

Poder Judicial de San Luis

ADM 2958/17

"COMPRAS 2017 - BACKUPS Y SERVIDORES - LICITACION PUBLICA N°: 9/2017

16.1.- 4-BIENES DE USO

EXPTE DE GESTION"

AUTO INTERLOCUTORIO N° 138-STJSL-SA-2019.

SAN LUIS, dos de septiembre de dos mil diecinueve.-

AUTOS Y VISTOS: "COMPRAS 2017- BACKUPS Y SERVIDORES – LICITACION PUBLICA N° 9/2017 16.1.- 4 - BIENES DE USO EXPTE DE GESTION. ADM 2958/17; y

CONSIDERANDO: I) Mediante Acuerdo N° 747/17 de fecha 22/11/2017 (actuación N° 8271452) el Superior Tribunal de Justicia convoca a licitación pública N° 9/2017 para la adquisición de soluciones de backup y servidores, con una imputación presupuestaria de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS SETENTA Y CINCO (\$ 1.575.000,00).

Que conforme surge de Acta de Apertura de fecha 26/12/17 (actuación N° 8469344), se recibieron dos ofertas de las empresas Ingeniería Positiva y Naxus S.R.L. La primera por la suma de PESOS UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UNO CON 14/100 (\$ 1.469.391,14) y la restante perteneciente a la firma NAXOS KUT S.A. por PESOS DOS MILLONES DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO CON 40/100 (\$ 2.018.578,40), con dos alternativas a su oferta principal.

En fecha 15/02/18 por actuación N° 8614920, obra dictamen de la Comisión Evaluadora, en el que se recomienda la adjudicación de la Licitación Pública Nro. 9/2017 para la "ADQUISICION DE SOLUCION DE BACKUP Y SERVIDORES" para los renglones 1, 3, 4 y 5 a la empresa INGENIERIA POSITIVA S.A. y el renglón 2 a la empresa NAXOS

Poder Judicial de San Luis

KUT S.A. Ambas propuestas fueron expresadas en pesos, lo que fue considerado por la Comisión Evaluadora al momento de dictaminar sobre la conveniencia económica de cada propuesta.

Que por Acuerdo N° 60 de fecha 27/02/18 (actuación N° 8698241), se adjudica a la empresa INGENIERIA POSITIVA S.A., CUIT 30-71405454-2, los renglones 1, 3, 4 y 5 de la Licitación Pública N° 9/2017, por ajustarse a lo solicitado técnicamente y ser la mejor oferta económica en los mencionados renglones, de acuerdo al informe de la Comisión de Pre adjudicación, por un total de PESOS UN MILLON TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS CON 28/100 (\$ 1.392.582,28).

Asimismo, en dicho Acuerdo se adjudica a la empresa NAXOS KUT S.A., CUIT 30-71479078-8, el renglón 2 de la Licitación Pública N° 9/2017, por ajustarse a lo solicitado técnicamente y ser la mejor oferta económica en el mencionado renglón, de acuerdo al informe de la Comisión de Pre adjudicación, por un total de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO CON 75/100 (\$ 45.344,75).

Que en fecha 02/03/18 por actuación N° 8733991 se emite la orden de provisión N° 6577, por el importe de UN MILLON TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHEINTA Y DOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS (\$ 1.392.582,28). Que de dicha orden de provisión se adjudican los renglones 1, 3, 4 y 5.

Que en fecha 02/03/18 por actuación N° 8733984 se emite la orden de provisión N° 6578, por el importe de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO CON 75/100 (\$ 45.344,75). Que de dicha orden de provisión se adjudica el renglón N° 2.

II) Que en fecha 09/01/19 en archivo adjunto correspondiente a la actuación N° 10786515, obra reclamo administrativo efectuado por la empresa Ingeniería Positiva S.A., con el objeto de que el

Poder Judicial de San Luis

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, en uso de las facultades institucionales que la Constitución Provincial le confiere, proceda a la redeterminación de los precios de la Licitación Pública N° 9/2017 y al restablecimiento de la ecuación económica de las obligaciones emergentes de dicha licitación.

