

**LA NOCIÓN DE OFERTA MÁS CONVENIENTE  
COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO \***

*THE MOST CONVENIENT OFFER AS AN  
INDETERMINED LEGAL CONCEPT*

*Andrea Galdeano \*\**

**Resumen:** La resolución judicial objeto del presente trabajo recoge la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y reconstruye a partir de sus postulados la cuestión litigiosa, lo que resulta de interés en atención a la profusa difusión que ha despertado en los teóricos nacionales dicha categoría doctrinaria extranjera. En el análisis, se explicitarán, a la luz de la doctrina señalada, las consecuencias que arroja su adopción respecto de la interpretación propuesta por la Cámara, explorando a la par otros argumentos que resultaría, en principio, plausible asumir.

**Palabras-clave:** Oferta más conveniente - Conceptos jurídicos indeterminados - Interpretación Judicial - Teoría de la interpretación.

**Abstract:** The judicial resolution, object of the present work, reflects the doctrine of indeterminate legal concepts and reconstructs from its postulates the litigious question, which is of interest in attention to the profuse diffusion that has awakened in the national theorists that foreign doctrinaire category. In the analysis, it will be made explicit, in the light of the aforementioned doctrine, the consequences of its adoption with respect to the interpretation proposed by the Chamber, while exploring, at the same time, other arguments that, in principle, it would be plausible to assume.

**Keywords:** Most convenient offer - Indetermined legal concept - Judicial interpretation - Theory of interpretation.

**Sumario:** I. Objeto del trabajo.- II. El caso.- III. A propósito de los conceptos jurídicos indeterminados.- IV. Conclusiones.

---

\* Trabajo recibido para su publicación el 30 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 27 de septiembre del mismo año.

\*\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Maestrando en la Maestría en Derecho y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho (UNC). Maestrando en la Maestría en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho (UNC). Adscripta en Derecho Procesal Administrativo. Tutora de Derecho Administrativo en la Universidad Siglo21. (E-mail: andreagaldeano@hotmail.com).

## I. Objeto del trabajo

El fallo seleccionado resulta de interés, en cuanto recoge la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y reconstruye a partir de sus postulados la cuestión litigiosa; ello, en atención a la profusa difusión que ha despertado en los teóricos nacionales dicha categoría doctrinaria extranjera.

El cometido del presente es explicitar, a la luz de la doctrina señalada, las consecuencias que arroja su adopción respecto de la interpretación propuesta por la Cámara, explorando, a la par, otros argumentos que resultaría, en principio, plausible asumir.

En especial, se pretende resaltar la relación que suscita la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados con las tradicionales categorías del derecho administrativo que distinguen el ejercicio por parte de la Administración de facultades discrecionales o regladas.

## II. El caso

Fallo comentado: Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, recaída *in re*: “Casinos del Litoral S.A. JCR S.A. y otra c/ Provincia de Córdoba - Ilegitimidad” del 29/10/2007, Lexis N° 0003/014159.

En el caso de análisis la parte actora, una Unión Transitoria de Empresas (1) (en adelante, UTE), cuestiona por medio de una acción de ilegitimidad los actos administrativos emanados de la Provincia de Córdoba, en cuanto dispusieron adjudicar a la oferente Servicios del Centro S.A. - Grancor S.A. la licitación pública nacional e internacional convocada mediante decreto 1344/2002 para otorgar la concesión de la instalación y explotación de máquinas de juego (*slots*) en la provincia de Córdoba, en virtud de haber efectuado la oferta “más ventajosa y conveniente”.

Los actos impugnados son el decreto 2157/2002, que dispuso la adjudicación, y su similar 209/2003, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto en contra del anterior.

La actora cuestionó centralmente la preadjudicación, es decir, la actividad desarrollada por el Comité de Evaluación, en atención a dos cuestiones: por estimarla infundada, ya que afirmaba que no se habían explicitado las razones o motivaciones de la selección y por cuanto no fue justificado el método de asignación de puntaje a los oferentes.

Asimismo, la actora identificó aquellos aspectos de la actividad de la Administración que implican el ejercicio de facultades discrecionales, para sí concluir que la adjudica-

---

(1) Hoy Unión Transitoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1463 del Código Civil y Comercial de la Nación.

cación en definitiva constituye parte de aquellas prerrogativas que están prescriptas, determinadas y regladas en el pliego.

La demandada por su parte expresó centralmente que el cuestionamiento de la UTE respecto de la preadjudicación era tardío, de conformidad con lo establecido en el pliego de que se trata, resaltando que dicho pliego resulta ley para las partes. Razonó en suma que no existía nulidad y que el cuestionamiento solo traslucía la disconformidad de la parte actora.

Huelga precisar que el sistema de calificación a los fines de la adjudicación estructuraba el establecimiento de puntajes, de conformidad a criterios técnicos y objetivos, los que no fueron cuestionados, durante el procedimiento administrativo por la parte actora. Aquella oferente con el mayor puntaje resultaría en definitiva la adjudicataria. La noción indeterminada de oferta más conveniente resultaba en suma determinable, a la propuesta que hubiera obtenido el mejor puntaje.

Ahora bien, como se adelantara, el énfasis central del presente viene dado por la introducción por parte del tribunal, de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados para explicar la noción de “oferta más conveniente” que señalaba el pliego.

En tal sentido al introducir la cuestión la sentenciante expresa: “Como se advierte, los ptos. 1.4. y 8.5 del pliego se refieren a la ‘oferta más conveniente’. Entonces, por ser ello de singular relevancia para el análisis que luego realizaré, me ocuparé primeramente de establecer *qué tipo de atribución es la que el pliego ha asignado al Comité en orden a seleccionar la oferta más conveniente*” (el resaltado no consta en el original).

En suma, el juzgador busca elucidar si la decisión de la Administración, en cabeza primero del Comité de Evaluación, se trata del ejercicio de facultades regladas o discrecionales.

Seguidamente, se pronuncia al respecto y afirma: “*El proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado*, porque no admite más que una solución justa frente al caso concreto. Es indubitablemente un proceso de aplicación e interpretación de la ley, pero con necesidad de mayor esfuerzo de valoración jurídica. La interpretación jurídica correcta de un concepto, a la vista de un caso concreto, sólo admite una solución justa coherente con la idea de legalidad y justicia que la propia norma expresa” (la cursiva no consta en el original).

En definitiva, en el caso, el tribunal entendió que, por tratarse la noción de oferta más conveniente de un concepto jurídico indeterminado, la actividad de la Administración se tradujo en el ejercicio de una potestad reglada, y por ello sometida a revisión judicial, sin que existan a su respecto límites a dicha actividad revisora por parte de la jurisdicción.

Ahora bien, a los fines propuestos vale especificar entonces, la noción de conceptos jurídicos indeterminados, así como sus implicancias respecto de la tradicional distin-

ción de la doctrina administrativista ejercicio de potestades discrecionales y potestades regladas por parte de la Administración.

### III. A propósito de los conceptos jurídicos indeterminados

En una de sus enunciaciones más clásicas (2) en la doctrina del Derecho Continental, se expresa que: "(...) con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto admite ser precisado en el momento de la aplicación. La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones de éste, las cuales sólo permiten una 'unidad de solución justa' en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, observable por tanto y no de volición".

De tal conceptualización, se desprenden tres notas salientes:

1. Se trata de enunciados indeterminados pero determinables en la instancia de su aplicación, en oportunidad de su valoración en un caso.
2. Requiere del intérprete o juzgador una actividad intelectual de cognición, es decir que supone un contexto de descubrimiento, por contraposición a un acto puro de voluntad o de creación.
3. Para cierto sector de la doctrina, entraña una única solución justa, mientras que otros teóricos, se refieren a una "unidad de solución justa".

Más allá de que cada uno de los caracteres reseñados pueda ser objeto de debate, en especial respecto de la conocida polémica en torno a la interpretación jurídica como una actividad que pueda siquiera reputarse como intelectual (3), entre los administrativistas ha sido la última nota la que ha suscitado la mayor controversia, en el entendimiento de que ciertos supuestos de hecho son capaces de desafiar, tales precisiones teóricas.

En tal sentido se pronuncia Sesin, cuando expresa que: "Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del margen de apreciación una particular modalidad discrecional. En consecuencia, sostengo que los conceptos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso

---

(2) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, España, 2003, p. 451.

(3) GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Méjico, 1999, pp. 13-16.

concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectual interpretativo puro o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula. En definitiva, no coincido con quienes afirman que lo aludido por el término oferta más conveniente o más ventajosa es un concepto jurídico indeterminado que sólo admite una solución justa. Lo mismo puede decirse de la urgencia en una contratación. Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación del referido concepto para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho” (4).

Seguidamente, el autor señalado concluye que la teoría sólo sirve parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto ello dependerá de la existencia o inexistencia en el caso de datos objetivos en su realización concreta.

En términos prácticos, los que afirma el catedrático es que para ciertos supuestos de hecho, no existirá una única solución justa, sino varias en pie de igualdad, cuando “por ejemplo, existen seis ofertas que técnica y económicamente resulten equivalentes”.

La objeción que alza el autor cordobés, junto con otros teóricos nacionales (5), ha sido por su parte objeto de réplica (6) en el sentido de que corresponde distinguir que en un caso pueda existir una única “unidad de solución justa”, con el hecho de que ello se resuelva en una única opción.

Más simple: que exista una única unidad de solución justa en un proceso de selección de contratista, no implica que de todas las ofertas que se hayan presentado en el procedimiento licitatorio, una y sólo una de ellas pueda ser reputada como la oferta más conveniente, ya que puede darse el caso de empate, como bien lo señala Sesin.

Lo que se afirma es que una misma oferta no puede ser la más conveniente y no serlo a la misma vez.

Hasta aquí, entonces, nada que los principios más básicos de la lógica no prescriban.

Entonces, ¿qué utilidad reporta esta construcción teórica? Se estima que podrían resumirse cuanto menos en dos aspectos.

