

CONTRALOR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

Docente de Derecho Administrativo;
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto del control en la actividad contractual. III. Alcance y modo del control sobre las etapas precontractuales y contractuales.

Para entender en sentido moderno la idea de control de la Administración Pública, tenemos que desterrar todas las formas de pensamiento único, unilateral, estático y cerrado y, por el contrario, predicar el pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible o complementario. ¿Y esto qué quiere decir? Pues que la realidad es compleja y la realidad administrativa también lo es y hay muchas dimensiones que integrar, por lo que hay que tener en cuenta todos esos aspectos para tomar las decisiones que sean menester¹.

I. INTRODUCCIÓN

Los distintos órganos de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa se encuentran sujetos a diversos controles operados por los sujetos legalmente concebidos para dichos fines².

En este sentido, coexisten órganos de control interno del sujeto público estatal con otros de control externo, resultando así la creación de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN) como órganos rectores de los sistemas de control implementados por la Ley 24.156 de Administración Financiera³ (LAF).

Una primera distinción que debe realizarse radica en identificar quién es el sujeto encargado de controlar externamente.

En este sentido, no puede soslayarse que el artículo 85 de la Constitución Nacional atribuye a la citada Auditoría General el carácter de entidad revisora de

1 RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, JAIME, *Control de la Administración Pública*, RAP, 2009, p. 19.

2 Ampliar en IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

3 Ver DUBINSKI, GUIDO, “¿El control que ejercen los órganos de control interno

la actividad de la Administración Pública, empero, quien ejerce la titularidad por imperio de la manda constitucional es el Poder Legislativo, quien deberá sustentar su examen y opinión sobre los aspectos patrimoniales, financieros, económicos y operativos en los dictámenes de dicha institución.

De modo que el control externo corresponde al Poder Legislativo, quien podrá utilizar las herramientas legales que su propia competencia le atribuye –dictado de normas de carácter general– para enderezar la marcha en cuestiones vinculadas a otro de los poderes –aunque ello suponga una diferencia en el modo de ejercer la función ejecutiva y en el de “hacer política”–.

La Ley 24.156 confiere facultades de control interno a la ya aludida SIGEN –órgano descentralizado con autarquía administrativa y financiera– y a las Unidades de Auditoría Interna (UAI), no obstante la posible existencia de contradicción en torno al concepto de control y la inherente independencia de la que debe gozar el sujeto controlante, por cuanto se establece una dependencia jerárquica de las UAI con la máxima autoridad de cada organismo, sin perjuicio de actuar bajo la coordinación técnica de la SIGEN⁴.

El último párrafo del Decreto 1344/07 establece que los Auditores Internos titulares serán nombrados, en el caso de las jurisdicciones, por Resolución Ministerial, y en el caso de las entidades, por disposición de la máxima autoridad ejecutiva de las mismas previa opinión técnica de la Sindicatura General de la Nación, la que tendrá carácter no vinculante. En el supuesto que la autoridad competente designe al Auditor Interno apartándose de la opinión de la Sindicatura General de la Nación, se deberá expresar en el acto de designación los fundamentos que sustentan tal proceder; en este sentido debe entenderse que la aludida previsión normativa tampoco ayuda a establecer y consolidar la independencia funcional del órgano de contralor (UAI), el cual informará a la SIGEN acerca de las irregularidades detectadas.

Es que, por imperio de la lógica, resulta un contrasentido que el órgano controlado designe a su controlante otorgándole un carácter no vinculante y formal a la opinión de la citada Sindicatura.

Podría entonces, eventualmente, un titular de un órgano o ente estatal, designar y revocar la designación de los auditores internos en virtud del paralelismo de las formas y las competencias, siendo que la misma norma no prevé nada al respecto.

(UAI-SIGEN) deben ser anteriores o posteriores a la emisión del acto administrativo? ¿Es obligatorio el control?”, *LL*, 2003-B, 130.

4 Prevé el artículo 100 de la LAF: “El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General”.

Cabe señalar que el control interno impone una evaluación anterior y posterior a la emisión de la actividad administrativa, resultando el control externo únicamente sobre la actividad posterior de aquella actividad por imperio del artículo 117 de la LAF.

II. OBJETO DEL CONTROL EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Habiendo efectuado una breve introducción sobre los sujetos controlantes y el modo de ejercicio de dicho control, nos adentraremos en las distintas etapas de los procedimientos de selección de contratistas del Estado y el adecuado deber de control sin soslayar la etapa atinente a la ejecución contractual.

