



Provincia del Neuquén
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Número:

Referencia: EX-2023-01306963- -NEU-MEI - RECURSO - OMEGA MLP S.R.L. – EMCOPAT S.A.
UNIÓN TRANSITORIA

VISTO:

El expediente electrónico EX-2023-01306963- -NEU-MEI mediante el cual la firma **OMEGA MLP S.R.L. – EMCOPAT S.A. UNIÓN TRANSITORIA** interpuso recurso administrativo y los expedientes electrónicos asociados EX-2021-01341434- -NEU-LYT#UPEFE y EX-2023-00561560- -NEU-LYT#UPEFE; y

CONSIDERANDO:

Que el 13 de junio de 2023 la firma Omega MLP S.R.L. – Emcopat S.A. Unión Transitoria (en adelante la contratista), mediante sus representantes legales, interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra la Resolución N° 533/23 de la Unidad Provincial de Ejecución de Proyectos con Financiamiento Externo (en adelante UPEFE), a efectos de que se reconozcan, liquiden y abonen los conceptos reclamados ante la UPEFE como consecuencia de la extinción del contrato de obra pública denominado “BIRF 8712-AR- NQN-B° Z1-I Etapa-Neuquén Capital-Subproyecto 1: Red Colectora Cloacal y Conexiones Domiciliarias B° Peumayén, Nueva Jerusalén y B° 2 y 7 de Mayo”, correspondiente al Renglón 1 de la Licitación Pública N° 11/2021;

Que en su presentación solicitó que se abonen las sumas reclamadas más intereses, se reciba la obra en forma definitiva y se proceda a la devolución de las garantías oportunamente ofrecidas. Asimismo, acompañó el reclamo realizado ante la UPEFE el 23 de febrero de 2023, dando por reproducidas las peticiones allí expresadas, por lo que a continuación se procederá a resaltar lo principal del mismo;

Que dicha presentación la realizó haciendo efectivo el apercibimiento formulado en los términos de la cláusula 16.2 inciso c), Sección VII de las Condiciones Generales del pliego, notificando por medio de dicho reclamo la terminación del contrato, argumentando: “... frente a la grave situación de mora acontecida en el pago de los certificados de obra y redeterminación posteriores al anticipo financiero, en tanto pese a la intimación realizada ninguna respuesta han brindado sobre el particular (...) manteniéndose a la fecha la mora en el pago de los certificados de obra por la suma de \$40.027.954,68 y de redeterminación por \$31.430.360,61 (...) es que corresponde dar por finalizado el contrato, con más el reconocimiento, liquidación y pago de dichas sumas y aquellas que emergen con motivo de la extinción anticipada del vínculo contractual en razón de la mora registrada por la autoridad comitente”;

Que asimismo, continuó expresando: “Habiendo esta contratista procedido de conformidad con la cláusula 16.3, es que corresponde introducirse en los conceptos que debe reconocer la autoridad comitente con

motivo de la terminación contractual, es decir, cualquier pérdida o daño sufrido como consecuencia de la misma, tal lo taxativamente expuesto por el pliego de condiciones generales. (...) El derecho de esta Contratista a percibir los intereses por la demora en el pago de certificados de obra y de redeterminaciones de precios surge prístino de las previsiones de la cláusula 14.8 de las Condiciones Generales (...) Los intereses, liquidados conforme la tasa de descuentos del Banco de la Nación Argentina (condición especial N° 14.8), alcanzan por mora en el pago de certificados a \$15.850.551,31 y por certificados de reajuste a \$3.060.021,81, siendo válido aclarar que se han liquidado provisoriamente al 31.01.23, haciéndose reserva de ampliar su liquidación en función del tiempo de tramitación de la presente pretensión ...”;

Que posteriormente, indicó: “Ahora bien, conforme la doctrina unánime, las consecuencias económicas derivadas de la extinción del contrato por mora están a cargo de la Administración, quien debe asumir el mayor riesgo derivado de esa contingencia. (...) -Cláusula 14.8 (...) En lo que respecta a los gastos generales devengados, debe decirse que los trabajos sufrieron demoras por la falta de proyecto, representando dicho perjuicio la suma de \$8.698.148,05 (...) Asimismo, (...) cabe reconocer el material acopiado por la suma de \$60.811.492,89, el que desde ya se pone a disposición de la autoridad comitente y cuya magnitud emerge de la liquidación adjunta...”;

