados de forma tal que permitan el acceso de la mayor cantidad de oferentes posibles, siempre que estén en condiciones de satisfacer la necesidad que motiva el contrato. Contrario a este principio sería aquel pliego que imponga infundadas restricciones para los aspirantes a convertirse en cocontratantes del Estado, independientemente de que no llegue a ser un pliego dirigido. Y, a su vez, exige que no se seleccione cualquier oferta que cumpla con lo requerido por el pliego sino aquella que, objetivamente, resulte ser la más conveniente.⁷

Por otro lado, corresponde tener en cuenta el principio de juridicidad (también llamado de legalidad), por el cual el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto de todo el ordenamiento jurídico. Desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos legales en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general normativo y, eventualmente, ciertos contratos administrativos.⁸

⁷NIELSEN, Federico, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en Cuestiones de Contratos Administrativos, Cuadros, Oscar A., (et al.), 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 568-587.

⁸COMADIRA, Julio (2012). *Curso de derecho Administrativo*, tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pág. 805.



3. Marco jurídico aplicable.

El artículo 23 del Pliego de Bases y Condiciones Generales establece el siguiente orden de prelación normativa en sus procedimientos de compras y contrataciones

- a) Las disposiciones del Reglamento de Compras y Contrataciones⁹.
- b) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.
- c) El Pliego de Bases y Condiciones Particulares.
- d) La oferta y las muestras que se hubieren acompañado.
- e) La adjudicación.
- f) La orden de compra¹⁰.

Mas todo ello debe conjugarse con los principios antes expuestos, como también con preceptos normativos que se integran a las compras públicas que lleva adelante la APGSE, que a continuación se enuncian

Así, las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la Corrupción imponen al Estado Argentino a que sus órganos lleven a cabo procedimientos de selección, públicos, transparentes, equitativos (cfr. Artículo III.5 y Artículos. 5.1. y 9.1.a), respectivamente).

Por su parte, la Ley n° 24.156 de Administración Financiera establece entre otros aspectos que “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado” (Art- 2°) y que dentro de sus objetivos, y por lo tanto deben tenerse presentes, principalmente para su interpretación y reglamentación, los siguientes: a) Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos” (Art. 4°).

⁹ Dicho reglamento, en su Artículo 5° establece que “En caso de contradicción en la normativa vinculada a un procedimiento de selección, los contratos que celebre AGPSE se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por las siguientes normas según apliquen al caso:

- a) El presente Reglamento sus normas modificatorias y complementarias.
- b) Las disposiciones del Pliego de Bases y Condiciones Generales (PBCG) aplicable.
- c) Las disposiciones del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) o la documentación contractual que en su ausencia se apruebe.
- d) Las cláusulas del contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda.
- e) La oferta o las muestras que se hubieren acompañado.
- f) La aplicación supletoria de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.
- g) La aplicación analógica del Decreto 1023/01 y las Resoluciones de la Oficina Nacional de Contrataciones, en la medida que no contradigan las disposiciones enunciadas en el presente artículo.

¹⁰En su caso el contrato en los casos en que se suscriba.



La Ley N° 25.188 de Ética Pública, determina que los funcionarios públicos deberán “e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan... h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad” (Art. 2°).

En el mismo sentido, el Código de Ética Pública (Decreto N° 41/99) dispone principios entre los que se destacan:

ARTICULO 8°-PROBIDAD. El funcionario público debe actuar con rectitud y honradez, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. También está obligado a exteriorizar una conducta honesta.

ARTICULO 9°-PRUDENCIA. El funcionario público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes. El ejercicio de la función pública debe inspirar confianza en la comunidad. Asimismo, debe evitar acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores.

ARTICULO 16.-LEGALIDAD. El funcionario público debe conocer y cumplir la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que regulan su actividad. Debe observar en todo momento un comportamiento tal que, examinada su conducta, ésta no pueda ser objeto de reproche.

ARTICULO 17.-EVALUACION. El funcionario público debe evaluar los antecedentes, motivos y consecuencias de los actos cuya generación o ejecución tuviera a su cargo.

ARTICULO 20.-TRANSPARENCIA. El funcionario público debe ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre la actividad de la Administración.

ARTICULO 24.-EQUIDAD. El empleo de criterios de equidad para adecuar la solución legal a un resultado más justo nunca debe ser ejecutado en contra de los fines perseguidos por las leyes.

ARTICULO 25.-IGUALDAD DE TRATO. El funcionario público no debe realizar actos discriminatorios en su relación con el público o con los demás



agentes de la Administración. Debe otorgar a todas las personas igualdad de trato en igualdad de situaciones. Se entiende que existe igualdad de situaciones cuando no median diferencias que, de acuerdo con las normas vigentes, deben considerarse para establecer una prelación. Este principio se aplica también a las relaciones que el funcionario mantenga con sus subordinados.

El Código de Ética propio de la AGPSE (aprobado por Res. AGPSE 41/19), aprobó principios y valores a los que debe circunscribirse toda la actividad de los funcionarios de esa sociedad del estado, entre ellos se destacan:

- i. Mantener un trato correcto y equitativo con todas las personas que tengan relaciones con la compañía y terceros en el desempeño de sus funciones.
- ii. Realizar una divulgación completa, justa, precisa, periódica y comprensible de la información de acceso público.
- iii. Satisfacer las demandas de transparencia y rendición de cuentas de la ciudadanía, velando por el interés público, el bienestar general y los intereses del Estado.
- iv. En el ejercicio de sus funciones, la AGPSE deberá garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública. En todo momento y oportunidad, la AGPSE procurará la máxima transparencia y divulgación sobre sus actos, sin perjuicio de las excepciones previstas en la normativa correspondiente.
- v. La AGPSE cumple con la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos dictados en su consecuencia, toda otra norma vigente y los principios generales del derecho vinculado con el desempeño de sus funciones, aplicándolas de manera razonada y jerárquica, y evitando que las reglamentaciones, los actos o el comportamiento administrativo desvirtúen el espíritu del marco normativo.

4. Del Análisis del procedimiento de selección Licitación Pública N° 13/21 AGPSE¹¹

Como se adelantó, el abordaje del presente análisis se centró particularmente en el procedimiento llevado a cabo, sin avocarse al estudio de las ofertas -salvo las referencias puntuales que se formulan a consecuencia de las

¹¹ Cabe aclarar que solo se hará referencia sobre aquellos aspectos en donde se observan irregularidades.



intervenciones de las áreas y órganos de la AGPSE en la licitación pública en trato-alcance suficiente como para detectar anomalías con virtualidad apta para tornar irregular e irrazonable el procedimiento seguido.

- **4.a. Estimación del monto o costo de la contratación.**

El Reglamento de Contrataciones de la AGPSE, Art. 16, determina que los contratos que se celebren bajo las previsiones del reglamento se sujetarán a las siguientes disposiciones comunes a todos los procedimientos de adjudicación:

a) La Gerencia Requirente deberá especificar las características del producto, servicio, bien a adquirir u obra a ejecutar, elaborando el monto o costo estimado de los mismos, de acuerdo a las cotizaciones de plaza o de otros elementos o datos que se estimen pertinentes a tal efecto, y con la debida discriminación de los tributos aplicables. En caso de no contar con los elementos o el conocimiento suficiente, solicitará la asistencia de la Gerencia de Compras y Contrataciones.

b) Los presupuestos presentados por la Gerencia Requirente o por terceros para estimar el monto o costo de la contratación, deberán tener un nivel de apertura y desagregación que permita una razonable estimación de los costos respectivos. Podrán ser observados por la Gerencia de Compras y Contrataciones, expresando la causa. Podrá también solicitarse su rectificación o ratificación si correspondiere, según las circunstancias del caso.

c) Se admitirá excepcionalmente la estimación de montos o costos en moneda extranjera siempre que se justifique adecuadamente la razón y la imposibilidad o inconveniencia de emplear la moneda de curso legal teniendo en cuenta el objeto de la contratación, la naturaleza de la oferta o las características de la prestación.

d) Las cotizaciones que se presenten ante AGPSE deberán mantenerse por un término que en ningún caso podrá ser menor a cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la fecha insertada en el presupuesto.

e) En forma previa a la autorización de la convocatoria, deberá constar en el expediente la reserva de fondos destinados a atender los gastos correspondientes a la adquisición del bien o servicio, debiéndose declarar la partida presupuestaria indicada.

De acuerdo con lo que surge del IF-2021-82672021-APN-GIYP#AGP y del IF-2021-82672661-APN-GIYP#AGP, la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento informó el importe del presupuesto estimado y su conformación para



el dragado de mantenimiento de la vía navegable troncal, por \$9.461.171.500 (IVA incluido) en base a 13.000.000 m³, contemplado alistamiento, movilización, implantación de equipos en el sitio de trabajo y su desmovilización, por un periodo de 180 días corridos.

Si bien se detallan los parámetros de costos tenidos en consideración para la conformación del presupuesto oficial estimado, tanto en pesos como en dólares estadounidenses, no obra en las actuaciones la documentación respaldatoria que dé cuenta de la totalidad de lo informado, no pudiendo constatarse el cumplimiento del inciso a) del Art. 16.

En forma posterior, mediante Nota NO-2021-84415418-APN-GIYP#AGP del 9 de septiembre de 2021, la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento eleva a la gerencia general las actuaciones para la continuidad de la tramitación, en donde aclara que se ajustó el Pliego al Régimen de Contrataciones y “se ha modificado el Presupuesto Oficial, pasando de Pesos a Dólares Estadounidenses con la finalidad de garantizar la mayor cantidad de ofertas en el llamado correspondiente... la obra prevé un Presupuesto Oficial de...(USD80.280.000+IVA)¹² con un plazo de 6 meses a los fines de realizar el Dragado de la Vía Navegable Troncal”, adjuntando como archivo embebido el presupuesto oficial estimado y su análisis de precios mediante el cual se conformó el mismo (v. IF-2021-84406793-APN-GIYP#AGP).

El inciso c) del Art. 16 establece expresamente que se admitirá “excepcionalmente” la estimación de montos o costos en moneda extranjera estableciendo los requisitos de su procedencia, es decir que el principio general es la estimación de montos y costos en moneda de curso legal. Véase que la Gerencia informante simplemente refiere a la “finalidad de garantizar la mayor cantidad de ofertas”, mas no lo justifica adecuadamente con los informes objetivos correspondientes que den cuenta de tal circunstancia. Tampoco informa ni acredita el día y tipo de cambio utilizado para la conversión. Toda una incógnita.

Respecto de lo exigido en el inciso e) del Art. 16 del Reglamento, se advierte que en su nota NO-2021-84092637-APN-GAFYRRHH#AGP del 8 de septiembre de 2021, la Gerencia de Administración, Finanzas y Recursos Humanos se limita a informar “la existencia de crédito presupuestario en la partida 03.09.16 "Dragado Hidrovía (HPP)" para afrontar la erogación del gasto que demandaría la contratación detallada por la Gerencia de Compras y Contrataciones mediante PV-

¹² El importe total con IVA incluido se eleva a USD97.138.800.



2021-83768400-APN-GLCYC#AGP obrante en Orden N°97”. En dicho orden 97 se alude a una contratación directa con Compañía Sudamericana de Dragado S.A. y a una licitación pública a llevarse a cabo una vez aprobado su llamado, es decir se trata de “las contrataciones” por lo que no queda clara la reserva de fondos en forma previa a la convocatoria de la que fuera Licitación Pública 13/21, en los términos de la norma reseñada.

Tampoco hay constancia de la reserva de fondos respecto del presupuesto oficial estimado que fuera informado con posterioridad por la Gerencia y de Infraestructura y Planeamiento por un importe de USD 80.280.000+IVA.

Debido a lo expuesto no pueden considerarse cumplidos los recaudos del Art. 16 del Reglamento de Contrataciones, específicamente respecto de los requisitos exigidos en los incisos a), c) y d), todo lo cual lleva a conjeturar la irregularidad de la autorización de la convocatoria.

- **4.b. Forma de constitución y presentación de la garantía de mantenimiento de la oferta.**

En cuanto a la forma de constitución y presentación de la garantía de mantenimiento de la oferta, el Art. 81 del Reglamento establece las garantías que deben ser presentadas en el proceso de contratación según corresponda y de acuerdo con lo que determinen los pliegos de bases y condiciones.

En su inciso a) prevé la Garantía de Mantenimiento de Oferta: “Los oferentes deberán constituir con anterioridad o coetáneamente de manera conjunta con la oferta. Su omisión será causal inmediata de desestimación de la oferta. Su valor deberá ser equivalente al 5% del valor total de la oferta”.

Por su parte, el PUBYCG, texto actualizado al 6-05-20, en su Art. 4° dispone que los oferentes deberán constituir garantía de mantenimiento de oferta por el 5% del valor total de la oferta (sin IVA), juntamente con la presentación de la oferta, caso contrario se desestimará la misma. “En los procedimientos de Licitaciones o Concursos con Doble Sobre **el monto** será establecido por el Pliego de Bases y Condiciones Particulares”

El Art. 6°, última parte, del PUBYCG establece que “A cada oferta deberá acompañarse indefectiblemente la constancia relativa a la constitución de la garantía, en los casos que corresponda”.



El PBCP en su página 4, dispuso que “Indefectiblemente se deberá constituir la **GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE OFERTA** (5 % del valor TOTAL de la oferta sin IVA), caso contrario se desestimará la oferta”.

En cuanto a la forma de presentar las ofertas, el Art. 3.2 detalla el contenido del segundo sobre, el que entre otra documentación deberá contener “d) Depósito de la Garantía de Mantenimiento de Oferta constituido de acuerdo con lo establecido en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales”.

Así, por un lado, se desprende de la documentación licitatoria que la garantía de mantenimiento de la oferta debía constituirse indefectiblemente juntamente con la presentación de la oferta, siendo una causal de desestimación no pasible de subsanación y, por otro que el monto, de la garantía de mantenimiento de la oferta debía estar previsto en el PBCP.

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española, el término “monto” refiere a una suma, mientras que “porcentaje”, alude a una proporción.

El Régimen General de Contrataciones de la Administración Pública (Decreto Delegado N° 1023/2001 y Decreto Reglamentario N° 1030/16), establece que “En los casos de licitaciones y concursos de etapa múltiple, la garantía de mantenimiento de la oferta será establecida en un **monto fijo**, por la jurisdicción o entidad contratante, en el pliego de bases y condiciones particulares”.

En ese entendimiento, considerando la finalidad de los procedimientos de etapa múltiple es inconciliable establecer que la garantía de mantenimiento de la oferta sea calculada en base a un porcentaje de la oferta económica. Nada de ello fue previsto en el PBCP.