En este marco, podemos mencionar como punto de partida la existencia objetiva de una necesidad en un determinado organismo público que predetermine la instancia precursora del procedimiento selectivo y la posterior materialización de la contratación administrativa.

Dicha necesidad debe obedecer a razones objetivas del servicio requirente (v. gr. la necesidad de instalar un radar en un paso fronterizo, resmas de papel e impresoras para la labor de los funcionarios, vías y durmientes para los trenes, constituirían ejemplos de bienes necesarios para la materialización de los fines públicos) y no a un capricho de un determinado funcionario (v. gr. un teléfono celular importado o un auto último modelo importado para el transporte personal de aquellos, podrían, eventualmente, ejemplificar cuando no nos encontramos ante una necesidad de la función pública).

Es precisamente aquí donde debe verificarse el contralor de las instituciones creadas a tales fines, máxime cuando la LAF prevé como objetivos de la ley la implantación y mantenimiento de un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoria interna⁵.

III. ALCANCE Y MODO DEL CONTROL SOBRE LAS ETAPAS PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES

Creemos en este punto que la gestión es lo que debe ponderarse como método eficaz de contralor de los procedimientos precontractuales y contractuales como actividades de la Administración, pues no resulta suficiente el análisis del aspecto económico en cuanto al monto erogado, sino que también debe contemplarse un sistema único que audite la necesidad técnica y temporal por la cual se instrumentó un contrato administrativo; es decir, que la necesidad de una impresora puede resultar racional y lógica, empero no lo sería si la Administración cuenta con otros equipos que cumplan dicha función.

5 Artículo 4, inciso d), apartado II, Ley 24.156.

En este caso, deberíamos confluír hacia la racionalización de los recursos económicos del Estado en pos de una mejor administración de la *cosa pública*.

Del mismo modo, y concomitantemente con la auditoría y suficiencia del bien objeto de la pretensión estatal, debe verificarse la existencia de crédito presupuestario y su pertinencia con aquel objeto licitado o adquirido –mediante compra directa–⁶, pues, tal como ha dicho la doctrina, “esta regla en términos jurídicos, ratifica lo ya expuesto, en cuanto las diferentes autoridades administrativas no deben aprobar gastos sin verificar de forma previa la existencia de cuotas de compromiso, que son fijadas por la autoridad presupuestaria, de acuerdo con los recursos efectivamente percibidos”⁷.

Concordemente con lo planteado, el artículo 1 del Anexo 1 de la disposición 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) prevé que en los expedientes por los que tramiten procedimientos de selección se deberá dejar constancia de todo lo actuado desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, debiéndose agregar todos los documentos, actuaciones administrativas, informes, dictámenes y todo otro dato o antecedente relacionado con la cuestión tratada, originados a solicitud de parte interesada o de oficio y ordenados cronológicamente⁸.

De tal modo, la normativa brinda un soporte específico e instituciones con competencia para el debido contralor, sin perjuicio de que la práctica denota laxitud en los controles y un desborde administrativo y burocrático que atentan para su eficiente ejercicio.

6 A tal fin, el artículo 33 de la LAF prevé: “No se podrán adquirir compromisos para los cuales no quedan saldos disponibles de créditos presupuestarios, ni disponer de los créditos para una finalidad distinta a la prevista”, este artículo debe conjugarse con el artículo 7 inciso f) de la Ley 19.549 en cuanto prevé: “Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) 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”, pues el artículo 14 de la LNPA citado determina la nulidad absoluta del acto con vicio en la finalidad. Tal sería el caso si se pretendiese ejecutar una partida presupuestaria asignada para una obra pública para un fin distinto al previsto.

7 Conf. CORTI, HORACIO G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 294. Ello, aun cuando la Corte en “Libedinsky”, Fallos: 310:548: “el acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo, pues los fondos son obtenibles con posterioridad (...) pues la Administración puede subsanar el defecto...”.

8 El acto general mencionado fue dictado en uso de las facultades emergentes del artículo 23, inciso a), del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios y del artículo 115, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Siguiendo con la idea propuesta, la verificación de la necesidad debería plasmarse en una programación anual de contrataciones que deberá ajustarse a lo establecido en la Ley de Presupuesto para gastos, sin perjuicio de los ajustes que se vayan produciendo por modificaciones indispensables en el citado plan, y siempre contemplando la limitación que la LAF dispone para los contratos cuyo plazo de ejecución superen el año⁹.