En el hecho de brindar una técnica interpretativa muy *a la Hart* (7) que permita identificar en cualquier concepto jurídico indeterminado dada su estructura compleja,

---

(4) SESÍN, Domingo. “La determinación de la oferta más conveniente en los Contratos Administrativos”, *Revista de la Facultad*, Vol. Nº 2, Nueva Serie II, 2014, pp. 14 y 18.

(5) BALBÍN, Carlos F. *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 512.

(6) MONTI, Ezequiel. “Conceptos Jurídicos Indeterminados y discrecionalidad de la Administración. Una incursión de penumbra de la revisión judicial”. Publicado en [www.dpicuatico.com](http://www.dpicuatico.com). Recuperado de [http://www.dpicuatico.com/rueda/2012\\_r1\\_art\\_01\\_det.php#\\_ftn31](http://www.dpicuatico.com/rueda/2012_r1_art_01_det.php#_ftn31)

(7) HART, Herbert L. A. *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (original inglés de 1961).

una zona de certeza positiva, una zona de certeza negativa y por último una zona de incertidumbre o “halo conceptual” (8).

Es decir, una estrategia que nos permita identificar casos claramente comprendidos en el concepto, claramente excluidos de él, para dejarnos con una muestra más limitada de casos que, “como regla general, no admiten más que una solución justa (aunque en su halo conceptual pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas)” (9).

Pero especialmente, la razón de ser de la tesis que se comenta es su pretensión de limitar la discrecionalidad en la actuación de la Administración, en el entendimiento de que, por tratarse de una solución predeterminada por la ley, se trataría del ejercicio de facultades regladas y por tanto ampliamente revisables por la jurisdicción.

Esta última pretensión resulta por demás discutible, ya que conviene distinguir conceptualmente la utilización de conceptos indeterminados por parte del material normativo (ejercicio de potestades regladas). Dos cuestiones a su respecto.

La crítica de Sesin es certera porque explicita, más allá del recurso elusivo de una única “unidad de solución justa”, que la misma puede desembocar en varias opciones en pie de igualdad, que exigirán nuevamente una opción, y se sabe que allí donde hay alternativa, se está en presencia de libertad o discrecionalidad (10).

Pero especialmente, porque resulta inadecuado, de conformidad con el Estado de Derecho actual y en el nuevo paradigma jurídico al que está dando lugar el constitucionalismo contemporáneo, estimar que el ejercicio de potestades discrecionales implique en algún sentido un comodín que le permita al sujeto titular de dichas potestades una opción que no esté circunscripta a un “orden jurídico”.

Es sabido que la Administración debe ceñir su actuación no sólo a lo prescripto por la norma, lo que queda resumido en el antiguo “principio de legalidad”, sino al orden jurídico todo, con especial reconocimiento de la influencia que ejerce la Constitución como fuente de derecho.

Asimismo, cualquier decisión exigirá que se expliciten las razones que la justifiquen, ya que la discrecionalidad, no supone en ningún sentido la arbitrariedad.

Todo lo cual, no empece lo señalado previamente. Es decir, al hecho de que no conviene “(a)ceptar, entonces, que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea sólo intelectual, negando la posibilidad de que éste, según el caso,

---

(8) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 451.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos. *La Discrecionalidad Administrativa*, La Ley, 2008. Recuperado de [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_discrecionalidad\\_administrativa.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf).

(10) LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Revista Doxa* N° 25, 2002. Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf).

pueda ser también volitivo o discrecional” lo que importaría “un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad, y, por ende, promover el control judicial total. Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que, al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control (...). La prudencia frente a soluciones medianamente aceptables, y el coraje ante el abuso, la arbitrariedad, el error manifiesto y la injusticia, constituyen pautas rectoras que el juzgador debe tener presente” (11).

#### IV. Conclusiones

En definitiva, la noción de análisis puede identificarse como un esfuerzo teórico encaminado a limitar las facultades discrecionales de la Administración, que al postular que existe una única solución justa, busca eliminar la potestad de opción entre alternativas igualmente válidas, estimando que, en todos los casos, es la propia norma la que determina el resultado.

Consecuentemente, ante la presencia de un concepto indeterminado, el intérprete se embarcaría en una actividad intelectual a fin de interpretar la normativa arribando a un resultado único que pueda ser reputado como justo, actividad que resultaría ampliamente revisable en sede judicial.

Tal y como surge de lo esbozado, es posible distinguir conceptualmente las categorías “conceptos indeterminados”, del ejercicio “reglado” o “discrecional” de potestades públicas.

En el caso, la decisión del tribunal ha sido ajustada, por cuanto la oferta que resultó reputada como la más conveniente, fue aquella que obtuvo el mayor puntaje, y los embates de la actora, estaban dirigidos a cuestionar el sistema de puntuación, de modo extemporáneo como bien señaló la demandada.

Ahora bien, que la noción de “oferta más conveniente” pueda ser identificada como un concepto jurídico indeterminado no implica sin más, como lo señaló el juzgador, que el acto administrativo de adjudicación se trataba del ejercicio de facultades regladas.

Ello por cuanto podía darse el caso, como se discutió, que se produjera igualdad entre dos oferentes. Ante tal hecho, el Comité de Preadjudicación, hubiera contado con discrecionalidad en la selección.

Sin embargo, dicha discrecionalidad, le hubiera exigido una opción entre alternativas válidas, pero a la par un mayor esfuerzo argumentativo capaz de justificar la decisión.

---

(11) SESÍN, Domingo. *Administración pública. Actividad reglada. Discreción y Técnica*, Tomo I, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 156.

En suma, el caso se resume entre las tradicionales categorías de indeterminación en el derecho, interpretación y el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, las que en todo caso por tratarse de la actuación de órganos públicos supone una especial sujeción al orden jurídico.

En ese sentido, la técnica interpretativa que se propone respecto de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados no soluciona los “males” de los que prometía librar al intérprete, ya que sus esfuerzos dejan incontestada la cuestión ante determinados supuestos de hecho, como los que suscita la noción de oferta más conveniente.

Finalmente huelga destacar que la decisión de la Administración, en cualquier caso, resulta ampliamente revisable en sede judicial, respecto de su sujeción al ordenamiento jurídico y a la Constitución como fuente de derechos.

**Sentencia:** N° 231

**Tribunal:** Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación.

**Fecha:** 29/10/2007

**Asunto:** “Casinos del Litoral Sociedad Anónima, JCR S.A. y Guaraní Sociedad Anónima, comercial, industrial, financiera, inmobiliaria, importadora y exportadora - SACIFII Y E. - Unión transitoria de empresas c/ Provincia de Córdoba - Ilegitimidad”.

**Magistrados:** Pilar Suárez Ábalos de López, Ángel Antonio Gutiez y Juan Carlos Cafferata.

**Confirmada:** Auto del TSJ N° 58 del 6/10/2008, declaró desierto el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la Sentencia de la Cámara.

En la ciudad de Córdoba, a veintinueve días del mes de octubre de dos mil siete, siendo las diez y treinta horas, se reúnen en audiencia pública los señores Vocales de esta Excma. Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, Dres. Pilar Suárez Ábalos de López, Ángel Antonio Gutiez y Juan Carlos Cafferata, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados: “Casinos del Litoral Sociedad Anónima, JCR S.A. y Guaraní Sociedad Anónima, comercial, industrial, financiera, inmobiliaria, importadora y exportadora - SACIFII Y E. - Unión transitoria de empresas c/ Provincia de Córdoba - Ilegitimidad” (expte. letra “C”, n° 09, iniciado el 14 de mayo de 2003), procediendo a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

Primera Cuestión: ¿Es procedente la demanda contencioso administrativa de ilegitimidad interpuesta?

Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme el sorteo que en este acto se realiza, los señores Vocales votan en el siguiente orden: Dres. Juan Carlos Cafferata, Pilar Suárez Ábalos de López y Ángel Antonio Gutiez.

A la primera cuestión planteada el señor vocal Dr. Juan Carlos Cafferata, dijo:

## **I. La demanda**

La Unión Transitoria de Empresas constituida por Casinos del Litoral S.A. - JCR S.A. - Guaraní S.A.C.I.F.I.y E. comparece a fs. 6/19 vta. promoviendo formal demanda contencioso administrativa de ilegitimidad en contra de la Provincia de Córdoba, impetrando la anulación de los decretos 2157/02 y su confirmatorio 209/03.

Relata que luego de tramitado el procedimiento licitatorio público nacional e internacional convocado por el Gobierno de la Provincia mediante decreto 1344/02 para otorgar la concesión de la instalación y explotación de máquinas de juego (*slots*) en la Provincia de Córdoba, el Poder Ejecutivo resolvió, mediante decreto 2157/02, adjudicar la licitación a la oferente Servicios del Centro S.A. - Grancor S.A., en virtud de haber efectuado la oferta "más ventajosa y conveniente". Que interpuso en su contra recurso de reconsideración, que fue rechazado mediante decreto 209/03.

Manifiesta haberse presentado al referido procedimiento licitatorio habiendo cumplimentado todos y cada uno de los requisitos y exigencias establecidos en el proceso de selección.

Afirma que pese a haber formulado por su parte la propuesta más conveniente, el Comité de Evaluación, mediante resolución nº 1 de fecha 18-11-02, asignó tal carácter a la presentada por otro postulante.

Que la actuación administrativa mereció la presentación de objeciones formales y sustanciales por su parte, a las que se remite. Que tal circunstancia determinó, en definitiva y al concluir el procedimiento licitatorio, el dictado de los actos administrativos definitivos del Poder Ejecutivo ya referidos y cuestionados en esta litis.

Las deficiencias del dictamen del Comité Evaluador

Pretende que el dictamen del Comité Evaluador presenta las siguientes deficiencias:

a) Que ha sido dictado en base a informes incompletos, irreales y plagados de excesos omisivos, por lo que han de ser reputados como inexistentes.