Manifiesta en dicho reclamo que Ingeniería Positiva S.A., una vez adjudicada la licitación, pidió el producto al fabricante Hewlett Packard (en adelante, HP) ya que los productos fueron adquiridos en el exterior porque los mismos no se fabrican en el país. Que todos los productos y componentes que fueron entregados no son producidos en el país por ninguna de las marcas conocidas, ni siquiera son ensamblados, ya que todo se fabrica en el exterior, produciéndose una demora de 120 días en entregar lo solicitado, haciendo entrega finalmente a este Poder Judicial el día 06 de Agosto de 2018.

Alega que, en todo este itinerario, como es de público conocimiento, se produjo una devaluación de la moneda nacional respecto del dólar estadounidense de un 126% aproximadamente.

Asimismo manifiesta que de acuerdo a los términos y condiciones de la contratación entre Ingeniería Positiva y HP, al no haberse realizado al día el pago de los productos entregados, la parte licenciataria se encuentra en mora produciendo el quebranto económico de la empresa si HP procede a ejecutar dicha deuda, ya que la misma fue contraída en dólares, y por lo tanto, la deuda vencida al día de la fecha, continua siendo en dólares.

Expone que al momento de emitirse la Orden de Provisión, el 02 de marzo de 2018, si bien el dólar se encontraba ya a esa fecha a AR\$ 20,50, se toma en realidad el dólar a AR\$ 17,70, lo que da como resultado un importe por AR\$ 1.392.582,28. Ingeniería Positiva había presupuestado un monto total de U\$D 83.016,45; como la Adjudicación se hizo por los renglones 1, 3, 4 y 5, el monto final reconocido fue de U\$D

Poder Judicial de San Luis

78.676,97 (monto que surge de restar al monto total de U\$D 83.016,45 el importe correspondiente al Renglón N° 2, de U\$D 4.339,48).

Agrega que el importe de U\$D 78.676,97 con un dólar a AR\$ 17,70 (cotización del día 18 de diciembre de 2017) equivalía a AR\$ 1.392.582,37, monto que se corresponde con el precio total reconocido en la Orden de Provisión N° 6577. Destaca que desde la apertura de los sobres y la adjudicación del contrato a la oferente, el día 18 de diciembre de 2017, hasta la emisión de la orden de compra el 02 de marzo, transcurrieron cuatro meses, período en el cual el dólar subió un 15,82%, aumentando en alrededor de dos pesos con 80/100 (AR\$ 2,80), pasando de 17,70 a AR\$ 20,50, es decir, el dólar.

Expresa que Ingeniería Positiva, una vez recibida la Orden de Provisión, solicita al fabricante HP, la fabricación de todos los productos incluidos en los Renglones 1, 3, 4 y 5 en fecha 14 de marzo de 2018, momento en el cual el dólar cotizaba a AR\$ 20,45 y tal como es posible observar, la ganancia de la licenciataria ya se encontraba prácticamente licuada por este aumento. A pesar de ello, Ingeniería Positiva, en muestra de plena buena fe y colaboración con el Poder Judicial, decide continuar con la Licitación.

Expone que, durante la fecha de fabricación de los productos, el dólar se incrementó en un 17,51%, aumentando a AR\$ 20,80 (tomando la cotización del día 27 de abril de 2018). Que Ingeniería Positiva, de acuerdo a los términos de la licitación, contaba con 60 días para entregar los productos, término que se vencía en mayo de 2018. Esta demora en la entrega de los productos se debió a que tales mercancías se encontraban retenidas en Aduana, retención que escapa a la voluntad y responsabilidad del licenciatario.

Relata que HP hace entrega de tales productos finalmente el 26 de julio de 2018, tal como se mencionó más arriba y como consta en los remitos que se adjuntan, y la entrega definitiva al Poder

Poder Judicial de San Luis

Judicial, por parte de Ingeniería Positiva, se hace de manera personal por su presidente, Gustavo Fariña, el día 6 de agosto de 2018. Cabe resaltar aquí que más allá de la demora en la entrega (es decir, con posterioridad a los 60 días), no ha existido por Parte del Poder Judicial reclamo alguno, recibiendo la mercadería sin ningún tipo de reservas ni inconvenientes. También pone de manifiesto que de acuerdo al Anexo Pliego de Bases y Condiciones Particulares, en su Punto N° 10, expresamente se prevé que: "A partir de la fecha de entrega de los bienes por el Adjudicatario, el Organismo contratante, se reserva un plazo de hasta veinte (20) días hábiles destinados a efectuar los tests y pruebas de verificación de los rendimientos, capacidades y cualidades de los bienes y/o servicios con las especificaciones requeridas" — plazo que, al día de la fecha, se encuentra ya cumplido, sin que haya habido reclamo alguno a la licenciataria.