Resulta interesante señalar que el artículo 15 del Decreto 1344/07, reglamentario de la LAF, prevé en lo que aquí interesa que el proyecto de Ley de Presupuesto de la Administración Nacional y los respectivos proyectos de presupuesto de las entidades comprendidas en los incisos *b)*, *c)* y *d)* del artículo 8 de la Ley 24.156 incluirán el detalle de las contrataciones de obras o adquisición de bienes y servicios, con la información que requiera la Oficina Nacional de Presupuesto.

Así, se ha dicho que “el control de la ejecución del presupuesto tiene, desde luego, una finalidad técnico-legal vinculada con la regularidad de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos públicos: pero además, persigue un objetivo más amplio, de tipo político, cual es la apreciación de la orientación general del gobierno del Estado, costo y eficiencia de los organismos oficiales y adecuación de la actividad desarrollada a los planes de acción económico-social”¹⁰.

En este contexto, ya divulgado el Plan Anual de Contrataciones y contenido y aprobado en la respectiva Ley de Presupuesto, se impone continuar con el procedimiento de contratación, para lo cual, el órgano competente –será el Departamento de Compras– implementará qué tipo de procedimiento corresponde –será licitación pública, privada o contratación directa– de acuerdo al monto de mercado consignado como posible teniendo en miras el presupuesto oficial.

9 Artículo 8 *in fine* Decreto 1030/2016: “Cuando la naturaleza de las actividades, las condiciones de comercialización u otras circunstancias lo hicieren necesario, se efectuará la programación por períodos mayores a UN (1) año. En estos casos, los planes se ajustarán a las previsiones del artículo 15 de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones. La OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES centralizará la información resultante de los planes anuales de contrataciones y los difundirá en su sitio de internet o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones”.

Artículo 15 Ley 24156: “Cuando en los presupuestos de las jurisdicciones y entidades públicas se incluyan créditos para contratar obras o adquirir bienes y servicios, cuyo plazo de ejecución exceda al ejercicio financiero, se deber incluir en los mismos información sobre los recursos invertidos en años anteriores, los que se invertirán en el futuro y sobre el monto total del gasto, así como los respectivos cronogramas de ejecución física. La aprobación de los presupuestos que contengan esta información, por parte de la autoridad competente, implicara la autorización expresa para contratar las obras y/o adquirir los bienes y servicios hasta por su monto total, de acuerdo con las modalidades de contratación vigentes...”.

10 GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, T. I, Depalma, 3ª ed., p. 232, en Dictámenes: 207:723.

La elección dispuesta presupone una de las mayores controversias en torno a la proyección de la validez del contrato y las consecuencias jurídicas cuando se hubiere omitido celebrar el acuerdo de voluntades a través del procedimiento previsto¹¹; en efecto, si por el monto normativamente previsto correspondía una licitación pública, y no se hubiere incoado ésta sino otro procedimiento (v. gr. contratación directa o licitación privada), recaerá sobre el contrato la fulminación de nulidad o inexistencia avalada por la Corte (en caso de que la validez del mismo sea presentada ante la Justicia), como en el *leading case* “Ingeniería Omega”, en donde se dijo que “la validez y eficacia de los contratos administrativos se sujeta al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”¹².

Por ello, una cuestión tan simple como la elección del procedimiento de selección no puede recaer totalmente en las espaldas del proveedor —claramente

11 El artículo 27 del Decreto 1030/2016 prevé: “ Cuando el monto estimado del contrato sea el parámetro que se utilice para elegir el procedimiento de selección, se deberá considerar el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, y se aplicará la siguiente escala:

a) Compulsas abreviadas del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios hasta UN MIL TRESCIENTOS MÓDULOS (M 1.300).

b) Licitación privada o concurso privado hasta SEIS MIL MÓDULOS (M 6.000).

c) Licitación pública o concurso público más de SEIS MIL MÓDULOS (M 6.000).

El procedimiento de selección elegido será válido cuando el total de las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, no superen el monto máximo fijado para encuadrar a cada tipo de procedimiento de selección.

ARTÍCULO 28.- “VALOR DEL MÓDULO. A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL (\$ 1.000)”. ARTÍCULO 29.- “MODIFICACIÓN DEL VALOR DEL MÓDULO. El Jefe de Gabinete de Ministros mediante decisión administrativa, previa intervención del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN y de la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, podrá modificar el valor del módulo establecido en el artículo anterior”. La modificación del valor módulo resulta un acto complejo a raíz de la necesidad de intervención de diversos órganos de la Administración.