A fin de reforzar el criterio expuesto de esta PIA, cabe traer a colación lo establecido en la documentación licitatoria de la Licitación Pública Nacional e Internacional por el Régimen de Concesión de Obra Pública por Peaje, para la Modernización, Ampliación, Operación y Mantenimiento del Sistema de Señalización y Tareas de Redragado y Mantenimiento de la Vía Navegable Troncal comprendida entre el kilómetro 584 del RIO PARANA, tramo exterior de acceso al Puerto de SANTA FE y la zona de aguas profundas naturales, en el RIO DE LA PLATA exterior, hasta la altura del kilómetro 205,3 del Canal PUNTA INDIO, utilizando la ruta por el Canal INGENIERO EMILIO MITRE, en el año 1995, aprobada por Decreto N° 863/93 (Pliego de Bases y Condiciones y Anexos):

“ARTICULO 5.4. -Garantía de mantenimiento de las ofertas:



Para afianzar el mantenimiento de la oferta hasta la firma del Contrato de Concesión, cada Oferente **deberá acompañar en el Sobre N° 1** una garantía de oferta, en favor del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS **por el importe de DOLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLON (u\$s 1.000.000)** y por un plazo de duración igual al plazo de mantenimiento de la oferta con más sus eventuales prórrogas”.

Asimismo, la constancia de su constitución debía incluirse en el sobre N° 2 junto con la oferta económica.

De la lectura de dichas previsiones, se advierten dos cuestiones disvaliosas para el procedimiento licitatorio incoado y por ende para la Administración. Debe tenerse presente que la exigencia de constituir garantías de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato son **medios que apuntan a asegurar la seriedad de la propuesta** o la ejecución de las prestaciones a cargo del cocontratante¹³, respectivamente.

Ahora bien, el monto fijo no fue previsto en el PBCP, con lo cual los oferentes la habrían constituido conforme a las pautas que se establecen para los procedimientos de selección de etapa única, en donde la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes se realiza en un mismo acto.

Por otro lado, al estar incluida en el sobre 2° cuya apertura se encuentra condicionada a la precalificación del oferente, cabe preguntarse si la AGPSE al momento de apertura de ofertas, durante el periodo de evaluación y hasta el acto que dejó sin efecto el procedimiento, podía afirmar y constatar que dichas ofertas se encontraban garantizadas y, en caso de desistimiento de alguna de ellas dentro del plazo de mantenimiento obligatorio¹⁴, estaba en condiciones de ejecutar una garantía que por un lado se encontraba inmersa en el sobre 2 y que no sabía si cumplía con los requisitos de su constitución.

De acuerdo a lo que surge del Acta de Apertura de fecha 17 de diciembre de 2021 **IF-2021-122811290-APN-GLCYC#AGP**, se dejó constancia de la apertura de ofertas técnicas (sobre N° 1) de los 4 oferentes, consignando que se acompañó la

¹³ Cfr. Dictámenes 257:151.

¹⁴ El Art. 65 del Reglamento obliga a los oferentes a mantener su oferta por el término mínimo de 30 días en las licitaciones, contados desde la fecha del acto de apertura, salvo que el PBCP fijara un plazo mayor. En caso de que el oferente retire su oferta antes de tiempo, corresponderá ejecutar su garantía de mantenimiento. Este plazo se prorrogará en forma automática por idénticos periodos hasta la adjudicación, salvo que el oferente manifieste en forma expresa y de manera fehaciente su voluntad de no mantener su oferta con una antelación mínima de 10 días corridos al vencimiento de cada plazo.

Por su parte, el Art. 9° del PBCG obliga a los oferentes a mantener sus ofertas por el término de 90 días corridos contados desde la fecha de apertura de ofertas, salvo que el PBCP fije un plazo diferente.



oferta económica (sobre 2), más nada se dice respecto de la integración de la garantía de mantenimiento de la oferta por parte de quienes se presentaron, lo cual debía ser constatado por el órgano licitante en ese acto de conformidad con la normativa licitatoria aplicable.

La esencia misma de la garantía de mantenimiento de oferta se encuentra en el afianzamiento de la obligación que impone la normativa, debiendo así los oferentes a respetar la palabra empeñada. Por ello, en el marco de un procedimiento de selección, deben constituir la garantía de mantenimiento de la oferta para cumplir con las exigencias normativa que a la postre obran como requisito esencial para consolidar la oferta.

La garantía representa la tasación de los eventuales daños y perjuicios que pudiera provocar el obligado con una conducta desaprensiva al desistir de su oferta¹⁵.

Todo ello denota la irrazonabilidad del plexo licitatorio en cuanto a la garantía de mantenimiento de la oferta cuya finalidad en el procedimiento se vio frustrada, principalmente el PCBP que debía establecer el monto fijo de su constitución y no un porcentaje, tal como lo establecía el PUBYCG.

En tal sentido, ni el área con competencia específica en compras y contrataciones, ni el servicio jurídico permanente, como tampoco la UAI en su intervención, advirtieron esta inconveniente situación para la Administración.

Más aún, también se encuentra afectado el principio de juridicidad, toda vez que en el PBCP, al establecer que la garantía de mantenimiento de la oferta esté incluida en el sobre 2, el que –reiteramos- en el acto de apertura de ofertas, debía permanecer cerrado, contradice las previsiones del Reglamento General y del PUBYCG y su finalidad que no es otra que el órgano contratante cuente con ofertas serias.

En este sentido, la CSJN afirmó que **en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los**

¹⁵Cfr. ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (et al), *Contratos de la Administración: teoría y práctica*, 1ª. ed., CABA: Yamel Patricia Raquel, 2017, págs. 192/193.



cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal¹⁶.

En los hechos, tanto el reglamento de compras y contrataciones de la AGPSE como el PUBYG aplicable a la Lic. Pública 13/21 poseen naturaleza jurídica de reglamentos, en el sentido de que se dirigen a un número indeterminado de personas, tiene vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico y como tales poseen jerarquía normativa sobre el PBYC, que si bien también resulta un acto de alcance general no posee vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico.

El PBCP no podría contradecir con sus cláusulas, además de otras normas jerárquicamente superiores, el PBCYG¹⁷, criterio instaurado por la CSJN quien declaró la nulidad de una cláusula del PBCP que era contraria al PUBYCG por aplicación del principio de juridicidad.

A ello se refiere el mentado principio de inderogabilidad no normativa del reglamento, que reformula el principio de inderogabilidad singular del reglamento, en el sentido que ni un acto administrativo ni un acto de alcance general no normativo pueden ir contra las previsiones de un reglamento.

- **4.c. Omisión en la reglamentación de procedimientos de etapa múltiple. Dificultades.**

Sumado a lo expuesto en referencia a la garantía de mantenimiento de la oferta y sin adentrarnos en el debate respecto a su constitucionalidad o no, nos referiremos a la garantía de impugnación del dictamen de preadjudicación prevista en el Art. 81, inciso b) del Reglamento, la cual se constituirá únicamente mediante depósito o transferencia bancaria a la cuenta de AGPSE por un monto equivalente al 1% de la propia oferta del impugnante. Su constitución se considerará condición normativa de admisibilidad y tratamiento de las observaciones en el marco de la impugnación.

Por un lado, se observa que la forma en que se determina el importe monetario de esta garantía, atenta en forma directa contra la naturaleza misma de esta clase de procedimientos de etapa múltiple, en donde debe llevarse adelante un examen objetivo de los aspectos técnicos y personales, libre de toda influencia de aspectos económicos de la oferta.

¹⁶Fallos 316:3157.

¹⁷ En este sentido ver Fallos 326:3700.



Asimismo, la falta de reglamentación acarrea cuestionamientos por parte de oferentes sobre la obligatoriedad de integrar una garantía de impugnación considerando la distinción que se formula entre dictamen de preadjudicación que correspondería al dictamen de la comisión evaluadora en un procedimiento de etapa única, mientras que el dictamen de precalificación se reserva para el dictamen dentro de un procedimiento de etapa múltiple. Vale decir, que tanto la reglamentación como los pliegos se refieren a dictamen de preadjudicación únicamente.

En virtud de lo expuesto, es imperiosa la necesidad de reglamentar los aspectos sustanciales del procedimiento de selección de etapa múltiple, como la determinación del importe de las garantías mencionadas y el momento de su integración, utilizar distinción entre dictamen de preadjudicación y dictamen de precalificación, indicar momentos y modos de impugnación para el acto administrativo de precalificación, entre otros.

• 4.d. Causales de inadmisibilidad y desestimación de ofertas

De la lectura del Reglamento de Contrataciones de la AGP se desprende, en su Artículo 9° (sobre subsanación de deficiencias), que el principio de concurrencia no deberá ser restringido mediante recaudos excesivos o severidad en la admisión de ofertas. Así, en caso de detectarse omisiones o errores subsanables en las ofertas presentadas, se requerirá de los oferentes las aclaraciones que sean necesarias y conducentes a fin de salvar dichas deficiencias, sin alterar los principios de igualdad, transparencia y demás establecidos en el artículo 3° de ese mismo reglamento.

Por su parte, en el Pliego de Bases y Condiciones Generales (PBCG) para las Compras y Contrataciones de la AGPSE, puede leerse (Artículo 7°, sobre omisión de requisitos formales) que, ante defectos de forma en la oferta, el oferente será intimado a subsanarlos dentro del término de cinco (5) días. Si no lo hiciere, la oferta se desestimará sin más trámite.

Luego, ambas normativas (Reglamento y PBCG) desarrollan casi en idénticos términos aquellas causales de inadmisibilidad de ofertas que se considerarán como no subsanables. Asimismo, mencionan aquellos errores que sí lo serán.

Llegado el turno del Pliego de Condiciones Particulares (PCP), éste desarrolla las condiciones en la que deberán presentarse las ofertas (v. Artículo 3 y



también Circular III, punto 14) y, al referirse al sobre N° 1, expresamente aclara que se procederá a la automática desestimación de aquellas que no presenten los siguientes requisitos: Plan de Trabajos y Memoria Descriptiva; Certificado de Visita; listado del personal profesional, técnico y especializado que se desempeñe en la firma oferente; representante técnico; Currículum Vitae firmado de los profesionales y técnicos que tendrán a su cargo las funciones principales en la ejecución de la obra; certificado o documento que acredite la disponibilidad de los equipos que se requieren; información técnica sobre los equipos de dragado y auxiliares propuestos para la ejecución de los trabajos; demostrar su competencia técnica mediante la presentación de constancias (órdenes de compra, contratos, y/o facturas); y antecedentes financieros.

En el caso analizado, la Comisión de Preadjudicación emitió su Dictamen de Precalificación, aconsejando la calificación o no de las firmas para la apertura del sobre n° 2, según la acreditación que las empresas hubieran hecho del cumplimiento de los requisitos estipulados para las ofertas.

En consecuencia, de lo anterior, tres de las cuatro firmas fueron descalificadas del proceso licitatorio. Y acá es relevante analizar las razones esgrimidas en el mencionado dictamen.

En el caso de la firma DREDGING INTERNATIONAL NV SUC. ARG. – DREDGING INTERNATIONAL ARGENTINA S.A. - CCCC SHANGHAI DREDGING CO. SUC. ARG. – SERVIMAGNUS S.A. - UNIÓN TRANSITORIA, la descalificación se fundamenta en dos razones: incumplimiento de los artículos 3.1 h) (disponibilidad de equipos) y 3.1 j) (competencia técnica).

Sin embargo, de la lectura de los fundamentos surge que, respecto a la disponibilidad de equipos, la firma mencionada presentó sus respectivos compromisos de disponibilidad de lanchas de apoyo, pero sin firma certificada por escribano público.

En cuanto a la competencia técnica, luego de acreditarla respecto del resto de las empresas parte de la Unión Transitoria, se entiende que no sucede lo mismo con SERVIMAGNUS S.A., por no haber presentado una constancia fehaciente de finalización de la obra propuesta como demostrativa de su capacidad de dragado.

Cabe preguntarse si la falta de una firma certificada posee la entidad suficiente como para desestimar la totalidad de una oferta y, en ese sentido, se debe hacer hincapié en la relevancia de la distinción administrativa entre errores



subsanales y aquellos que no lo son. No es cuestión de dejar pasar aspectos esenciales que, en el caso bajo análisis, implicarían la incapacidad técnica de determinadas empresas para realizar la obra para la cual podrían luego resultar adjudicatarias. Todo lo contrario: de lo que se trata es de no eliminar de manera anticipada firmas que sí estarían en condiciones. Más aún si se tiene en cuenta la envergadura de la obra bajo licitación y sus complejidades técnicas y económicas, que conlleva al público conocimiento de aquellas pocas empresas con la capacidad para tamaña tarea. Ello corre el riesgo de desembocar en una situación absurda y violatoria al principio de concurrencia, ya que por formalidades se limitaría una oferta que ya de por sí es limitada. Mas esta posibilidad se encontraba vedada por el propio PBCP que introdujo el recaudo excesivo de considerar insubsanable la omisión de firma certificada.

Es por esa razón, que hubiera sido imposible intimar al oferente sin violentar el principio de igualdad. Fue la propia AGPSE que restringió esa posibilidad de forma irrazonable, por lo que se recomienda sea subsanada.

Similares situaciones se plantean, en tanto se omitió la presentación de ciertas constancias, para fundar la decisión de no calificar a las firmas ROHDE NIELSEN A/S SUC. ARGENTINA - EMEPA S.A. - UNIÓN TRANSITORIA y BOSKALIS INTERNATIONAL B.V. SUCURSAL ARGENTINA.

Como ejemplo de lo anterior cabe mencionar que algunas de las razones para excluir a ROHDE – EMEPA estuvieron en el incumplimiento del art. 3.1 h) del PCP, en tanto se omitió la presentación de la documentación que signifique el compromiso de disponibilidad de ciertas embarcaciones; y en el incumplimiento del art. 3.1 j), ya que la documentación presentada para acreditar su capacidad técnica no lo fue de acuerdo a lo establecido en el pliego y en las circulares aclaratorias. En el caso de BOSKALIS, se mencionan, entre otros, la falta de firma del personal en el correspondiente Curriculum Vitae y la no acreditación de la disponibilidad de la draga “Waterway”. En este punto corresponde aclarar que la enumeración es hecha a los fines de demostrar que ciertas omisiones deberían haber dado lugar a una posterior subsanación, no así queriendo decir que su enmienda hubiera significado el cumplimiento del resto de los requisitos para poder calificar a la siguiente etapa del proceso.

Siguiendo con el desarrollo, las observaciones respecto a la primera de las descalificaciones mencionadas entendemos basta para transmitir la importancia de



poder distinguir errores enmendables de aquellos que no lo son. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en el hipotético caso de que se hubiera producido la respectiva subsanación –respecto a la certificación de firma por escribano público y a la presentación de una constancia de finalización de obra que la AGP admita como fehaciente-, al menos el proceso licitatorio hubiera avanzado con dos firmas en capacidad de ser contratadas. Es decir, la Administración hubiera estado en una mejor situación al encontrarse en un futuro comparando al menos dos ofertas económicas, de empresas cuyas capacidades técnicas ya hubieran sido previamente acreditadas. Que justamente ese fue el objetivo al estipular que la obra para el dragado de mantenimiento de la Vía Navegable Troncal (VNT) se realizaría a través de un procedimiento licitatorio de etapa múltiple: el comenzar con una etapa que permita reconocer quiénes tienen la necesaria capacidad técnica, para después centrar la decisión en una conveniencia económica. Objetivo que, en el caso, se vio frustrado por la inclusión en las condiciones del pliego de un excesivo recaudo con rigorismo formal.