Que, además, dicho dictamen -expresamente convalidado por el art. 1 del decreto 2157/02- está alejado de la realidad de lo que aconteció en el curso de la selección. Que no han sido acreditados eficientemente todos los hechos reales.

Que tampoco se han expuesto, ni siquiera someramente, las razones y valoraciones tenidas en cuenta por el organismo evaluador de dicha actividad. Que, en consecuencia, no puede ratificarse o aceptarse aquello que se desconoce, salvo que se esté adivinando, lo que resulta manifiestamente inaceptable en un procedimiento público.

Que se trata de una decisión absolutamente infundada, por lo que no puede ser reputada como acto administrativo válido. Que el acto afecta el interés legítimo de la actora.

b) Que la arbitrariedad e ilegitimidad que afectan a los actos impugnados exteriorizan los defectos palmarios que los afectan.

Que, en efecto, se ha vulnerado la necesaria y debida publicidad impuesta por la legalidad objetiva al comportamiento de la Administración Pública Provincial. Que se ha infringido el principio de transparencia propio de los actos precontractuales conforme normas internacionales de carácter constitucional y supralegal, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada al derecho argentino mediante ley 24.759.

Que, en suma, se trata de un acto nulo dada la carencia y la falsedad -por su inexistencia- de su motivación.

c) Que las normas de la ley 7182 habilitan la competencia del tribunal para entender en esta causa y para reconocer la situación jurídico-subjetiva lesionada, concluyendo en la anulación de los actos impugnados.

d) Que la anulación de la actividad jurídica del Estado que petitiona se concentra en el informe defectuoso elaborado por el Comité de Evaluación, contenido en la resolución 1/02 ya referida.

Que la notoria inexistencia de argumentos que justifiquen el método de asignación de puntaje a los oferentes inficiona la posterior sustanciación del procedimiento licitatorio. Que se ha proseguido con un rito en el que se ha obviado una actividad capital del Estado convocante, cual es la de justificar su conducta, adecuándola al pliego y al plexo del derecho positivo nacional.

Que esa carga ha sido soslayada graciosamente por la Administración, la que jamás ha demostrado interés en cumplir con el complejo de legalidad que ella misma ha delineado al aprobar el pliego.

Pretende, por tanto, que se retrotraiga el curso de las actuaciones del procedimiento licitatorio hasta que el trámite defectuoso sea legalmente producido y corregido por la demandada.

Que sólo entonces, al amparo de esa nueva legalidad objetiva, legítima y acotada a derecho, podrán los oferentes ejercer sus derechos y así continuar nuevamente el curso del rito, a partir de la corrección del obrar público inadecuado, en un preclaro marco de paridad y equidad en la apreciación del contenido de las ofertas.

e) Concluye que la Administración ha incurrido en una insubsanable contradicción.

e-1) Por un lado, exige como recaudo previo a toda impugnación la constitución de una garantía. Por el otro, dicta el acto sin expresar motivación suficiente ni fundamentos objetivos y constatables.

Que, como contrapartida lógica, la licitante debería haber proporcionado previamente a los postulantes los elementos objetivos, imprescindibles y suficientes para que puedan valorar la pertinencia de formular una impugnación.

Que esa carga fue impuesta expresamente por el pliego con el propósito de preordenar la conducta del comitente, transparentando el modo de aplicación de las normas que regían la licitación. Que así, se permitiría a los oferentes la comprobación de la legalidad y razonabilidad de la actividad administrativa, estructurada sobre patrones uniformes y objetivos inferidos del pliego.

Que la omisión de exponer tales fundamentos evita quejas en contra de la decisión de preadjudicación, ya que es imposible determinar si tal decisión ha sido precedida de un correcto obrar administrativo o si, por el contrario, existe una clara manifestación de desviación de poder.

e-2) Que los argumentos expuestos son congruentes con los mecanismos propuestos por la comitente en el apartado 8 del pliego. Que en ese sentido la actora aceptó las reglas del concurso y participó en él de buena fe, en la creencia de que la licitante ejercería sus facultades discrecionales en los límites de la legalidad, sin incurrir en arbitrariedad manifiesta.

Que el propio Estado se autoimpone límites en la norma citada, al tabular con precisión las facultades discrecionales que se atribuye.

Que éstas se constriñen al derecho a rechazar las ofertas presentadas, sin derecho a indemnización alguna, a la prohibición de cuestionar la metodología o criterios y al derecho a denegar las ofertas presentadas. Que también puede tenerse por fracasada la licitación con anterioridad a la adjudicación.

Que aquí se agotan las potestades discrecionales. Que las restantes prerrogativas están prescriptas, determinadas y regladas en el pliego. Que en virtud de ello se enerva un sistema de aplicación de metodologías y criterios discrecionalmente estipulados, pero a partir de entonces normativamente señalados en la “grilla para la evaluación técnica de las propuestas” y en las fórmulas polinómicas para la determinación del puntaje por canon.

e-3) Que la Administración posee discrecionalidad sólo para la fijación de la metodología y los criterios de evaluación. Que en ningún caso le es atribuida esa discrecionalidad para soslayar la aplicación de la norma o para reformarla.

Que, desde esa etapa procedimental, el Comité es prisionero de un cepo inmodificable, integrado por las previsiones normativas que él mismo ha ordenado. Que, en consecuencia, ha de atribuir la adjudicación, por ministerio del pliego, al oferente que posea el puntaje más elevado según el sistema de evaluación establecido en la grilla referida, en base a una comparación objetiva de las propuestas, lo que no ha llevado

a cabo en el caso que nos ocupa, no surge del expediente ni de dictamen o informe alguno. Cita jurisprudencia.

e-4) Que cuando el pliego, ley de las partes en el procedimiento licitatorio, intenta liberar el obrar del Comité de cualquier atadura, lo establece expresamente.

Que el apartado 8.4 del pliego concede una potestad discrecional para aceptar o repeler las distintas ofertas. Que, como síntesis de este proemio, el apartado 8.5 del pliego asigna al órgano evaluador el deber de preordenar el mérito de las ofertas *de acuerdo con los criterios y procedimientos referidos en el capítulo 8 del instrumento regulador de la licitación*.

Destaca que esta obligación pervive incumplida al tiempo de interposición del recurso. Que hasta tanto no sea cumplimentada de conformidad con las pautas señaladas por el mismo pliego, su parte preserva intacto su derecho a la impugnación de la valoración tenida en cuenta por la comisión de evaluación.

Que el resultado de *la amañada práctica administrativa (sic)* deriva en un notorio estado de indefensión del administrado. Pretende que este tribunal remedie ese avasallamiento de la más elemental de las garantías constitucionales, permitiendo que la transparencia y corrección del obrar administrativo se acompañe, en este caso, del suministro de los elementos relevantes que han sido arbitrariamente retaceados a su parte.

#### *La actuación del Comité Evaluador. Los vicios de su obrar*

Sostiene que el Comité Evaluador ha incurrido en los siguientes defectos funcionales:

a) En primer término, no ha existido resolución acerca de las observaciones intercambiadas entre los proponentes al momento de la apertura del sobre n° 1, que fueran luego respondidas por cada uno de los implicados, sin haber sido resueltas las articulaciones conforme con la ley 6658.

a-1) Señala que, concomitantemente con la apertura del sobre n° 2 conteniendo la oferta económica o canon de la explotación, lo que tuvo lugar al 13-11-02, el Comité Evaluador desplegó la calificación técnica de los oferentes.

Que el pliego establece en cabeza del Comité Evaluador la asignación de un puntaje técnico a las propuestas admitidas, en razón del carácter satisfactorio de la documentación.

Que la lógica de la interpretación de la ley de la licitación compele a la emisión de un pronunciamiento positivo del Comité, en relación con cada una de las observaciones formuladas por los oferentes acerca de sus recíprocas idoneidades para convertirse en concesionarias estatales.

Que el pliego constituye la ley del concurso licitatorio, por lo que han de ajustarse a sus reglas tanto los postulantes como el propio comitente.

Afirma que este caso denota una palmaria discordancia entre las obligaciones colocadas por la ley licitatoria en cabeza del comitente y las conductas realizadas por éste.

a-2) Apunta que el acto administrativo que discierne sobre la corrección de las indagaciones mutuas de los postulantes y la consecuente admisibilidad o rechazo de alguno de ellos, comporta una secuencia capital en el procedimiento de selección del contratista público.

Que el párrafo 2 del ap. 8.2 del pliego conmina al Comité a transparentar la “conveniencia y determinación” del nivel de cumplimiento de las bases de la licitación por parte de los oferentes.

Que, si éstos no satisfacen los parámetros de observancia imperativos incluidos en el pliego, mal pueden ser calificados. Que la valoración de las pautas de la licitación ha de precederse de la dilucidación de su habilidad para encaramarse como proponentes.

Agrega que las observaciones presentadas demostraban que ciertos oferentes impugnaron la legitimidad de los demás para mantenerse en el marco de la licitación, toda vez que no colmaban los *standards* mínimos estipulados en el pliego.

a-3) Que de allí entonces que toda decisión del Comité debía motivarse mediante un análisis pormenorizado de las cualidades inherentes a los proponentes, sus calificaciones y el grado de desempeño de las pautas enseñadas por el pliego.

Que la actividad administrativa debió consolidarse en un informe o dictamen, fundado lógicamente y legalmente, emanado del órgano dotado de la competencia específica, en el que se valorasen cada uno de los reparos exteriorizados entre las partes y se concluyera en su aptitud definitiva para participar en la licitación.

Que recién luego de la emisión de tal resolución era susceptible de calificarse técnicamente a los postulantes, mediante una minuciosa valoración y la aplicación de los criterios objetivos que permitieran completar la grilla para la evaluación delineada en el párrafo 3 del ap. 8.2 del pliego.

b) Que por lo demás, el defecto invalidante del procedimiento licitatorio se advierte en la calificación técnica de los oferentes.

b-1) Manifiesta que esta etapa del procedimiento está inficionada por yerros semejantes a los denunciados previamente.

