

Expediente SRNDS N° 231/99. LICITACION PUBLICA NACIONAL N° 1/99 –
“Desagües pluviales de la cuenca del Conducto *Juan Bautista Alberdi* y
sus obras accesorias en la Provincia de Buenos Aires”.

BUENOS AIRES, 28 enero de 2000.

SEÑOR SECRETARIO:

Me dirijo a Ud. a efectos de elevar informe sobre el
expediente de la referencia.

1. Análisis de los hechos.

1.1. Con fecha 14 de enero de 1999, se dictó el
Decreto N° 21, por el que se autorizó al Jefe de Gabinete de Ministros a
comprometer créditos presupuestarios futuros para la realización de obras a
construirse mediante el “sistema llave en mano”, financiadas íntegramente por
los constructores y a su solo y exclusivo riesgo, entre las que se encuentra la
obra Desagües Pluviales Acceso Capital Federal.

A fs. 10/384 obra el pliego de licitación -aprobado por
Resolución SRNDS N° 225/99-, compuesto por el Título I: “*Pliego Tipo de
Bases y Condiciones*” (PBC), el Título II: “*Pliego de Condiciones Particulares y
Complementarias*” (PCPC), el Título III: “*Pliego de Especificaciones Técnicas
Generales y Particulares*” (PETG y PETP), el Título V: “*Memoria Técnica y
Carpeta de Antecedentes*”. Cabe destacar que, por medio de la Circular N° 1,
se modificaron de oficio algunos aspectos del pliego (v. fs. 399/422).

1.2. Con fecha 23 de agosto de 1999, se procedió a la apertura del Sobre N° 1, siendo los oferentes: 1) DYCASA S.A. Y DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A., y 2) COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS S.A. – OBRAS Y PROYECTOS CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. (UTE).

1.3. A fs. 563/565 obra el informe producido por el Director de Saneamiento Hídrico de la Dirección Nacional de Recursos Hídricos de la SRNyDS, en el que se destaca que el oferente DYCASA propone realizar los conductos en túnel para la variante 2, con **hormigón proyectado** que cumpla con las características del hormigón tipo II de los cuadros A y B del artículo 5 del PETP. Además, señala que el artículo 9 *-punto 2-* “CONDUCTOS A CONSTRUIR EN TUNEL – VARIANTE 2” del PETP dice: “Los conductos construidos en hormigón armado, serán ejecutados con el empleo de encofrados metálicos o tecnología que garanticen la menor rugosidad posible a fin de minimizar la resistencia del escurrimiento de las aguas. El valor del coeficiente de rugosidad de Manning no podrá superar 0,013”. Aclara que el oferente opta por otra tecnología que no requiere el uso de encofrados metálicos y garantiza el coeficiente de rugosidad no mayor al mencionado.

Con respecto al artículo 5 *-punto 19-* del PETP, “HORMIGONADO DE CONDUCTOS EN TUNEL”, el informe señala que se refiere al hormigonado de los conductos en túnel con encofrado, para los que es imprescindible la colocación de hormigones con bomba para lograr un adecuado llenado de los conductos.

Finalmente, recomienda pedir al oferente que explique con más detalle la ejecución de los trabajos con hormigón proyectado (secuencia de tareas, topografía, alisado adecuado, entibado del túnel previo a la colocación del hormigón).

En relación a la oferta de COBRA, el informe aconseja pedir algunas aclaraciones sobre diversos puntos.

A fs. 724/729 se agregan los estudios de impacto ambiental elaborados por la Dirección de Calidad Ambiental de la SRNyDS.

1.4. Con fecha 18 de noviembre de 1999 se dicta la Resolución SRNyDS N° 1313, por la que se resuelve calificar a los dos oferentes para la construcción de la obra, tal como fuera recomendado en el informe de la Comisión de Preadjudicaciones de Obras Públicas, glosado a fs. 732/734, según surge de los considerandos de la resolución.

1.5. A fs. 736/738 -quinto cuerpo- se presenta la firma COBRA, a raíz del dictado de la Resolución SRNyDS N° 1313/99, manifestando que ésta no se ajusta a derecho y ataca el principio de igualdad de los oferentes. Señala que DYCASA S.A. – DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A. ha presentado su oferta técnica no ajustándose a las especificaciones del pliego, al proponer para la Variante 2 (HORMIGON ARMADO IN SITU POR BOMBEO) el sistema de gunitado, es decir, hormigonado con hormigón proyectado a alta velocidad.

