Dictamen DNCP/DJ N° 4.305/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigaciones
Fecha de Dictamen:	18/5/2022
ID:	412016
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	*"PROVISIÓN DE ALMUERZO ESCOLAR, BAJO LA MODALIDAD DE ALIMENTOS PREPARADOS EN LAS ESCUELAS (COCINANDO) - PLURIANUAL"*
Entidad Convocante:	Gobernación de Caaguazú.
Denunciante:	Protección al Denunciante/CASOS STJE 179/22 y 180/22
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Disponer el cierre del Caso N° 179/22 y 180/22.

2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Que, de ambas denuncias individualizadas como Casos STJE N° 179/22 y 180/22, se verifica que se han presentado en los mismos términos, y 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.

Señala que el Pliego de Bases y Condiciones limita la participación de oferentes debido a que el llamado es realizado por la totalidad, situación que es casi imposible de cumplir para un proveedor, teniendo en cuenta la magnitud del departamento y aparte de esto estaría limitando la igualdad y libre competencia.

Además, menciona el denunciante, que se encuentra el llamado direccionado con pedidos que van dirigidos exclusivamente a un proveedor local de la zona con las características de esa empresa que llamativamente hace años gana en la gobernación.

Por otra parte, conforme se observa en ambas denuncias, la argumentación expuesta, hace referencia a criterios puntuales de calificación insertas en las especificaciones técnicas, los cuales repercuten directamente en la capacidad

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

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.

Aclaramos 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.

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 dispone el cierre de las denuncias individualizadas como Casos STJE N° 179/22 y 180/22, al constatarse un interés particular en la convocatoria, indicando 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 STJE N° 179 de fecha 17 de mayo del 2022, refiere:

"...Denuncio el pliego de bases y condiciones ya que limita en todos los aspectos la participación de cualquier otro oferente, direccionando con pedidos que van dirigido exclusivamente a un proveedor local de la zona con las características de esa empresa que llamativamente hace años gana en la gobernación. Es más, existen varias protestas a su adjudicación en años anteriores.

En cuanto al pliego la misma limita la participación realizando el llamado por la totalidad, situación que es casi imposible para un proveedor solo teniendo en cuenta la magnitud del departamento y aparte de esto limitando así la igualdad y libre competencia, principio de la ley.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

otro punto resaltante es que los requisitos de capacidad financiera limitan la participación a empresas del rubro debidamente habilitadas para competir y con los requisitos formales para el funcionamiento.

por esto y teniendo en cuenta varios aspectos del criterio de evaluación solicito la cancelación del proceso ya que viola los principios de la ley de igualdad y libre competencia, economía y eficiencia, y descentralización.

es importante resaltar que las gobernaciones deben responder al principio de descentralización para los cuales fueron creados y este proceso no cumple en ninguna condición dicho aspecto.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

Se acumula a la denuncia principal, el CASO N° 180/22 ingresado al Módulo de Investigaciones Electrónicas en de fecha 17 de mayo del 2022, refiere:

"...Aspectos que limitan la participación en la LPN:

Limita toda participación a cualquier oferente ya que lo realiza por el monto total, un monto sumamente elevado, razón que deja afuera del proceso a las medianas empresas, que podían generar mejores ofertas y más convenientes a la institución.

Al realizar por el total cierra el proceso siendo accesible solo a oferentes con capacidad financiera y económica superior a veinte mil millones (no existe igualdad y libre competencia para todos los oferentes).

Además, solicita experiencia del 50% del monto de la oferta, es decir 20 mil millones, situación casi imposible para las empresas de la zona.

Experiencia de 5 años con contratos demostrables en valor de un 50% de la oferta, que representa unos 20 mil millones en contratos anteriores.

Un proceso muy cerrado, pudiendo abrir a mas oferentes y generar mejores condiciones de precios y de provisión.

No garantiza la igualdad y libre competencia.

Por la amplitud geográfica del departamento (desde San Jose de los Arroyos hasta Mcal Lopez, son aproximadamente 200 kms de distancia entre estos distritos dentro del departamento) y para cumplir a tiempo con las provisiones, debería de dividirse por lotes o por distritos.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

No serán consideradas válidas como experiencias las subcontrataciones, difícil que todas las empresas no hayan tenido subcontratos en provisiones similares, siendo que este tipo de requisitos limita la participación en forma directa por los montos del llamado.

Activo liquido 9 mil millones (basado en una ley), limita la participación, igualdad y libre competencia,

Llamativo el llamado plurianual con un solo lote, con características muy específicas direccionados hacia algún oferente:

Facturación mínima de 20 mil millones, 9 mil millones demostrable como disponible, Certificación de calidad; Principio de la gobernación es la descentralización.

En base a estos argumentos, solicitamos pueda la DNCP gestionar ante la convocante se pueda abrir el llamado a que sea por lotes o por distritos y que los requisitos técnicos y financieros sean acorde a la cantidad a proveer por los lotes .

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 el Pliego de Bases y Condiciones limita la participación de oferentes debido a que el llamado es realizado por la totalidad, situación que es casi imposible de cumplir para un proveedor, teniendo en cuenta la magnitud del departamento y aparte de esto estaría limitando la igualdad y libre competencia.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Además, menciona el denunciante, que se encuentra el llamado direccionado con pedidos que van dirigidos exclusivamente a un proveedor local de la zona con las características de esa empresa que llamativamente hace años gana en la Gobernación.

Por otra parte, conforme se observa, la argumentación expuesta por el denunciante en ambas denunciadas, hace referencia a criterios puntuales de calificación insertas en las especificaciones técnicas, los cuales 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.

Por lo tanto, aclaramos al denunciante 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.

Que, de los datos obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, se observa que, la fecha de **Entrega y Apertura de Ofertas** se encuentra fijada para el día **jueves 19 de mayo del 2022, a las 08:00 y 08:30 respectivamente.**

Cabe destacar al denunciante 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° 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**, 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

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

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, se aclara 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, **se ordena el cierre de los CASOS STJE N° 179/22 y 180/22**, solo en la medida de lo analizado y aclarado en el presente dictamen.

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS

Jueza Instructora Dpto. de Investigaciones – DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE

Directora Jurídica – DNCP

[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.-