Que la meritación técnica no ha sido ponderada bajo una motivación que exhibiera a los oferentes la convicción del Comité acerca del grado de cumplimiento de los requerimientos del pliego y su conveniencia y determinación con el fin de la licitación.

Que jamás ha sido develado el “misterioso y hermético sistema metodológico” tenido en cuenta para el examen de cada oferta y su concreta congruencia con los pa-

rámetros establecidos en la grilla de evaluación delineada en el 3<sup>er</sup> párrafo del ap. 8.2 del pliego.

Que lo que es peor aún, ya que patentiza el gravamen irreparable para su representada, el Comité no ha explicitado, tampoco, el fundamento racional de la asignación del puntaje. Afirma que la oferta de la actora es la que debió merecer la más alta calificación.

Que en la reunión del día 13 de noviembre de 2002 solamente se entregó el acta de calificación. Que en todo momento se negó la prueba de los sistemas de estimación en los que se apoyó la resolución del comité. Considera indudable que cualquier examen técnico demostrará que la propuesta de la actora ha sido la más conveniente.

b-2) Agrega que la debida transparencia en el actuar administrativo deriva de las propias leyes que rigen el pliego, por imperio del ap. 1.2.1.

Que su acatamiento por el Comité ha sido nulo, según se infiere de las evidencias convictivas incorporadas al expediente.

Que el órgano no ha ilustrado a los oferentes acerca de los criterios de asignación del puntaje, de acuerdo con los cartabones señalados en la grilla. Que, de esa forma, no ha sido permitido el examen de la corrección de la apreciación y su ilación racional con los antecedentes ciertos presentados por los proponentes.

Que nada se ha descubierto en referencia al equitativo justiprecio del historial de cada proponente en relación con el que ha sido tenido como preadjudicatario. Que, en ese sentido, se ha pasado por alto la demostración de la razonabilidad de la consideración global y armónica de cada ítem de la grilla de evaluación con sus sucesivos componentes.

Que no es dable el análisis y valoración aislados de los rubros que integran el sistema de puntuación, toda vez que la trayectoria empresarial de los postulantes ha de estimarse en conjunto con el plan de negocios específico que han diseñado para su participación en la licitación.

Que no ha sido posible a los proponentes el análisis crítico de la posición de cada uno de sus integrantes. Que se les ha impedido escrutar si la decisión se adoptó por unanimidad o por la mayoría de sus miembros.

Que la Administración comitente ha vulnerado la letra y el espíritu del pliego, habiendo soslayado el acatamiento a los principios sentados en el art. 1198 del Cód. Civil, que conmina a la omnipresencia de la buena fe en la celebración, ejecución e interpretación de los contratos, a tenor de aquello que las partes previeron, actuando con cuidado y previsión. El mandato legal se sublima en las connotaciones públicas, en las que la ley fija particulares formalidades, como garantías de los derechos e intereses en juego, tanto los públicos como los privados.

b-3) Que la inexistencia de resolución sobre la valoración de la situación objetiva de tal oferente, que justificase la puntuación concedida a éstos, exterioriza la existencia de vías de hecho administrativas en este procedimiento, inadmisibles en un proceso de actos coligados.

Que dos etapas capitales de su sustanciación se han decidido sin que mediasen actos administrativos, dictados conforme con los cánones de las leyes 6658, 8835, 8836 y 8837.

Que la comitente ha juzgado según su volición arbitraria, desprovista de precedentes lógicos, negociales y legales que fundasen su pensamiento y lo convalidasen en el marco licitatorio. Que no hay acto, no hay decisión, sólo se exhibe el capricho como fundamento de la calificación de las ofertas.

Que advertida que fue la lesiva circunstancia citada en los párrafos anteriores, la actora remitió a Lotería de Córdoba S.E. la carta documento 455712025 del 18-11-02.

Que en dicha misiva se requirió información sobre los decisorios que resolvieron las observaciones mutuas planteadas por los oferentes en la apertura de los sobre nº 1 y que fueron objeto de réplica por cada uno de los participantes; los criterios de evaluación utilizados en la aplicación de puntaje; los antecedentes, actas y constancias de reuniones, operaciones numéricas, opiniones de cada uno de los miembros del comité; e informes técnicos de asesores de cada especialidad de turismo y hotelería, juego y construcción.

Que el objeto de la requisitoria buscó determinar el correcto empleo de la facultad discrecional por parte del comitente en la valoración de las ofertas. Que para ello se solicitó copia de las resoluciones atinentes a las observaciones planteadas y toda otra documentación presentada cuando la apertura de los sobre nº 1, por los participantes de la licitación, como aclaración a sus ofertas, a pedido del Comité o por propia iniciativa.

Que, de esa manera, se podría determinar si se violaba o no el principio de igualdad de los oferentes por una incorporación impropia de documentación.

b- 4) Que, en síntesis, se petitionó el cumplimiento de los elementos mínimos para acreditar la satisfacción del principio de publicidad, transparencia y competencia en los procedimientos de selección de los cocontratantes de Estado que dispone el Tratado Interamericano de Lucha Contra la Corrupción.

Que la respuesta fue enviada el 21-11-02, suscripta por dos integrantes del Comité. Que no fue contestado ningún requerimiento con precisión. Que se señaló que lo requerido se encontraba a disposición de su parte en el expediente de la licitación, pudiendo obtener las copias pertinentes. Que cuando esos documentos fueron requeridos fehacientemente, fueron negados por el Comité de Evaluación.

c) Manifiesta que la conducta de la Administración explicita una violación más a los principios licitatorios. Que se ha tergiversado la igualdad de los postulantes en

tanto se desprecia la prerrogativa de alguno de ellos, vinculada con la transparencia de los motivos de formación de voluntad y de la actuación del órgano licitante, en pos de evitar comportamientos discriminatorios.

Que, en lugar de reparar la vía de hecho ya apuntada, se la agravó mediante la reiteración de un obrar tendencioso, dirigido a difuminar la posibilidad del ejercicio objetivo de la defensa de sus derechos en el procedimiento licitatorio.

Que en lugar de exponer las razones que sustentaron la elección de un determinado proponente se las oculta de forma permanente y no se acompañan los instrumentos en los que, por mandato legal, debía de contenerse la voluntad del ente.

c-1) Que en virtud de la contumacia del comitente en el escamoteo de los elementos relevantes para discernir la congruencia legal, lógica y contractual del dictamen de preadjudicación despachado mediante resolución n° 1 del Comité fechada el 18-11-02, la actora se constituyó en la sede de la Lotería de Córdoba y requirió notarialmente vista del expediente.

Que al intimarse la provisión de los documentos que respaldaban la decisión del Comité de Evaluación, en función de la inminencia de la expiración del plazo de impugnación de la preadjudicación, el integrante de ese órgano, Cr. Miguel Ferreira expresó que los papeles de trabajo del Comité no serían exhibidos, dado que no se consideraba necesario proporcionar esos instrumentos a los oferentes. Que se marcó que los papeles son de propiedad de órgano de evaluación y que su contenido es reservado.

Que dada la magnitud de la confesión de la arbitrariedad e irregularidad en el actuar del Comité, la actora exigió, mediante acta notarial, que se le comunicaran las siguientes circunstancias: que se suspendiera el plazo fijado en el pliego para impugnar el dictamen del Comité de Evaluación no agregado al expediente; se indicara quién dispuso la apertura del sobre n° 2 de Servicios del Centro S.A. y Grancor S.A. sin antes haber resuelto las observaciones formuladas sobre el incumplimiento a los requerimientos de admisión y en especial de antecedentes en la instalación y explotación de máquinas de juego; y se suministrara la totalidad de la documentación justificante de la precalificación dispuesta.

Que el comitente no respondió al requerimiento, entregado directamente al mencionado Cr. Ferreira, ni tampoco cumplimentó con la tradición de los documentos. Que no consta en ninguna actuación administrativa que dichos documentos existan y sean válidos.

c-2) Que la conclusión del raciocinio planteado es unívoca. Que se ha aniquilado la posición de la actora como oferente en la licitación de referencia, a raíz de un comportamiento estatal torcido, dirigido a reafirmar decisiones carentes de correlato en las ofertas y en los antecedentes económicos, técnicos y empresarios de los postulantes.

Que la preadjudicación surge inmotivada, desprovista de un análisis serio, pormenorizado e imparcial de cada una de las ofertas mediante su engarce con los requisitos incluidos en el pliego.

d) Sostiene que el acto impugnado carece del requisito de motivación exigido por el art. 98 de la ley 6658, así como de la explicitación de su causa jurídica.

Que tanto el escrutinio procesal como la relación de las distintas secuencias del procedimiento, utilizados a los fines de la motivación del acto se encuentran viciados de arbitrariedad, tornando ilegítima su aplicación e incurriendo en una iniquidad.

Que de allí se obtiene la inexistente motivación del acto administrativo. Que la irracionalidad del acto opugnado es palmaria, toda vez que se declara ganador de la licitación al oferente que carecía de la experiencia necesaria, tangible y directa para llevar adelante la explotación de la concesión.

Que en ningún caso se ha intentado develar los presupuestos en que se apoyó la resolución del Comité de Evaluación mediante la asignación de puntuación adecuada al pliego y congruente con la propuesta de cada parte.

Que, por ello, el razonamiento adolece de vicios en su estructuración que vedan a los interesados el descubrimiento de los fundamentos jurídicos y empíricos que actuaron como base para la desestimación.

e) Que la ausencia de motivación acarrea la lesión al principio de legalidad que inspira la integridad de la actividad de la Administración.

e-1) Que la demanda de certeza en la estricta observancia de los fines que habrán de observarse y de los medios que se emplean para el cumplimiento de su ministerio se realzan en el goce de las potestades discrecionales. Que la formación, declaración y ejecución del querer del órgano habrá de ajustarse a las pautas que requieren la protección plena y acendrada de los derechos de los administrados y la sujeción permanente a las pautas genéricas que preordenan su competencia funcional en material discrecional. Que todos esos elementos faltan en los actos impugnados.