Por otro lado, es relevante en el presente punto lo expresado en el artículo 72 del Reglamento de Contrataciones de la AGP. Allí se mencionan las causales de desestimación que resultarán subsanables –siempre con el objeto de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles-, de las cuales nos interesan resaltar dos: una de ellas es la falta de firma en parte de la oferta original, y la otra es la falta de acompañamiento de la totalidad de la documentación que de conformidad a lo establecido en los pliegos de bases y condiciones debe suministrarse en el momento de presentar la oferta.

Entonces, si en un primer entendimiento no resulta del todo razonable la rigurosidad –en la comparación Pliego y Reglamento- que el PCP establece respecto a las cuestiones no subsanables de la falta de documentación solicitada en acompañamiento de la oferta, o su falta de firma/certificación, mucho más irrazonable resulta en la comparación si se tiene en cuenta que la falta de firma de la propia oferta puede llegar a ser subsanada.

Un excesivo rigor formal iría en contra del fin por el cual se eligió que el proceso licitatorio sea de etapa múltiple. Hay que descartar oferentes por incapacidad técnica, no por errores formales. En ese entendimiento, se debe tener una tolerancia mayor para permitir la subsanación de errores que no hagan al fondo de la oferta sin incluir en los pliegos licitatorios causales no subsanables que sean meramente



formales y que no modifican la sustancia de la oferta. Ello para que la Administración se encuentre en una mejor posición a la hora de poder decidir entre varios oferentes igualmente aptos para realizar la obra que se busque contratar. Todo con un límite: no alterar el principio de igualdad entre oferentes y aquéllos autoexcluidos.

- **4.e. Carencia de parámetros objetivos de calificación y evaluación.**

Sobre el particular, en primer lugar cabe destacar que el Artículo 25 del Reglamento de Contrataciones de AGPSE establece en forma precisa y clara que en el PBCP se establecerán los criterios de evaluación, precalificación y selección de la oferta más conveniente, cuando ésta no resulte ser la de menor precio y, en tal caso, deberán especificarse los factores de ponderación, las fórmulas polinómicas o la determinación de los parámetros que se tendrán en cuenta a dichos fines con claridad y precisión.

Asimismo, el Art. 33 del Reglamento establece en los procedimientos de etapa múltiple que para la comparación y evaluación de las ofertas se tendrán en cuenta factores que clara y objetivamente se determinen.

De la lectura de la documentación licitatoria que rigió la LP 13-21 se advierte una ausencia de tales parámetros y tal como surge del dictamen de precalificación, la evaluación se limitó a concluir con “cumple” o “no cumple”; un procedimiento binario.

Un aspecto importante en todo proceso de contratación estatal es el correspondiente a los criterios para calificar y evaluar aquellas ofertas que sean propuestas y sus respectivos oferentes. Y si bien es cierto que siempre la Administración cuenta con un margen discrecional a la hora de elegir con quién contratar, ello no significa que no deban expresamente estar estipulados cuáles son los requisitos en base a los cuales su cocontratante será elegido. Pero, es más, lo que también debe quedar en claro son los criterios, además de los principios propios del derecho administrativo, en base a los cuales el cumplimiento de esos requisitos se evaluará.

Se reitera, de la lectura del pliego particular sólo se desprenden cuáles van a ser los requisitos que deberán contener cada uno de los sobres de la licitación. Tampoco surge mucha claridad del pliego general ni del reglamento, ya que ambos se limitan a mencionar que las ofertas deberán ser evaluadas con objetividad y en miras al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.



Esa falta de criterios en base a los cuales debían estudiarse las ofertas presentadas condujo, en la práctica, a un dictamen de precalificación que simplemente utilizó un esquema de “cumple o no cumple” a la hora de calificar/descalificar a los oferentes. Ello al menos llama la atención por la complejidad de las cuestiones técnicas que se buscaban acreditar, pero también porque, cuando se llamó a Licitación Pública Nacional e Internacional por el Régimen de Concesión de Obra Pública por Peaje, para la Modernización, Ampliación, Operación y Mantenimiento del Sistema de Señalización y Tareas de Redragado y Mantenimiento de la Vía Navegable Troncal comprendida entre el kilómetro 584 del RIO PARANA, tramo exterior de acceso al Puerto de SANTA FE y la zona de aguas profundas naturales, en el RIO DE LA PLATA exterior, hasta la altura del kilómetro 205,3 del Canal PUNTA INDIO, utilizando la ruta por el Canal INGENIERO EMILIO MITRE, en el año 1995, los criterios de evaluación incluidos en los Pliegos de Bases y Condiciones aprobados por Decreto N° 863/93, fueron expresamente detallados en base a un sistema de puntajes. Al ser la complejidad de las obras idénticas en esa licitación como en esta, no se explica el motivo por el cual se utilizaron criterios tan distintos, resultando los últimos en el tiempo más perjudiciales para la Administración. Para un mejor entendimiento se reproduce el Artículo 6.4 del pliego de 1995, en sus partes pertinentes:

“6.4.2.4. Propuesta Técnica:

Se analizarán:

- Los estudios previos realizados por el Oferente para definir el anteproyecto de las obras propuestas.
- La metodología y propuesta para realizar los estudios futuros solicitados.
- Que el anteproyecto efectuado reúna todos los requisitos exigidos en las Especificaciones Técnicas.
- Que la disponibilidad de recursos, materiales, técnicos y humanos propuestos para realizar los trabajos inherentes a la Concesión sean compatibles con las metas exigidas.
- Que los estudios de tráfico presentados y sus resultados sean consistentes.

El criterio para la aprobación de la propuesta técnica estará basado en la calificación de los siguientes rubros:



1 -Estudio hidrográfico con antigüedad menor a dos años a la fecha de licitación. Coeficiente de Peso W1 = 2

2 -Estudio de suelos y sedimento lógico. Coeficiente de Peso W2 = 2

3 -Mediciones y datos propios para la verificación y/o calibración de los métodos aplicados en los estudios hidrosedimentológicos. Coeficiente de Peso W3 = 2

4 -Cálculo del volumen de apertura discriminado por paso o tramo de canal con una resolución menor o igual a Cinco mil metros (5000 m.). Coeficiente de Peso W4 = 1.

5 -Plan de dragado. Coeficiente de Peso W5 = 3

6 -Plan de Balizamiento y ayudas a la navegación. Coeficiente de Peso W6 = 2

7 -Estudio de tráfico propio. Coeficiente de Peso W7 = 3

8 -Metodología y equipamiento para el control de tráfico. Coeficiente de Peso W8 = 1

9 -La metodología y propuesta para realizar los estudios futuros solicitados. Coeficiente de Peso W9 = 2.

10 -Disponibilidad de recursos técnicos y humanos propuestos para realizar los trabajos inherentes a la Concesión. Coeficiente de Peso W10 = 2

11 -Anteproyecto. Coeficiente de Peso W11 = 4

El puntaje del rubro resultará de aplicar la siguiente escala

Nivel Nulo Cero (0)

Nivel Escaso De uno (1) a dos (2)

Nivel Regular De tres (3) a cuatro (4)

Nivel Bueno De cinco (5) a siete (7)

Nivel Muy Bueno De ocho (8) a nueve (9)

Nivel Excelente Diez (10)

Para ser aceptada la propuesta técnica, ningún rubro podrá tener una calificación inferior a regular.

El puntaje final de la propuesta técnica del Oferente para el Sobre N° 1 resultará de acuerdo a la siguiente expresión:

$$\text{Puntaje de la propuesta técnica} = \sum_{i=1}^{11} W_i \times P_i$$

W_i = Coeficiente de peso de cada rubro.

P_i = Puntaje obtenido en cada rubro.



Puntaje mínimo para aprobar la propuesta técnica = CIENTO SESENTA Y OCHO (168) Puntos.

6.4.3. El resultado de la evaluación de los aspectos requeridos en el Sobre N° 1 determinará la aceptación o rechazo de la oferta. Dicha aceptación será condición necesaria y suficiente para que la oferta económica, contenida en el Sobre N° 2, sea considerada.”

Entonces, al ser una obra en parte equivalente en el objeto, en términos comparativos no puede sostenerse la razonabilidad de la forma en que se evaluó en la Lic. Pub. N° 13/21, en donde no se determinó una metodología de evaluación de las ofertas, en términos objetivos como lo requerían tanto el Reglamento como el PUBYCG.

Más si se tiene en cuenta que los pliegos son documentos creados, entre otros fines, para regular el acceso de los actores económicos en condiciones igualitarias al mercado de la contratación administrativa. La forma en que ellos son redactados posee una directa implicancia en la posibilidad concreta de que se establezcan, realmente, condiciones que garanticen la más amplia concurrencia competitiva y no discriminatoria entre oferentes, en un marco de transparencia.¹⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vinculado el principio de seguridad jurídica a la necesidad de los particulares de conocer a priori “las reglas del juego” a las que han de atenerse. Asimismo, estas reglas no pueden ser discriminatorias. O sea, habrán de garantizar la participación de todos los interesados en un marco de igualdad de condiciones de acceso y elegibilidad. Adicionalmente, los documentos del llamado deben contener pautas o criterios objetivos de evaluación de ofertas y selección de la más conveniente, con sujeción a los cuales la Administración hará la valoración comparativa de cada una de las proposiciones.¹⁹

El grado de subjetividad en la evaluación de las ofertas se incrementa en exceso cuando se omite incluir en el pliego prescripciones concernientes al método o procedimiento de valoración de las proposiciones, o cuando este contiene pautas de apreciación demasiado laxas. Es claro que el vicio que padece el pliego en este

¹⁸ DRUETTA, Ricardo T., *La contratación administrativa irregular*, 1ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pág.104.

¹⁹ DRUETTA, Ricardo T., *La contratación... op. cit.*, pág. 106.



aspecto compromete la objetividad en la nominación de la propuesta elegible y, por ende, la transparencia del proceso de selección.²⁰

En definitiva, esta carencia se convierte en un obstáculo para la administración en la determinación de la oferta más conveniente para satisfacer el interés público. “Lo que queda claro es que mientras más amplio sea el margen de opinión del funcionario que adjudica, más posibilidades tendremos en sospechar si no se ha adjudicado a la oferta más económica. Es allí donde debe fundarse más aún el dictamen que efectúa la Comisión Evaluadora de Ofertas. Entendemos, entonces, y a modo de ejemplo, que un buen sistema de puntajes, establecido de antemano, que permita ponderar no sólo el valor del precio sino otras cualidades de las ofertas, reduce de forma notable la discrecionalidad de la decisión”²¹.

- **4.f. De la evaluación de las ofertas.**

En primer lugar, no puede dejar de advertirse que el dictamen de precalificación es a todas luces irrazonable, sin que de él pueda vislumbrarse una verdadera evaluación de ofertas. Simplemente se limita reproducir en forma textual lo informado por la Gerencia de Planeamiento y la Gerencia de Administración, Finanzas y Recursos Humanos.

En cuanto a los aspectos técnicos, la Comisión de Preadjudicación hace suyos los argumentos de la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento que se limita únicamente a referenciar en qué orden está contenida la documentación que fue evaluada para finalizar con “Cumple” o “no cumple”.

A partir de allí, se indicarán falencias, independientemente de las impugnaciones que recibiera, cuya virtualidad son suficientes para dejarlo sin sustento.

i. **Plan de Inversiones:** Se observa que Compañía Sudamericana de Dragados S.A. incluyó en la documentación que contiene el sobre N° 1 el plan de inversiones (v. orden 163EX-2021-65990824- -APN-MEG#AGP). La Comisión de Precalificación no se expidió respecto a lo que detectó la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento en la oferta-sobre 1 de Compañía Sudamericana de Dragados S.A.: “Se observa que el Plan de Inversiones deberá formar parte del Sobre N° 2, de

²⁰Druetta, Ricardo T., *La contratación... op. cit.*, pág. 119.

²¹Cfr. Alonso Regueira, Enrique M. (et al), *Contratos de la Administración, op. cit.*, pág. 126.



acuerdo a lo establecido en la Respuesta 14 de la Circular Aclaratoria III”, sin perjuicio de haber solicitado por actuación separada la intervención del servicio jurídico en este punto y sin haber ponderado en su dictamen de precalificación las conclusiones a las que habría arribado.

En efecto, la Circular III, ante la consulta puntual sobre la inclusión del plan de inversiones que según PBCP debía incluirse en ambos sobres, el órgano licitante fue contundente en su respuesta 14 “El plan de inversiones deberá incorporarse solo al sobre N° 2”²².

Así, no sería de aplicación el criterio expuesto por el servicio jurídico permanente en su dictamen IF 2022-13287942-APN-GAJU#AGP, al expedirse respecto de la observación sobre la oferta de Compañía Sudamericana S.A. con relación a este aspecto.

La Gerencia de Asuntos Jurídicos alude al Dictamen PTN 188:1 “*ante cualquier norma dudosa* debe prevalecer la admisión de la oferta”. En este caso no hay norma dudosa, la circular es contundente: el plan de inversiones debía incluirse en el sobre N° 2.

La misma Procuración del Tesoro afirmó que “*No resulta admisible dejar de cumplir lo que la ley inequívocamente ordene, de manera que si la escritura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles la única conducta aceptable es su acatamiento (v. Dictámenes 177:117; 195:107; 235:622; 237:534; 244:377; 277:130)*”²³.

Asimismo, el dictamen jurídico referido en su anteúltimo párrafo, Acápito II.6, reconoce expresamente que el procedimiento en trato “se encuentra en la etapa de evaluación de los aspectos técnicos referentes a la calidad, condiciones subjetivas de los oferentes, sus capacidades técnicas o expertise, mal puede considerarse que la errónea inclusión del Plan de Inversiones de la firma N° 2 en el sobre 1 de su oferta –*el cual podría permitirle a dicha Comisión inferir la oferta económica de dicha firma*- pueda considerarse como un hecho que afecte la evaluación de la referida Comisión en los aspectos que en esta etapa de evaluar, por no vincularse en absoluto con los mismos y, más aún, cuando no tiene posibilidad de adentrarse en el análisis económico de todas las ofertas ni comparar en este aspecto

²² El resaltado es propio.

²³ Dictámenes 285:242.



a las mismas por cuanto, en principio, no contaría con información alguna en tal sentido”.