Agrega que también que se produjeron dos saltos significativos en el precio del dólar respecto de la moneda nacional: el primer salto se produce el 4 de julio, fecha en que se emiten los remitos de la mercaderías de HP (Remito N° 0025-00052851), cuando el dólar se incrementa en un 61,58%, pasando a valer AR\$ 28,60; el segundo salto significativo se produce el día 30 de agosto de 2018, con un incremento del 115,82%, pasando a valer AR\$ 38,20, fecha para la cual ya se encontraba toda la mercadería en manos del Poder Judicial. Que aun no habiendo recibido el pago por los productos licitados y entregados al Poder Judicial, y en muestra de la plena buena fe y colaboración que ha caracterizado a Ingeniería Positiva en su relación con el Poder Judicial de la provincia de San Luis, el día 6 de noviembre hace entrega de placas y cables que le fueron solicitadas por el personal del Poder Judicial.

Expresa que Ingeniería Positiva intentó emitir factura con el valor de la mercadería expresado en dólares, la cual le fue rechazada. Después de una serie de conversaciones y comunicaciones con el personal del Poder Judicial encargado de la recepción de la mercadería, finalmente emite la Factura N° 0004-00000122 de fecha 26 de diciembre del 2018 con

Poder Judicial de San Luis

el monto en pesos argentinos expresados en la Orden de Provisión N° 6577, por la suma de \$ 1.392.582,28, ya que de otra manera no le sería receptada. La misma fue entregada al poder judicial el 27 de diciembre de 2018. Cumpliendo con los requisitos de forma y de ley, ese mismo día, el 27 de diciembre de 2018, presenta la reserva de dicho importe, a los efectos de salvaguardar su derecho a futuros reclamos.

Alega que al día de la fecha, el Poder Judicial no ha efectivizado el pago de dicha Orden, por lo que la deuda, contraída y mantenida en moneda dólar estadounidense por el importe de USD 78.676,97 (setenta y ocho mil seiscientos setenta y seis dólares estadounidenses con 97/100) se mantiene vigente, con la diferencia de que dicho importe ya no representa la suma consignada en la Orden por \$1.392.582,37 pesos argentinos, ya que al día de la fecha la moneda nacional experimentó una devaluación de un 126% aproximadamente.

Sostiene que si se toma la cotización oficial del dólar del Banco Nación al día de la fecha del reclamo administrativo (02 de enero de 2018), siendo la misma de AR\$ 38,60, el importe de aquella deuda aumenta a AR\$ 3.036.931,04 (tres millones treinta y seis mil novecientos treinta y un pesos argentinos con 04/100), lo que equivale a una diferencia de AR\$ 1.644.348,67 (un millón seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos cuarenta y ocho pesos argentinos con 67/100). Que dicha diferencia representa un monto que significaría, sin más, la quiebra de la Empresa Ingeniería Positiva.

III) Que en fecha 23/01/19 por actuación N° 10804370, obra informe de la Dirección Contable, requerido por providencia de fecha 10/01/19.

IV) En fecha 11/02/19 por actuación N° 10895416, la Directora Contable del Poder Judicial CPN María de las Mercedes Bestard, amplía el informe, conforme lo ordenado por decreto de fecha 01/02/19 (actuación N° 10825977)

Poder Judicial de San Luis

V) Que en fecha 15/03/19 obra Carta Documento N° CKD 0014057 (0) remitida por la Sra. Presidente del Superior Tribunal de Justicia Dra. Martha Raquel Corvalán, dirigida a la empresa Ingeniería Positiva S.A. requiriéndole que acredite las fechas en que adquirió los bienes entregados y la cotización del dólar en tales fechas y en la de la adjudicación. Que en fecha 30/04/19 obra constancia de contestación de la empresa requerida, mediante Nota que obra en actuación N° 11493705.

VI) El reclamo no puede ser receptado, en razón de los fundamentos que de seguido se exponen.