A fs. 740/743 se expide la Dirección General de Coordinación de Asuntos Jurídicos de la SRNyDS, concluyendo que las observaciones presentadas por la firma COBRA, son inadmisibles en cuanto impugnación, toda vez que el pliego prevé que, dentro de los tres días hábiles de notificados, los oferentes pueden impugnar la calificación dispuesta por el comitente. Agrega que en un procedimiento licitatorio, la Administración no puede admitir como impugnación un escrito de mera reserva de derechos para hacerlo en el futuro, pues el derecho de impugnar sólo puede ser ejercido dentro del término previsto en el pliego, y que el oferente debió haber presentado su escrito, si hubiera querido imprimirle el carácter de impugnación, en términos claros y precisos.

1.6. Finalmente, en fecha 26 de noviembre de 1999, se procedió a la apertura de los Sobres N° 2 correspondientes a las ofertas económicas, siendo la oferta de DYCASA -en las dos variantes: 1) Túnel Linner y 2) Túnel Hormigón Armado- la de menor valor.

A fs. 1113/1117 -sexto cuerpo- se presenta nuevamente la oferente COBRA reiterando la observación formulada anteriormente en cuanto al sistema de hormigonado propuesto por DYCASA, y señalando que ésta no ha acompañado en el Sobre N° 2 el compromiso de financiamiento solicitado en el pliego.

1.7. El tema a dilucidar consiste en: **1)** determinar si la oferta de DYCASA se ajusta a las cláusulas del pliego licitatorio en cuanto a la sustancia del objeto propuesto, y en caso de negativa, cuáles serían los pasos a seguir. En concreto, debe indagarse si surge de las especificaciones técnicas del proyecto, que para la variante 2 -Túnel de Hormigón Armado- se admiten metodologías constructivas alternativas a la prevista en el artículo 5, punto 19, del PETP; y **2)** si se han observado los pasos del procedimiento licitatorio previstos en el pliego.

Con relación al punto 1), el artículo 26 del PCPC, se refiere a las FORMAS DE EJECUCION y establece que *“la ejecución de las obras incluidas en el Pliego... se ajustará estrictamente a las especificaciones técnicas y reglas del arte, a los planos generales y particulares que lo integran y a la propuesta del oferente”*. En este aspecto, cabe señalar que el informe producido por el Director de Saneamiento Hídrico (v. fs. 563/565 -cuarto cuerpo-) considera al hormigón proyectado (ofrecido por DYCASA) como tecnología aceptable, siempre que se cumpla con determinadas normas (cita varias normas americanas que no forman parte del pliego, referidas a la correcta ejecución y control del hormigón proyectado); sin embargo, el pliego adopta, expresamente, la normativa CIRSOC.

Por lo tanto, cabe concluir que la oferta de DYCASA no se ajusta al artículo 26 del PCPC.

Por otra parte, el artículo 5 de las Especificaciones Técnicas Particulares, incluye las especificaciones para la elaboración,

colocación, curado, etc., para todos los tipos de hormigón a ejecutarse en la presente obra.

En el punto 19, segundo párrafo, se prevé que *“al extraerse los moldes deberá demostrarse que no quedaron huecos en la masa de hormigón entre el conducto y la tierra...”* Teniendo en cuenta que el hormigón proyectado no requiere la utilización de moldes, queda claro, entonces, que el proyectista no ha pensado en este sistema de hormigonado al elaborar el proyecto que sirve de base al pliego licitatorio.

El tercer párrafo del mismo punto, excluye expresamente el hormigonado por proyección, al establecer que *“el hormigonado deberá efectuarse solamente por bombeo”*.

De lo reseñado se deduce claramente que el proyecto constructivo fue concebido, en lo que atañe a la Variante 2, sobre la base de un sistema de hormigonado específico: el hormigonado por bombeo. Consecuentemente, todos los sistemas de inspección y control de calidad de las obras que se ejecuten (superficies, rugosidad, resistencia, etc.), fueron previstos, en el pliego, en función del sistema constructivo empleado.

Por lo expuesto, cabe concluir que, al no admitir el pliego metodologías constructivas alternativas, no puede emplearse hormigón proyectado.

Ello queda ratificado por la Circular N° 5 que dice: *“No se aceptarán más alternativas que las obligatorias del Pliego de acuerdo a lo indicado en las planillas Anexo J”*. Este anexo no menciona el uso de hormigón proyectado.