Esa afirmación carece de todo sustento. Por un lado, reconoce en forma expresa que esa inclusión “errónea” le permitirá a la Comisión de Preadjudicación inferir la oferta económica de dicha firma y da por sentado sin más y con el convencimiento que esa Comisión no tendrá en consideración el plan de inversión porque se está en una instancia de evaluación técnica-subjetiva. Dicha conjetura, sería el equivalente a afirmar que para constatar el cumplimiento de la garantía de mantenimiento de oferta inserta en el sobre 2, se procederá a su apertura sin la lectura del precio cotizado, porque esa apertura lleva ínsita el conocimiento por parte del órgano licitante del precio cotizado, un total sinsentido.

En cuanto al principio de igualdad al que la Gerencia de Asuntos Jurídicos hace referencia, este sí se encuentra violentado, concretamente en la admisión de la oferta de Sudamericana mal presentada (inclusión del plan de inversiones en el sobre 2 le permite a la Comisión Inferir el valor de la oferta económica), en donde la circular establecía contundentemente en donde debía incorporarse el plan de inversiones y la Comisión a pesar de ello entiende que es admisible cuando no debió serlo, más alega incumplimientos de la oferta de DREDGING INTERNATIONAL NV SUC. ARG- DREDGIN INTERNACIONAL ARGENTINA S.A., CCCC SHANGHAI DREDGING CO. SUC. ARG.- SERVIMAGNUS S.A. UTE, por carecer de firma certificada ante escribano, que también constituía una deficiencia no subsanable, de acuerdo con lo establecido en el Art. 3.1. del PBCP, última parte. Es allí, concretamente en donde se viola el principio de igualdad: admite una oferta en contradicción con una previsión expresa, más en la evaluación de otra oferta aplica estrictamente la restricción impuesta por el plexo licitatorio.

Resulta importante resaltar que en esta clase de procedimientos de etapa múltiple es fundamental que el órgano evaluador lleve a cabo su labor de análisis de los aspectos técnicos despojado de cualquier parámetro económico a fin de no influenciar su juicio y garantizar su objetividad, centrándose únicamente en las cuestiones técnicas, difiriendo en el tiempo la evaluación de la oferta económica.

Allí radica su esencia y además, el propio Reglamento de Compras en su Art. 33, inciso 2), efectúa esta distinción al momento de evaluación y comparación de ofertas.



En esta instancia, resulta procedente traer a colación lo expuesto por la Oficina Nacional de Contrataciones, órgano rector del sistema nacional de contrataciones, en su Dictamen IF-2018-17683087-APN-ONC#MM, en el marco de un Concurso Público de etapa múltiple: “...tal como fuera expuesto en párrafos precedentes, la tramitación de los procedimientos bajo la clase etapa múltiple contempla la presentación de la oferta técnica en un sobre distinto al de la oferta económica, señalándose expresamente que el sobre conteniendo las propuestas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados, se abrirá en acto público...” y “... puede afirmarse sin hesitación que la apertura de ambas propuestas en forma conjunta se contrapone en un todo con las previsiones de la normativa vigente para los procedimientos sustanciados bajo la clase etapa múltiple... para una correcta y objetiva evaluación de la oferta técnica el régimen normativo prevé que esta se lleve a cabo en forma autónoma e independiente de la oferta económica”.

De este modo, continúa enunciando, “al decir de autorizada doctrina, (...) se evita que empresas sin capacidad técnica o financiera suficiente compliquen la licitación con precios irrealmente bajos, que no darán sino dificultades en la ejecución (v. GORDILLO, Agustín...). Así las cosas, cabe interpretar que si la autoridad competente del organismo licitante dispuso que el concurso público para la contratación... se lleve a cabo bajo la clase etapa múltiple, ha sido porque oportunamente entendió que, en atención a las características específicas de la prestación, la oferta técnica debía ser analizada por la Comisión Evaluadora en una etapa diferente a la de la oferta económica”.

Finalmente, ese órgano rector concluyó que, a su criterio, el error en que incurrieran los oferentes -adjuntar documentos relacionados con el precio de la oferta- constituye un error esencial. En el presente caso bajo estudio, el error esencial de inclusión del plan de inversión en el sobre n° 1 habilitaba la aplicación del Artículo 71, inciso j) del Reglamento de Compras de la AGPSE, que reza: “CAUSALES DE INADMISIBILIDAD. Las siguientes causales de desestimación no serán subsanables... j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales”.

A mayor abundamiento, a esta altura de la evolución de las compras y contrataciones públicas, pueden señalarse excesivos rigorismos formales en cuanto a requisitos que pueden ser subsanados y no modifican la oferta, como ser la carencia de firma certificada ante escribano. En efecto, en el caso concreto la posibilidad de que esa falta sea subsanable, intimando al oferente a que dentro de un plazo



acompañe la documentación de idéntico contenido con certificación de firmas ante notario, no modifica la sustancia de la oferta.

Asimismo, no puede dejar de soslayarse, el servicio jurídico permanente del órgano licitante no ha podido ponderar la circular aclaratoria por no contar con todos los antecedentes, tal como lo reconoce. En efecto, AGPSE ha conformado un expediente para el trámite licitatorio, más para las observaciones que han sido planteadas habría generado expedientes que tramitan aparte en forma conjunta.

ii. **Competencia Técnica:** De la lectura del Dictamen de Precalificación, respecto del cumplimiento del Art. 3.1.j) del PBCP para demostrar competencia técnica mediante la presentación de constancias (órdenes de compra, contratos y/o facturas) que acrediten en forma fehaciente la realización de obras de dragado para organismos públicos y/o empresas privadas, las que deberán encontrarse finalizadas y acreditar tal situación, de equivalentes características, referidas a los últimos 5 años, que deben sumar un volumen mínimo anual equivalente al promedio anual de 26.000.000 m³.

Sobre este aspecto, haciendo suyos todos los argumentos expuestos por la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento, la Comisión dio por cumplido este requisito por parte de Compañía Sudamericana de Dragados S.A. Para ello ambos consideraron como válida para acreditar el volumen mínimo requerido la documentación en el orden 173, dentro de los cuales se encuentra una Declaración Jurada del 21-12-21 donde el representante técnico de Hidrovía S.A. declara bajo juramento que los volúmenes dragados por esa -Hidrovía- en el marco del contrato de concesión aprobado por Decreto 253-95 y Actas de renegociación subsiguientes durante 2017 y 2021 fueron superiores en todos los años a los 26.000.000m³ anuales, de manera que superan el requisito exigido en el punto 3.1.j) del PBCP. Agrega que dado que se trató de un contrato de concesión por peaje, que difiere del sistema de unidad de medida, la emisión de certificados de obra no se dio con dinamismo mensual y/o anual; que los certificados de obra que ratifican las cantidades dragadas no han sido aún emitidos por la Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante y que en caso de que considere necesarios esos instrumentos AGPSE podrá solicitar a esa Subsecretaria la información específica que coincide con lo que aquí se declara.



Va de suyo que el artículo 3.1.j) del PBCP no preveía acreditación de capacidad mediante declaración jurada por lo que no podía ni puede ser considerada, más allá de que la forma de certificación en la concesión a la que hace referencia difiera de la forma de certificaciones de obra habitual y que alegue que el órgano concedente aún no haya emitido la certificación a la que alude²⁴. Sin perjuicio de la restante documentación que acompaña, en virtud de la carencia de parámetros objetivos, puntajes, para la calificación de los aspectos contenidos en esta primera etapa, y así las cosas, se entiende que tanto la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento como la Comisión de Precalificación la dio como válida y así consta en sus intervenciones, conforme surge de los informes IF-2022-13263647-APN-GIYP#AGP, IF-2022-25185482-APN-GIYP#AGP, IF-2022-13722877-APN-GG#AGP (Dictamen de precalificación) e IF-2022-25208622-APN-GG#AGP (ratificación en todos sus términos del dictamen de precalificación)²⁵.

Continuando con el análisis, la Circular III explicó la forma en que se considerarían los antecedentes técnicos:

“RESPUESTA 18:

A: Para el caso de la sucursal Argentina de una sociedad extranjera, la competencia técnica puede demostrarse con obras de su casa matriz, en adición a las obras de la sucursal.

B: Para el caso de una sociedad Argentina, subsidiaria de sociedades extranjeras, la competencia técnica no puede demostrarse con obras de los accionistas, controlantes o no, y de las sociedades sujetas a control común, en todos los casos directos o indirectos.

C: Una sucursal argentina de una sociedad extranjera y una Sociedad Anónima argentina, ambas pertenecientes al mismo grupo, pueden presentarse únicamente vinculadas como Uniones Transitorias o Consorcios de Cooperación. Para ello, deberán cumplimentar, al momento de la presentación de su oferta, los requisitos exigidos por el artículo 98 del Reglamento de Contrataciones de esta Sociedad del Estado, por el artículo 12 del Pliego de Bases y Condiciones Generales y por el artículo 3 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rige el llamado”.

²⁴ Cabe señalar que, en caso de duda respecto de la forma de acreditar la competencia técnica, el oferente contaba con la posibilidad de formular la consulta al órgano licitante, emitiendo éste, el órgano licitante, la correspondiente circular aclaratoria. Nada de esto sucedió.

²⁵ La Comisión de Precalificación en su Informe IF-2022-25208622-APN-GG#AGP, también se sirve de lo informado por la Gerencia de Administración y Finanzas (IF-2022-25189612-APN-GAFYRRHH#AGP, para ratificar en todos sus términos su dictamen de precalificación.



“RESPUESTA 20: Para el caso de Uniones Transitorias de Empresas, se evaluará los antecedentes de cada una de las empresas en función de los porcentajes de participación de la UTE.”

Asimismo, el Art. 3.1.j) del PBCP expresamente establece que las constancias que den cuenta de la competencia técnica, **“deberán demostrar la capacidad del ofertante”**. En el caso de Compañía Sudamericana de Dragado S.A., presentó su oferta en calidad de único oferente sin estar asociado con otras sociedades.

Mas tanto el dictamen de precalificación como el informe técnico en el que se sustentó admitieron constancias de competencia técnica de Compañía Sudamericana de Dragados S.A. de uno de sus accionistas (Jan de Nul N.V), sin que ello estuviera previsto en el plexo licitatorio, dando por válidos tales antecedentes, cuando ello no estaba previsto ni permitido.

Nótese el esfuerzo interpretativo efectuado por el servicio jurídico en su dictamen IF-2022-25365510-APN-GAJU#AGP, en relación con las impugnaciones presentadas contra la precalificación, para salvar y justificar el criterio de evaluación adoptado no previsto en las condiciones licitatorias.

Incluso en el entendimiento de que era posible hacerlo, se observa que en el mismo Dictamen la Gerencia de Asuntos Jurídicos deja asentado que de la documentación presentada en autos a los efectos de acreditar la existencia de persona jurídica de Compañía Sudamericana de Dragados S.A., se desprende que dicha sociedad se encuentra integrada accionariamente por las firmas DREDGING AND MARITIME MANAGEMENT S.A. y JAN DE NUL N.V., quienes poseen un NOVENTA POR CIENTO (90%) y un DIEZ POR CIENTO (10%) respectivamente.

Si bien los porcentajes no se encuentran así expresados en la modificación estatutaria a la que refiere, arriba a esa conclusión en función de la información allí plasmada del Registro de Asistencia a Asamblea en donde se consigna un total de 493.320.000 acciones, correspondiendo a Dredging and Maritime Management S.A. 443.988.000 acciones y a Jan de Nul NV 49.332.000.

El servicio jurídico continúa manifestando que la empresa JAN DE NUL N.V., es quien resultara oportunamente adjudicataria del contrato de concesión para la vía navegable troncal en trato -junto con la firma EMEPA S.A. (entre otras)-, quienes, además, constituyeron en su momento, la firma de objeto único para la



explotación de la concesión oportunamente otorgada al amparo del Decreto N° 253/95, la que se pasó a denominar como HIDROVÍA S.A.

Si bien la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento en su informe IF - 2022-13263647-APN-GIYP#AGP, admite el cumplimiento de la capacidad técnica (art. 3.1.j) PBCP) no que surge del mismo cómo ha sido ponderada la documentación acompañada que así lo acredita, simplemente consignó:

“Cumple, según documentación a Orden 173 - IF-2021-123260728-APN-GLCYC#AGP y Orden 174 - IF-2021-123263821-APN-GLCYC#AGP, página 1 a 10, la cual demuestra la competencia técnica de la firma Jan de Nul N.V., accionista de la firma oferente. Asimismo, presenta otra documentación a Orden 173 - IF-2021-123260728-APN-GLCYC#AGP, Orden 174 - IF-2021-123263821-APN-GLCYC#AGP, Orden 175 - IF-2021-123268107-APN-GLCYC#AGP, Orden 176 - IF-2021-123275113-APN-GLCYC#AGP, Orden 177 - IF-2021-123278728-APNGLCYC#AGP, Orden 178 - IF-2021-123282713-APN-GLCYC#AGP, Orden 179 - IF-2021-123288355-APN-GLCYC#AGP, Orden 180 - IF-2021-123292220-APN-GLCYC#AGP, Orden 181 - IF-2021-123299306-APN-GLCYC#AGP, Orden 182 - IF-2021-123303203-APNGLCYC#AGP, y Orden 183 - IF-2021-123306140-APN-GLCYC%AGP”.

Tampoco emite opinión respecto a lo informado en la Nota NO-2022-12816130-APN-GAFYRRHH#AGP²⁶, respecto a si esos antecedentes podían o no ser considerados para el cumplimiento de la competencia técnica.

Vale recordar, que los términos expuestos han sido volcados en forma textual en el Dictamen de Precalificación sin ponderación alguna.

Con fecha 16 de marzo de 2022 interviene nuevamente la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento, mediante informe IF 2022-25185482-APN-GIYP#APN, recién allí en el punto a), expone que “Teniendo en cuenta lo establecido en la Respuesta 19 de la Circular III, los 26 millones de m3 anuales requeridos equivalen a 71.233 m3 diarios. De acuerdo con esta constancia, la empresa Hidrovía S.A., demuestra haber dragado 154.798 m3 diarios. Atento a que Hidrovía S.A. está integrada en un 50% por la firma Jan De Nul, le corresponderían 77.399 m3 diarios, valor superior al requerido por pliego”.

²⁶ Nota que, al contrario de lo afirmado por la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento, no ha sido adjuntada a su Informe IF-2022-13263647-APN-GIYP#AGP.



No puede dejar de observarse que la Circular III, en el punto 20 estableció que, para el caso de Uniones Transitorias de Empresas, se evaluará los antecedentes de cada una de las empresas en función de los porcentajes de participación de la UTE, mas no justifica este criterio -como forzadamente lo hace el servicio jurídico en su intervención IF-2022-25365510-APN-GAJU#AGP.