Que seguidamente, dijo: “... cabe introducirse en el último concepto, correspondiente a la utilidad no devengada, por la suma de \$51.071.889,63, la que se contrae a \$17.302.051,24 toda vez que se deduce de la misma el anticipo no amortizado (\$33.769.838,39)”;

Que en virtud de ello, conforme a la liquidación acompañada, reclamó un total de pesos ciento setenta y siete millones ciento ochenta mil quinientos ochenta con 59/100 (\$177.180.580,59);

Que los argumentos expuestos en el recurso administrativo interpuesto se fundamentan básicamente en el ilegítimo y arbitrario proceder de la UPEFE, considerándose afectado el principio de legalidad, ya que el presentante refiere que la resolución impugnada parecería ignorar que en caso de mora, y luego de realizado el apercibimiento conforme lo dispone la documentación licitatoria, la parte contratista contaba frente a la continuidad del incumplimiento con el derecho incondicionado de dar por terminado el contrato, no exigiéndose de ninguna manera la conformidad de la parte contratante. Por ello, el recurrente advierte una disociación entre la solución legal y el contenido del acto administrativo;

Que a su vez, entiende que no existe subsunción alguna de la situación extintiva por parte de la Ley de Obras Públicas 687, de acuerdo al artículo 1.2 de la Sección II que dispone “Alcances, Régimen Legal y Normas Supletorias”, no existiendo en el caso vacío normativo, “en tanto la disposición del pliego es comprensiva cabalmente del hecho moratorio”;

Que por último, en relación a las pólizas de seguro, indica que las correspondientes al riesgo por responsabilidad civil y a accidentes personales del equipo de campo, fueron presentadas, observadas por la comitente y debidamente enmendadas. Por su parte, respecto a la ampliación de la garantía, menciona que la misma fue acompañada sin perjuicio de que la misma fue requerida respecto de los certificados de redeterminación de precios una vez extinguida la relación contractual (28 de febrero de 2023);

Que en virtud de lo expuesto solicita la revocación del acto impugnado, saldar la deuda emergente por certificaciones de obra y por ajuste de precio y los restantes conceptos;

Que surge de los antecedentes que mediante el Decreto N° 2482/19 del 20 de noviembre de 2019 se aprobó el modelo de “Convenio Subsidiario de Préstamo del Programa Integral del Hábitat y Vivienda BIRF 8712”, a ser suscripto entre la Secretaría de Infraestructura Urbana dependiente del entonces Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación y la Provincia del Neuquén, con destino a financiar el Proyecto “Sector Z1, 2 y 7 de Mayo, Nueva Jerusalén y Peumayén Ciudad de Neuquén – Provincia del Neuquén”, entre otros;

Que mediante Nota UPEFE N° 249/2021 del 14 de mayo de 2021 se elevó el pliego de bases y condiciones

al Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat, solicitando su no objeción;

Que el 21 de mayo de 2021 la Secretaría de Hábitat del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat expresó mediante nota que no presentaba objeciones al inicio del proceso licitatorio, detallando el importe para cada renglón y el plazo. Posteriormente se agregaron a las actuaciones las circulares aclaratorias N° 1, N° 2 y N° 3 del pliego, sin objeciones, y las circulares modificatorias N° 1 y N° 2;

Que por Resolución N° 181/21 del 02 de junio de 2021 la UPEFE aprobó el llamado a Licitación Pública Nacional N° 11/2021, estableciendo como fecha de apertura de ofertas el 12 de julio de 2021;

Que el 26 de julio de 2021 se llevó a cabo el acto de apertura de la licitación en cuestión, agregándose a las actuaciones las ofertas presentadas, entre ellas la correspondiente a la recurrente;

Que por Resolución N° 324/21 del 22 de octubre de 2021 la UPEFE aprobó la adjudicación de la Licitación Pública Nacional N° 11/2021 a la requirente, el Renglón N° 1 por la suma de pesos doscientos ochenta y seis millones novecientos cincuenta y seis mil novecientos setenta y tres con 29/100 (\$286.956.973,29) y el Renglón N° 2 por la suma de pesos ciento setenta y ocho millones novecientos noventa y seis mil ciento dos con 49/100 (\$178.996.102,49), valores a junio 2021, con un plazo de ejecución de obra para ambos renglones de quince (15) meses. Asimismo, se aprobaron los modelos de contrato a suscribir, el plan de trabajo y la curva de inversión;