12 Conf. Fallos: 323:3924, 329:576, 321:174. Véase nuestra opinión contraria en DUBINSKI, GUIDO Y CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega), Sup. Adm. 2010 (noviembre), 56, LL, 2010-F, 169; DUBINSKI ALEJANDRO Y DUBINSKI, GUIDO, “Nulidad de los Contratos Administrativos por vicios en las formas esenciales. Requisitos formales. Efectos”, en *El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo*, 30/09/05, p. 9.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que: “Debe preservarse la legítima confianza depositada por un contratista en función de un vínculo jurídico perfeccionado y, en principio, compatible con la norma de específica aplicación y carente de vicios graves o destacables, y la protección de dicha confianza, relacionada la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, ha de morigerar el impacto negativo que

más angostas que las del Estado—, considerando la profusa normativa de control como así también la sinergia entre los distintos órganos creados para verificar la legalidad del accionar administrativo.

De manera que la omisión en la elección del procedimiento considerando precios de plaza no puede abonar la teoría de la inexistencia del contrato administrativo¹³; por ello, consideramos esencial el control previo de los órganos de control interno en la elección del procedimiento de selección, pues de lo contrario llegamos al absurdo de castigar al proveedor, PYME en muchos casos, dejando impune al gran Estado y toda la maquinaria para detectar este tipo de irregularidades. Cuesta creer que si el control es previo sucedan estas irregularidades.

Continuando con el desarrollo del presente trabajo, la etapa de elaboración de los pliegos constituye un paladín del respeto de la igualdad y la transparencia, puesto que muchas de las connivencias funcionario-proveedor provienen de la manipulación voluntaria de los requisitos de los pliegos de bases y condiciones generales y particulares sobre todo, en donde se incluyen cláusulas que únicamente pueden ser cumplidas por determinadas personas que se presentan a hacer negocios con el Estado¹⁴.

Estos requisitos implantados en los pliegos no denotan una abierta manifestación que clarifique la voluntad del funcionario de dirigir la oferta hacia determinado sujeto, sino que, mediante sutilezas técnicas, solo percibidas por expertos en la materia, se conduce a la posterior adjudicación del proveedor en cuyo favor se armó el pliego de bases (puede ser desde la medida de un tornillo o el material utilizado, hasta la exigencia de determinadas especificaciones que solo pueden

ciertas medidas administrativas contradictorias o contrarias a la expectativa inducida por la razonable estabilidad en los actos públicos”, 24/08/2011, “Vaccaro Hnos. S.A.I.C v. Provincia de Buenos Aires -UEFPF-”.

13 Pero en el caso que los precios no se correspondan a los de plaza, si admitimos la doctrina de la CSJN: “El contrato de prórroga fijando un precio máximo que significaba un incremento del 858% era irregular y, por tanto, susceptible de ser revocado, sin que obste a ello que se estuviese cumpliendo ya que, además de declararlo lesivo en su propia sede, la administración solicitó la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvencción”, Fallos: 321:174.

14 La C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, en los autos “Torello, Susana T. c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, LL, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIE, “Civismo y amparo”, tratándose de una acción de amparo iniciada por una afiliada, decidió que era nula la cláusula de un pliego de bases y condiciones para la selección de las empresas gerenciadoras del régimen de cobertura médico asistencial del PAMI, que establecía una indemnización exorbitante para el supuesto de rescisión anticipada del contrato, pues ello forzaría al mantenimiento del mismo ya que de lo contrario se pondría en riesgo su patrimonio y funcionamiento, con los consiguientes perjuicios para los afiliados en cuanto a los eventuales riesgos que tal situación podría provocarles en su salud. Ver también SANTIAGO R. CARRILLO, “La impugnación de actos administrativos en el procedimiento de selección del contratista en la República Argentina”, disponible en: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1088.pdf>.

ser cumplidas por un oferente como determinadas normas de normalización IRAM, o bien ante una estimación presupuestaria exagerada para dejar fuera de competencia a oferentes “muy competitivos” que ofrecen bajos precios¹⁵).

Este accionar ilegítimo no ha encontrado su correlato sustentado en el debido control que debería ejercerse sobre la materia pues, inclusive, se ha desalentado la práctica impugnatoria ante el temor a represalias –como *infra* expresamos– o bien ante el costo económico de recurrir ante la Justicia en un infructuoso intento de revertir la situación en la sede de este poder.