Que la desviada utilización de las facultades discrecionales denota la omisión de los presupuestos de la legalidad del acto.

Que el elemento motivación del acto administrativo obligaba a quien declaró la voluntad del órgano estatal a expresar, concretamente, las razones que lo impulsaron a librar la decisión de preadjudicación, mediante una estricta relación silogística que remite a la causa del acto.

Que el vicio denunciado inficiona de nulidad absoluta al acto administrativo dada la palmaria inobservancia de los principios que informan esta clase de procedimientos y establecen los métodos para su dictado.

e-2) Reitera la infracción grave al deber de transparencia en que ha incurrido la demandada.

Que la conducta reprochable conculca la ley provincial 8835 y la ley federal 24.759, ratificatoria de la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción, cuyo propósito consiste en establecer mecanismos enderezados a promover y fortalecer el desarrollo de sistemas de prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. Que se conmina a la aplicación de procesos de coadyuven a la publicidad, equidad y eficiencia en los sistemas de adquisición y contratación de bienes y servicios por parte del Estado.

Que la narración planteada en demanda descubre la ominosa y extendida práctica de evadir el mandato legal enunciado, a partir de la omisión del suministro de información relevante sobre la secuencia de la licitación a los interesados directos en su resolución, o sea los proponentes.

e-3) Pide, en definitiva, la anulación de todo lo actuado a partir de la solicitud de provisión de la totalidad de documentación elaborada por el Comité de Evaluación, en base a la que se concluyó en el dictamen de preadjudicación y la posterior adjudicación.

Que tales antecedentes resultan indispensables para la debida justificación, transparencia y publicidad del obrar estatal en el marco de la licitación mencionada y como requisito indispensable para evaluar la impugnabilidad del dictamen del Comité de Evaluación.

Que tal concreto derecho que le asiste -ejercer la posibilidad de impugnar- todavía no ha podido ser materializado en razón del señalado incumplimiento de la Administración en su deber de obrar conforme a derecho.

Que los antecedentes explicitaban la adecuación del querer de la Administración con las pautas de mensuración de las ofertas que estipuló entonces en aquella oportunidad en uso de sus potestades discrecionales. Que la grilla vinculaba normativamente, la atribución de un puntaje a las propuestas de cada uno de los postulantes, a través de una motivación individual de cada situación objetiva, en base a un análisis racional y fundado de las propuestas. Que ese imperativo de escrutinio no existió, o que al menos su parte nunca pudo conocerlo en forma, no obstante, los esfuerzos realizados en su procura.

Que, en definitiva, la propia Administración ha soslayado el debido acatamiento a la regulación impuesta en el pliego. Que resulta así una paradoja: quien prescribe la norma es la persona jurídica que la viola de inmediato, a pesar del mandato jurídico y ético que le compelia a su observancia.

Pide, en definitiva, se haga lugar a la demandada de ilegitimidad, anulando los actos administrativos lesivos al interés legítimo, personal, directo y actual de la actora, con costas.

## II. La contestación de la demandada

Admitida la causa previo dictamen fiscal y personada la demandada a juicio, contesta a la demanda a fs. 89/98 solicitando su rechazo, con costas a las actoras en forma solidaria.

Niega todos los hechos y el derecho expresados en la demanda, salvo expreso reconocimiento de su parte.

Niega que los actos atacados adolezcan de vicios que los tornen nulos.

Niega que la actora haya formulado la oferta más conveniente.

Niega que el Comité de Evaluación haya dictaminado en base a informes incompletos, irreales, plagados de excesos omisivos, etc.

Niega la falta de transparencia denunciada y la ausencia de debida publicidad.

Niega que a la actora se le haya impedido el acceso a las actuaciones llevadas a cabo por el Comité de Evaluación.

Niega que exista irregularidad alguna en el proceso desarrollado y que a la actora le asista derecho alguno para accionar en contra de la Provincia de Córdoba.

Sobre el objeto de esta acción

Dice que, además de la absoluta impertinencia de la demanda y del acierto de las afirmaciones formuladas por su parte, existe otro elemento que demuestra claramente el error de planteo formulado por la actora.

Destaca que la demanda promovida es de ilegitimidad. Que la actora manifiesta que el acto enjuiciado (decreto 2157/02) y su confirmatorio le ha afectado intereses legítimos, lo cual es completamente equivocado.

Que, además, la sentencia dictada en juicio de ilegitimidad es la única que tiene efectos *erga omnes*, pero que está limitada a resolver exclusivamente sobre la validez del acto administrativo impugnado.

Que sin embargo la actora, además de reclamar la anulación de los actos impugnados, ha solicitado al tribunal que ordene a la demandada la subsanación del vicio denunciado en la demanda y la continuación del proceso licitatorio con arreglo a derecho. Ha peticionado también que se ordene a la demandada le suministre la información documentada indispensable para la evaluación de la pertinencia de la presentación de una impugnación al orden de mérito.

Que, por ello, queda claro que se está pretendiendo disimular lo que ha sido motivo de impugnación expresamente contemplada en los pliegos y que la actora no utilizó, como era su deber legal.

Subsidiariamente, plantea que la puntual crítica desarrollada pudo ser motivo de otra acción (da como ejemplo la de hábeas data), pero que indudablemente no es la presente demanda contencioso administrativa de ilegitimidad la vía apta para solucionar los supuestos problemas que plantea la accionante.

Sobre la debida fundamentación como único y excluyente agravio de la accionante:

Afirma que, contrariamente a lo expuesto en la demanda, los actos impugnados se encuentran debidamente motivados, tal como puede constatarse de su simple lectura. Cita jurisprudencia.

Que lo que se está tardíamente cuestionando es el dictamen del Comité de Evaluación, lo que resulta un vano intento de reflotar la etapa de preadjudicación que se encuentra precluida conforme con los pliegos que la actora se obligó a respetar.

Destaca, como pauta de insoslayable ponderación, que la actora fue oferente en la licitación de que se trata, lo que implicaba el conocimiento y aceptación de la documentación y reglas de los requisitos que rigen la licitación.

Que por ello no puede la actora ignorar cuál fue el sistema que regía la licitación, y en particular, de qué manera estuvo reglada la actuación del Comité de Evaluación.

Reproduce los numerales 8.1, 8.2 y 8.5 del pliego, de los que resulta que los oferentes tenían un acabado conocimiento de las normas que regían la licitación y a las que voluntariamente se sometieron, las que además establecen, en forma por demás clara, la manera en que serían asignados los puntajes de la grilla de evaluación.

Que, en consecuencia, es absolutamente equivocado el reproche que efectúa la actora en cuanto a la supuesta falta de motivación de los actos administrativos, los que están basados en todos los antecedentes de la causa y en lo dictaminado por el Comité de Evaluación.

Que, en cuanto a la resolución de este último, contiene fundamentación suficiente exigida conforme a la mecánica del pliego, puesto que el mentado Comité de Evaluación ha confeccionado las pertinentes grillas, otorgando puntajes parciales a cada oferente y haciendo expresa remisión a los criterios y procedimientos establecidos en el art. 8 del pliego que la actora supuestamente conocía.

Que conforme con ello el interesado no podía ignorar las razones por las cuales se desestimó su pretensión. Que contaba con todos los elementos como para proceder eventualmente a la impugnación a la que hace referencia el pliego, de modo de ejercer su derecho de defensa.

Que, en especial, la actora tuvo acceso a la documentación necesaria a los fines de controlar el procedimiento y efectuar en tiempo propio los cuestionamientos que considerase corresponder, lo que sin embargo no hizo.

Que como de resulta de las actuaciones administrativas labradas por el Comité de Evaluación, la actora tuvo acceso, entre otros documentos, a la grilla para la evaluación técnica de las propuestas y a un claro y pormenorizado análisis de ella.

Insiste en que el procedimiento licitatorio se desarrolló en todo momento de conformidad con las condiciones contenidas en el pliego.

Reitera que el Comité de Evaluación no solo ajustó su proceder a los términos del pliego, sino que inclusive, yendo más allá de lo normado, permitió que cada uno de los oferentes tomara vista de la totalidad de las ofertas técnicas a fin de efectuar las observaciones de colaboración que estimare pertinentes.

Que, a su vez, de tales observaciones se corrió vista al afectado para que contestara en defensa de sus derechos.

Que ello demuestra la preocupación por la transparencia y el recíproco control entre los oferentes, pero de ningún modo tal circunstancia puede llevar a la conclusión de la existencia de una obligación legal del Comité de responder formalmente a las observaciones de colaboración de los oferentes, las que podían ser tenidas en cuenta al momento de proponer la asignación de puntajes.

Que, de ese modo, la falta de transparencia solo aparece en la imaginación de quien ha presentado la oferta menos conveniente a los intereses de la Provincia de Córdoba.

Que la actora pretende que se declare la nulidad por la nulidad misma. Que no ha efectuado un análisis pormenorizado de los actos impugnados, ni ha demostrado en qué consiste el error en la asignación de puntajes en la grilla para la evaluación técnica de propuestas.

Que la actora, que presentó una oferta muy inferior a la de los otros proponentes, sólo se ha esforzado en analizar erróneamente cuestiones formales, pero sin indicar cuál es concretamente el daño que le ocasionan los actos impugnados y en qué medida se ha visto impedida de realizar una actividad o cumplir una carga procesal que hubiera mejorado sustancialmente su posición en la licitación de que se trata.

Que tampoco ha demostrado el interés jurídico en la declaración de nulidad, que consiste en establecer las defensas que se ha visto privada de oponer.

Que, en definitiva, surge de los actos impugnados que fueron consideradas todas y cada una de las observaciones formuladas por la hoy actora, de lo que resulta con total claridad la orfandad de argumentos jurídicos válidos que tornaban a la pretensión en absolutamente improcedente, razón por la cual la decisión administrativa es impecable y ajustada a derecho.

Que la actora critica los actos administrativos, no por resultar inmotivados, sino porque la solución jurídica dada por éstos no coincide con el erróneo criterio que el accionante viene sosteniendo.