Que el 19 de noviembre de 2021 las partes suscribieron el contrato correspondiente al Renglón N° 1, “Subproyecto 1: Red cloacal y conexiones domiciliarias B° Peumayén, Nueva Jerusalén, B° 2 y 7 de Mayo”;

Que el 06 de diciembre de 2022 la Dirección Provincial Administrativa, Contable y Financiera de la UPEFE acompañó a las actuaciones informe de “Cálculo de Ajuste de Precios del Contrato de Obra – Redeterminación del Valor del Contrato”, el cual detalla que fue efectuado con índices INDEC de la publicación de agosto de 2021, última disponible al momento del cálculo;

Que el 15 de diciembre de 2022 la Dirección Provincial Administrativa, Contable y Financiera de la UPEFE aclaró bajo qué expedientes tramitaron las pólizas de garantía de ejecución de contrato y de garantía de anticipo financiero;

Que el 23 de febrero de 2023 la requirente interpuso reclamo administrativo ante la UPEFE, el cual fue relatado precedentemente;

Que el 15 de mayo de 2023 la Dirección Provincial de Obras, Seguimiento y Control de la UPEFE elevó informe técnico a la Dirección Provincial de Legal y Técnica de la UPEFE en el que, a efectos de esclarecer la situación expuesta por la contratista, procedió a realizar un detalle de cada uno de los temas intervinientes en la dilación de los plazos existente en la obra en cuestión;

Que el 19 de mayo de 2023 se informó mediante nota el estado de situación de la obra "BIRF-8712-AR-NQN B° Z1 – I Etapa - Neuquén Capital RENGLÓN 1: Subproyecto 1 Red Cloacal y Conexiones Domiciliarias, B° Peumayén, Nueva Jerusalén, 2 y 7 de Mayo”, de la misma surge que: “... *se encuentra a la fecha en un porcentaje de ejecución acumulado del 12.42%, siendo el mes de Febrero 2023 el último que registra avance de obra, con un 0.60% de avance del mes. Así mismo se informa que actualmente la obra se encuentra abandonada por parte de la Contratista desde el mes de Febrero de 2023, en el cual se retiraron tanto los trailers oficinas del equipo de campo y la Contratista, los materiales acopiados, los elementos que mantenían cerrado el predio utilizado como obrador y la vigilancia*”;

Que previo Dictamen DICFC-2023-1-E-NEU-LYT#UPEFE de la Dirección Provincial Legal y Técnica, mediante la Resolución N° 533/23 del 23 de mayo de 2023 la UPEFE rechazó la impugnación administrativa interpuesta por la requirente e intimó y emplazó a la firma a que en el plazo perentorio improrrogable de cinco (5) días seguidos, proceda a: 1) dar formal reinicio de obra, 2) dar cumplimiento al plan de trabajo y curva de inversión aprobados, 3) dar formal presentación al comitente de las coberturas

mínimas establecidas en la cláusula 18 de las Condiciones Especiales, 4) se presente en el sitio de obra su representante técnico designado, todo ello bajo apercibimiento de aplicar las penalidades establecidas en el pliego, indemnización por daños que resulten corresponder por los graves atrasos advertidos, dar por rescindido el contrato por incumplimiento fundamental del mismo imputable a la contratista con pérdida de la garantía de ejecución de contrato, devolución del anticipo financiero, así como cualquier pago pendiente de cobro. Dicha norma fue debidamente notificada en igual fecha;

Que el 13 de junio de 2023 la firma interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial contra la Resolución N° 533/23 de la UPEFE, lo que originó el caso bajo análisis;

Que el 15 de junio de 2023 la Dirección Mayor del Ministerio de Economía e Infraestructura indicó: *“La Ley 1785 crea, en su artículo 1°, la Unidad Provincial de Enlace y Ejecución de Proyectos con Financiamiento Externo (UPEFE), como un organismo descentralizado que se vinculará directamente con el Poder Ejecutivo en sus relaciones jerárquicas. En virtud de ello, por aplicación del artículo 182° inciso c) de la Ley 1284 (...) se remiten las presentes a la Asesoría General de Gobierno a los fines de la emisión de la norma respectiva que dé respuesta a la presentación interpuesta”*;

Que a fin de brindar tratamiento al presente cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, en tal sentido se procederá a analizar si la Resolución N° 533/23 de la UPEFE resulta ajustada a derecho;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la Ley 1284, el Pliego de Bases y Condiciones aplicable a la contratación específica, la Ley 1785 de creación de la UPEFE, la Ley 687 de Obras Públicas, la Ley 2141 de Administración Financiera y Control y demás normas aplicables al caso;