Del mismo modo, la etapa de evaluación de ofertas representa una oportunidad única para observar la opinión del órgano técnico en cuanto al cumplimiento de los requisitos de la oferta de los pliegos de bases y condiciones.

No obstante el carácter y naturaleza jurídica de la Comisión de evaluaciones en su función auditora del suministro, servicio u obra a contratar (conf. artículo 27, disposición 62-E/2016¹⁶) y su rol como órgano de opinión no vinculante, lo

15 Conf. artículo 69 Decreto 1030/2016: La Comisión Evaluadora, o la Unidad Operativa de Contrataciones en los procedimientos donde no sea obligatorio la emisión del dictamen de evaluación, podrá solicitar informes técnicos cuando presuma fundadamente que la propuesta no podrá ser cumplida en la forma debida por tratarse de precios excesivamente bajos de acuerdo con los criterios objetivos que surjan de los precios de mercado y de la evaluación de la capacidad del oferente.

16 Las Comisiones Evaluadoras emitirán su dictamen, el cual no tendrá carácter vinculante, sesionando de acuerdo a las pautas establecidas en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Serán contenidos mínimos del dictamen de evaluación: 1. Resultado de la consulta al Sistema de Información de Proveedores. 2. Verificación del cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes. Si el certificado fiscal para contratar no estuviera vigente durante la etapa de evaluación de las ofertas, no podrá recomendarse la desestimación por esta causa, salvo en aquellos casos en que el proveedor hubiere notificado la denegatoria efectuada por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS a su pedido o se tomare conocimiento de ello por algún otro medio. El mismo criterio deberá aplicarse para la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato. 3. Si existieren ofertas inadmisibles explicará los motivos fundándolos en las disposiciones pertinentes. Se entenderá por oferta inadmisibles aquella que no cumpla con los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes. 4. Si hubiera ofertas inconvenientes, deberá explicar los fundamentos para excluirlas del orden de mérito. Se entenderá que una oferta es inconveniente cuando por razones de precio, financiación u otras cuestiones no satisfaga adecuadamente los intereses de la entidad o jurisdicción contratante. 5. Respecto de las ofertas que resulten admisibles y convenientes, deberá considerar los factores previstos por el pliego de bases y condiciones particulares para la comparación de las ofertas y la incidencia de cada uno de ellos, y determinar el orden de mérito. 6. Recomendación sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento”.

La PTN ha dictaminado que: “Las Comisiones de Preadjudicaciones constituyen un servicio administrativo técnico de asesoramiento (permanente o ad-hoc), cuya competencia técnica consultiva se traduce en la preadjudicación, que es una propuesta o asesoramiento al órgano administrativo que debe adjudicar; y que, aún cuando sea un dictamen u opinión, está sometido a requisitos de publicidad siendo susceptible de impugnación (conf. Dict. 206-364). El asesoramiento de la

cierto es que la dependencia jerárquica a la que están sometidos dentro de la estructura organizativa de la que forma parte les impide apartarse de los objetivos de control que prevé la LAF.

En este caso, bueno sería que la Comisión de Evaluaciones se encuentre conformada por funcionarios no dependientes del órgano que instrumentó el procedimiento selectivo, o que miembros de la órganos de control integren también sus cuadros.

Consideramos también como coadyuvante de la función fiscalizadora a las impugnaciones de los proveedores de los dictámenes de evaluación, aunque aquí la institución de una garantía impugnatoria¹⁷ atenta contra la revisión de la legalidad y el buen ejercicio de la función administrativa y la consecución del fin público.

En cuanto al acto administrativo que materializa la voluntad estatal –denominado acto de adjudicación– y expresa la voluntad del órgano selectivo en cuanto a cuál o cuáles han sido las ofertas seleccionadas¹⁸, es dable mencionar que dicho acto no perfecciona el contrato hasta tanto opere la notificación de la orden de compra al proveedor¹⁹.

Al respecto, y en la etapa en análisis, resulta oportuno indicar que será el órgano competente para dictar la adjudicación quien deberá efectuar un razonable

Comisión de Preadjudicación debe contener: a) el detalle de todos los elementos y recaudos de cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación; b) el de las ofertas admisibles y las inadmisibles; c) la indicación de los motivos fundados que las hacen desestimables, así como cuáles son las que responden a las especificaciones del llamado, destacando en cada una, las eventuales ventajas de lo ofrecido con fijación del orden de mérito que corresponda según la evaluación realizada. La circunstancia de que la Comisión de Preadjudicaciones no haya evaluado todas las solicitudes presentadas permite concluir que la Administración actuó en forma arbitraria, en violación de los principios de igualdad, de equidad y de transparencia que deben regir en todo procedimiento de selección del co-contratante estatal; en consecuencia el acto administrativo no configura el resultado de un proceso lógico ajustado al procedimiento pertinente”, Dictámenes, 234-472.

17 El artículo 78 inciso *d* del Decreto 1030/2016 prevé que: “Los oferentes o los cocontratantes deberán constituir garantías:... De impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas: TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato...”. Ver al respecto ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. / CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, “El fin de las garantías de impugnación”, LL, Sup. Adm. 2006 (diciembre), p. 54.

18 No es ocioso recordar que un mismo procedimiento puede tener varios renglones, con lo que pueden confluir múltiples oferentes adjudicados. El artículo 74 del Decreto 1030/2016 prevé que: “La adjudicación será notificada al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los TRES (3) días de dictado el acto respectivo... Podrá adjudicarse aun cuando se haya presentado una sola oferta”.

19 Conf. artículo 75 Decreto 1030/2016: “La notificación de la orden de compra o de venta al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato...”.

control de legalidad previo a su dictado, y resolver –si existieren– las impugnaciones al dictamen de evaluación²⁰.

Tampoco puede soslayarse que en muchas ocasiones la discusión y agravios de los oferentes se circunscribirán a los aspectos técnicos de las ofertas, con lo cual, será imprescindible para observar un adecuado control la revisión efectuada por la Comisión Evaluadora sobre aquellas cuestiones técnicas planteadas²¹ por los oferentes contra su dictamen; en este punto, el acto de adjudicación debería constituir un acto complejo en donde intervienen y refrendan con su firma el órgano titular de la competencia, la Comisión Evaluadora y el órgano que proyecta y suscribe el pliego de bases y condiciones, pues solo concibiendo al procedimiento de selección como una concatenación de actos en donde intervienen diversos órganos del sujeto contratante -y por el cual son todos responsables-, podremos arribar al objetivo de la eficiencia y de la conciencia pública.

En este contexto, cabe indicar que responsabilizándose a toda la cadena de factores de la contratación por la legalidad y eficacia del procedimiento podrá vislumbrarse un adecuado ejercicio de control sobre la adjudicación del contrato al oferente, debiendo contemplarse también la creación de un órgano especializado de la SIGEN que se encargue de revisar los actos de adjudicación y refrendar también su contenido y legalidad.

Ello, y conforme las normas que responsabilizan a los funcionarios públicos por los daños y perjuicios causados al Estado en los términos del artículo 130 de la LAF²².

Del mismo modo, y durante el período de ejecución contractual, deberían ajustarse los controles a fin de resguardar los intereses del Estado, sobre todo en temas en donde se encuentran involucradas cuestiones económicas complejas, como ser, procedimientos de redeterminación de precios, anticipos financieros, paralización de la obra y gastos improductivos, mora en la ejecución del contrato, multas, etc.

20 La jurisprudencia ha dicho que: “Es recién con el acto de adjudicación definitiva del contrato administrativo cuando el adjudicatario adquiere un derecho subjetivo que lo diferencia del resto de los oferentes y que, como contrapartida, obliga a la Administración a resarcirlo ante la falta de perfeccionamiento del referido contrato”. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 13/06/01, “Vilodi S.A. c/E.N. (M° de Defensa) EMGE -Comisión Adm. Ejército s/contrato administrativo”, Expte, 12.439/97.

21 La segunda parte del citado artículo 74 del Reglamento del Régimen de Contrataciones Nacional prevé: “Si se hubieran formulado impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas, éstas serán resueltas en el mismo acto que disponga la adjudicación...”

22 Dice el artículo: “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

La profundidad y diversidad de temas en el universo contractual y su debido contralor deben conjugarse y coordinarse entre los órganos encargados de ejercer aquel control y el propio órgano contratante, puesto que la dinámica e inercia como así también la imperiosa necesidad de contar con los bienes y servicios que hacen a los fines públicos eliminan la posibilidad de contingencias que lesionen la legalidad y eficiencia del Estado en el cumplimiento y ejercicio de sus competencias.

Para ello, deben extremarse los controles –y especializar a quienes los ejecutan– a fin de detectar en tiempo real desviaciones de poder que ocasionan un perjuicio para el Estado.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina