Dictamen DNCP/DJ N° 4.069/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	19/4/2021
ID:	396108
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	*"CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO TIPO EMPEDRADO EN DISTINTOS BARRIOS DEL KM. 14 ACARAY"*
Entidad Convocante:	Municipalidad de Minga Guazú.
Denunciante:	Protección al Denunciante/CASO 219/21
Tema General:	• Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	• EE.TT limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N° 219/21.
2. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Que, del texto de la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el denunciante en participar del presente procedimiento de licitación, así como en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en las bases del llamado denunciado; específicamente señala que la Convocante se encuentra limitando la posibilidad de participación de los potenciales oferentes.

Manifiesta que el PBC respecto a la Capacidad Financiera, establece: "*…el mínimo de activos líquidos y/o acceso a créditos libres de otros compromisos contractuales del adjudicatario será 80% sobre el monto de la oferta del oferente…*"

Señala el denunciante que el 80% es exageradamente elevado, incumpliendo la Convocante con lo establecido en el Artículo 4°, inciso b, de Igualdad y Libre Competencia, por lo que claramente se denota la intención de la convocante de dejar fuera a las pequeñas empresas, ya que en licitaciones anteriores la Municipalidad siempre establecido el porcentaje del 50%.

Así las cosas, se denota que el denunciante no se encuentra conforme con las bases concursales del llamado a licitación, manifestando que los requerimientos de la capacidad financiera establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones se encuentran limitado la participación de los potenciales oferentes.

Por tanto, corresponde aclarar al mismo, que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**, puesto que las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

Por tanto, se ordena el cierre de la denuncia individualizada como Caso N° 219/21, al constatarse un interés particular en la convocatoria, mencionamos que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto N.º 2.992/19.

DENUNCIA:

***La denuncia ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas e individualizada como CASO N° 219 de fecha 14 de abril del 2021, refiere*:**

*"…**HECHO***

Promuevo protesta contra el Pliego y Bases y Condiciones del llamado a la Licitación Pública Nacional de la Modalidad CO "Convocatoria de la Licitación 396108 - Construcción de Pavimento Tipo Empedrado en Distintos Barrios del Km. 14 Acaray".-

En el punto 3. Inciso "d". Capacidad Financiera señala lo siguiente: **"El mínimo de activos líquidos y/o acceso a créditos libres de otros compromisos contractuales del adjudicatario ser?: 80% sobre el monto de la oferta del oferente".**

Este 80% esta exageradamente elevado, fuera de lo normal incumpliendo el **Art. 4to. Inciso b, de la Igualdad y Libre Competencia de la Ley 2051/03***, claramente se nota que la convocante en este llamado en específico, tiene intención de dejar sin posibilidad de participar a las empresas pequeñas al elevar fuera de lo normal el porcentaje del activo líquido.*

En las licitaciones anteriores de esta Municipalidad siempre fueron el 50% y en otros casos menos, llama la atención y sin necesidad alguna la elevación repentina de tal porcentaje que con la cual perjudica a las empresas pequeñas al ser limitado y sin poder participar en el llamado.

CITO ALGUNOS LLAMADOS ANTERIORES CON 50% DE REQUERIMIENTOS DE ACTIVOS LÍQUIDOS.

- *Convocatoria de la Licitación 386867 - Construcción de Pavimento Tipo Empedrado en el Barrio San Miguel - Colonia Ko'e pyahu - Tramo II. (50% de activo líquido).*

- *Convocatoria de la Licitación 382761 - Construcción de Tinglado en el Colegio Nacional Juana María de Lara - Km 19 Monday, Construcción de Tinglado en la Escuela Básica N° 6487 Jardín del Oriente - Km. 13 1/2 Acaray. (50% de activo líquido)*
- *Convocatoria de la Licitación 382762 - Construcción de Tinglado - Escuela Básica N° 6218 Virgen de Las Mercedes - Km. 34 Acaray, Construcción de Tinglado y Pista en el Colegio Nacional San Roque Nacional de Santa Cruz - Km. 14 Monday. (50% de activo líquido)*