Que en virtud de los planteos realizados se advierte que no se cuenta con competencia material para expedirse sobre cuestiones técnicas. En esta línea, en concordancia con lo sostenido por la Asesoría General de Gobierno, cabe citar a la Procuración del Tesoro de la Nación, la cual ha dicho que: *“La ponderación de cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico debe realizarse de conformidad con los informes de los especialistas en la materia, sin que la Procuración del Tesoro entre a considerar tales aspectos, por ser ello materia ajena a su competencia estrictamente jurídica (conf. Dict. 199:119; 241:207).”* (PTN Dictamen 301:377);

Que asimismo, se deberá tener en consideración lo expresado por el mismo órgano, en cuanto a que: *“Los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor”* (PTN, Dictamen 71/2015 – Tomo: 293, Página: 21);

Que en síntesis la pretensión administrativa de la requirente consiste en: 1°) incumplimiento contractual imputable al contratante y consecuente aplicación de la cláusula 16.2, Sección VII de las Condiciones Generales del Pliego, no existiendo vacío normativo, por lo que no resulta de aplicación la Ley de Obras Públicas 687; 2°) la recepción de la obra en forma definitiva; 3°) la devolución de las garantías oportunamente ofrecidas y 4°) el pago de certificados de obra y de redeterminación de precios, intereses moratorios de los certificados de obra y de redeterminación de precios, de mayores gastos generales por falta de proyecto, de materiales acopiados para ejecución de obra y por utilidad no devengada;

Que si bien todos los aspectos señalados se encuentran claramente interrelacionados, se irán analizando y desarrollando de conformidad a los hechos y situaciones que lucen en las actuaciones;

Que en relación a los tres primeros puntos cabe señalar que la presentante alega el incumplimiento de la Administración Pública basándose en una situación de mora en el pago de los certificados de obra y redeterminación posteriores al anticipo financiero, indicando que la contratista hizo efectiva una intimación previa realizada mediante notas de pedidos en donde señalaba atrasos por parte de la Administración

Pública Provincial en los pagos de determinados certificados y tuvo como consecuencia el planteo de la rescisión con la presentación del escrito posterior;

Que por ello, considerando que a efectos de la terminación del contrato la presentante alegó una cláusula específica del pliego se deberá dar especial tratamiento al mismo;

Que la cláusula 16.2 inciso c) se encuentra dentro de la Sección VII de las Condiciones Generales y establece: *“El contratista tendrá derecho a terminar el Contrato si: (...) c) el Contratista no recibe el monto adeudado al amparo de un Certificado de Pago Provisional dentro del plazo de 42 días contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo establecido en la Subcláusula 14.7 (Pagos) para realizar los pagos (salvo en cuanto a deducciones de conformidad con la Subcláusula 2.5 [Reclamaciones del Contratante])”*, agregando al finalizar que *“En cualquiera de estas situaciones o circunstancias, el Contratista podrá terminar el Contrato, previa notificación al Contratante con una antelación mínima de 14 días. Sin embargo, en el caso de los incisos (f) o (g), el Contratista podrá terminar inmediatamente el Contrato mediante notificación”*;

Que preliminarmente, como consecuencia de la cláusula mencionada, corresponde considerar que la presentante indica intimaciones previas en las que le señalara el atraso a la Administración Pública Provincial, no obstante no acompañar las mismas tampoco aclara que expresamente hubiera indicado en ellas la posibilidad de rescisión, que luego plasmara mediante reclamo ante la UPEFE el 23 de febrero de 2023;

Que asimismo, corresponde mencionar que una de las notas características y diferenciales del contrato de obra pública, está dada por el conglomerado de instrumentos que lo constituyen, tales como pliego de bases y condiciones generales y especiales, especificaciones técnicas, planos, detalle de obra, plan de trabajo, órdenes de servicio de la inspección, notas de pedido, entre otros;

Que así, tanto el plexo normativo que reglamenta el contrato como los hechos de ejecución del mismo deben interpretarse como partes de un todo jurídico complejo. Frente a ello, para la resolución de conflictos, corresponde regirse en base a dos principios interpretativos: el principio de la buena fe y el de interés público;