Con respecto al punto 2), debe señalarse que en esta etapa del procedimiento no se respetaron los pasos previstos en el pliego licitatorio. El mentado dictamen jurídico de fs. 7140/743, destaca la falta de cumplimiento, por parte de la firma COBRA, de las formalidades exigidas en el pliego para deducir impugnaciones, descartando de plano la aplicación del

principio del informalismo a favor del administrado en el procedimiento de licitación. Pero, sin embargo, no advierte que también la propia comitente ha incumplido aquellas formalidades.

En efecto, el **artículo 16.2. del PCPC** establece: *“La Comisión de Evaluación estudiará el contenido de los Sobres N° 1 aplicado los criterios de precalificación que se establecen en el Anexo O...”*, y el **artículo 16.3. del PCPC** prescribe: *“Una vez producido el dictamen de la Comisión de Preadjudicación se notificará éste a los Oferentes, quienes podrán formular impugnación dentro del término de 3 (tres) días hábiles de la notificación... A su vencimiento la Comisión de Preadjudicación elevará el informe final, merituando –en su caso- las impugnaciones presentadas. La Comitente, en un solo acto, resolverá las impugnaciones formuladas y decidirá sobre la precalificación y comunicará a los Oferentes su resultado...”*

En el caso, del análisis del expediente licitatorio surge, claramente, que no se ha observado el procedimiento descrito. Así, como se señaló en **1.4.**, a fs. 732/734 obra el Informe de la Comisión de Preadjudicaciones de Obras Públicas, de fecha 18 de noviembre de 1999, que recomienda calificar a los dos oferentes (DYCASA y COBRA).

No consta en estos actuados que dicho informe haya sido notificado a los oferentes, tal como lo exige el pliego, para permitirles formular impugnaciones dentro del plazo de tres días de notificados.

Por el contrario, ese mismo día, 18 de noviembre de 1999, se dictó la Resolución SRNDS N° 1313, obrante a fs. 730/731, que resolvió calificar a los oferentes DYCASA y COBRA para la licitación en estudio.

Resulta claro, entonces, que los pasos del citado **artículo 16.3. del PCPC** no se han cumplido.

2. Consideraciones jurídicas.

2.1. El pliego de bases y condiciones.

En los contratos que celebra la Administración, a través del procedimiento de licitación pública -que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente- la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario.

A partir de la existencia de crédito legal, la Administración se halla facultada para iniciar las distintas etapas de la licitación, siendo una de las primeras, la elaboración de los pliegos de condiciones que servirán de base para la confección de las propuestas.

Los pliegos de las licitaciones públicas contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde las reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección, hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario. Así, las distintas clases de pliegos pueden reducirse a dos: a) de contenido legal o jurídico y b) las condiciones técnicas.

Una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de la presentación de las ofertas. A partir de allí, y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas, salvo para permitir la subsanación de recaudos formales.

El procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión, porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisibles y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad (*in re "Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Gobierno Nacional"*)

C.S.J.N. 22/04/86). En el caso en análisis, el oferente DYCASA no ha discutido las cláusulas del pliego licitatorio. Sin embargo, al presentar su oferta, lo ha hecho apartándose de las especificaciones técnicas que, para la Variante 2 “Túnel de Hormigón Armado”, contiene aquél, según se ha explicado en el punto 1.

Con relación al concepto de inadmisibilidad, éste se vincula con las exigencias específicas del pliego, de modo tal que una oferta resulta inadmisibile cuando no se ajusta al pliego de condiciones respectivo. Por lo tanto, cabe advertir que la oferta de DYCASA era inadmisibile y debió ser rechazada.

Sin embargo, la Administración –por medio de la Resolución SRNyDS N° 1313/99- resolvió calificar a las dos oferentes (DYCASA y COBRA), en abierta contradicción con las cláusulas del pliego licitatorio, y disposiciones legales vigentes.

2.2. Variantes u ofertas alternativas.

En principio, la posibilidad de presentar variantes u ofertas alternativas debe hallarse contemplada en el pliego, lo que contribuye a la transparencia del proceso de selección, dada la seguridad que traduce el hecho de homogeneizar las ofertas a los efectos de su comparación, con lo que en definitiva, se promueve una mayor concurrencia de oferentes. Pero en tal caso, también resulta necesario que se realice la presentación conforme a las bases o contenido del pliego.

En el caso de marras, el pliego no prevé la presentación de ofertas alternativas en cuanto a la metodología constructiva a emplearse en la ejecución de la Variante 2 “Túnel de Hormigón Armado”.