Insiste en que no existe vicio alguno en el elemento motivación de los actos administrativos atacados, por lo que pide el total y completo rechazo de la demanda, con costas.

#### *Falta de acción*

Opone como defensa para ser resuelta en la sentencia, la de falta de acción, aduciendo que las actoras carecen de la necesaria *legitimatío ad causam* para demandar la nulidad del procedimiento licitatorio.

Que la actora ha ignorado lo dispuesto en el numeral 1.5.3.7 del pliego que establece un plazo de siete días corridos para formular impugnaciones a la preadjudicación. Que tampoco ha acatado lo normado por el numeral 8.6 del pliego que prescribe que para poder presentar impugnaciones los proponentes deben constituir una garantía de \$ 500.000.

Que resulta claro que la actora cuestiona básicamente la preadjudicación, es decir, la actividad desarrollada por el Comité de Evaluación.

Que generalmente no es necesaria la impugnación de las adjudicaciones provisionales; pero que la situación es sustancialmente diferente cuando el pliego lo prevé expresamente, ya que la Administración, cuando resuelva la adjudicación, estará partiendo de una etapa previa clausurada en la que los distintos oferentes ejercieron necesariamente sus derechos, o la consintieron.

Que la actora no presentó impugnación a la preadjudicación con la finalidad de no constituir la garantía exigida legalmente, y no siguió el trámite administrativo necesario y previo para procurar una revisión judicial de las actuaciones.

Que estando contemplada en el pliego la necesidad de impugnar la actuación del Comité de Evaluación, la falta de tal actividad recursiva acarrea el consentimiento del oferente a la preadjudicación. Que estamos, entonces, frente a una etapa clausurada que no puede -frente al consentimiento de la actora- ser nulificado judicialmente.

Que no entenderlo así implicaría, además, vulnerar el principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que otro oferente cumplimentó la presentación de la garantía requerida.

Formula reserva del caso federal. Pide la citación de la Lotería de Córdoba Sociedad del Estado y de la adjudicataria CET S.A., en razón de que la resolución a dictarse puede afectarlas en forma directa y comprometer gravemente sus derechos.

Pide, en definitiva, el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

### **III. La contestación de la Lotería de la Provincia de Córdoba**

Previo comparecer a estar a derecho y ser tenida por parte en el carácter de tercero interesado (fs. 106), la Lotería de la Provincia de Córdoba Sociedad del Estado contesta a la demanda a fs. 118/119 vta. solicitando su rechazo, con costas.

Niega todas y cada una de las afirmaciones contenidas en la demanda. Niega puntualmente las manifestaciones formuladas por la actora.

Sostiene que el P.E. y el Comité de Evaluación han actuado dentro del marco de legalidad y legitimidad que las normas imponen. Que la actividad cumplida por la Administración no adolece de vicio o irregularidad alguna. Que las disposiciones dictadas son ajustadas a derecho.

Que no existe la falta de motivación denunciada por la actora, ya que cada acto dictado ha contado con su debida fundamentación y consideración. Que el hecho de que tales argumentos no resulten favorables la actora, o que ella -unilateral y arbitrariamente- los estime insuficientes, no constituye causa de nulidad de los actos.

Que la evaluación realizada por el Comité fue objetiva y clara y de ella surge -sin hesitación- que la actora no ha superado a quien resultó adjudicatario.

Que, por el contrario, es la actora quien ha incumplido el pliego al intentar, mediante esta acción de ilegitimidad, evitar el pago de la garantía por la impugnación que debió articular administrativamente hasta agotar esa vía, sin ocasionar el desgaste jurisdiccional que ha producido.

Formula reserva del caso federal. Pide el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

#### **IV. La presentación de CET S.A.**

Citada la Concesionaria de Entretenimientos y Turismo, CET S.A., en los términos del art. 22 de la ley 7182 (fs. 99), comparece a fs. 116 y vta. manifestando que, en razón de encontrarse cuestionados una serie de decisiones o actos administrativos adoptados por la Administración en la licitación reseñada en el libelo introductorio y en relación con los cuales no tuvo ninguna participación, rechaza la citación que se le efectuara.

No obstante, formula reserva por cualquier posible afectación de sus derechos.

#### **V. La contestación del Sr. Fiscal de Cámara**

El Sr. Fiscal de Cámara contesta a la demanda a fs. 124 y vta., manifestando que reserva su opinión para la oportunidad del art. 35 de la ley 7182.

#### **VI. Otras actuaciones**

Abierta la causa a prueba, las partes ofrecen las que hacen a sus respectivos derechos. La actora propone la suya a fs. 134 y vta. y la demandada hace lo propio a fs. 139 y vta. Ni la Lotería de Córdoba ni el Sr. Fiscal de Cámara han propuesto la realización de probanza alguna.

Vencido el período probatorio las partes presentan sus alegatos, incorporándose el de la Provincia de Córdoba a fs. 152/156 vta.; el de la actora a fs. 157/165; el del Sr. Fiscal de Cámara a fs. 167/170 vta. y el de la Lotería de Córdoba a fs. 171/174 vta.

Notificado y firme el decreto de autos (fs. 175), queda la presente causa en estado de ser resuelta.

## VII. Análisis de la causa

Como resulta de la relación de causa, discrepan las partes acerca de la legitimidad de los actos administrativos impugnados en cuanto dispusieron adjudicar a la oferente Servicios del Centro S.A. - Grancor S.A. la licitación pública nacional e internacional convocada por el Gobierno de la Provincia mediante decreto 1344/02 para otorgar la concesión de la instalación y explotación de máquinas de juego (slots) en la Provincia de Córdoba, en virtud de haber efectuado la oferta “más ventajosa y conveniente”.

Los actos impugnados, como surge claramente de la demanda, son el decreto 2157/02, que dispuso la adjudicación, y su similar 209/03, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto en contra del anterior.

### VII.1. La defensa de falta de acción

Corresponde primeramente analizar la defensa de falta de acción opuesta por la Provincia de Córdoba aduciendo que las actoras carecen de la necesaria *legitimatío ad causam* para demandar la nulidad del procedimiento licitatorio, en razón de haber ignorado lo dispuesto en el numeral 1.5.3.7 del pliego que establece un plazo de siete días corridos para formular impugnaciones a la preadjudicación, y por no haber acatado lo normado por el numeral 8.6 del pliego que prescribe que para poder presentar impugnaciones los proponentes deben constituir una garantía de \$ 500.000.

Señala que la actora cuestiona básicamente la preadjudicación, cuya impugnación ha previsto el pliego a fin de que, cuanto la Administración resuelva la adjudicación, lo haga partiendo de una etapa previa clausurada en la que los distintos oferentes ejercieron necesariamente sus derechos, o la consintieron. Que la actora no presentó impugnación a la preadjudicación a fin de no constituir la garantía exigida legalmente, y no siguió el trámite administrativo necesario y previo para procurar una revisión judicial de las actuaciones, por lo que debe entenderse que ha consentido esa actuación, lo que le impide impugnar el acto consecuente de adjudicación.

Así planteada la defensa, no puede recibirse.

En efecto: como enseña Alsina, “la acción debe ser intentada por el titular del Derecho y contra la persona obligada, es decir, las partes en la relación jurídica sustancial. Llámase *legitimatío ad causam*, la demostración de la existencia de la calidad invocada, que es activa cuando se refiere al actor y pasiva cuando al demandado. Correspondiendo al actor la prueba de las condiciones de su acción, a él incumbe demostrar su calidad

de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado. La falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual la acción se concede, determina la procedencia de la defensa *sine actione agit*, que debe ser opuesta al contestar la demanda y apreciada en la sentencia definitiva” (Alsina, Hugo, *Derecho Procesal*, tomo I, p. 388, Ediar, Buenos Aires, 1974).

Palacio, por su parte, define a “la legitimación para obrar o procesal, como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa” (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 406). Y más adelante (p. 409) enseña: “La ausencia de legitimación, sea activa o pasiva, torna admisible la llamada defensa de falta de acción (*sine actione agit*), la cual, en nuestro ordenamiento, debe ser opuesta como principio en el escrito de contestación a la demanda y examinada en oportunidad de la sentencia definitiva”.

Por todo ello, no apuntando la defensa de falta de acción articulada a cuestionar la legitimación activa de la demandante, sino en todo caso la calidad del acto impugnado, debió ser planteada como excepción de incompetencia del tribunal en los términos del art. 24, inc. 1, del C.P.C.A.

No habiéndolo hecho así, la competencia del tribunal ha quedado radicada en forma definitiva (art. 11, *in fine*, y 26, *in fine*, del C.P.C.A.), de lo que debe seguirse el rechazo de la defensa de falta de acción opuesta y la necesidad de ingresar en el análisis del fondo de la causa, cuestión de la que me ocuparé seguidamente.

### VII.2. *La actividad administrativa cuestionada*

Ciertamente, si bien los agravios expuestos por la actora apuntan a cuestionar el dictamen del Comité de Evaluación que sirviera de base a la preadjudicación, no ha impugnado expresamente la preadjudicación, ni en sede administrativa ni en la judicial.

Es que, en general, no siendo la preadjudicación un acto definitivo, no es impugnabile. Así, ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: “La preadjudicación es uno de los actos preparatorios de la voluntad de la Administración, que se opera dentro de una sucesión de pasos que conducen desde la presentación de ofertas hasta la adjudicación final. Conceptualizada la preadjudicación como una etapa preparatoria del procedimiento de selección del contratista, que ha de culminar con la adjudicación, no resulta procedente la interposición contra ella de los recursos administrativos previstos en el Reglamento de la ley 19.549 aprobado por el decreto N° 1759/72 y modificatorios” (Revista, año 1991, n° 18, sumario n° 70).

Tal aseveración, válida en abstracto, admite excepción en caso de previsión en diverso sentido contenida en las bases de la licitación.

