



Procuración del Tesoro de la Nación

Expte. PTN N.º S04:0023698/12
N.º original S01:0080523/07
MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN
FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y
SERVICIOS

436

BUENOS AIRES, 28 DIC 2012

SEÑOR SUBSECRETARIO TÉCNICO
DE LA SECRETARIA LEGAL Y TÉCNICA
DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Se consulta a esta Procuración del Tesoro de la Nación sobre un proyecto de decreto mediante el cual se rechaza el recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración deducido por la empresa Valentín Guitelman Hormigón Armado Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Inmobiliaria y Financiera contra la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57 del 12 de febrero de 2007.

- I -

ACTUACIONES ACOMPAÑADAS

Junto con los obrados de la referencia se ha remitido el Expediente N.º S01:0126146/04 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con siete cuerpos.

- II -

ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE N.º S01:0126146/04

1. Mediante la Resolución de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 960/04 -cuya copia certificada obra a fojas 350/520- se aprobaron el Pliego de Bases y Condiciones, los planos y el presupuesto oficial para la contra-

tación de trabajos de refacción, reparaciones varias e instalaciones en el Hotel N.º 3 de la Unidad Turística de Chapadmalal, sita en la localidad de Chapadmalal, Provincia de Buenos Aires (v. art. 1.º).

Asimismo, se autorizó a la Dirección de Compras y Contrataciones de la Dirección General de Administración de la Subsecretaría de Administración y Normalización Patrimonial de la Secretaría Legal y Administrativa del ex Ministerio de Economía y Producción (actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) a llamar a licitación pública para llevar a cabo las obras referidas, bajo el régimen de la Ley de Obras Públicas N.º 13.064 (B.O. 28-10-47), por los sistemas de ajuste alzado y unidad de medida (v. art. 2.º).

2. En el Pliego de Cláusulas Especiales (v. copia aut. a fs. 355/367) -que forma parte del Pliego de Bases y Condiciones de la referida licitación, el cual integra, como Anexo, la citada Resolución N.º 960/04- se dispuso que:

a) Los proponentes están obligados a mantener su oferta durante un plazo de 90 (noventa) días corridos, contados a partir de la fecha de la apertura de la licitación (art. 13), y a ... presentar la garantía de oferta del 1% del monto del Presupuesto Oficial de obra... (art. 12).

b) *Si el Adjudicatario no concurriere a firmar el contrato dentro de los diez (10) días corridos de haber sido citado para la firma del mismo, la adjudicación podrá ser dejada sin efecto con pérdida del depósito de garantía y comunicación al Registro de Constructores de Obras Públicas* (art. 19, primer párr.).

3. En el Pliego de Cláusulas Generales para la Licitación y Contratación de Obras Públicas (v. copia fiel a fs.



437

Procuración del Tesoro de la Nación

398/427) -que también está incluido en el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de que se trata- se determinó que:

a) *El proponente deberá asegurar el mantenimiento de la oferta que presenta mediante la constitución de una garantía a favor del comitente, constituida por el uno por ciento (1%) del importe del presupuesto oficial de la obra que se licite (art. 20, párr. primero).*

b) *Las garantías deberán expresar que mantienen su vigencia por el plazo de mantenimiento de oferta y con las modalidades establecidas en el presente pliego, y que el garante declara conocer y aceptar (art. 20, párr. séptimo).*

c) *Los proponentes estarán obligados a mantener sus propuestas durante el plazo que en cada caso se establezca en el P.C.E; en su defecto, perderán la garantía a que se refiere este artículo. Este plazo se renovará automáticamente hasta el momento de la adjudicación, a menos que los proponentes se retracten por escrito, con una anticipación de quince (15) días al vencimiento de dicho plazo (art. 20, párr. décimo).*

d) *El proponente que retire su oferta durante el plazo de vigencia de la misma, perderá la garantía de mantenimiento de oferta en concepto de indemnización por tal incumplimiento (art. 32, primer párr.).*

4. La licitación pública ordenada por la Resolución de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 960/04 fue identificada como Licitación Pública N.º 2/05.