Que doctrinariamente se ha dicho: *“... es necesario destacar que hablar de la rescisión de un contrato administrativo nos transporta a un modo anormal de conclusión; y por cierto a un resultado no deseado, pues parece que una decisión de esa naturaleza no debería beneficiar a nadie, si estamos frente a un contrato nacido al amparo de la buena fe y para atender al interés público...”* (GUSMÁN Alfredo, “Rescisión del Contrato de Obra Pública. Consecuencias”, abril 2014, Libro Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, página 111, Id SAIJ: DAF170160);

Que como derivado del interés público aparece el rol de colaborador, que debe asignarse a la contratista en este marco;

Que la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación recepta ambas pautas interpretativas, de este modo: *“En el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público”* (Dictamen 252:557), cuestiones que no se visualizaron en la decisión y modalidad, al llevar a cabo el planteo de rescisión;

Que a su vez, conviene señalar que según el orden de prelación de documentos esbozado en la cláusula 1.5 del pliego, Sección VII, para fines de interpretación se prevé la aplicación preferente de los documentos en la siguiente secuencia: *“... a). Contrato (...) d) Condiciones Especiales, e) Condiciones Generales...”*;

Que a su vez, dentro de esas Condiciones Especiales del pliego se indica: *“... 1.4 Ley e Idioma. El presente Contrato se regirá por la legislación que resulta de aplicación en la jurisdicción del Contratante (...) Será de aplicación la Ley de Obra Pública de la Provincia de Neuquén N° 687 y normativa complementaria Ley*

provincial de administración financiera y control N° 2141 y normativa complementaria Legislación vigente en la provincia del Neuquén...”;

Que por ello, específicamente se indica la aplicación de la Ley de Obras Públicas 687, cuyo artículo 73° respecto a la rescisión del contrato de obra pública a solicitud del contratista establece que: *“El contratista tendrá derecho a solicitar la rescisión del contrato en los siguientes casos: (...) e) Cuando la Administración demore la emisión o pago de uno o más certificados, que en conjunto superen el 20% del monto contractual por más de tres meses después del término señalado en el artículo 57° sin perjuicio del reconocimiento de intereses. Esta causa no podrá ser invocada cuando mediere culpa o negligencia del contratista, o cuando se refiriese a trabajos o provisiones cuya certificación no haya sido realizada por no existir acuerdo de las partes. En este caso, los plazos comenzarán a regir desde que exista resolución firme y definitiva al respecto. En todos los casos el contratista intimará previamente a la Administración para que en el término de treinta días corridos, normalice la situación. Vencido este término sin que se haya normalizado la situación, el contratista tendrá derecho a solicitar a la Administración la rescisión del contrato por culpa de ésta, la que deberá pronunciarse dentro del término de treinta días corridos a contar desde la solicitud. Vencido ese plazo sin que la Administración se pronuncie se entenderá denegada la rescisión”;*

Que ello permite concluir que, más allá de las causas de la demora que se desarrollarán a continuación, la contratista no puede rescindir por sí el contrato, sino que debe solicitar a la Administración Pública dicha rescisión;

Que a su vez se advierte que la requirente no actuó en consideración al principio del interés público, ni se ha observado en la misma –en consideración a lo expuesto en diversas órdenes de servicio acompañadas– una voluntad reiterada en cumplir las obligaciones a su cargo;

Que consecuentemente la pretensión esgrimida en el marco de la cláusula 16.2, Sección VII de las Condiciones Generales, no puede ser interpretada aisladamente, por cuanto la contratista al efectuar una contratación con la Administración Pública Provincial se sometió también a las normas jurídicas de los contratos de obra pública;

Que en el mismo sentido, al no estar finalizada la obra, no corresponde proceder a la recepción de la misma en forma definitiva ni a la devolución de las garantías oportunamente ofrecidas, alentando a la continuidad de la misma, en virtud del interés público comprometido;

Que desde otro vértice, cabe abordar ahora la pretensión administrativa de la requirente relativa al pago de certificados de obra y de redeterminación de precios, intereses moratorios de los certificados de obra y de redeterminación de precios, de mayores gastos generales por falta de proyecto, materiales acopiados para ejecución de obra y por utilidad no devengada. En relación a ello conviene destacar que el contrato se firmó el 19 de noviembre de 2021 con valores a junio de ese año, por lo que se realizó redeterminación de precios a noviembre de 2021. La no objeción a la redeterminación del monto contractual fue enviada a la UPEFE por parte del Programa con fecha 12 de abril de 2022 y la póliza de ejecución de contrato actualizada fue presentada por la contratista el 18 de abril de 2022. Finalmente, el 27 de abril de 2022 se firmó el acta de ajuste de precios del contrato;