En primer lugar, el Acuerdo N° 463 de fecha 13/11/15, que aprueba en todas sus partes el Pliego de Condiciones Generales al que deberán ajustarse todas las contrataciones en el ámbito del Poder Judicial, en su art. 3° establece el marco jurídico aplicable, a saber: a) Ley Provincial N° VIII-0256-2004 de Contabilidad, Administración y Control Público, su modificatoria Ley N° VIII-0867-2013 y las que se dicten en consecuencia. b) Decretos N° 2863-MC-2004, N° 5287-MHP-2008, N° 448-MHP-2009, 784-MHP- 2009, 2867-MHP-2011, 4248- MHyOP-2013 y los que en el futuro se dicten. c) El Pliego General d) El Pliego Particular de Bases y Condiciones, sus aclaratorias y Adendas.

La doctrina ha sostenido que el pliego de bases y condiciones generales contiene el conjunto de disposiciones aplicables a la totalidad de los contratos de una misma categoría, es decir, a todos los contratos de obra pública, suministro, concesión, etc. Este documento contiene las reglas que se aplicarán a todos los contratos de un mismo tipo en lo atinente, por ej., a la forma de adjudicación, garantías de oferta y de ejecución contractual, condiciones de trabajo, entregas, tolerancias, fuerza mayor, cláusulas penales, rescisión, etc. Estos pliegos son complementados por los denominados de condiciones especiales, que se refieren a las características particulares del contrato a celebrarse. (*LICITACION PUBLICA*, por Roberto Dromi, Ed. Ciudad Argentina, 2° ed. actualizada, 1995, Buenos Aires, pág. 256 y s.s.).

Poder Judicial de San Luis

En el caso en estudio, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la Licitación Pública N° 9/17 convocada por Acuerdo N° 747/17 (22/11/17), establece en su ap. 5° que *“Las propuestas deberán ser redactadas en idioma nacional, en formularios del Oferente, conteniendo el precio unitario y cierto, en números, expresadas en pesos argentinos, con referencia a las unidades solicitadas o su equivalente.”*

A su vez, el ap. 6° dispone que *“Los precios de los productos aquí solicitados deberán ser cotizados en PESOS ARGENTINOS, con IVA y todo gasto de puesto en destino, incluido en el valor final del bien ofertado.”*

Por Acuerdo N° 60 de fecha 27/02/18 se dispone la adjudicación de los renglones 1, 3, 4 y 5 de la Licitación Pública N° 09/17 a la empresa Ingeniería Positiva S.A, y en fecha 02/03/18 se emite la respectiva Orden de Provisión, cuyos valores adjudicados y comunicados al oferente eran en pesos argentinos, y ello no fue cuestionado por la empresa adjudicataria. A su vez, el Acuerdo N° 60 que, reitero, dispuso la adjudicación en pesos, no estableció ningún tipo de ajuste o de actualización del precio al momento del pago.

El ap. 14 del Pliego Particular establece que: *“Todos los elementos aquí solicitados deberán ser entregados dentro de los sesenta (60) días corridos posteriores a la orden de compra, y este plazo será prorrogable en caso de imposibilidad de cumplir debidamente acreditada. El lugar de entrega será en las oficinas de Secretaría de Informática, situadas en 9 de Julio N° 934, planta baja, San Luis, Capital. Todo costo de envío o traslado se encuentra en exclusivo cargo del oferente.”*

El plazo de entrega venció en fecha 1/05/18, por lo que la adjudicataria se encontraba en mora, lo que es reconocido por ésta. En su escrito, alega que responsabiliza la demora a su proveedora Hewlett Packard porque los productos objeto de la licitación eran fabricados en el

Poder Judicial de San Luis

exterior. Sostiene que se demoró su proveedor y recién le entregó el producto en fecha 26/07/18, ya vencido el plazo en el cual el adjudicatario se comprometió en virtud de la Licitación Pública N° 09/17. Estas circunstancias que la adjudicataria alega y explica para justificar su mora, debieron ser indicadas o advertidas en la oferta, para evaluar conjuntamente el resto de las ofertas, y garantizar un trato igualitario a todos los oferentes, ya que no se trata de circunstancias sobrevinientes o imprevistas al contratar.

El recurrente sostiene que se produjeron dos variaciones significativas en el precio del dólar: una en fecha 04/07/18 (61,58%) y otra en fecha 30/08/18 (115,82 %), pero se advierte que ambos momentos se produjeron cuando el adjudicatario ya se encontraba en mora, producida por el vencimiento del plazo legal en fecha 01/05/18.