Sin embargo, el área técnica en segunda intervención otorga a Jan de Nul NV el porcentaje de su participación (50%) en Hidrovía S.A. Adviértase que, por un lado, hace extensivo un parámetro establecido solo para las UTE, y por otro, debe ponerse énfasis que en la Licitación Pública N° 13/2021 Jan de Nul NV no resulta ser oferente, sino que el oferente es Compañía Sudamericana de Dragados S.A.

Aun reconociendo posibilidad de interpretación para habilitar los supuestos analizados, ello debe realizarse desde la óptica de los principios de igualdad y razonabilidad -ambos con raigambre constitucional- circunstancia que no aconteció.

En virtud del principio de juridicidad y la vinculación positiva de la Administración a éste, plenamente aplicable a la materia contractual pública, aquella solo debe hacer lo que le está permitido por la ley pues de lo contrario su actuación lesiona la seguridad jurídica que el derecho debe preservar²⁷. La sustancia del principio opera como una cobertura legal de toda la actuación administrativa, pero a modo de habilitación previa para legitimarla y no como límite de la conducta administrativa²⁸.

En ese sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que el moderno principio de la vinculación positiva de la Administración a la ley²⁹ impone que la certeza de la validez de cualquier accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsele a un precepto jurídico, o que, partiendo de un principio jurídico, se derive de él -como cobertura legal- la actuación administrativa. Surge así, que lo que es propio en general de los sujetos privados -art. 19, Constitución Nacional- no lo sea para la Administración, la que no puede obrar sin que el ordenamiento la autorice expresamente. El vetusto principio de que en derecho administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla y que, por

²⁷REJTMAN FARAH, Mario, "Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas", Publicado en La Ley, Sup. Adm. Agosto 2019, 197.

²⁸VINCENTI, Rogelio W., El control judicial de la discrecionalidad administración. El caso de los elementos reglados del acto, El control de la Actividad Estatal T1, ROSATTI, Horacio (et. al.), 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Buenos Aires, 2016.

²⁹El término en el contexto que se describe debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva del ordenamiento jurídico.



tanto, toda competencia debe estar conferida por norma o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso, demuestra lozanía y vigencia³⁰.

Por otro lado, sabido es en derecho que la sociedad anónima es una persona jurídica distinta de sus socios y/o accionistas, con patrimonio, capacidad, domicilios propios totalmente diferentes de quienes la han constituido³¹.

En este entendimiento y de acuerdo con las previsiones indicadas, las constancias que acreditaran la capacidad técnica de Compañía Sudamericana de Dragados S.A. debieron corresponder a trabajos realizados por esa sociedad y no por sus accionistas.

A mayor abundamiento, todas estas advertencias, son el corolario de la irrazonabilidad latente en la documentación licitatoria, como la falta de inclusión en el pliego de parámetros objetivos y claros de calificación, como por ej. sistema de puntaje por cada una de las obras que cumplían el mínimo de dragado, mayor precisión en la ponderación de las obras efectuadas por los miembros de las UTE oferente, su impacto, si es necesario o no que cada uno los miembros de la UTE cumplan con un mínimo, entre otras cuestiones como también la inclusión en el plexo licitatorio de cuestiones no subsanables de la oferta meramente formales y no sustanciales, tal como se observa de la imposibilidad de subsanar la falta de certificación ante escribano de documentación que acompaña sin la misma.

Ninguna de estas circunstancias ha sido advertida por el servicio jurídico, nada dicen al respecto, todo lo contrario, entienden que la actuación del órgano de evaluación fue conforme a derecho y razonable.

Tampoco se cuenta con la intervención y opinión de la Gerencia de Compras y Contrataciones, órgano con competencia específica en la materia.

Finalmente, resulta atinado el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto a “...La actividad que desarrolla el órgano de selección se encuentra sometida a los principios que informan el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, esa actividad sería jurídicamente observable si dicho organismo incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad”³²

Recuérdese que ese ordenamiento jurídico está compuesto por todo el conjunto de normas que ya fueran citadas al inicio, que constituyen las bases de la

³⁰ Dictámenes 236:91.

³¹ Cfr. Arts. 141, 142 y 143 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³² Dictámenes 306:176. Allí intervino en un procedimiento de selección en materia de empleo público, más su criterio es aplicable a los procedimientos de selección de contratistas.



licitación, entre las que se encuentran el Reglamento de Compras de la AGPSE, el PUBYCG, el PBCP y las Circulares emitidas.

La Comisión de Precalificación, en su dictamen manifestó que “mediante informe gráfico N°IF-2022-13562016-APN-GG#AGP, obrante a orden 217, se agrega comprobante de la consulta web AFIP – “CONSULTA PROVEEDORES DEL ESTADO” efectuada en el marco de la Resolución General AFIP 4164/17, del cual surge que la firma COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE DRAGADOS S.A. no presenta incumplimientos ante esa Administración Federal”. Al respecto cabe señalar que de conformidad con lo que se desprende del Art. 72, inciso d) del Reglamento³³, la Comisión de Precalificación debió efectuar dicha consulta en relación a la totalidad de los oferentes, y no solo de quien consideró precalificado. La norma establece que en caso de verificar incumplimientos de las obligaciones tributarias y/o previsionales de los oferentes, dicho aspecto puede ser subsanado hasta la emisión del dictamen de preadjudicación.

En caso de considerar, que en los procedimientos de etapa múltiple eso acontece hasta el dictamen de precalificación, con dicha omisión el órgano evaluador vedaría arbitrariamente toda posibilidad de subsanar este aspecto para el caso de ser necesario y en el supuesto que, frente a impugnaciones, la autoridad con competencia para resolverlas hiciera lugar a las mismas.

5. De la Resolución AGP SE N° 38/2021. Extinción del llamado a Licitación Pública N° 13/2021.

5.a. Apreciaciones previas.

Con fecha 18 de marzo de 2022, mediante Resolución AGP N° 38/2022 la Administración General de Puertos S.E. decidió dejar sin efecto la Licitación Pública N° 13/12 por los motivos expuestos en los considerandos de la medida (Art. 1°).

En tal sentido, se encomendó a la Gerencia General de esa Sociedad del Estado la confección y elevación para su aprobación, en el término de 20 días, de un nuevo proyecto de PBCP, ajustando las disposiciones al contenido de las circulares

³³“Si se verificaran incumplimientos de las obligaciones tributarias y/o previsionales de los oferentes, de acuerdo al procedimiento establecido en la Resolución General AFIP 4164/17, al momento de la apertura de ofertas y hasta la emisión del Dictamen de Preadjudicación”.



aclaratorias emitidas en relación al mismo, y a lo expresado en los considerandos de la presente resolución.

Sobre el particular, el Art. 23 del Reglamento dispone que la máxima autoridad de AGPSE emitirá con arreglo al Art. 5° del mismo, los actos resolutivos fundados que dispongan, la determinación que se deja sin efecto el procedimiento de licitación pública por cualquier causa, entre otros.

El art. 5° citado, establece un orden de prelación, en caso de contradicción normativa vinculada a un procedimiento de selección que regirán los contratos en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, según se apliquen al caso:

- a) El presente Reglamento sus normas modificatorias y complementarias.
- b) Las disposiciones del Pliego de Bases y Condiciones Generales (PBCG) aplicable.
- c) Las disposiciones del Pliego de Condiciones Particulares (PCP) o la documentación contractual que en su ausencia se apruebe.
- d) Las cláusulas del contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda.
- e) La oferta o las muestras que se hubieren acompañado.
- f) La aplicación supletoria de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.
- g) La aplicación analógica del Decreto 1023/01 y las Resoluciones de la Oficina Nacional de Contrataciones, en la medida que no contradigan las disposiciones enunciadas en el presente artículo.

Asimismo, las decisiones de AGPSE se formalizarán mediante acto resolutivo fundado en los casos que así lo establece el presente Reglamento, considerándose esencial en tales supuestos el dictamen proveniente del servicio permanente de asesoramiento jurídico de AGPSE y la expresión concreta de las razones que motivan su objeto, de conformidad con el Art. 6° del Reglamento.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que si bien la Ley N° 20.705 excluye a las sociedades de la ley de procedimiento administrativo (art. 6°), esas entidades constituyen una especie de descentralización administrativa, con un ámbito de actuación propia de los entes integrantes del Sector Público Nacional³⁴, conformado

³⁴ En efecto, la Ley N° 24.156 en su artículo 8° al definir el Sector Público Nacional, como ámbito de su aplicación, incluyó expresamente en su inciso b) a las sociedades del estado.



por la Administración centralizada y descentralizada, pudiendo emitir actos administrativos³⁵.

A mayor abundamiento, este tipo de sociedades del estado, cuyo capital se encuentra conformado con un capital enteramente estatal³⁶ constituye una especie de descentralización administrativa, en la que, al margen de la actividad propia que desarrolle, se encuentra comprometido el interés del Estado Nacional. Más aun, tanto las sociedades del estado como las sociedades anónimas de capital estatal constituyen una especie de descentralización que debe entenderse como la forma de hacerse efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de este ente.

Asimismo, tal como lo señaló la Procuración del Tesoro, deben considerarse de aplicación a su respecto ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación, y aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado, agregando que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, gobierno y dirección de la entidad.

De las consideraciones expuestas, ese máximo órgano asesor concluyó que resultaba de aplicación la Ley N° 19.549 y su reglamentación a los actos administrativos emanados de las sociedades del estado³⁷.

Se reitera que la conformación societaria de esta figura está compuesta exclusivamente por personas jurídicas públicas, excluyendo expresamente cualquier participación privada. Particularmente, conforme se desprende del Estatuto Social, el 100% de la participación en capital social está en manos del Estado Nacional.

Guarda relación con el presente, lo expresado por la CSJN en *“La Buenos Aires Cía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.”*³⁸, donde afirmó que *“la empresa demandada ha sido constituida como una sociedad anónima, en la que entes estatales tienen la mayoría accionaria y decisoria, creada bajo el régimen jurídico previsto en la ley de sociedades 19.550, sección VI. Con esta sola mención, podría concluirse que el sistema normativo que le resulta aplicable es de naturaleza*

³⁵ Cfr. Dictámenes 263:8.

³⁶ Con exclusión de toda participación de capitales privados (cfr. Arts. 1° y 3° Ley N° 20.705).

³⁷ Dictámenes 263:8.

³⁸ Fallos 311:750. La CSJN hizo propios los términos del Dictamen del Procurador Fiscal. En el caso se trataba de una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria, regida por la Ley N° 19.550.



privada, lo que provocaría a la postre el rechazo de la acción. No obstante, la regulación jurídica aplicable a este tipo de empresas ha ido nutriéndose en el tiempo con otras normas que reflejan un panorama complejo, que es menester discernir porque pone en crisis la prístina afirmación”. Así, con mayor razón puede sostenerse tal criterio en relación a la AGPSE cuyo capital se encuentra exclusivamente en manos del Estado Nacional, independientemente de la exclusión de normas de derecho público.

Asimismo, “la ley 19.549, que establece las normas básicas a que deben sujetarse los procedimientos administrativos, fija su ámbito de aplicación en la Administración Pública Nacional, aclarando que se trata tanto de la centralizada como de la descentralizada, excluyendo los organismos militares y de defensa y seguridad (art. 1º)”. No obstante, la exclusión expresa en la Ley N° 20.705 de aquella ley, la Sociedad del Estado configura un grado de descentralización.

En el mismo precedente jurisprudencial, la Corte determinó que el alcance del concepto de descentralización “propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal en los casos en que resulta autónoma). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal... vale aceptar que al referirse el art. 1º de la ley 19.549 a la administración descentralizada no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal, cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del derecho privado”.

Asimismo, señala que “la ley 19.549, en el que se destaca el art. 2º según el cual los procedimientos en diversos entes, entre ellos las sociedades anónimas con participación mayoritaria estatal, “se regirán por sus respectivos regímenes y lo que fuere pertinente del título VIII del reglamento aprobado por dec. 1759/72. Las demás normas de dicho reglamento y las de la ley 19.549 se aplicarán supletoriamente”.

Así, “De este conjunto de disposiciones se desprende... un sistema complejo presidido por disposiciones del derecho privado en lo que hace al objeto específico de actuación, atribuido a la empresa por su estatuto, y en lo relativo a su organización de gobierno (Presidencia, Directorio, Sindicatura, etc.), pero influido



por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad. Mediante esta fórmula interpretativa procuró llegar a una aplicación armónica y conciliada de las distintas normas en juego, que permita la vigencia simultánea de todas ellas, y que parte de no admitir la imprevisión ni la contradicción en el legislador”.

Es decir, cobra plena aplicación la Ley N° 19549 al procedimiento administrativo que lleve a cabo la AGPSE.

Por otra parte, del propio Reglamento de Contrataciones, surge la aplicación analógica del Decreto Delegado N° 1023/2001, con jerarquía legal, y por ende su reglamentación mediante el Decreto N° 1030/2001.

En ese entendimiento y en virtud de los argumentos expuestos, debe señalarse que el Art. 11 del Decreto Delegado N° 1023/2001 establece que deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo, las actuaciones que allí se detallan, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren, entre las que se encuentran la determinación de dejar sin efecto el procedimiento.

Específicamente, el Reglamento de Compras de la AGPSE en su Art. 10 habilita a la sociedad a “dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, **sin expresión de causa**, y sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes.

En todos los casos podrá realizarse un nuevo llamado por el mismo procedimiento de selección, debiendo invitarse además de los nuevos interesados a los oferentes de la anterior convocatoria, con excepción de los hubieran resultado excluidos previamente con causa”.

Es cierto que se trata del ejercicio de una atribución discrecional, pero dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la Ley 19549 ni tampoco puede justificar una decisión irrazonable ni arbitraria³⁹, exigiéndose en tales casos mayor motivación.

³⁹ Fallos 331:735; 334:1909.



En tal sentido, ante el ejercicio de actividad preponderantemente reglada y más aún discrecional⁴⁰, el control de legalidad, legitimidad o juridicidad se traduce en el control de los elementos reglados del acto (v. Art. 7° Ley N° 19.549).

Nuestro Máximo Tribunal afirmó que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa. Así, el control de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, por lo que la revisión de los aspectos normativamente reglados se traduce en un típico control de legitimidad⁴¹.

En efecto, no puede válidamente sostenerse que las facultades discrecionales eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige, en el ámbito nacional, la Ley N° 19.549, como así también el sello de razonabilidad debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. El control de los actos denominados tradicionalmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, y por otro, en el examen de su razonabilidad⁴².

El régimen jurídico aplicable⁴³, habilita a la AGPSE a ejercer su potestad para extinguir el llamado en trato, siempre que sea un ejercicio legítimo ya sea por razones de oportunidad, mérito y conveniencia o por razones de ilegitimidad (por ej.: ante la existencia de un vicio en el procedimiento, incumplimiento de los requisitos

⁴⁰ La CSJN definió actividad reglada como aquella en donde en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos -reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar que es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación automática), en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de potestad atribuida previamente o de su contenido particular al o imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades en ejercicio discrecional). Asimismo, el principio de legalidad ha llevado a que la tradicional distinción formulada por prestigiosos autores entre potestades regladas y discrecionales pierda en importante medida su interés original ante el reconocimiento de la existencia de elementos reglados aún en aquéllos supuestos considerados tradicionalmente como actos no vinculados. En efecto, la discrecionalidad no implica en absoluto un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que no resulte fiscalizable (Fallos 315:1361).

⁴¹ Fallos 315:1361. Si bien se refería específicamente al control judicial, tales pautas son plenamente aplicables al ámbito de la Administración.

⁴² Fallos 320:2509.

⁴³ Arts. 17 y 18 Ley N° 19.549 y 10 del Reglamento de Contrataciones AGPSE.



de la publicidad y difusión impuestos, omisión de la licitación pública en los casos en que resulta obligatorio, entre otros).

Se advierte que este ejercicio no es por sí mismo un acto arbitrario ni ilegítimo. Pero lo que no puede hacer el órgano licitante es dejar sin efecto un llamado a licitación pública mediante un acto ilegítimo, circunstancia que acontece cuando se adopta dicha decisión invocando, genérica y dogmáticamente razones de mérito, oportunidad o conveniencia, sin explicar de forma adecuada cuáles son esas razones y cómo se orientan a la satisfacción del interés público. Tales actos adolecerán de vicios graves en la causa, motivación y finalidad, ya que con ese accionar, la Administración pretende erigir en sustento suficiente de la legitimidad del acto su propio y exclusivo juicio subjetivo⁴⁴.

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico aplicable, no obliga al órgano licitante a concluir con el trámite, sino como se expuso, tiene la posibilidad de retractación del procedimiento debe ser dispuesta antes del perfeccionamiento del contrato⁴⁵. Es evidente que esta decisión debe estar debidamente fundada en los antecedentes de hecho y de derecho que la justifiquen, orientada al bien común y a cumplir con las exigencias que se derivan del principio de razonabilidad. Así, antes de que emita el acto que deja sin efecto el procedimiento de contratación debe emitirse un informe técnico objetivo que avale fundadamente esta decisión⁴⁶.

En efecto, en estos supuestos la revocación legítima por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, como pretende la Resolución APG N° 38/22, tiene origen en la necesidad de salvaguardar los intereses públicos, buscando que la función administrativa *ajuste su actividad a la satisfacción inmediata del interés público de acuerdo con los requerimientos que imponen las nuevas circunstancias de hecho*⁴⁷.

Respecto de los hechos determinantes que habilitan la extinción prevista en el art. 18 y, en el caso puntual, por el art. 10 de Reglamento de Contrataciones de la AGPSE, explica Sammartino que la validez del acto extintor, en este supuesto, está vinculado con la concreta acreditación de que el acto administrativo que se extingue no armoniza o deviene inadecuado con las actuales exigencias o

⁴⁴Cfr. COMADIRA, Julio R., Curso de derecho administrativo, 1ª ed. 1ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pág. 860.

⁴⁵ Art. 10 Reglamento Res. AGPSE 76-21, Art. 18 Decreto Delegado N° 1023/01.

⁴⁶DRUETTA, Ricardo T., *La contratación administrativa... op. cit.*, pág. 283.

⁴⁷SAMMARTINO, Patricio M. E., *Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional*, Publicado en LA LEY 10/05/2017, 1- LA LEY2017-C, 617, Cita Online: AR/DOC/3777/2016.



conveniencias al interés público, es decir que el acto no se acomoda al interés público, lo que lleva ínsito la idea de que la pervivencia de los efectos del acto lo perjudica⁴⁸ y además debe tratarse de un acto regular⁴⁹

Señala el autor que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, art. 18, no determina pautas específicas que concreten el supuesto de hecho, pero que la escasa precisión de los conceptos jurídicos involucrados, en base a los cuales la norma precitada le atribuye a la autoridad la potestad para apreciar inconcreto lo que conviene al bien común, no puede ser entendida como una libertad de estimación sin límites.

Esta prerrogativa encuentra límite en el interés público comprometido y en los hechos determinantes que habilitan la extinción por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Por otra parte, la doctrina nacional señala que los cambios en las circunstancias de hecho operados con posterioridad a la emisión del acto son los hechos determinantes que habilitan la emisión de este tipo de actos. Asimismo, la revocación por razones de oportunidad aparece como una consecuencia de la modificación de la situación del interés público tenida en cuenta al dictar el acto, al producirse un cambio en las condiciones de hecho existentes. Opera para adaptar el accionar de la Administración a las nuevas circunstancias de hecho -diferentes de las apreciadas originalmente- como también de la nueva valoración de aquéllas o de las actuales exigencias del interés público⁵⁰.

Es bajo dichos lineamientos, que se efectúa a continuación el análisis de la Resolución AGP N° 38/21 que dejó sin efecto la Licitación Pública N° 13/21, centrándonos únicamente en aquellos elementos esenciales (Art. 7° Ley 19.549) que se encuentran viciados.

5.1. Vicios de la Resolución AGPSE N° 38/2022.

Analizados los elementos esenciales de la resolución en trato, se han detectado vicios en los elementos causa, motivación, procedimientos -forma- y finalidad.

⁴⁸SAMMARTINO, Patricio M. E., *Extinción del acto administrativo...op.cit.*

⁴⁹El acto regular es aquel que no contiene vicios en sus elementos esenciales ni carece de alguno de ellos o que se encuentra afectado de nulidad relativa (cfr. Art. 14 y 18 Ley N° 19.549).

⁵⁰Cfr. MARIENHOFF, CASSAGNE, COMADIRA (véase SAMMARTINO, Patricio M. E., *Extinción del acto administrativo...op.cit.*).



- **Causa:** el acto administrativo deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (Art. 7, inc. b).

De la expresión de motivos de la resolución en estudio (considerandos) se mencionan como antecedentes de hecho:

“Que, al quedar una sola propuesta en condiciones de ser precalificada para una segunda instancia de evaluación, se ha visto acotado el grado de participación real y efectiva pretendido por esta Sociedad del Estado, al frustrarse así la posibilidad de conocer mayor cantidad de ofertas económicas”.

Esta Procuraduría no comparte ese criterio, toda vez que la propuesta a la que se refiere, la oferta de Compañía Sudamericana S.A., a diferencia de lo que se afirma en el Dictamen de Precalificación, no cumpliría los requisitos del pliego al incluir su plan de inversiones en el sobre N° 1, cuando por Circular Aclaratoria N° III, en respuesta de la consulta 14 se determinó que “El Plan de Inversiones deberá incorporarse solo al Sobre N° 2”. Dicho incumplimiento fue señalado en el informe técnico emitido por la Gerencia de Infraestructura y Planeamiento (IF-2022-13263647-APN-GIYP#AGP) en la que observa que “el Plan de Inversiones deberá formar parte del Sobre N° 2, de acuerdo a lo establecido en la Respuesta 14 de la Circular Aclaratoria III”, sin que la Comisión de Precalificación haya emitido opinión al respecto a pesar de haberlo incluido expresamente en su Precalificación.

En efecto, dicho plan constituye un componente de la oferta económica tal como surge del Art. 3.2. del PBCP:

a) Planillas de cotización donde el Oferente detalle el importe de su Oferta, siguiendo el mismo ordenamiento, itemizado y unidades de medida a las especificadas.

b) Plan de Inversiones donde se indicarán los montos parciales y acumulados que se prevé certificar mensualmente para la obra y para cada uno de los ítems y sub-ítems que se detallan en las Planillas de Cotización.

Estos valores se representarán en un gráfico de ejes coordenados, indicando en abscisas los períodos mensuales de tiempo y en ordenadas los montos parciales y acumulados previstos.

c) Composición de costo de los ítems, de acuerdo con lo establecido en el ARTÍCULO 23° - del presente Pliego de Bases y Condiciones Particulares. Deberán ser presentados tanto en formato PDF como Excel, incluyendo en este último caso



todas las fórmulas y vinculaciones correspondientes. La **NO** presentación del mismo es causal de **desestimación** de la Oferta.

d) Depósito de la Garantía de Mantenimiento de Oferta constituido de acuerdo con lo establecido en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Tampoco podría considerarse oferta válida, toda vez que el órgano licitante no ha podido en ninguna circunstancia constatar el cumplimiento de la garantía de mantenimiento de la oferta, requisito esencial, al estar contenida en el sobre N° 2, cuyo cumplimiento debió evaluarse junto con el contenido del sobre N° 1 tal como se expuso.

A su vez, debe tenerse presente lo observado respecto a la etapa de evaluación, del Dictamen de Precalificación, sumado al desempeño de la comisión de Preadjudicación y a las irregularidades que se presentaron a la hora de llevar adelante la tarea de evaluación respecto de la oferta de Compañía Sudamericana de Dragados S.A.

En atención a lo expuesto, puede concluirse que si se frustró la posibilidad de conocer mayor cantidad de ofertas económicas fue por causas imputables a la propia AGPSE por las deficiencias desde el inicio del procedimiento de selección mediante Licitación Pública 13/2021.

Sin perjuicio de ello, es necesario dejar sentado que, en caso de haber resultado válida la oferta de Compañía Sudamericana de Dragados S.A. en el marco de un procedimiento regular, erigiéndose así como la única oferta válida, ello no habría sido impedimento para continuar con el procedimiento de selección y proceder a la apertura de la oferta económica contenida en el sobre N° 2, evaluando recién allí el aspecto económico y en caso de ser conveniente, podría haberse adjudicado.

Si bien la mayor cantidad de oferentes provee a la Administración mayores opciones para escoger en definitiva la oferta más conveniente⁵¹, ello no implica que en caso de que solo se reciba una propuesta no pueda seguir su curso hasta la adjudicación y celebración del contrato, si aquélla es admisible y conveniente, porque el desinterés que demuestran quienes, habiendo podido participar y estaban

⁵¹Es sabido que esa conveniencia no se traduce en el menor precio, más aun cuando se trata de obras como la presente. El órgano licitante debe considerar el conjunto de condiciones tanto técnicas, económicas y financieras del oferente.



anunciados del llamado no acuden a él, está evidenciando que la oferta obtenida es la mejor a la que puede aspirar la Administración⁵².

En ese sentido, el Decreto Delegado N° 1023/2001 en su artículo 20, in fine, de aplicación analógica, dispone que “Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes”.

Entonces, si en una licitación pública se presenta un solo oferente, habiendo cumplido todos y cada uno de los requisitos de publicidad y difusión exigidos, y en tanto su oferta haya cumplido los requisitos licitatorios y sea conveniente, puede adjudicarse, cuanto más en un procedimiento en donde hubo concurrencia de ofertas y se habría determinado que solo una podría pasar a la instancia de evaluación de la oferta económica, donde si resultare conveniente también sería posible su adjudicación.

Lo contrario atentaría contra los principios de razonabilidad y eficiencia del procedimiento de compras y contrataciones públicas, incumpliendo la AGPSE con el mandato impuesto por el Decreto N° 427/2021 en su calidad de concesionario que debe celebrar las contrataciones que sean necesarias para garantizar la navegabilidad de la Vía Navegable Troncal, interés público que toda su actividad debe satisfacer.

“Que sin perjuicio de ratificar la validez de todo lo actuado en el marco del proceso de selección en trato, se estima oportuno y conveniente dejar sin efecto el presente llamado y convocar un nuevo procedimiento selectivo de ofertas con el mismo objeto, previo ajuste de las bases y condiciones que habrán de regir la compulsas, procurando un acortamiento de los plazos”.

Respecto de este argumento, y en virtud de lo expuesto a lo largo del presente, no es posible afirmar la validez de todo lo actuado en el marco del proceso de selección en trato. En tal sentido mal podrían invocarse razones de oportunidad y conveniencia como causa válida para dejar sin efecto el llamado.

⁵²Cfr. COMADIRA, Julio R., Curso de derecho administrativo, 1ª ed. 1ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pág. 828. En igual sentido, el autor cita a MARIENHOFF, quien afirma que no se requiere un número mínimo de licitadores u oferentes para la validez de la licitación. El llamado es válido cualquiera sea el número de proponentes que acuda al mismo. Mas aún, agrega que tal es el principio que puede ser válidamente alterado mediante un texto expreso que requiera o establezca un número mínimo de licitadores, pero no existiendo tal disposición expresa, el acto se lleva a cabo cualquiera sea el número de postores (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Buenos Aires, págs. 83-84)



Y aun cuando hubiera sido posible su invocación, no hay constancias en las actuaciones que fueran acompañadas por la APGSE respecto de informes objetivos que den cuenta de cuáles han sido los nuevos hechos que modifican el interés público –servicio de dragado- que se tuvo en cuenta al efectuar el llamado.

Sin entrar a dar opinión respecto del fondo de las impugnaciones, resulta adecuado lo expuesto por Druetta⁵³ en cuanto a que en la práctica “Se ha visto que, ante fundadas impugnaciones deducidas por los oferentes en el marco de una licitación pública contra los actos irregulares de precalificación, adjudicación provisional o definitiva, el órgano licitante, en lugar de sustanciarlas y resolverlas, decide de manera irregular dejar sin efecto el llamado... Se trata de un modo ilícito y grosero de: I) evitar el reconocimiento explícito de los vicios en que ha incurrido la Administración en el desarrollo del procedimiento de selección y que constituyeron el motivo de la impugnación cuya fundamentación los pone en evidencia; II) abstenerse de encauzar el procedimiento de selección por sus carriles normales mediante el dictado del acto pertinente que subsane los vicios que padece el acto selectivo, denunciados por los impugnantes, y III) no adjudicar la contratación al oferente impugnante que había presentado la propuesta más conveniente y elegible, a modo de sanción encubierta por ejercer su derecho de defensa y dejar al descubierto los vicios en que incurrió el órgano licitante. Se neutraliza así la eficacia”.

En definitiva, la AGPSE puede legítimamente ejercer su prerrogativa revocando el llamado, cfr. Art. 10 de su Reglamento, más el procedimiento que pretenda revocar por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, expresando debidamente su causa en la motivación, deberá tratarse de un procedimiento regular.

En el entendimiento de la ilegitimidad del procedimiento, lo que le está vedado a AGPSE en el caso puntual, es invocar razones de oportunidad, mérito y conveniencia -que además no se han acreditado-, para extinguir actos ilegítimos⁵⁴, porque la ilegitimidad no se puede encubrir con una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia⁵⁵.

- **Motivación:** La LNPA, en el Art. 7º, inciso e) dispone que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,

⁵³DRUETTA, Ricardo T., *La contratación...*, op. cit., pág. 287-288.

⁵⁴ En el caso el procedimiento que devino ilegítimo.

⁵⁵ Cfr. COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos*, 1ª ed., 5ª reimposición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág.237 y Dictámenes 231:342.



consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo”, es decir los antecedentes de hecho y de derecho.

Es decir, mediante ella se reconstruye el íter que tuvo el órgano al decidir, es la justificación del acto. “La motivación del acto administrativo tiene por objeto exteriorizar el íter psicológico que ha inducido al titular del órgano a emanar el acto, de forma tal que haga posible conocer los momentos fundamentales del razonamiento. Para poder apreciar en qué medida un acto es conforme al fin que para él quiere el ordenamiento jurídico, es necesaria una fundamentación precisa y clara, que exprese las razones específicas que en el caso particular inducen a la Administración a la emanación de un determinado acto...”⁵⁶.

Se puede afirmar que “La motivación puede encontrarse viciada: a) por la ausencia o carencia de toda explicación respecto de las razones que llevaron al dictado del acto; b) por integrarse con explicaciones insuficientes que apelan a simples formulismos (“razones de servicio”, “por aplicación de la normativa vigente”, “en ejercicio de atribuciones propias”, etc.); c) por contener fundamentos que poseen “autocontradicción esencial e insoslayable” y d) cuando no tiene en cuenta antecedentes cuya consideración resultaba obviamente inexcusable para resolver al respecto, presentándose así como alejado de la realidad del caso concreto”⁵⁷.

En efecto la motivación del acto cuestionado se encuentra viciada desde que no ha expuesto la totalidad de los antecedentes del procedimiento de selección, como el dictamen jurídico IF 2022-25365510-APN-GAJU#MTR, que concluyó que no tenía objeciones que formular respecto del dictamen de precalificación sin que se haya ponderado ni surja de la motivación del acto que dejó sin efecto el procedimiento.

Íntimamente vinculado con la causa y la motivación del acto indicado en el párrafo precedente, existe la Providencia PV-2022-25560271, suscripta por la Gerencia General de fecha 17 de marzo de 2022. Allí se señala que se formaron otras actuaciones (EX 2022 25560271-APN-GG#AGP), quien manifiesta haber tomado

⁵⁶COVIELLO, Pedro J.J., *La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*, El control de la Actividad Estatal T1, ROSATTI, Horacio (et. al.), 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Buenos Aires, 2016.

⁵⁷MÉNDEZ, Sebastián. A., *El acto administrativo en la Provincia de Buenos Aires. Análisis normativo y jurisprudencial*, publicado el 12/03/2021, Cita: elDial.com-DC2D6E. No obstante, el análisis refiere al régimen provincial, los ejemplos expuestos resultan de útil aplicación al caso en trato.



conocimiento y ha analizado el dictamen jurídico IF 2022-25365510-APN-GAJU#MTR a fin de determinar el curso de acción a seguir.

Asimismo, expresa que “Evaluada integralmente la situación, y por orden de la superioridad, se adjunta el proyecto de Resolución... por el cual se deja sin efecto el procedimiento de licitación en curso...se ha de convocar otro procedimiento selectivo de ofertas, con el mismo objeto...”.

Cabe destacar que ni el resultado del análisis del dictamen jurídico indicado, ni de la evaluación de la situación y muchos menos la orden de la superioridad consta en el expediente y mucho menos en los considerandos de la resolución cuya validez está en crisis.

Se reitera que se invocan razones de oportunidad y conveniencia que, como ya se expuso no han sido acreditadas en las actuaciones con los respectivos informes técnicos que den cuenta de lo oportuno y conveniente.

Es que la motivación debe ser mucho más rigurosa cuando se trata del ejercicio de facultades preponderantemente discrecionales, a fin de no desnaturalizar su ejercicio, ya que han sido otorgadas para la concreción del bien público.

Nuestro Máximo Tribunal sostuvo que "la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad **-constituida por la legalidad y la razonabilidad-** con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509), por **el contrario, imponen una observancia más estricta de la debida motivación**⁵⁸.

- **Procedimiento:** el Art. 7º, inc. d) LNPA) establece que antes de la emisión del acto, deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, debe considerarse también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico

⁵⁸Fallos 331:735. Allí, la CSJN compartió e hizo suyos los fundamentos de la Procuradora Fiscal, Laura Monti.



Este dictamen a su vez es requerido por el Reglamento de Contrataciones de la AGPSE en su Art. 6° indicando que “Las decisiones de AGPSE se formalizarán mediante acto resolutivo fundado en los casos que así lo establece el presente Reglamento, considerándose esencial en tales supuestos el dictamen proveniente del servicio permanente de asesoramiento jurídico de AGPSE y la expresión concreta de las razones que motivan su objeto”.

En forme previa a la emisión de la Resolución AGP N° 38/22, en el Expediente EX 2022-24786625-APN-MEG#AGP, distinto al del llamado a licitación, la Gerencia de Asuntos Jurídicos emitió su Dictamen IF 2022-25629143-APN-GAJU#AGP del 17 de marzo de 2022.

En esa oportunidad, se limitó a efectuar un recuento de antecedentes indicando que “la medida que se pretende adoptar... tiene sustento legal en lo establecido en el Artículo 10 del Reglamento de Contrataciones...no se puede dejar de advertir que lo aquí tramitado resulta ser una decisión de la máxima autoridad de esta Sociedad del Estado... en el ámbito de la discrecionalidad, oportunidad, mérito y conveniencia, cuestiones frente a las cuales esta Instancia Legal no tiene facultad de expedirse, por ser ajenas a su competencia... habiéndose examinado el proyecto de Resolución en trato, no se encuentran observaciones de índole jurídico formal que realizar por cuanto el mismo cumpliría los requisitos esenciales del acto administrativo señalados en el Art. 7° de la Ley N° 19.549”.

No puede más que señalarse que esta Procuraduría no comparte los argumentos expuestos por el servicio jurídico. Ello así, en virtud de lo manifestado respecto del ejercicio de las facultades preponderantemente discrecionales en cuanto a que no están exentas del control de los elementos reglados y la razonabilidad del acto cuya omisión se advierte por parte de la Gerencia de Asuntos Jurídicos.

Es precisamente, el control de legitimidad (que abarca la legalidad de los elementos reglados del acto) y de razonabilidad que debió efectuar esa Gerencia, toda vez que “no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo...lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la Ley N° 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas”⁵⁹.

⁵⁹ Fallos 331:735.



Cabe traer a colación, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación: “...resulta necesaria la opinión fundada de los servicios jurídicos intervinientes mediante dictámenes que individualicen la cuestión traída en consulta, la desarrollen exhaustivamente, desde el punto de vista fáctico y jurídico, con el agregado de toda la documentación que tenga incidencia en el tema...el dictamen jurídico no puede constituir una relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas, sino el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que la informan, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta”⁶⁰

Así se advierte que la intervención del servicio jurídico no puede considerarse dictamen jurídico en los términos del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo, por cuanto no efectuó un análisis profundo y exhaustivo a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que informan la situación jurídica traída en consulta. Tampoco efectuó dicho análisis respecto de los elementos reglados del acto que finalmente se dictó dejando sin efecto la Licitación Pública N° 13/2021 por lo que, en este aspecto, el procedimiento como elemento esencial del acto en crisis, padece de un vicio.

En cuanto a otras intervenciones que se consideran esenciales y sustanciales como parte del procedimiento llevado a cabo para el dictado de la Res. AGPSE 38/22, se encuentra la intervención de la Gerencia de Compras y Contrataciones, órgano con competencia específica en materia de compras y contrataciones -públicas- en el ámbito de la AGPSE.

En efecto, la Resolución AGPSE N° 78/2021 que aprobó la estructura organizativa dotó de competencia a la Gerencia de Compras y Contrataciones (actual Gerencia de Logística, Compras y Contrataciones) para:

- i. Gestionar los procesos de compras y contrataciones para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras mediante las modalidades de selección que correspondan, garantizando una oportuna planificación y contratación conforme la normativa legal vigente.**
- ii. Fortalecer los controles en los procesos, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia, integridad y compromiso, a los fines de alcanzar los objetivos propuestos.**

⁶⁰ Dictámenes 283:304, entre muchos otros.



- iii. Entender en la elaboración, ejecución y seguimiento del Plan Anual de Compras.
- iv. Efectuar el análisis de las previsiones realizadas por las distintas áreas que integran esta Sociedad del Estado, con la finalidad de verificar el desarrollo y evolución de los procedimientos y operaciones en el área de abastecimiento.
- v. Supervisar los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares correspondientes a las compras y contrataciones de obras y servicios que se propicien.
- vi. Intervenir en la publicación, recepción y apertura de las ofertas, y en toda otra tarea relacionada con los procedimientos de selección del cocontratante.**
- vii. Llevar un Registro de Proveedores idóneos para la adquisición de compras y prestación de servicios en términos de calidad y precio.
- viii. Elevar a la superioridad las actuaciones para concretar la adquisición de bienes y/o servicios que considere necesarias y que le hayan sido requeridas por las distintas áreas de esta Administración.
- ix. Mantener un vínculo con todas las Dependencias de la Sociedad, en el marco de su actividad propia, en función y con el objeto de convenir formas para determinar la existencia de materiales de uso corriente, sin consumo y obsoletos.
- x. Proponer, sustanciar y registrar las sanciones a los proveedores por incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- xi. Controlar los seguros tomados por la Sociedad (de responsabilidad civil, de vida, de accidentes personales, de incendio, automotor, ART, etc.) y sus cocontratantes, realizando las acciones tendientes a asegurar su efectiva vigencia.
- xii. Analizar la documentación, respecto a Seguros, presentada por las firmas que solicitan la inscripción/reinscripción como Empresas de Servicios Portuarios.
- xiii. Entender en la radicación y seguimiento de las denuncias por siniestros realizadas en las Compañías Aseguradoras de la Sociedad.
- xiv. Iniciar y efectuar el seguimiento de reclamos administrativos como tercero ante compañías aseguradoras en caso de resultar damnificada la ADMINISTRACION GENERAL DE PUERTOS SOCIEDAD DELESTADO.



- xv. Actuar ante los Registros de la Propiedad Automotor en los que se encuentren radicadas las unidades de la flota de vehículos de la Sociedad.
- xvi. Elaborar la Memoria Anual de la Dependencia, el Plan de Anual de Compras y las informaciones con fines estadísticos y de control.
- xvii. Realizar la venta de los bienes muebles conforme la reglamentación vigente.

De las actuaciones que fueran acompañadas por esa AGPSE, y en lo que aquí interesa, con fecha 16 de marzo de 2022 mediante Informe IF-2022-25060893-APN-GLCYC#AGP en el marco del EX 2022-24786625-APN-MEG#AGP (Estado de Situación -Licitación Pública N° 13/2021), la Gerencia de Logística, Compras y Contrataciones únicamente cumplió en informar que resaltaba **la complejidad y extensión** de las presentaciones de los oferentes y que la licitación se encontraba en estado de análisis de las presentaciones. Finalmente destacó que “Tal como se menciona anteriormente sobre **el volumen de detalle de las impugnaciones, y teniendo en cuenta la magnitud del Pliego** que rige las condiciones del llamado, se destaca que **la tramitación del expediente se encuentra demorada, a los fines de dar un tratamiento adecuado que contemple la totalidad de las presentaciones**”, mas no se expidió respecto al proyecto de resolución para dejar sin efecto. Es decir, se omitió un procedimiento esencial y sustancial, sobre todo considerando la competencia específica según se detalló de la gerencia.

- **Finalidad:** f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.

Para esta Procuraduría, la finalidad de la Res. AGPSE 38/22 se encuentra afectada toda vez que persigue otros fines, por parte de la AGPSE, consistente en solapar las irregularidades detectadas en el procedimiento. En efecto, la decisión tomada denota la intención de no dar a conocer tales irregularidades que pueden basarse en no admitir error en el trámite licitatorio con las consecuencias que ello acarrea. Lo cierto es que en la práctica los funcionarios son reacios a asumir el costo de estas cuestiones resaltadas, como así también no resolver en cuanto a su admisibilidad y procedencia, mediante el dictado del acto correspondiente, las impugnaciones presentadas por dos oferentes posiblemente para no admitir las irregularidades y no dar marcha atrás con el criterio adoptado en su precalificación.



También robustece lo dicho, la intervención de la Gerencia de Compras y Contrataciones que en su Informe IF-2022-25060893-APN-GLCYC#AGP de fecha 16 de marzo de 2022, suscripto a las 14:31:29, resalta **la complejidad y extensión** de las presentaciones de los oferentes y que la licitación se encontraba en estado de análisis de las presentaciones. Finalmente destaca que “Tal como se menciona anteriormente sobre **el volumen de detalle de las impugnaciones, y teniendo en cuenta la magnitud del Pliego** que rige las condiciones del llamado, se destaca que **la tramitación del expediente se encuentra demorada, a los fines de dar un tratamiento adecuado que contemple la totalidad de las presentaciones**”.

Finalmente, resulta menester dejar sentado que la Resolución N° 38/2022 debió ser publicada y difundida por los mismos medios en que se difundió y publicó la convocatoria del llamado a licitación, incluida su publicación en el Boletín Oficial cuestión que a la fecha no ha ocurrido⁶¹. Por un lado, encuentra fundamento en el principio de paralelismo de las formas, ampliamente reconocido por la doctrina como por la jurisprudencia administrativa.

Por otro lado, la Ley N° 25.188 de ética público, aplicable al ámbito de esa AGPSE⁶² establece que “Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: ... e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan... h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad” (Art. 2°).

Asimismo, el Código de Ética (Decreto N° 41/99), aplicable al ámbito de esa sociedad del estado⁶³, sobre cuyos lineamientos y pautas se estableció el Código de Ética⁶⁴, “El funcionario público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes. El ejercicio de la función pública debe inspirar confianza en la comunidad. Asimismo, debe evitar acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores”.

⁶¹ Último control realizado el día 5/4/22

⁶² Cfr. Art. 1°.

⁶³ Cfr. Art. 4°.

⁶⁴ Cfr. Normativa Aplicable y Compromisos asumidos, Código de Ética, Res. AGPSE N° 41/2019).



En igual sentido, las Convenciones Interamericana como de Naciones Unidas contra la corrupción, instan al ejercicio de la función pública asegurando la publicidad de los actos⁶⁵.

Todo lo expuesto, compele a la AGPSE a utilizar los medios adecuados para dar debida publicidad y difusión a los actos por los cuales se concluyan los procedimientos de selección de sus contratistas.

5.2. Síntesis.

La AGPSE puede válidamente revocar un llamado a licitación pública Nacional de conformidad con el Art. 10 de su Reglamento de Contrataciones y lo previsto en los Arts. 17 y 18 de la LNPA, ya sea que se funde en razones de ilegitimidad o por razones de oportunidad, mérito y conveniencia dando estricto cumplimiento a los requisitos esenciales dispuestos en el Art. 7° LNPA, mas no puede invocar razones de oportunidad, mérito y conveniencia cuando en el desarrollo del procedimiento existieron irregularidades. “Cuando la Administración deja sin efecto, ilegítimamente un llamado a licitación pública, se compromete, como es lógico, la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, con las consecuencias indemnizatorias inherentes a esa clase de responsabilidad...”⁶⁶

Solo es posible la revocación por aquellas razones, cuando se trata de un acto regular (cfr. Art. 18 LNPA), acreditando dichas circunstancias debidamente, mediante informes técnicos objetivos que las verifiquen y que además justifiquen el grado de relevancia o incidencia que poseen dichas razones con la discontinuidad del procedimiento de selección.

Aun cuando pudiera considerarse la regularidad del procedimiento, en el presente caso, el interés público involucrado cuya consecución se procura (consistente en la necesidad de la APGSE de brindar el servicio de dragado de mantenimiento de la Vía Navegable Troncal), no ha variado. De las constancias obrantes en el expediente de la Lic. Pub. bajo análisis, la APGSE no ha incorporado constancias que acrediten la modificación de ese interés público, sino todo lo contrario: deja sin efecto el procedimiento y convoca un nuevo procedimiento selectivo de ofertas con el mismo objeto (cfr. Considerando 11 y Art. 1° Res. AGPSE N° 38/2022).

⁶⁵ Cfr. Art. III.5 y Arts. 5.1. y 9.1.a), respectivamente.

⁶⁶ Comadira, Julio R., *Curso de... op.cit.*, pág. 860.



Mas aún, una licitación o concurso pueden ser declarados fracasados si las ofertas presentadas son inadmisibles o inconvenientes. Las ofertas inadmisibles son aquellas que no se ajustan a las cláusulas que integran las bases y condiciones de la contratación y las ofertas inconvenientes son aquellas que, no obstante ajustarse al pliego, no cumplen con las expectativas de la Administración por razones de precio, financiación u otras circunstancias económicas⁶⁷.

Asimismo, debió publicar en el Boletín Oficial el acto conclusivo del procedimiento de la Lic. Pub. N° 13/21 a fin de dar debida publicidad y difusión.

6. Recomendaciones.

A continuación, adicionalmente a lo ya señalado a lo largo del presente, se mencionarán una serie de recomendaciones a fin de que sean consideradas en futuros procedimientos de selección.

i. Acceso a las actuaciones

El Art 7° del Reglamento exige la condición de interesado y su acreditación. Cabe destacar que dicho artículo colisiona con los principios y derechos garantizados por la Ley N° 27.275, aplicable al ámbito de esa Sociedad del Estado, conf. Art. 7°, g). En particular el art. 4 de la ley establece que cualquier persona jurídica o física podrá requerir información sin que pueda exigirse el motivo de su solicitud. Salvo, claro está, en la etapa de evaluación de ofertas, para que la Comisión pueda trabajar.

Por su parte, el nuevo PUBCG aprobado por Res. APGSE 19/2022 viene a restringir aún más este acceso, exigiendo la acreditación de un derecho subjetivo o interés legítimo.

ii. Revocación del procedimiento

El Art. 10 del Reglamento, establece que la AGPSE “podrá dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin expresión de causa” (el subrayado nos pertenece).

Asimismo, en el tercer párrafo del artículo en comentario, se observa que “En todos los casos podrá realizarse un nuevo llamado por el mismo procedimiento

⁶⁷ Dictamen ONC 786/2011.



de selección, debiendo invitarse además de los nuevos interesados a los oferentes de la anterior convocatoria, “con excepción de los que hubieran resultado excluidos previamente con causa”.

Nótese que dicha previsión puede llevar a la interpretación que quienes hayan sido excluidos del procedimiento con causa que deviene sin efecto no serán invitados, en total contradicción con el principio de concurrencia y de razonabilidad, más aún con la garantía constitucional consagrada en el Art. 14 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, el Art. 34 del PUBYCG aprobado por Resolución AGPSE N° 19/2022 habilita la revocación del procedimiento en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato sin expresión de causa.

Esta PIA no desconoce que se trata de una decisión discrecional, en los términos ya expuestos, mas ello no implica falta de expresión de causa. En efecto, ante la actividad discrecional de la Administración, se exige mayor motivación y justificación, junto con el cumplimiento de los restantes elementos del acto, tal como fuera expuesto.

iii. Valor del Pliego.

En el Art. 26, segundo párrafo, se establece que cuando la complejidad de la presentación o la envergadura del proceso licitatorio lo amerite, AGPSE podrá justipreciar el valor del PCP por el equivalente al 1% del presupuesto oficial de la contratación respectiva, o la suma que en su defecto se determine.

Sobre el particular, cabe destacar que el criterio sentado por la PTN respecto a la afectación del carácter gratuito del procedimiento administrativo “...se advierte que en el procedimiento de selección del cocontratante no se ve afectada dicha gratuidad, en aquellos casos en que los pliegos deban ser obtenidos por los interesados, previo pago de una suma de dinero que cubra el costo de reproducción”⁶⁸. Es decir que, siguiendo la interpretación de ese órgano asesor, el valor monetario de la documentación licitatoria debería quedar determinado por el valor de su reproducción, a fin de que resulte un requerimiento acorde al principio de razonabilidad⁶⁹ al que debe ajustarse la gestión de las contrataciones⁷⁰.

⁶⁸ Dictámenes 257:151.

⁶⁹ Razonabilidad en los términos ya explicados al desarrollar el principio de razonabilidad.

⁷⁰ Cfr. Art. 28 y 33 CN y Art. 3° Reglamento de Contrataciones AGPSE (Res. AGPSE 76/21).



Por otro lado, en el párrafo tercero del artículo se dispone que “Los interesados en conocer el... (PCP) podrán acceder a un ejemplar en cualquier circunstancia cuando se hubiere justipreciado su valor; “pero en este caso única y exclusivamente se reconocerá la posibilidad de formular consultas, observaciones u ofertas válidas y admisibles a favor de quienes lo hubiesen adquirido”.

Esta previsión, resulta a simple vista contraria a los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones dispuestos en el Art. 3° del reglamento bajo análisis. En efecto, afecta el principio de concurrencia restringiendo en forma indebida la formulación de consultas, observaciones y presentación de ofertas válidas y admisibles. Dicho principio tiende a favorecer la presentación del mayor número de oferentes⁷¹. El mismo reglamento establece que el principio de concurrencia no deberá ser restringido mediante recaudos excesivo o severidad en la admisión de ofertas”.

Así afecta no solo la concurrencia, sino que la disposición también violenta el principio de razonabilidad tanto como principio de la contratación y en los términos ya expuestos.

Adicionalmente, al restringir la posibilidad de formular consultas, observaciones u ofertas válidas y admisibles únicamente a favor de quienes lo hubiesen adquirido, colisiona con el principio de igualdad, que como se expuso, se proyecta en todas las etapas del procedimiento de selección. El reglamento establece que puede presentarse toda persona humana o jurídica que hubiere tomado conocimiento “por cualquier medio” y reúna la capacidad y los requisitos para obligarse de conformidad con el reglamento y los respectivos pliegos de bases y condiciones.

La previsión en dichos términos propende un trato diferencial sin justificación entre aquellos potenciales oferentes que hayan abonado el precio del pliego y quienes pudieron obtener una copia por cualquier medio, por ejemplo, de la página web institucional del organismo licitante.

iv. Perfeccionamiento del contrato. Inconsistencias

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, el Art. 79 del Reglamento establece que la notificación de la orden de compra al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato, mientras que el Art. 80 refiere a que en los casos en

⁷¹ Cfr. Art. 3°, inciso d).



que corresponda la firma de un contrato, éste se perfeccionará en oportunidad de suscribirse el instrumento respectivo.

El Art. 20 del PUBYCG, señala que la adjudicación será aprobada por la autoridad competente recayendo sobre la oferta más conveniente, perfeccionándose el contrato al producirse la notificación de aquella, es decir que el artículo en comentario indica que el momento de perfeccionamiento del contrato se produce con la notificación de la adjudicación.

En consecuencia, resulta necesario mejorar la técnica en redacción y lograr cláusulas inequívocas en cuanto al perfeccionamiento del contrato, porque a partir de ese momento nacen derechos subjetivos a quien se constituye como contratista, sin perjuicio de la prelación normativa, a fin de evitar eventuales reclamos de particulares que puedan significar un dispendio de recursos.

Las estipulaciones analizadas no resisten el test de razonabilidad que aquí se expuso, sin perjuicio de que en algunos supuestos entran en colisión con el principio de juridicidad y principios específicos de la contratación pública derivados del plexo constitucional, legal y del propio reglamento de la AGPSE.

v. Incorporación de etapa de observación de proyectos de pliegos. Apertura de instancias de participación ciudadana.

Por otra parte, resulta oportuno en esta instancia, sugerir la inclusión de una disposición de etapa previa a la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuera conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o cláusulas particulares completos⁷².

Ello, por un lado, esta apertura beneficia a la administración contratante toda vez que tiene la posibilidad de recibir esas observaciones y recomendaciones por parte de diferentes actores sociales⁷³ con el fin de alcanzar el mayor grado de

⁷² En línea con el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública (Decreto Delegado N° 1023/2001 y su reglamentación Decreto N° 1030/2016 cuyas previsiones son de aplicación.

⁷³ Recordemos que el particular se constituye en colaborador de la Administración, tal como fue reconocido por la CSJN (v. Fallos Durussel de Fernández, Graciela B. c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso de plena jurisdicción). A mayor abundamiento, “El rol de colaborador que el particular desempeña en el procedimiento administrativo demuestra aquí su especial trascendencia, al propender, con su actuación, a que el Estado actúe conforme al ordenamiento jurídico, y se eviten perjuicios a la comunidad derivados de su eventual actuación ilegítima o de la judicialización de asuntos que podrían ser resueltos en sede administrativa” (cfr. MONTI, Laura, *Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva*, Estudios de Derecho Público, ACUÑA, Edgardo T., et. al., 1ª ed., Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UBA, Buenos Aires, 2013)..



exactitud y coherencia en la documentación licitatoria, en función de los principios de eficiencia y razonabilidad que deben imperar en los procedimientos de contrataciones. Al mismo tiempo, implica participación ciudadana en pos de una gestión transparente, fomentando el control social de las contrataciones públicas.

vi. Reglamentación de procedimientos de etapa múltiple

En cuanto a las modalidades de contratación, el Art. 33 del Reglamento establece las modalidades bajo las que deben aprobarse las licitaciones o concursos públicos. Específicamente en el inciso 2) se describe la etapa múltiple “cuando la complejidad del objeto o las características específicas de la presentación lo justifiquen, el procedimiento de selección podrá instrumentarse en dos (2) o más fases de evaluación y comparación de las ofertas, distinguiendo los aspectos técnicos referentes a la calidad, condiciones subjetivas del oferente, capacidad, experticia o cualquier otro factor que clara y objetivamente se determine. En estos casos, la recepción de la oferta será integral y simultánea, pero se procederá a considerar la oferta económica de aquellos oferentes que hubieran sido precalificados en los aspectos técnicos como aptos para continuar”.

Se pudo advertir que se omitió reglamentar aún más la modalidad descrita en cuanto al acto administrativo de precalificación y su impugnación, lo cual acarrea inconvenientes en el desarrollo del procedimiento de selección. Se sugiere establecer claramente la forma de constitución de garantía de mantenimiento de la oferta y de impugnación en base a un porcentaje sobre un monto fijo como el presupuesto oficial estimado, a fin de no develar ni dar indicios del monto de la oferta económica cuyo conocimiento se encuentra reservado para una etapa posterior.

Asimismo, a fin de que la garantía de mantenimiento de oferta se constituya conforme al régimen aplicable y cumpla adecuada y razonablemente su finalidad, se la acompañe junto con el sobre que contenga los aspectos técnicos referentes a la calidad, condiciones subjetivas del oferente, capacidad, experticia o cualquier otro factor que clara y objetivamente se determine.

Concretamente deberían establecerse en forma precisa cada una de las etapas y las posibilidades impugnatorias a fin de evitar planteos como el efectuado por los oferentes que eventualmente podrían acarrear nulidades.

Tampoco se encuentra regulada la etapa múltiple en el PUBYG aprobado por Resolución AGPSE N° 19/2022, ni contemplado en forma adecuada el modo en



que se debe constituir la garantía de mantenimiento de la oferta en esta clase de procedimientos. A su vez omite la referencia a la garantía de impugnación y su modo de constitución ya sea procedimientos de etapa única como múltiple.

vii. Incorporación de requisitos con el correspondiente parámetro de evaluación.

Adicionalmente a lo dicho respecto a la evaluación de ofertas, debe señalarse que se exige acompañar la oferta con una Declaración Jurada de Juicios contra el Estado, mas no se encuentra expresada por la administración su forma de ponderación, sobre todo en el caso de que un oferente posea efectivamente juicios contra el Estado.

Lo anterior a los fines de conjurar que, en forma solapada, se esté obligando a derechos que estén ejerciéndose en sede judicial⁷⁴.

7. Corolario.

En virtud de todo lo expuesto, correspondería que esa AGPSE adecúe los plexos licitatorios a las observaciones efectuadas respecto de la Licitación Pública N° 13/2021 como también a las recomendaciones efectuadas en el presente, a fin de que esa sociedad del estado pueda contratar en consonancia con los principios que deben regir todos los procedimientos de selección a cargo de un órgano u organismo que tenga a su cargo el ejercicio de la función administrativa para la consecución del bien común.

Es sabido que la elaboración de los pliegos, es una etapa crucial y de suma importancia dentro del procedimiento de la contratación pública, a tal punto que los errores u omisiones en que se incurre al redactar sus cláusulas pueden acarrear consecuencias de suma gravedad durante el trámite licitatorio como también en la etapa de ejecución del contrato⁷⁵.

Por último, se hace saber que esta Procuraduría además del presente dictamen efectuará presentaciones de similar tenor en diferentes dependencias con incumbencia en la licitación en cuestión.

⁷⁴ En concordancia con la doctrina de Fallos 327:4185, que consagra la tutela judicial y administrativa efectiva.

⁷⁵ Cfr. DE LA RIVA, Ignacio M., *Apuntes sobre la licitación pública*, Tratado General de los Contratos Públicos, T II, Cassagne, Juan C., dir., La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 747. En igual sentido, Gordillo afirma que “es en las licitaciones públicas y más específicamente en los pliegos del llamado donde se cometen las verdaderas tropelías, los grandes costos al erario público, las grandes bases de corrupción ulterior: lo demás es mera continuación de lo ya empezado mal (La licitación pública, Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas, T 2, Capítulo XII, Buenos Aires, F.D.A., 2014, pág. 490).



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

PROCURADURÍA
DE INVESTIGACIONES
ADMINISTRATIVAS

Procuraduría de Investigaciones Administrativas, abril de 2022.-