Que se realizó acta de inicio de obra el 21 de enero de 2022 (Orden de Servicio N° 3), siendo luego trasladada al 21 de febrero de 2022 (Orden de Servicio N° 10), y se estableció un plazo de obra de quince (15) meses con fecha prevista de finalización de obra el 17 de mayo de 2023. Posteriormente, se emitió la factura correspondiente al certificado de anticipo financiero, el 05 de mayo de 2022;

Que en este punto, entre otros, la contratista plantea el derecho a percibir los intereses de acuerdo a las previsiones de la cláusula 14.8 de las Condiciones Generales (retraso en los pagos);

Que no obstante ello, se deberá considerar que dentro de las Condiciones Generales la cláusula 14.6 estipula que: *“No se certificará ni pagará ningún monto hasta que el Contratante haya recibido y aprobado la*

Garantía de Cumplimiento (...) No se retendrán Certificados de Pago Provisionales por ninguna razón, aunque: (a) si el Contratista suministra un elemento o realiza un trabajo que no se ciñe al Contrato, podrá retenerse el costo que supone la rectificación o reposición hasta que se lleve a cabo esta labor de rectificación o reposición; o (b) si el Contratista no ha cumplido o no cumple cualquiera de los trabajos u obligaciones de conformidad con el Contrato, y el Ingeniero le ha dado las notificaciones del caso, el valor correspondiente a dicho trabajo u obligación podrá retenerse hasta que éstos se cumplan. El Ingeniero podrá, en cualquier Certificado de Pago, hacer cualquier corrección o modificación que hubiera debido hacerse en un Certificado de Pago anterior. Los Certificados de Pago Provisionales no se considerarán como indicativos de la aceptación, aprobación, consentimiento o satisfacción del Ingeniero”;

Que se visualizan en las actuaciones diversas órdenes de servicio con respecto a incumplimientos por parte de la contratista: en cuanto a la cartelería se le solicitó el reemplazo de cartel debido a que el mismo no cumplía con las dimensiones exigidas por el Programa (Orden de Servicio N° 16 del 28 de marzo de 2022) – recién el 05 de septiembre de 2022 se observa el cartel modificado de acuerdo a lo solicitado-; en relación al vehículo se recibió una camioneta como provisoria hasta tanto la contratista entregue el vehículo con las características exigidas en el pliego y recordando la falta de entrega del tráiler para la oficina a ubicar en el predio del obrador (Orden de Servicio N° 18 del 21 de abril de 2022) –recién el 20 de octubre de 2022 se entregó vehículo ploteado conforme lo solicitado-; se intimó a la contratista a presentar dentro de un plazo de quince (15) días hábiles el proyecto de rasantes correspondientes a los sectores Peumayén, Nueva Jerusalén, 2 y 7 de Mayo con la aprobación municipal correspondiente (Orden de Servicio N° 28 del 15 de junio de 2022); se solicitó a la contratista un informe que indique fecha cierta de cuándo comenzará con la obra, por dónde comenzará, cuándo se entregarán los faltantes y cuándo se cambiarán/repondrán los carteles de obra. Ello fundamentado en la cancelación de la totalidad del anticipo financiero previsto y continuando con algunos incumplimientos (Orden de Servicio N° 31 del 04 de julio de 2022), se reitera que la oficina destinada al equipo de campo aún no cuenta con la instalación sanitaria correspondiente –ni desagüe, ni abastecimiento de agua-, solicitando se proceda a dejar en condiciones la misma (Orden de Servicio N° 49 del 12 de septiembre de 2022), entre otras;

Que en respuesta a alguna de ellas, el 21 de junio de 2022 la contratista indicó que el contrato de obra no abarcaba algunas labores especificadas en las órdenes de servicio, por lo que no sería factible completar la actividad que está fuera del marco contractual, y que sin perjuicio de ello, al tratarse de obras necesarias para el avance, indica que ha comenzado con los proyectos de rasantes y cordón cuneta, elevando la cotización por la ejecución de dichos proyectos y solicitando respuesta a la propuesta económica;

Que es decir, la contratista realizó su oferta sin comprender acabadamente los términos del contrato, en lo que respecta específicamente a las Condiciones Especiales del Contrato;