Por todos lo motivos expuestos solicito a V.S. de conformidad al Art. 4to inciso b, de la Igualdad y Libre Competencia, que modifique y establezca el 50% del activo líquido, lo cual es razonable y favorecer? la participación a los potenciales oferentes de categoría pequeña-

PETITORIO

1. ***Reconoce**r mi personería en el carácter invocado y constituido mi domicilio en el lugar señalado.*
2. ***Tener** por iniciada la presente demanda PLIEGO Y BASES Y CONDICIONES*
3. ***Correr** traslado al demandado*
4. ***Modificar** punto 3. Inciso d. Capacidad Financiera y establecer el 50%*

***PROVEER DE CONFORMIDAD Y SERA JUSTICIA**….”*

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

De la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el denunciante en participar en el presente procedimiento de licitación, así como en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en las bases del llamado denunciado.

Señala que la Convocante se encuentra limitando la posibilidad de participación de los potenciales oferentes, debido a que el PBC establece en la Capacidad Financiera, lo siguiente: "…***el mínimo de activos líquidos y/o acceso a créditos libres de otros compromisos contractuales del adjudicatario será 80% sobre el monto de la oferta del oferente…"***

El denunciante manifiesta que el 80% es exageradamente elevado, incumpliendo la Convocante con lo establecido en el Artículo 4°, inciso b, **DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA**, ya que claramente se denota la intención de la convocante de dejar fuera a las pequeñas empresas, al establecer un porcentaje tan elevado, debido a que en licitaciones anteriores la Municipalidad siempre ha establecido un porcentaje del 50%.

Así las cosas, se denota que el denunciante no se encuentra conforme con las bases concursales del llamado a licitación, específicamente en cuanto a los requerimientos de capacidad financiera establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, ya que según sus manifestaciones se encuentran limitado la participación de los potenciales oferentes.

Por tanto, corresponde aclarar al mismo, sobre el particular que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Cabe destacar que, la **protesta** es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N° 2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007",*** *ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 2077/15** *"Por la cual se disponen los requisitos mínimos a ser considerados para la Admisión y Tramitación de las Protestas a ser sustanciadas contra Procesos de Contratación regidos por la Ley 2051/03, sus modificaciones y reglamentaciones y se deroga la Resolución DNCP N° 1220/2009"* y la **Resolución DNCP Nº 378/2017** *"POR LA CUAL SE APRUEBA LA IMPLEMENTACIÓN DEFINITIVA Y EL REGLAMENTO DEL MÓDULO DE PROTESTAS ELECTRÓNICAS DEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE INFORMACIÓN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN REGIDOS POR LA LEY Nº 2051/03 Y SE DEROGA LA RESOLUCIÓN DNCP Nº 2076*".

A continuación, señalamos las condiciones exigidas para dar trámite al pedido, recalcando que las referidas resoluciones puede encontrarlas en el Portal de Contrataciones, Sección Marco Legal:

- **ACREDITAR** el interés legítimo
- **LOS HECHOS** deben formularse bajo fe de juramento.
- **ACREDITAR** fehacientemente la personería invocada, acompañando la documentación que la demuestre, conforme al Art. 3° de la Res. DNCP N° 2077/15.
- **DECLARAR** una dirección de correo electrónico oficial. Este es un campo obligatorio ya que a través del correo declarado se realizarán las notificaciones que sean necesarias y el seguimiento del proceso.
- **INDICAR** el llamado objetado y la Convocante, así como los ítems o lotes impugnados – conforme al sistema de adjudicación, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 del Decreto 7434/2011.

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N° 5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".***

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**, puesto que las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

> ***"…Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario…"[1];***
>
> ***"…Antes de la publicidad de los pliegos -requerida normativamente- no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria hasta el momento de la presentación de las ofertas… A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas…"[2]***.

Por todo lo expuesto, y al hecho que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales y **el denunciante cuenta aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones**. En virtud de lo dispuesto en el Art. 142° del Decreto 2992/19, que establece: "*Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia*

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-

de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta", **se ordena el cierre del CASO N° 219/21**.

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Dirección Jurídica – DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP