Dictamen DNCP/DJ N° 271/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	10/1/2022
ID:	404401
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	Subasta a la Baja Electrónica
Nombre de la Licitación:	"ADQUISICIÓN DE DESAYUNO Y MERIENDA ESCOLAR - PLURIANUAL 2022/2023 - AD REFERÉNDUM"
Entidad Convocante:	Ministerio de Educación y Ciencias.
Denunciante:	Protección al Denunciante/CASO 746/21
Tema General:	• Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	• EE.TT limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N°746/21.
2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

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, y direcciona el llamado para que una sola empresa pueda ser adjudicada, al solicitar que el oferente acredite, haber proveído en concepto de frutas y/u hortalizas a instituciones públicas y/o privadas del mercado nacional, en la sumatoria de los años 2018, 2019 y 2020, como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) del monto total ofertado en la presente licitación.

El denunciante señala que este requisito inserto en las bases concursales debe ser modificado ya que solo una empresa puede cumplirla, y ni siquiera en consorcio otras empresas llegan al monto requerido. Refiere por ello, la Convocante debe señalar al menos 3 empresas que puedan cumplir con los 7 mil millones en facturación en venta de frutas y hortalizas.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, son estos potenciales oferentes - que se encuentran interesados en participar - , los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. JOSE AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

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.

Asimismo, indicamos al denunciante con respecto a la experiencia del **Ítem 2 FRUTA FRESCA BANANA** se encuentra en trámite un procedimiento de PROTESTA abierta instruida mediante la Resolución DNCP N°04/22 respecto al mismo punto cuestionado, por lo tanto, le recomendamos este al pendiente de las resultas del procedimiento.

Por tanto, se ordena el cierre de la denuncia individualizada como Caso N° 746/21, al constatarse un interés particular en la convocatoria, y se aclara 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° 746/21 de fecha 30 de diciembre del 2021, refiere:

"...ID N? 404.401. EL MEC PRETENDE MANTENER UN PBC CON EL QUE SOLAMENTE SE LE PUEDE ADJUDICAR A UNA SOLA EMPRESA EN EL PAÍS, PIDE QUE EL OFERENTE TENGA 50% DEL MONTO TOTAL OFERTADO EN VENTA DE FRUTAS Y HORTALIZAS, ESE PUNTO SOLO PUEDE CUMPLIR LA EMRPESA GRANOS Y ACEITES, NI SIQUIERA EN CONSORCIO OTRAS EMPRESAS LLEGAN AL MONTO.

LA DNCP NUNCA INTERVIENE EN LLAMADOS DE ALIMENTOS Y SIEMPRE SE LE ADJUDICA A LA MISMAS EMPRESAS.

EL REQUSITO TIENE QUE SER MODIFICADO Y DISMINUIR ESE PORCENTAJE DEL 50% DEL MONTO OFERTADO.

2	*50101634-002*	*FRUTA FRESCA BANANA En catálogo: Banana*	• *Unidad de Medida: Unidad* • *Presentación: UNIDAD* • *Contrato Abierto: Por cantidad*	• *Mìnima:5.735.829* • *Maxima:11.471.658*	*1.230*	• *Mínimo:7.055.069.670* • *Máximo:14.110.139.340*

50 % DE 14.110.139.340 SON 7 MIL MILLONES. SE PUEDE OBSERVAR EN ADJUDICACIONES PARA BANANA QUE SOLO GRANOS PUEDE CUMPLIR.

REQUISITO: c) Acreditar haber proveído satisfactoriamente en concepto de frutas y/u hortalizas a instituciones públicas y/o privadas del mercado nacional, en la sumatoria de los años 2018, 2019 y 2020, como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) del monto total ofertado en la presente licitación, a cuyo efecto deber? presentar:

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. JOSÉ AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

- Contratos con sus respectivas recepciones finales y/o constancias de presentación satisfactoria expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.; y/o

- Facturas contado; y/o - Facturas crédito, con sus correspondientes recibos de cancelación de pago o documento que acredite haber percibido el pago respectivo o sus respectivas recepciones finales y/o constancias de prestaciones satisfactorias expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.

A dicho efecto, podrán presentarse la cantidad de contratos y/o facturas que fueren necesarios para acreditar el volumen o monto solicitado, siempre que hayan sido formalizados en el periodo mencionado, y la documentación que acredite un desempeño satisfactorio.

EL LLAMADO ESTA DIRECCIONADO. LA DNCP LE TIENE QUE PEDIR AL MEC QUE LE MANDE LA LISTA DE POR LO MENOS 3 EMPRESAS QUE PUEDAN CUMPLIR CON LOS 7 MIL MILLONES EN FACTURACION EN VENTA DE FRUTA Y HORTALIZA.LA DNCP DEBE ABRIR UNA INVESTIGACION DE OFICIO DE ESTE LLAMADO Y ORDENAR QUE EL MEC DISMINUYA CONSIDERABLEMENTE ESE PORCENTAJE DEL 50%.

SEGURO VAN A CERRAR EL CASO DICIENDO QUE SE TIENE QUE PROTESTAR. PERO LA DNUNCIA PUEDE HACER CUALQUIER PEROSNA QUE VEA LA IRREGULARIDAD Y QUE NO PARTICIPE, SI NO SE INVESTIGA LA EMPRESA ADJUDICADA SERA GRANOS Y ACEITES Y TODAS LAS PARTES, MEC, EMPRESA Y DNCP SERAN COMPLICES DE ESTE AMAÑO.

EL LUNES 3 SE ABRE ESTA LICITACION

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.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. José Arevalo Kunert
Dirección Jurídica - DNCP

Manifiesta que en cuanto a la Capacidad Financiera, el PBC solicita que el oferente para el **ÍTEM 2 – FRUTA FRESCA BANANA,** acredite haber proveído satisfactoriamente en concepto de productos fruta fresca banana a instituciones públicas y/o privadas del mercado nacional, en la sumatoria de los años 2018, 2019 y 2020, como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) del monto total ofertado en la presente licitación, a cuyo efecto deberá presentar:

- Contratos con sus respectivas recepciones finales y/o constancias de presentación satisfactoria expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos; y/o - Facturas contado; y/o - Facturas crédito, con sus correspondientes recibos de cancelación de pago o documento que acredite haber percibido el pago respectivo o sus respectivas recepciones finales y/o constancias de prestaciones satisfactorias expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.

A dicho efecto, podrán presentarse la cantidad de contratos y/o facturas que fueren necesarios para acreditar el volumen o monto solicitado, siempre que hayan sido formalizados en el periodo mencionado, y la documentación que acredite un desempeño satisfactorio.

Señala el denunciante que lo solicitado por la Convocante solo puede cumplir la empresa GRANOS Y ACEITES, y que ni siquiera en consorcio, otras empresas pueden llegan al monto requerido por la contratante para acreditar la capacidad financiera. Por tanto, considera que el llamado se encuentra direccionado y solicita que el MEC informe a la DNCP de al menos de 3 empresas que puedan cumplir con los 7 mil millones en facturación en venta de frutas y hortalizas.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, son estos potenciales oferentes - que se encuentran interesados en participar - , los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y a la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Respecto a lo mencionado por el denunciante con relación a su disconformidad en cuanto, a las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones ***(CAPACIDAD FINANCIERA para el ítem 2 – FRUTA FRESCA BANANA)*** aclaramos que la **PROTESTA** es el mecanismo de impugnación 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.

Que el mecanismo de impugnación pertinente con el que cuenta el denunciante/potencial oferente es la **PROTESTA** contra el **PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES** de pretender la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones del pliego de bases y condiciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*", que en su parte pertinente reza: "*Las personas interesadas podrán protestar ante la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) en cualquier etapa de los procedimientos de contratación (...) La protesta será presentada dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste*", sus reglamentaciones y la Resolución DNCP Nº572/20, que rigen los procesos llevados a cabo por la Dirección Jurídica.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. JOSE ARÉVALO RUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

En tal entendimiento, **la denuncia a través del Sistema de Protección al Denunciante no constituye la vía pertinente para subsanar la debida diligencia que deben guardar los potenciales oferentes participantes de un llamado licitatorio,** los cuales deben ser coadyuvantes de la Administración.

Por otra parte, es importante aclarar al denunciante que, visto el Portal de Contrataciones Públicas, se constata que, mediante Resolución DNCP N°04 de fecha 04 de enero del 2022, **la Dirección Nacional ordenó la Apertura de la *"PROTESTA PROMOVIDA POR LA EMPRESA CAMICA S.R.L CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES EN EL MARCO DE LLAMADO A LPN SBE N 02/22 PARA LA ADQUISICION DE DESAYUNO Y MERIENDA ESCOLAR – PLURIANUAL 2022/2023 AD REFERENDUM "***, individualizada como CASO N°1153/21, y designando al Abg. Cesar Coronel, como responsable de sustanciar el procedimiento.

Así las cosas, teniendo en cuenta que, tanto la denuncia como la protesta refieren al mismo procedimiento de contratación y a las mismas supuestas irregularidades suscitadas respecto en las adjudicaciones llevadas a cabo, es importante tener en cuenta también la inviabilidad de llevar adelante simultáneamente varios procesos administrativos, en consideración que cualquier resolución que haya de dictarse respecto a uno puede producir efectos de cosa juzgada en el otro, resultando improcedente la apertura de una investigación de oficio en tales términos y a fin de evitar resoluciones contradictorias y por economía procesal.

Por lo tanto, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir, en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto Reglamentario N°2.992/19, que establece: *"Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia 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"*, **ordenar el cierre del CASO 746/22, indicando al denunciante que esté a las resultas de la protesta supra mencionada**

Que mediante Resolución DNCP Nº5.853/21 de fecha 23 de diciembre del 2021 se designa al funcionario **JOSÉ MANUEL ARÉVALO KUNERT** con C.I. N°3.528.421, como **ENCARGADO DE DESPACHO DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP**, con vigencia desde el 28 de diciembre de 2021 al 10 de enero de 2022, sin perjuicio de sus funciones.

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Jueza Instructora Dpto. Investigaciones
Dirección Jurídica – DNCP.

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. JOSÉ MANUEL ARÉVALO KUNERT
Encargado de Despacho
Dirección Jurídica – DNCP.