Que así, se destaca que mediante Orden de Servicio N° 32 del 11 de julio de 2022 se rechazó el planteo de la contratista en relación a que es responsabilidad del comitente proveer el proyecto de rasante de calles aprobado por la municipalidad, indicando que es obligación de la contratista de conformidad a lo dispuesto en la Sección VIII –Condiciones Especiales del Contrato - 4.1 “Obligaciones Generales de la Contratista”. A su vez, se mencionó el punto 7.2 recordando que la obra fue contratada bajo el sistema de ajuste alzado (el licitante cotizará un precio único y global para la ejecución de la obra). Por ello, en razón de las consideraciones del pliego de licitación que rigen la obra, y siendo obligación de esa contratista entregar el “Proyecto Ejecutivo” de la “Red Colectora Cloacal y Conexiones Domiciliarias B° Peumayén, Nueva Jerusalén, B° 2 y 7 de Mayo” en plazo contractual, encontrándose el mismo extremadamente vencido, se intimó en el plazo perentorio e improrrogable de cinco (5) días corridos a presentar los proyectos ejecutivos;

Que es decir, a julio de 2022 aún no se había podido dar inicio a la aprobación respectiva y al inicio de los trabajos contratados;

Que a su vez, la intimación mencionada precedentemente la UPEFE la realizó “... *bajo apercibimiento de aplicar las penalidades establecidas en el pliego licitatorio (Sección VIII, CEC. 8.7 Indemnización por*

Demoras Dado que el anticipo financiero previsto para la obra fue cancelado y abonado en su totalidad”. Por ello, el 28 de noviembre de 2022 mediante Nota de Pedido N° 72 se hizo entrega del “Proyecto Ejecutivo del Sector 7 de Mayo” visado por el Ente Provincial de Agua y Saneamiento, informando encontrarse a la espera de la designación del inspector de la obra;

Que asimismo, a efectos del pago de los certificados, surgen algunas condiciones en el desarrollo del pliego, como ser la entrega de las respectivas pólizas (cláusula 18 de las Condiciones Especiales) o las ampliaciones de la garantía de ejecución del contrato -Anexo II – Ajuste de precio del contrato: “... El Contratista deberá ampliar la garantía de cumplimiento para mantener la proporción del precio del contrato ...”;

Que para ello, debe considerarse lo señalado en el informe técnico de la Dirección Provincial de Obras, Seguimiento y Control de la UPEFE realizado el 15 de mayo de 2023 que dice: “La documentación requerida para el primer desembolso por el Programa y exigida según pliego en su Sección VIII: “Condiciones Especiales” Inciso 8,1 Inicio de Las Obras, fue presentada en condiciones con fecha 20/10/2022 (...) y que a la fecha aún no han sido presentados al Contratante los proyectos ejecutivos de 3 de los 4 sectores a intervenir, se considera que a la fecha la Contratista se encuentra incumpliendo con sus obligaciones (...) A la fecha la Contratista no ha presentado la ampliación de la garantía de ejecución de Contrato...”;

Que asimismo, en el mencionado informe, a efectos de esclarecer la situación expuesta por la contratista, se procedió a realizar un detalle de cada uno de los temas intervinientes en la dilación de los plazos existentes en la obra en cuestión, concluyendo que la contratista: “... tuvo ejecución 0% durante 4 meses y comenzó a ejecutar obra en el mes de agosto. Considerando que la fecha de inicio es 21 de febrero (...) se considera que es atribuible a la misma la dilación en los plazos originada por la faltante de un proyecto ejecutivo que (...) debía presentarse según pliego a los 30 días del inicio de la obra para los 4 sectores a intervenir, y que a la fecha solo se ha entregado el proyecto de 1 de los 4 sectores. Además de lo mencionado, uno de los requisitos necesarios para la tramitación de los pagos de los certificados dentro del sistema UEPEX utilizado por el Programa es la facturación, razón por la cual desde esta Unidad se solicitan las mismas a la Contratista concluida la elaboración de cada uno de los certificados de obra. La facturación de los certificados N°9, N°10 y N°11 fueron solicitadas pero aún no enviadas a esta Unidad por la contratista, por lo que el circuito de pago se encuentra interrumpido para dichos certificados.”;

Que de acuerdo al principio de continuidad que rige la ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública Provincial, estos deben ser cumplidos y ejecutados en forma ininterrumpida y continuada. Dicho principio habilita a la Administración a exigir a la contratista la no interrupción de la ejecución de los contratos, actuar que se ve reflejado en las órdenes de servicio antes descriptas;

Que las órdenes de servicio constituyen verdaderos actos administrativos, elaborados por el técnico designado por la autoridad competente para inspeccionar la obra. Como tal, las órdenes de servicio exteriorizan la voluntad estatal, encontrándose en las actuaciones las mismas firmes y consentidas;

Que así, quedó acreditado que no se han presentado los proyectos ejecutivos en su totalidad (sólo 1 de los 4 sectores a intervenir), encontrándose la contratista incumpliendo con sus obligaciones según el pliego respectivo, el que para su presentación estableció el plazo de treinta (30) días a partir de la fecha de inicio de obra;

Que a su vez, mediante Nota NO-2023-01117892-NEU-OBSC#UPEFE del 19 de mayo de 2023 la Dirección Provincial de Obras, Seguimiento y Control de la UPEFE, informó el estado de situación de la obra, indicando que la misma se encontraba en un porcentaje de ejecución acumulado del doce con cuarenta y dos por ciento (12.42%), siendo el mes de febrero 2023 el último que registra avance de obra, con un cero con sesenta por ciento (0.60%) de avance del mes. Asimismo, indicó que la obra se encontraba abandonada por la contratista desde febrero de 2023;

Que frente a la situación descripta, habiéndose abonado en su totalidad el anticipo financiero, que

constituye el diez por ciento (10%) del precio total del contrato, y ante los trabajos efectivamente ejecutados por la contratista, se considera acorde la situación económica financiera del contrato;

Que con respecto a las redeterminaciones y habiendo alegado que la ampliación de la garantía fue requerida respecto a los certificados de redeterminación de precios una vez extinguida la relación contractual, corresponde indicar que de las Condiciones Especiales del Contrato surge: *“En los casos en que se produzcan modificaciones del monto contractual deberán reajustarse las garantías del contrato”* (12.3 Evaluación), por lo que la misma no podía ser desconocida;

Que en cuanto a la solicitud efectuada por la requirente respecto a los materiales acopiados, dentro de las especificaciones técnicas particulares del pliego se menciona el correspondiente planteo a efectos de una autorización (A.3.2.12), destacando que no surge la misma de las actuaciones ni tampoco solicitud de acopio por parte de la contratista;

Que a su vez, reiterando que la dilación en los plazos se atribuye a la responsabilidad de la contratista, tampoco resultan exigibles al contratante los aspectos relativos a utilidad no devengada y mayores gastos por falta de proyecto;

Que así se advierte que la contratista basó gran parte de sus peticiones en las Condiciones Generales del pliego sin contemplar en su totalidad las Condiciones Especiales del mismo y, toda vez que el contrato se financia con un préstamo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), corresponde dar prioridad a las Condiciones Especiales como se indica en el mismo pliego;

Que a su vez, del informe técnico realizado por la autoridad competente surge que se ha cancelado en su totalidad el anticipo financiero respectivo, no correspondiendo aún el pago de los certificados (por falta de facturación, por no encontrarse presentada a mayo de 2023 la ampliación de la garantía respectiva y por retraso en la ejecución de la obra), destacando que la contratista registró demoras en la ejecución de los trabajos encomendados y graves incumplimientos contractuales. Asimismo, se acreditó el atraso e incumplimiento en los equipos a presentar de la Oficina de Campo, Movilidad y Cartel de Obra, por lo que se requirió la regularización en la ejecución de los trabajos, pudiendo retener los pagos hasta tanto los trabajos se cumplan conforme plan de trabajo (cláusula 14.6 Condiciones Generales);

Que así, ha quedado demostrado que el Estado ha requerido y ha advertido a la empresa en debida forma (órdenes de servicio) respecto a los incumplimientos verificados, habiendo otorgado la posibilidad de resolver los inconvenientes. Ante lo cual, la contratista no evidenció una voluntad de recuperar los plazos contractuales previamente establecidos;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas corresponde rechazar en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por la firma Omega MLP S.R.L. – Emcopat S.A. Unión Transitoria contra la Resolución N° 533/23 de la Unidad Provincial de Ejecución de Proyectos con Financiamiento Externo;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que la solicitante se considere con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen DICFC-2023-121-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1°: RECHÁZASE en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por la firma

OMEGA MLP S.R.L. – EMCOPAT S.A. UNIÓN TRANSITORIA contra la Resolución N° 533/23 de la Unidad Provincial de Ejecución de Proyectos con Financiamiento Externo, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: Notifíquese a la interesada lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3º: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro de Economía e Infraestructura.

Artículo 4º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.