2.3. Principios que rigen la licitación pública. El principio del informalismo.

Ante la presentación de la firma COBRA -en la que formuló observaciones (v. fs. 736/738 quinto cuerpo)- el servicio jurídico de la SRNyDS se limitó a desestimarla por considerar que se trataba de un mero escrito de reserva de derechos formalmente inadmisibles como impugnación. Es decir, no entró al análisis del fondo de la cuestión planteada -aplicando el principio del informalismo- sino que ponderó que las formalidades previstas para la forma de presentación o redacción de los escritos, está por encima de la búsqueda de la verdad material, principio legal que debe guiar el accionar de la Administración.

Concurrencia, igualdad y publicidad son los tres principios cardinales que rigen el procedimiento de la licitación pública. En cuanto a la igualdad, sólo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros. Por aplicación de este principio, sólo puede adjudicarse el contrato a aquellas ofertas que se ajustaron estrictamente al pliego de condiciones, pues de otro modo se carecería de una base uniforme para comparar las ofertas.¹ Así, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que los oferentes no pueden apartarse del pliego de condiciones ni aun aduciendo ofrecer artículos de mayor calidad, pues los demás oferentes pudieron haber ofrecido idénticos artículos, de habérselos previsto en los pliegos. Esto es lo que ha sucedido en autos, al apartarse la oferta de DYCASA de las específicas estipulaciones del pliego, conculcando así, el mentado principio de igualdad entre los oferentes en punto a la sustancia del objeto de la propuesta.

Sostiene Gordillo que durante la fase inicial del procedimiento licitatorio -que se extiende desde el llamado a presentar ofertas hasta el acto de adjudicación- la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posibles, para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por ende, desechar una oferta, o presentaciones o peticiones de los oferentes invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la

licitación y sus principios deben satisfacer. Afirma que en esta etapa predomina, necesariamente, el más amplio informalismo.

La igualdad debe regir en la sustancia del objeto de la propuesta; no tiene sentido hablar de igualdad en la prolijidad subsanable de los papeles previos: la igualdad cede ante el principio del informalismo y la competitividad o concurrencia destinada a conseguir la mejor oferta para el Estado.

En cuanto al principio del informalismo, en la actualidad se extiende dicho principio, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública. Ello es así, dado que se trata de un principio de base legal -art. 1º, inc. c), LNPA- aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, por lo que no plantea mayores inconvenientes acerca su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con los otros principios de la contratación administrativa (concurrencia e igualdad).²

3. Conclusión.

De lo reseñado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, considero que la Resolución SRNDS N° 1313/99 es un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, en virtud de haberse dictado prescindiendo del procedimiento establecido en el pliego licitatorio -conf. arts. 7 *inc. d* y 14 *inc. b* de la LNPA-. Cuando la norma prevé una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitirse el acto, su incumplimiento lo vicia. No obstante, en materia de vicios de procedimiento, existe discusión entre los que sostienen que ellos acarrearán en todos los

¹ Mairal, Héctor A., Licitación Pública, Depalma, 1975, p. 19.

² Cassagne, Juan Carlos, El contrato administrativo, Abeledo-Perrot, 1999, p. 56.

casos la nulidad absoluta del acto, y los que participan del criterio de la subsanación.

- En segundo término, entiendo que la citada resolución adolece de otro vicio, toda vez que se encuentra viciada de nulidad absoluta por haber calificado, para la ejecución de la obra en cuestión, a una oferta manifiestamente inadmisibile -conf. arts. 7 *inc.b* y 14 *inc. a* de la LNPA-.

En base a todo lo expuesto, resulta aconsejable remitir las presentes actuaciones a la Procuración del Tesoro de la Nación, para que se expida al respecto de las observaciones formuladas en el presente informe, dado que en virtud de la Resolución N° 001/2000 del Procurador del Tesoro de la Nación, se encomendó el ejercicio de las atribuciones del servicio jurídico del Ministerio de Infraestructura y Vivienda al Director Nacional de Dictámenes y al Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, en forma indistinta, hasta tanto se designe el servicio jurídico que asumirá dicha tarea o se produzca la cobertura respectiva.

María Valeria Mogliani

Asesora legal

Secretaría de Obras Públicas

**SEÑOR SECRETARIO DE
OBRAS PÚBLICAS DE LA NACIÓN
Ing. Máximo FIORAVANTI**
S / D