Asimismo, en fecha 30/04/19 obra constancia de contestación de la empresa requerida, mediante Nota que obra en actuación N° 11493705, a la Carta Documento remitida por la Sra. Presidente del Superior Tribunal de Justicia, Dra. Martha Raquel Corvalán, en la que informa que: *“Para cumplir con su obligación contraría frente al Poder Judicial de San Luis, Ingeniería Positiva adquirió los productos en dólares, ya que es la única forma en que el fabricante (HP) vende sus productos; asimismo, y como es habitual, el fabricante entregó los productos en Cuenta Corriente en dólares, por lo que el pago de tales productos no se hace al momento de la entrega física, sino cuando el licitador (el Poder Judicial de San Luis) hace efectivo pago de la Licitación....”* Lo señalado permite concluir que dicha circunstancia era conocida por la empresa contratista, y era el modo habitual de contratar con su empresa proveedora.

Señalamos junto con la doctrina, que el menoscabo o alteración del equilibrio económico-financiero puede responder a tres causas: a) imputables directamente al Estado contratante (responsabilidad contractual del Estado, por ej., el hecho de la Administración); b) imputables indirectamente al Estado contratante (responsabilidad extracontractual del

Poder Judicial de San Luis

estado, por ej., hecho del príncipe); y c) no imputables al Estado (por ej., la teoría de la imprevisión).

En tales situaciones, el contratista tendrá el derecho primordial y básico a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación financiera del contrato. Así, se ha admitido la modificación de cláusulas de mayores costos frente a circunstancias sobrevinientes o imprevistas al contratar, entendiendo que con ello no se violaba la igualdad del procedimiento, en tanto no se acordaba un beneficio gracioso, sino que era el resultado de la aplicación de los principios jurídicos y de disposiciones legales pertinentes frente a tales circunstancias. (ROBERTO DROMI, ob. cit., pág. 518/19).

No es el caos que nos ocupa., como dijimos supra, frente a circunstancias conocidas y por lo tanto, previsibles para la empresa contratista.

Recordemos que la CSJN (*Fallos* 326:1851) en el considerando 6 de la sentencia del 11 de junio de 2003 en causa E. 9. XXXV. R.O. caratulada *“Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”*, dijo:

“Que la buena fe implica un deber de coherencia de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever; regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado como del derecho administrativo, en el que, por consiguiente -según se ha resuelto repetidamente-, también es dable exigir un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte (Fallos: 308:191, considerando 5º, y 314:491, entre otros).”

Poder Judicial de San Luis

Así también, se ha distinguido la buena fe objetiva (buena fe-creencia-confianza) y la buena fe subjetiva (buena fe-probidad o buena fe lealtad).

En dicho último caso, se ha expresado que implica: “a) *colaboración recíproca*; b) *abstención de actos antifuncionales*; c) *brindar conocimiento al otro contratante de actos dañosos para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte*; d) *cumplimiento a lo que en forma virtual surja de lo pactado*; e) *comprensión legal y prueba de lo contratado (interpretación de buena fe)*; f) *terminación no intempestiva*.” (cf. Miriam E. Ivanega, “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, publicado en Revista RAP, Ediciones Especiales, “Cuestiones de Contratos Administrativos”, en *Jornadas en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, 2006, página 27/28, fuente: página web www.revistarap.com.ar, acceso 15/08/19).

Por lo que corresponde rechazar el reclamo administrativo interpuesto por la empresa adjudicataria, por el que solicita la redeterminación de los precios de la Licitación Pública N° 9/2017 y al restablecimiento de la ecuación económica de las obligaciones emergentes de dicha licitación, por no verificarse en el presente procedimiento licitatorio los presupuestos fácticos que permitan hacer procedente lo reclamado.

Por todo lo expuesto, consideraciones dadas,

SE RESUELVE: Rechazar el reclamo administrativo efectuado por la empresa Ingeniería Positiva S.A. de fecha 09/01/19, en archivo adjunto, correspondiente a la actuación N° 10786515.

REGISTRESE y NOTIFIQUESE.

La presente actuación se encuentra firmada digitalmente en el sistema de gestión informático por los Señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO. No siendo necesaria la firma manuscrita, Art. 9 Acuerdo 61/2017.-