4.1. En dicha licitación, el 23 de marzo de 2005 se presentaron las propuestas de tres empresas; entre ellas,

la de Valentín Guitelman Hormigón Armado SACIIF -en adelante, Valentín Guitelman- (v. fs. 555 y 1414).

4.2. Previo dictamen favorable de la Comisión Evaluadora (v. fs. 1416 y copia certificada de fs. 1421) y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Economía y Producción (v. fs. 1431/1433, 1440 y 1464) -que intervino en su carácter de servicio jurídico del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, de acuerdo con el artículo 9.º del Decreto N.º 1142/03 (B.O. 28-11-03), hoy derogado-, por medio de la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 1204 del 10 de julio de 2006 -cuya copia fiel ha sido agregada a fojas 1472/1477- se decidió:

a) Adjudicarle la Licitación Pública N.º 2/05 a Valentín Guitelman (v. art. 1.º).

b) Aprobar el modelo de contrato respectivo, y autorizar al titular de la Subsecretaría de Obras Públicas de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a suscribirlo (v. art. 2.º).

4.3. Esta Resolución le fue notificada a la adjudicataria mediante la carta documento de fecha 19 de julio de 2006 (v. fs. 1485/1487).

5. Con posterioridad al dictado de la Resolución de adjudicación, el 18 de julio de 2006, la Coordinación Área Contrataciones de Obras Públicas del ex Ministerio de Economía y Producción le requirió a Valentín Guitelman ... un *mantenimiento de oferta (...)* de *NOVENTA (90) días conforme al Pliego*, y le otorgó un plazo de tres días hábiles para que respondiera (v. fs. 1484).



438

Procuración del Tesoro de la Nación

5.1. Frente a ello, Valentín Guitelman hizo lo siguiente:

a) El 20 de julio de 2006 solicitó una prórroga de quince días hábiles para contestar (v. fs. 1495), la que le fue concedida por el término de diez días hábiles (v. fs. 1497).

b) El 25 de julio de 2006 pidió ... un adelanto financiero del 15% del monto contractual para poder mantener los valores oportunamente ofertados (fs. 1499).

c) El 31 de julio de 2006 solicitó una nueva prórroga de quince días hábiles para responder sobre el mantenimiento de la oferta (v. fs. 1501), la que le fue concedida (v. fs. 1503).

d) El 16 de agosto de 2006 reiteró idéntica petición (v. fs. 1505).

5.2. Esta última pretensión le fue denegada, y el 24 de agosto de 2006 se la emplazó para que, dentro del plazo perentorio de 24 horas, notificara si mantenía su oferta (v. fs. 1508 y 1509). La adjudicataria no respondió a esta intimación.

6. La Dirección Nacional de Arquitectura de la Subsecretaría de Obras Públicas de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios destacó que al mismo tiempo que se le había notificado a Valentín Guitelman la Resolución que le adjudicó la obra, la Dirección de Compras y Contrataciones del ex Ministerio de Economía y Producción le había solicitado el mantenimiento de la oferta oportunamente presentada (v. fs. 1511/1513).

Además, señaló que Valentín Guitelman, luego de solicitar en tres oportunidades sucesivas prórrogas del plazo

para dar respuesta, no había expresado su voluntad de mantener su oferta.

En razón de ello, remitió las actuaciones a la referida Subsecretaría de Obras Públicas y requirió instrucciones acerca de la prosecución del trámite.

7. La mencionada Subsecretaría de Obras Públicas giró las actuaciones a la Dirección Nacional de Arquitectura a fin de que inicie las acciones pertinentes para dejar sin efecto el proceso de licitación de la obra de la referencia (v. fs. 1514).

Asimismo, ante la situación planteada, ordenó que se realice la actualización del presupuesto y se detallen los trabajos a realizar, y que, posteriormente, se eleve dicho informe a esa Subsecretaría.

Por lo demás, indicó que se debía instrumentar la ejecución de la póliza de garantía, informar el comportamiento de Valentín Guitelman al organismo competente y adoptar las demás acciones administrativas que correspondiesen.

8. A fojas 1519/1522, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Economía y Producción -en su rol de asesoría jurídica del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios- expuso lo siguiente:

8.1. Los Pliegos de la Licitación Pública N.º 2/05 establecían que:

a) Los proponentes estaban obligados a mantener su oferta durante un plazo de noventa días corridos, contados a partir de la apertura de la referida licitación.

b) Dicho plazo se renovaría automáticamente hasta el



439

Procuración del Tesoro de la Nación

momento de la adjudicación, a menos que los proponentes comunicaran que no mantendrían su oferta, por lo menos quince días corridos antes de su vencimiento.

c) El proponente que retirara su oferta durante su vigencia perdería la garantía de mantenimiento de oferta, en concepto de indemnización por tal incumplimiento.

8.2. Destacó que la normativa regulatoria del procedimiento de selección pone en cabeza del oferente, no sólo la obligación de mantener la garantía de oferta por un plazo determinado, sino también le impone la necesidad de notificar al comitente, en forma expresa, su decisión de no mantenerla más allá del término transcurrido con una antelación de quince días corridos.

Sostuvo que ante la indicación expresa en las bases de la licitación de la renovación automática, el oferente debía retractarse a fin de que no continuase esa ampliación del plazo de mantenimiento de oferta.

Puesto que Valentín Guitelman no había retirado su oferta, el plazo de mantenimiento de ésta se había renovado automáticamente.

Señaló, además, que dicha empresa había condicionado su oferta al solicitar un adelanto financiero, no previsto en el Pliego, para mantener los valores oportunamente ofertados.

Adujo, por otra parte, que su silencio ante la intimación que se le había cursado para que manifestara si mantenía su oferta configuraba un incumplimiento de su obligación de mantenerla por el término establecido.

8.3. En consecuencia, estimó que debía:

a) Dejarse sin efecto la adjudicación dispuesta a favor de Valentín Guitelman.

b) Darse por perdida la garantía de la oferta.

c) Cursarse la comunicación pertinente al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Finalmente indicó que no resultaría procedente la realización de un nuevo llamado a licitación en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, toda vez que a través del Decreto N.º 1072/06 (B.O. 18-8-06) se delegó en la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación las facultades y obligaciones que establece la Ley N.º 13.064, con respecto a las unidades turísticas a su cargo, ubicadas en Chapadmalal, Provincia de Buenos Aires.

9. Consecuentemente, por medio de la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57 del 12 de febrero de 2007 (v. copia fiel a fs. 1547/1552) se decidió:

a) Dejar sin efecto la adjudicación dispuesta a favor de Valentín Guitelman (v. art. 1.º).

b) Declarar fracasada la Licitación Pública N.º 2/05 (v. art. 2.º).

c) Notificar esta Resolución a Valentín Guitelman (v. art. 3.º).

d) Autorizar a la Dirección Nacional de Arquitectura de la Subsecretaría de Obras Públicas de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a ejecutar la póliza correspondiente a la garantía de mantenimiento de oferta (v. art. 4.º).

e) Comunicar lo resuelto al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, a los efectos de que se le aplicara a Valentín Guitelman la sanción prevista en el artículo 20 de la Ley N.º 13.064 (v. art. 5.º).



440

Procuración del Tesoro de la Nación

Esta Resolución le fue notificada a la empresa mediante la carta documento de fecha 19 de febrero de 2007 (v. fs. 1556/1557 y 1564).

- III -

ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE PRINCIPAL

1. A fojas 1/139, Valentín Guitelman interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57/07, en el que expresó, en lo esencial, que:

a) El 23 de marzo de 2005, presentó su oferta de modo que, conforme a los Pliegos de la Licitación Pública N.º 2/05, su vigencia finalizó el 11 de junio de ese año.