Del juego armónico de los puntos 1.5.3.6., 1.5.3.7., 8.5., 8.6. y 9.1., especialmente, queda claro que el sistema ha contemplado la posibilidad de impugnar la preadjudicación. Sin embargo, no ha establecido tal impugnación como requisito *sine qua non*, ni de otra manera ha impedido la posibilidad de que, no cuestionada aquélla, se recurra igualmente la adjudicación.

Tal ausencia de previsión normativa bien pudo hacer pensar a la actora que conservaba siempre la facultad de cuestionar la adjudicación, con mayor razón si se interpretan las cláusulas del pliego en el marco del derecho de defensa establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional.

En el mismo sentido se pronuncia Dromi al analizar la preadjudicación en el régimen del RCE, en el cual se la ha contemplado, con la finalidad de “evitar futuros perjuicios a la Administración contratante”. Considera Dromi que “No obstante, la falta de reclamación contra la preadjudicación no impide la impugnación de la adjudicación ni hace perder la posibilidad de cuestionar los actos y el procedimiento respecto de los vicios que se descubrieren con posterioridad” (Dromi, Roberto: *Licitación Pública*, Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, p. 413).

En cuanto a la falta de constitución de la garantía prevista por el punto 8.6. del pliego, su tratamiento resulta extemporáneo, ya que la demandada debió requerirla en su sede u oponer la pertinente excepción en el plazo del traslado ordinario de la demanda (art. 25 de la ley 7182), por lo que su tardía reflexión no puede impedir la radicación definitiva de la causa (art. 11 del C.P.C.A.).

### VII.3. Las cláusulas del pliego

Ingresando ya en el análisis del fondo de la litis, corresponde precisar las cláusulas del pliego de condiciones generales que rigió la licitación que nos ocupa, aprobado por decreto 1344/02, que resultan relevantes en orden a la decisión de la causa.

El punto 1.4. define la adjudicación como “la adjudicación de la Concesión por el Poder Ejecutivo Provincial al Oferente que hubiere presentado la Oferta más conveniente”. Define también la preadjudicación como “la declaración del Comité dando a conocer al oferente que presentó la Oferta más conveniente”.

El capítulo 7 del pliego asigna al Comité, entre otras, las funciones de “Decidir la Preadjudicación”, “Decidir sobre las impugnaciones que pudieren presentarse” y “Recomendar la Adjudicación”.

El punto 8.4. establece que las propuestas se clasificarán de acuerdo con sus puntajes técnicos y puntajes por canon (anteriormente definidos) combinados, previendo que “El Comité propondrá la adjudicación de la Concesión al Proponente cuya Oferta obtenga el Puntaje de Oferta más alto”. La manera de establecer el puntaje técnico surge del punto 8.2. del pliego, y la determinación del puntaje por canon está consignada en el punto 8.3.

El punto 8.5. prescribe que “El Comité, en el día señalado en el numeral 1.5.3.6., determinará el orden de mérito de las Ofertas de los Oferentes Precalificados de acuerdo a los criterios y procedimientos referidos en el Capítulo 8 y establecerá la Oferta más conveniente, preadjudicando las mismas a su respectivo Oferente. Dicho Dictamen será notificado a los Participantes y anunciado durante dos días en lugares visibles de la Sede del Poder Ejecutivo, de Lotería de la Provincia de Córdoba S.E. y del Organismo de Coordinación, Planificación de la Inversión y Financiamiento”.

El punto 8.6. establece que “Para poder presentar impugnaciones los Participantes deberán constituir una garantía, mediante depósito en efectivo en el Banco de la Provincia de Córdoba a favor de la Provincia de Córdoba (Ministerio de Finanzas), por un monto de igual al de la garantía de mantenimiento de oferta, es decir pesos un millón (\$ 1.000.000.-). La referida garantía deberá ser constituida por tiempo indeterminado, con carácter irrevocable y ejecutable de pleno derecho y por sola decisión del Poder Ejecutivo Provincial, y su importe quedará en poder de la Provincia de Córdoba en caso de ser rechazada la impugnación, mientras que por el contrario se devolverá en caso de ser acogida favorablemente. La constitución de la mencionada garantía es condición habilitante para poder efectuar impugnaciones y de ser omitida su constitución, la impugnación pertinente será rechazada *in limine*, sin analizar la cuestión de fondo de la misma”.

“El Comité resolverá sobre las impugnaciones planteadas y comunicará sus decisiones mediante notificaciones a los Participantes”.

“Los recursos administrativos o judiciales que se dedujeren contra la resolución de una impugnación o contra cualquiera de las etapas de la misma o contra cualquier decisión del Comité no tendrá efecto suspensivo”.

El punto 9.1. dispone que “El Comité, una vez resueltas las impugnaciones, propondrá la pertinente adjudicación mediante el correspondiente dictamen a ser elevado a consideración del Poder Ejecutivo de la Provincia”.

El punto 9.2. señala que “El Poder Ejecutivo de la Provincia decidirá la adjudicación de la Concesión, mediante el dictado de un Decreto”.

#### *VII.4. La oferta más conveniente*

Como se advierte, los puntos 1.4. y 8.5. del pliego se refieren a la “Oferta más conveniente”.

Entonces, por ser ello de singular relevancia para el análisis que luego realizaré, me ocuparé primeramente de establecer qué tipo de atribución es la que el pliego ha asignado al Comité en orden a seleccionar la oferta más conveniente.

Por mucho tiempo la determinación de cuál debe ser la oferta más conveniente se consideró el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración, exenta de

control jurisdiccional. Sin embargo, andando el tiempo, principalmente a partir de la obra de García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, se comenzaron a postular distintas vías para limitar el ejercicio discrecional de la actividad administrativa, exigiéndose cada vez con mayor ahínco su sometimiento al orden jurídico y al control jurisdiccional.

Así, y en relación con la cuestión que nos ocupa, fue elaborado, principalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana y posteriormente por la española, la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, entre los que se mencionan: orden público, interés general, justo precio, urgencia, buenas costumbres, moral pública, interés superior, ruina, oferta más conveniente. Cada uno de éstos expresa un sólo concepto, no definido por la ley, sino que debe serlo valorándolo según el sentido de la ley que lo crea y atendiendo retrospectivamente a los hechos vigentes al momento del dictado del acto impugnado.

El proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, porque no admite más que una solución justa frente al caso concreto. Es indubitadamente un proceso de aplicación e interpretación de la ley, pero con necesidad de mayor esfuerzo de valoración jurídica.

La interpretación jurídica correcta de un concepto, a la vista de un caso concreto, sólo admite una solución justa coherente con la idea de legalidad y justicia que la propia norma expresa.

En ese sentido dice Grecco que “no corresponde proyectar las consecuencias inmediatas del ejercicio auténticamente discrecional de la potestad administrativa -entre las cuales luce la inmunidad jurisdiccional- a aquellas hipótesis en las cuales no obstante mediar indeterminación del concepto jurídico mentado por la norma, no es autorizada la libre elección de comportamiento en los órganos administrativos” (Grecco, Carlos: “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en LL 1980-D-1306 y ss.).

En la discrecionalidad administrativa predomina, en efecto, la posibilidad de elección en el comportamiento en el marco de una realización valorativa y consiguientemente las facultades de apreciación devienen discernibles entre una pluralidad de soluciones justas e igualmente válidas. El criterio de la multiplicidad de soluciones justas (cuando menos más de dos) fue, precisamente, el que sustentara hace ya varios años García de Enterría, por oposición a los conceptos jurídicos indeterminados que implicarían -resultando así radicalmente aislados de la discrecionalidad- sólo un problema de aplicación e interpretación del derecho potencialmente enjuiciable por el juez.

Ante un concepto jurídico indeterminado, el control que realiza el órgano jurisdiccional es de legalidad, ya que, delimitado el significado del concepto, la decisión que se aparte de su contenido es ilegítima.

Con esta doctrina, “el control de los jueces penetra en zonas hasta ahora acotadas a la libre decisión administrativa para llevar allí el criterio de la ley, incluso cuando la ley parece dejar en libertad a la administración para que pueda decidir, y ello porque aquí también tiene que ser ‘legal’; esto, es coherente con el ordenamiento jurídico” (Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid 1976, ps. 223-224).

#### VII.5. La determinación del concepto

Como se ha visto, la aplicación de un concepto jurídico indeterminado exige su previa determinación, a fin de precisar la calificación que la ley ha asignado a esa única solución justa.

En la mayoría de los casos las expresiones contenidas en las hipótesis normativas exigen su previa determinación, y no toleran su encuadramiento automático dentro del esquema prevenido por la norma, sino que ineludiblemente requieren un enjuiciamiento previo del operador jurídico para precisar si concretamente concurre el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica contemplados de manera indeterminada.

En ese sentido se pronuncia Gambier con cita de Mozo Seoane al afirmar que “Cuando la norma emplea conceptos jurídicos indeterminados no está delegando estimación alguna discrecional en el órgano administrativo encargado de su aplicación; por el contrario, la tarea de integración de un concepto normativo indeterminado obliga a un juicio de adecuación que ha de conducir, precisamente, a la solución querida por esa norma; ésta incorpora el concepto sin predeterminar su resultado, pero lo tiene único y cierto” (Gambier, Beltrán: “El concepto ‘oferta más conveniente’ en el procedimiento licitatorio público [La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial]”, publicado en LL 1988-D-744 y ss.).

En esa tarea es oportuno señalar que el punto 8.4. del pliego define la oferta más conveniente como la de puntaje más alto, resultante de la combinación de los puntajes técnicos y por canon.

Es el propio pliego, entonces el que determina el concepto jurídico “oferta más conveniente”, estableciendo que tal será la que resulte con mayor puntaje, combinando los que se asignen por las cuestiones técnicas y por canon.

No existe, entonces, actividad discrecional atribuida al Comité, ya que no existen varias alternativas igualmente válidas para el derecho entre las que pueda elegir, ni ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión (en este punto véase Lifante Vidal, Isabel: “Sobre el concepto de discrecionalidad”, en *Doxa* N° 25, año 2002, ps. 413-439).