Por ende, la adjudicación a su favor -que le había sido notificada el 19 de julio de 2006- resultaba extemporánea, porque en ese momento la oferta ya había dejado de tener vigencia.

b) Si bien el 18 de julio de 2006 se le solicitó que mantuviera su oferta -dado que ésta ya no estaba vigente en ese momento- lo que en los hechos se le había pedido era su ratificación, la que había omitido debido a problemas financieros que le habrían impedido ejecutar la obra en las condiciones originariamente previstas.

c) Sin haber ratificado la oferta procuró que le fuera otorgada una modificación en las condiciones financieras de la obra en cuestión, más precisamente, solicitó se le otorgase un adelanto financiero equivalente al 15% (quince por ciento) del precio ofertado.

d) No incurrió en ningún incumplimiento con sus obligaciones que justifique la decisión de la Administración de

ejecutar la garantía de oferta y efectuar una denuncia ante el Registro de Obras Públicas.

e) Así, consideró indiscutible el derecho de la Administración de dejar sin efecto la adjudicación, pero cuestionó la imposición de sanciones.

f) Por medio del Decreto N.º 1072/06 se habían delegado en la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación las facultades que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios tenía con relación a las obras que se debían realizar en la Unidad Turística de Chapadmalal.

En consecuencia, todas las gestiones posteriores de los funcionarios de ese Ministerio habían sido *inoficiosas*. Así, cuando el 24 de agosto de 2006 el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios la había intimado nuevamente para que dijera si *mantenía* su oferta, ya había dejado de estar habilitado para suscribir el contrato.

g) Por otra parte, imputó a la Administración un comportamiento contradictorio ya que, por un lado, consideró que la oferta estaba vencida y en virtud de ello le solicitó en varias oportunidades que mantuviera la misma y, por otro lado, le adjudicó la obra y, ante la falta de suscripción del contrato, ordenó la ejecución de la garantía y la denuncia del incumplimiento al Registro de Obras Públicas.

h) Puesto que nunca había sido citado para firmar el contrato, no procedía la sanción del artículo 19 del Pliego de Cláusulas Especiales de la Licitación Pública N.º 2/05, según el cual, si el adjudicatario citado a suscribir el contrato no concurría a hacerlo perdería el depósito de garantía, y se comunicaría el hecho al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.



441

Procuración del Tesoro de la Nación

2. A fojas 146/150, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Economía y Producción -en su carácter de servicio jurídico del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios- señaló lo siguiente:

2.1. Los Pliegos de la Licitación Pública N.º 2/05 disponían que:

a) Los proponentes estaban obligados a mantener sus ofertas durante noventa días corridos, contados a partir de la apertura de la licitación, plazo que se renovaría automáticamente hasta el momento de la adjudicación, a menos que aquéllos se retractasen con una anticipación de quince días al vencimiento de dicho plazo.

b) El proponente que retirara su oferta durante el plazo de su vigencia perdería la garantía de mantenimiento de oferta en concepto de indemnización por tal incumplimiento.

2.2. Valentín Guitelman pudo haberse retractado de su oferta para impedir la renovación automática del plazo de mantenimiento de oferta, pero no lo había hecho.

Por otra parte, había solicitado un adelanto financiero que no se encontraba previsto en los Pliegos, de manera que, si se hubiera accedido a tal pedido, se habría violado el principio de igualdad del proceso licitatorio.

La recurrente ya se encontraba en dificultades antes de la adjudicación; sin embargo, en lugar de poner en conocimiento de la Administración tal situación, y de hacer uso de su derecho de retractarse de la oferta, había preferido especular con pedidos de prórrogas y con el requerimiento de un anticipo financiero que sabía que no se le podía conceder.

2.3. Por todo ello, consideró que correspondía que se rechazara el recurso de reconsideración interpuesto por Valentín Guitelman contra la Resolución del Ministerio de Planifica-

ción Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57/07.

3. Consiguientemente, mediante la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 1183 del 3 de diciembre de 2007 se rechazó el recurso de reconsideración de Valentín Guitelman contra la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57/07 (v. copia fiel a fs. 165/170).

Dicha Resolución le fue comunicada al recurrente mediante la carta documento de fecha 10 de enero de 2008 y su ampliación de fecha 9 de junio de 2008 (v. copias aut. de fs. 173/176 y 192, y fs. 227).

4. A fojas 196/199, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios destacó que:

a) La recurrente no había ampliado o mejorado los fundamentos de su recurso, ni aportado elementos que justificaran un análisis distinto al ya efectuado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Economía y Producción.

b) Por lo tanto, no advertía ilegalidad alguna en el acto impugnado.

c) No tenía objeciones que formular al proyecto de decreto, a través del cual se rechaza el recurso jerárquico en subsidio de Valentín Guitelman.

5. A fojas 251/255, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación coincidió con los servicios jurídicos preopinantes, y añadió que:



442

Procuración del Tesoro de la Nación

a) Después de la adjudicación, la recurrente solicitó varias prórrogas para mantener su oferta, pero en ninguno de esos pedidos sostuvo que aquélla hubiera vencido, postura que recién asumió ante el dictado de la Resolución que ordenó ejecutar la garantía.

b) Luego de analizar los argumentos de la recurrente y la opinión de los organismos jurídicos preopinantes, y no habiéndose aportado elementos de juicio que pudieran modificar el criterio adoptado a través del acto atacado -que poseía todos los requisitos esenciales de los actos administrativos-, se concluía que debía rechazarse el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por Valentín Guitelman contra la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57/07.

c) El Poder Ejecutivo Nacional se encontraba facultado para el dictado del decreto proyectado, en virtud de las atribuciones que le confieren el artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional, y el artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 1991 (B.O. 24-9-91)*.

6. A fojas 256, esa Subsecretaría Técnica solicitó la intervención de este Organismo Asesor y a fojas 257/262 se agregó una copia fiel del proyecto de decreto por el cual se rechaza el recurso jerárquico de que se trata.

- IV -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. En primer lugar corresponde destacar que si bien Valentín Guitelman interpuso su recurso contra la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión

Pública y Servicios N.º 57/07 en forma genérica, en su presentación reconoció expresamente la facultad de la Administración de dejar sin efecto la adjudicación -dispuesta a través del artículo 1.º de la citada Resolución-, y se limitó a cuestionar las sanciones impuestas, consistentes en la ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta y en la comunicación al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Se sigue de ello, a mi juicio, que el recurso se dirigió solamente contra los artículos 4.º y 5.º de la Resolución impugnada, razón por la cual mi asesoramiento se enmarcará dentro de esos términos.

2. Me referiré, en primer orden, a la cuestión de la vigencia de la oferta presentada por Valentín Guitelman.

2.1. En el décimo párrafo del artículo 20 del Pliego de Cláusulas Generales para la Licitación y Contratación de Obras Públicas de la Licitación Pública N.º 2/05 se dispuso que el plazo de mantenimiento de la oferta -establecido en noventa días corridos en el artículo 13 del Pliego de Cláusulas Especiales de dicha licitación- ... se renovará automáticamente hasta el momento de la adjudicación, a menos que los proponentes se retracten por escrito, con una anticipación de quince (15) días al vencimiento de dicho plazo.

Puesto que Valentín Guitelman nunca se retractó en la forma establecida por este precepto, a partir de la presentación de su oferta -ocurrida el 23 de marzo de 2005- se produjeron sucesivas renovaciones automáticas del plazo de su mantenimiento, las que trasladaron su vencimiento a los días 21 de junio de 2005, 19 de septiembre de 2005, 18 de diciembre de 2005, 18 de marzo de 2006, 16 de junio de 2006



Procuración del Tesoro de la Nación

y 14 de septiembre de 2006.

Habida cuenta de ello, queda claro que la oferta de Valentín Guitelman se encontraba vigente en el momento de la adjudicación de la obra, que tuvo lugar el 10 de julio de 2006.

2.2. Más aún, considero que esa vigencia continuó después de la adjudicación, hasta el 14 de septiembre de 2006.

Ello así por cuanto, el décimo párrafo del artículo 20 del Pliego de Cláusulas Generales de la Licitación Pública N.º 2/05 -según el cual el plazo de mantenimiento de la oferta se renovará automáticamente hasta el momento de la adjudicación- debe ser interpretado en el sentido de que a partir de la adjudicación no se produciría una nueva prórroga automática, sin que ello importe restar efectos a las extensiones del plazo ya operadas.

Una interpretación contraria, llevaría a la incongruencia de sostener que de no producirse la adjudicación la oferta hubiera mantenido su vigencia hasta el 14 de septiembre de 2006 -y posteriores prórrogas automáticas sino mediara retractación-, mientras que al haberse adjudicado ésta habría perdido su vigencia, habilitando al adjudicatario a retractarse de ella por el solo hecho de no ratificarla, y así vaciar de contenido la adjudicación realizada.

2.3. Sentado ello, estimo que los requerimientos cursados por la Administración a Valentín Guitelman para que mantuviera su oferta fueron inoportunos e innecesarios.

Antes bien, debió citársela directamente a suscribir el contrato, en los términos del artículo 21 de la Ley N.º 13.064 y del primer párrafo del artículo 19 del Pliego de Cláusulas Especiales de la Licitación Pública N.º 2/05.

3. Corresponde ahora analizar la procedencia de las sanciones impuestas a Valentín Guitelman por medio de los artículos 4.º y 5.º de la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N.º 57/07.

3.1. El artículo 20 de la Ley N.º 13.064 sanciona con la pérdida del depósito de garantía y la suspensión por tiempo determinado del Registro de Constructores de Obras Públicas a los proponentes que:

a) Retiren su oferta antes de la adjudicación y dentro del plazo de mantenimiento de su propuesta.

b) Invitados a firmar el contrato, no se presentaran en tiempo y forma a hacerlo.

c) Se nieguen a cumplir un contrato hecho en término.

De otro lado, en el primer párrafo del artículo 19 del Pliego de Cláusulas Especiales de la Licitación Pública N.º 2/05 se establecieron las mismas consecuencias para el caso de que el adjudicatario no concurra a firmar el contrato dentro de los diez días corridos de haber sido citado para tal fin.

3.2. En la especie no se han configurado ninguna de estas hipótesis normativas, dado que Valentín Guitelman no retiró su oferta antes de la adjudicación, encontrándose aquélla vigente a ese momento, nunca fue citada a suscribir el contrato, ni hubo contrato alguno hecho en término. De ello se concluye que las sanciones impuestas no encuentran sustento legal en los términos de la norma bajo análisis.

4. No obstante ello, en el primer párrafo del artículo 32 del Pliego de Cláusulas Generales de la Licitación Pública N.º 2/05 se estableció que El proponente que retire su oferta durante el plazo de vigencia de la misma, perderá



444

Procuración del Tesoro de la Nación

la garantía de mantenimiento de oferta en concepto de indemnización por tal incumplimiento.

Si bien no surge de las actuaciones que Valentín Guitelman haya retirado su oferta en forma expresa, la respuesta brindada por ésta el 25 de julio de 2006, a través de la cual solicitó ... un adelanto financiero del 15% del monto contractual para poder mantener los valores oportunamente ofertados, implicó modificarla o condicionarla.

Dado lo inadmisibile de tal proceder, tal petición equivale, según mi criterio, al retiro de la oferta.

4.1. Al respecto, cabe destacar que el artículo 17 de la Ley N° 13.064 -texto según el Decreto N.° 1023/01 (B.O. 16-8-01)- establece que *Las ofertas complementarias o propuestas de modificaciones que fueran entregadas con posterioridad al acto de la licitación pública deben ser desechadas.*

Sobre este particular, se ha dicho en doctrina que ... a diferencia de lo que acontece en el terreno del derecho común, en el marco de los procedimientos que desarrolla la Administración Pública para la selección de sus cocontratantes impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas (...) con el cierre de la recepción de ofertas queda definitivamente precluida una etapa del procedimiento de selección, y los cotizantes ya no tendrán el derecho de ampliar o modificar las propuestas presentadas. Por consiguiente, la Administración deberá rechazar las ofertas modificatorias entregadas con posterioridad (Diez, Horacio: *La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado. La proyección de ese principio durante la etapa de ejecución del contrato administrativo*, artículo publicado en

Revista Administración Pública, Revista Ediciones Especiales, Cuestiones de Contratos Administrativos, N.º 347, 23-5-07, pág. 53 y ss., en esp., pág. 55. V., en similar sentido, Dromi, Roberto: *Licitación Pública*; pág. 375, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

Además, si se admitiera el intento de reacomodar las propuestas, se vería desnaturalizada la esencia misma del procedimiento de selección, y quebrantado uno de sus principios fundamentales, cual es el de igualdad entre los interesados y oferentes.

4.2. Toda vez que, como ya lo he dicho, la oferta de Valentín Guitelman estuvo en vigencia hasta el 14 de septiembre de 2006, cabe concluir, entonces, que su pedido de adelanto financiero resulta asimilable a un supuesto de no mantenimiento de oferta, lo que conlleva, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 32 del Pliego de Cláusulas Generales de la Licitación Pública N.º 2/05, la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta.

Esta pérdida constituye una cláusula penal que importa una forma de indemnizar a la Administración a tanto alzado y mediante una cuantificación objetiva y apriorística del daño derivado del desistimiento (v. Druetta, Ricardo Tomás, y Guglielminetti, Ana Patricia: *Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada*; pág. 160 y ss., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008).

4.3. En síntesis, a la empresa Valentín Guitelman en cuanto pretendió modificar una oferta vigente, le cabe la aplicación de la sanción prevista en el primer párrafo del artículo 32 del Pliego de Cláusulas Generales de la Licitación Pública N.º 2/05 que se limita a la pérdida de la garantía de oferta, mas no contempla la comunicación al Re-



445

Procuración del Tesoro de la Nación

gistro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

5. Por último, cabe referirse al carácter inoficioso que la recurrente le adjudicó a las gestiones realizadas por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios con posterioridad al dictado del Decreto N.º 1072/06, a través del cual se delegó en la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación las facultades que ese Ministerio tenía en relación con la contratación y ejecución de las obras a realizar en la Unidad Turística de Chapadmalal.

En tal sentido, es dable recordar que -respecto de la incompetencia en razón de la materia- la doctrina ha distinguido, la incompetencia absoluta, que derivaría del ejercicio de atribuciones que corresponderían al órgano legislativo o judicial, o a otra administración pública, de la relativa que se configuraría cuando la invasión de facultades se produce en la propia persona administrativa. En estos últimos casos, es posible aceptar que si el vicio no es grosero o evidente, el acto es meramente anulable y, en consecuencia, saneable (v. Comadira, Julio Rodolfo: *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Concordada*, T.º I, pág. 300, La Ley).

En similar sentido, se ha sostenido que la nulidad está vinculada con la gravedad del vicio que se le imputa al acto, es decir que, si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable (v. Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, T.º 3, pág. 41, Ediciones Macchi), máxime teniendo en cuenta la presunción de validez del acto administrativo (v. Hutchinson, Tomás: *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley N° 19.549*, pág 123, Ed. Astrea, 1997).

En la especie, toda vez que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios ha continuado manteniendo su competencia en materia de obras públicas, -circunscribiéndose el Decreto N.º 1072/06 a las obras de Chapadmalal y Embalse Río Tercero-, su especialidad en la materia es incuestionable, por lo que la observación aludida por la recurrente no contiene una gravedad suficiente que permita declarar nulo el acto; ello, sin perjuicio de señalar que, en el caso, la intervención del Poder Ejecutivo Nacional en oportunidad de resolver el presente recurso jerárquico sanearía la aludida observación.

- V -

CONCLUSIÓN

En mérito de todo lo expuesto, considero que deberá hacerse lugar al recurso en forma parcial, y dejar sin efecto el artículo 5.º de la Resolución recurrida, en cuanto dispone comunicar lo resuelto al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas en los términos del artículo 20 de la Ley N.º 13.064, toda vez que aquél no resulta de aplicación al caso.

DICTAMEN N.º 395'


DRA. ELINA SUSANA MECLE
SUBPROCURADORA DEL TESORO DE LA NACIÓN