El concepto de “oferta más conveniente”, con la precisión contenida en el pliego referida al mayor puntaje está, entonces, suficientemente determinado y no ofrece dificultades al funcionario desde el punto de vista interpretativo, de lo que se sigue que

la actividad de determinación de la oferta más conveniente no constituye actividad discrecional, sino reglada, del Comité.

Precisados tales extremos sobre los que volveré más adelante, corresponde ingresar en el análisis de las actuaciones administrativas teniendo en cuenta los razonamientos precedentes.

#### *VII.6. Los puntajes asignados por el Comité*

La resolución n° 1 de fecha (fs. 1322/1323), al asignar puntajes a los oferentes, expresa: “Que la correspondiente evaluación practicada dio como resultado los siguientes puntajes técnicos...” (cuarto considerando); y “Que se ha procedido a examinar las aludidas Ofertas Económicas, otorgándose los siguientes puntajes por canon...” (sexto considerando). Tales puntajes han sido asignados en base a la grilla de evaluación agregada a fs. 1489.

Como antes dije, la determinación de la oferta más conveniente es, en este caso, actividad meramente reglada, ya que los propios pliegos se han ocupado de definir el concepto jurídico indeterminado “oferta más conveniente” como la que resulte con mayor puntaje, combinando los que se asignen por las cuestiones técnicas y por canon. Y respecto de estos extremos, está también perfectamente regulado el procedimiento de asignación de puntaje, no existiendo ámbitos ni nichos librados a la discrecionalidad de la autoridad administrativa.

Así las cosas, no resultan atendibles los agravios vertidos por la actora cuando afirma que se le ha impedido ejercer su derecho de defensa, ya que sólo ha podido imaginar los motivos del acto, imposibilitándole ello la elaboración de una defensa seria y fundada, desde que el dictamen del Comité es controlable en base a las pautas establecidas en el propio pliego, de conformidad a las cuales ha sido elaborada la grilla referida.

De otro costado, si otro oferente ha podido impugnar la preadjudicación (ver fs. 1363/1413), la que ha sido tratada y resuelta por el Comité como resulta de fs. 1485/1488, no se advierten las razones por las cuales la actora no haya podido hacer lo propio.

En definitiva, no encuentro la presencia de arbitrariedad ni otros vicios invalidantes en la asignación de puntajes realizada por el Comité, por lo que los agravios que se apoyan en esta pretendida nulidad no pueden ser admitidos.

Pero, además, la actora enuncia otros agravios de cuyo análisis me ocuparé.

#### *VII.7. Los demás agravios de la actora*

Se agravia además la actora sosteniendo que el dictamen del Comité ha sido elaborado en base a informes incompletos, irreales y plagados de excesos omisivos. Sin embargo, no identifica tales presuntos informes ni indica su radicación, lo que impide al tribunal su valoración.

Agrega que dicho dictamen está alejado de lo que aconteció en el curso de la selección y que no han sido acreditados eficientemente todos los hechos sucedidos. Pero incurre nuevamente en el mismo defecto ya señalado, desde que omite precisar qué es lo que habría acontecido realmente en el curso del procedimiento y que no se refleja en lo actuado; y no menciona cuáles serían los hechos acontecidos y no recibidos en las actuaciones.

Apunta que se ha vulnerado la necesaria y debida publicidad, pero no menciona cuál es la actividad de tal categoría que se habría omitido, ni las normas legales supuestamente que la ordenaban y que habrían sido violadas.

Sostiene que se ha infringido el principio de transparencia, pero evita indicar de qué manera se habría configurado tal infracción.

Insiste en que su oferta es la más conveniente y que cualquier examen técnico así lo demostraría. Pero al ofrecer pruebas no ha propuesto ninguna que apuntara a brindar sustento a tales afirmaciones.

Pide que se le suministren los elementos relevantes que habrían sido arbitrariamente retaceados a su parte, pero -como bien afirma la demandada- la satisfacción de tal petición no puede ser lograda por la vía de la acción de ilegitimidad promovida.

Manifiesta que no ha existido resolución acerca de las observaciones intercambiadas entre los proponentes al momento de la apertura del sobre nº 1, luego respondidas por cada uno de los implicados. No existe en esto agravio para su parte, el que eventualmente podría configurarse para los proponentes que formularon o contestaron las impugnaciones -ninguno de los cuales presentó reclamos al respecto-, actividad a la que la actora fue ajena.

Se queja porque no le fueron exhibidos los papeles de trabajo del Comité, pero no menciona norma legal alguna que imponga tal obligación a la demandada. Los papeles de trabajo del Comité, en tanto no medie remisión a ellos en alguna actuación administrativa, no deben ser necesariamente exhibidos a las partes. Además, la propia actora asevera en la demanda que no consta en ninguna actuación administrativa que dichos documentos existan y sean válidos, de lo que se sigue que el reclamo a exhibirlos se muestra vacío de contenido.

En síntesis, se advierte a lo largo de la exposición de agravios efectuada por la actora la falta de mención concreta acerca de los hechos que constituirían las falencias que considera existentes, limitándose a enunciar cuestiones formales, agravios abstractos y meras generalizaciones.

De tal manera, sus afirmaciones aparecen privadas de sustento que las avale, pareciendo que en realidad su pretensión apunta a obtener una declaración de nulidad por la nulidad misma, lo que no merece amparo jurisdiccional. Ha dicho la Corte en caso asimilable que "La nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna

de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, LL 1989-B-610, Jurisp. agrupada, caso 5950).

En la misma dirección, el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que “Si la instancia de ineficiencia no señala cuál es la defensa o prueba de que el quejoso se vio privado, la proclamación de sentencia inoperante aparecería como una consecuencia excesiva carente en absoluto de razonabilidad” (S.J. del 4-7-91, p. 206).

En definitiva y por todo lo dicho, las argumentaciones contenidas en la demanda no logran conmover la presunción de legitimidad que beneficia a los actos impugnados, no advirtiéndose la configuración de vicios invalidantes en el procedimiento licitatorio ni en los actos que fueron su consecuencia, lo que impone concluir en la improcedencia de la demanda.

A la primera cuestión, por tanto, me pronuncio en sentido negativo. Así voto.

A la primera cuestión planteada la Señora Vocal Dra. Pilar Suárez Ábalos de López, dijo:

I) Doy por reproducida la correcta relación de causa efectuada por el Sr. Vocal de primer voto.

Advierto que el acto administrativo impugnado -decreto 2157 emanado del P.E. provincial- refiere a la licitación pública nacional e internacional que fuera convocada por decreto N° 1344/02, para el otorgamiento de una concesión para la instalación y explotación de máquinas de juego (*slots*) en la Provincia de Córdoba.

Realiza una enumeración de los pasos producidos en el trámite licitatorio: apertura de sobres, concurrencia, creación de la Comisión de Evaluación, sus competencias (decreto N° 1344/02); puntajes técnicos asignados por la misma.

Hace referencia a las ofertas económicas recibidas y su evaluación. Alude al rechazo de la impugnación efectuada a la valoración de la Comisión referida, por la empresa que allí se cita. Y finalmente, ratifica el mejor puntaje técnico final, de acuerdo a ítems que se consignan, a favor de la empresa que se identifica.

Finalmente, el P.E. encuentra satisfecho el procedimiento seguido, por lo que convalidando lo actuado por la referida Comisión, adjudica la licitación de que se trata.

Encuentro suficientemente fundado al acto impugnado, el que relaciona, a partir de la convocatoria a licitación, los diferentes pasos producidos, el procedimiento observado, la calificación de la oferta más conveniente, así como las normas jurídicas aplicables.

La explicitación de la causa, por tanto, resulta inobjetable.

En otro orden, la Resolución N° 01/02 de la Comisión de Evaluación, debidamente notificada a la actora, pudo ser impugnada por el actor de conformidad a lo establecido en la norma de convocatoria, lo que aquél no hiciera. Por lo que conforme a lo dispuesto

por el art. 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha precluido la posibilidad de su tratamiento.

A mayor abundamiento, en los puntajes técnicos asignados a los oferentes no se advierte vicio alguno, como surge del voto del Dr. Cafferata, al que adhiero.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto negativamente.

A la primera cuestión planteada el Señor Vocal Ángel Antonio Gutiez, dijo:

A mi juicio es correcta la solución dada a la presente cuestión por el señor Vocal de primer voto, por lo que haciendo míos sus fundamentos y conclusiones me pronuncio en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada el Señor Vocal Dr. Juan Carlos Cafferata dijo:

De compartirse lo que vengo de sostener al analizar la primera cuestión, propongo que:

1. Se rechace la demanda.

2. Se impongan las costas en forma solidaria a las empresas actoras vencidas (art. 13 de la ley 8226) en razón de no encontrar razones que aconsejen apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 130 del C.P.C.C., aplicable por virtud del art. 13 del C.P.C.A.), y se difiera la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando se determine en definitiva la cuantía económica de la litis (art. 25 de la ley 8226).

Así voto.

A la segunda cuestión planteada la Señora Vocal Dra. Pilar Suárez Ábalos de López, dijo: Adhiero a la solución a la que arriba el señor Vocal preopinante. Por lo que, compartiendo sus conclusiones, me pronuncio en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada el Señor Vocal Ángel Antonio Gutiez, dijo: A mi juicio, es correcta la solución dada por el señor Vocal de primer voto a la presente cuestión. Por ello haciendo míos sus conclusiones, voto en igual sentido.

Por el resultado de los votos emitidos,

Se Resuelve:

1. Rechazar la demanda contencioso administrativa de ilegitimidad promovida por la Unión Transitoria de Empresas constituida por Casinos del Litoral S.A. -JCR S.A.- Guaraní S.A.C.I.F.I. y E. en contra de la Provincia de Córdoba.

2. Imponer las costas del juicio en forma solidaria a las empresas actoras y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando haya base firme para hacerlo.

Protocolícese y dese copia.

Con lo que terminó el acto que firman los señores Vocales.