Dictamen DNCP/DGAJ N° 6880 /23

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	30/06/2023
ID:	423756
Procedimiento de Contratación:	LPN - Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO TIPO EMPEDRADO.
Entidad Convocante:	Municipalidad de San Miguel
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias-Caso 236/23.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o Direccionadas

RESULTADO

1. **1.** Disponer el cierre de las denuncias individualizadas como Casos N° 236/23.

   2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del escrito de la denuncia se desprende la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, específicamente lo referente a la experiencia tanto especifica como general, capacidad financiera, capacidad en materia de equipos y persona, asimismo cuestiona la acreditación de documentos tales como comprobante de presentación de planillas laborales correspondiente al ejercicio 2022 y carta compromiso por escribanía, ya que limitaría la participación y/o estaría direccionado a un oferente en particular.

El llamado se encuentra en etapa de convocatoria.

Que, la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los que repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados; y la vez éstos se vuelven

Abg. Víctor David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante el mismo 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 que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

En este sentido, se dispone el cierre del Caso N° 236/23, al constatarse un interés particular en la convocatoria, y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19.

DENUNCIA:

Ingresa denuncia en fecha 28 de junio a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 236/23, el cual refiere:

"HECHOS DENUNCIADOS

HECHO NUMERO UNO:

<u>Requisitos documentales para evaluación de las condiciones de participación</u>

8. Comprobante de presentación de planillas laborales correspondiente al ejercicio 2022

La Municipalidad de San Miguel solicita que las Empresas presenten un documento que se solicita a la firma del contrato CON LA OFERTA.

En una evidente maniobra de direccionamiento quieren convertir un documento que se solicita a la Empresa adjudicada a cualquier oferente.

La Municipalidad de San Miguel no debe modificar el Pliego de Bases y Condiciones Estándar en esta sección.

SE SOLICTA SE INVESTIGUE ESTA MODIFICACION GRAVE EN EL PLIEGO.

Abg. Juan David Viera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

HECHO NUMERO DOS:

Capacidad Financiera

Coeficiente de Liquidez: Activo corriente / Pasivo Corriente debe ser igual o mayor a 1. Esta información ser extraída del Balance General correspondiente a los ejercicios fiscales cerrados. 2019, 2020 y 2021

Coeficiente de Solvencia: Pasivo Total / Activo Total igual o menor a 0,80. Esta información será extraída del Balance General correspondiente a los ejercicios fiscales cerrados 2019, 2020 y 2021

La Municipalidad de San Miguel excluyo el ejercicio fiscal del año 2022, para el cálculo de las ratios, con lo cual, excluye la posibilidad de participación de decenas o sino cientos de empresas de poder presentarse.

Con eso se evidencia que la Municipalidad de San Miguel esta direccionando la adjudicación de este proceso

SOLICITAMOS SE INVESTIGUE EL MOTIVO DE ESTE EVIDENTE DIRECCIONAMIENTO.

HECHO NUMERO TRES:

Experiencia específica en obras: Participación en calidad de contratista, integrante de un consorcio en el porcentaje de participación, o subcontratista autorizado por la Administración Contratante en al menos un 1 contrato, durante los últimos diez 5 años, similares a las obras propuestas.

La similitud debe basarse en la escala física, la complejidad, los métodos o la tecnología, u otras características técnicas, conforme a lo descrito en la Sección Descripción de la Obra.

A fin de cumplir este requisito, las obras deberán estar terminadas en un 70% por lo menos, y el desempeñó deben haber sido satisfactorio.

Contar con experiencia mínima para el contrato que antecede u otros contratos, ejecutados en el periodo 1 contrato de construcción de pavimento tipo empedrado ejecutado en cualquiera de los últimos: 5 (cinco) años

Justificación de la experiencia específica solicitada: La convocante requiere que las empresas oferentes demuestren la experiencia específica requerida, en el lapso de los años 2018; 2019; 2020, 2021 y 2022 por considerar un plazo razonable a fin de demostrar suficiente experiencia para garantizar la correcta terminación de la obra. Los años

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

exigidos no son considerados limitativos teniendo en cuenta que hay un margen razonable de años que cualquier empresa del rubro de construcciones que se encuentre activa pueda demostrar.

Acá la Municipalidad de San Miguel limita la demostración de experiencia a solo CINCO AÑOS.

¿A qué se debe esto? Porque construir un empedrado antes de 2018 no sería valido

Cuándo pide "UN CONTRATO SIMILAR A LAS OBRAS PROPUESTAS", SIMILAR como En qué porcentaje? ¿O similar en los rubros ejecutados? ESTA INDEFINICION SOLO DA PIE A CONFUNIDR AL OFERENTE, y así en la Evaluación usar los parámetros que más le convengan según quien se presente. SI NO SE DEFINE A QUE LLAMA SIMILAR ESTAMOS ANTE UNA EVIDENTE PRUEBA DE DIRECCIONAMIENTO. SOLICTAMOS SE INVESTIGUE.

HECHO NUMERO CUATRO

<u>En otro punto del Pliego de Bases y Condiciones cita:</u> Requisitos documentales para evaluar los presentes criterios de experiencia general y especifica en obras.

Fotocopias de contratos anteriores para demostrar como mínimo el 40% de la oferta presentada.

ENTONCES, ES UN CONTRATO SIMILAR O VARIOS QUE SUMEN 40 % Y PORQUE LOS CONTRATOS ANTES DE 2019 YA NO SON VALIDOS QUE PROCESO HA CAMBIADO A LA HORA DE COMSTRUIR UN EMPEDRADO EN ESTOS AÑOS

APARTE SE SER CONFUSO, EL PLIEGO ESTA TOTALMENTE DIRIJIDO. SOLICITAMOS INVESTIGAR ESTE HECHO NUMERO CUATRO

HECHO NUMERO CINCO:

<u>Capacidad en materia de personal:</u> Demostrar que cuenta con personal debidamente calificado para desempeñar los siguientes cargos clave: Residente de Obra: Debe ser profesional con título de Ing. Civil o Arquitecto, con experiencia mínima de 8 años quien debe presentar con la oferta una copia del registro del MOPC vigente. Superintendente de Obras: Debe ser profesional.

Ing. Civil o Arquitecto, con experiencia mínima de 5 años quien debe presentar con la oferta una copia del registro del MOPC vigente. Administrador del Obras: Debe ser profesional

Abg. Jhon David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

Ing. Civil o Arquitecto, con experiencia mínima de 5 años quien deber? presentar con la oferta una copia del registro del MOPC vigente.

Como mínimo deber contar con un ,Un Jefe o Superintendente de Obras con 5 (cinco) años de experiencia en obras de naturaleza y complejidad similares.

Este es otro punto en donde se demuestra un total direccionamiento de la adjudicación, solicitando que la Empresa supuestamente contrate a TRES INGENIEROS o Arquitectos, para QUE CONTROLE la ejecución de un empedrado que consiste en 8 tramos en la Zona urbana de la ciudad, en donde los tramos no superan los 300 metros en cada uno.

La solicitud de esta cantidad exagerada de profesionales es solo una estrategia para evitar la participación de pequeñas Empresas que a pesar de la experiencia no tienen en su plantel esta cantidad de profesionales.

Además, que, uno de los profesionales ni siquiera tiene una función definida dentro de la obra.

SOLICITAMOS SE INVESTIGUE ESTE ABSURDO REQUISITO.

HECHO NUMERO SEIS:

<u>Capacidad en materia de equipos:</u> Demostrar que puede disponer oportunamente de los equipos esenciales en propiedad o en alquiler, que a continuación se indican:

- *Camión Regador*
- *Motoniveladora*
- *Retroexcavadora*
- *Compactador de 9TN como mínimo.*
- *Plancha compactadora manual*
- *Camión transportador de maquinarias.*
- *Rastra de Discos*
- *Dos Camión volquete, con capacidad mínima de 12m3.*

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

- *Molde metálico para cordón cuneta*

- *Hormigonera de 400 litros.*

- *Nivel y teodolito, Compactador manual mecánico, Herramientas menores como carretillas, palas, barretas, picos, martillos, mazos, corta hierros, nivel de mano, nivel de manguera, estacas, jabalinas, hilo de nylon N° 100.*

Los equipos mínimos necesarios presentados por los oferentes no deberán estar comprometidos en otras obras, y deben contar con documento de compromiso emitido por escribanía.

Este es otro punto donde se evidencia un total direccionamiento.

La Municipalidad solicita una Carta Compromiso por ESCRIBANIA.

¿Cual es el objetivo de este requisito? Siendo que la validez de la Carta está supeditada a la ADJUDICACION.

¿En qué ayuda que se haga por escribanía? Un gasto adicional a las Empresas que se quieren presentar, estamos hablando de mínimo diez cartas de intención que mínimamente costaran unos tres millones solo en escribanía.

Y REITERAMOS LA CARTA COMPROMISO POR ESCRIBANIA NO APORTA NADA EN LA DOCUMENTACION, SOLO LIMITA LA PARTICIPACION POR EL SIDERAL GASTO SOLO EN ESTE PUNTO.

SOLICITAMOS SE INVESTIGUE ESTE ABSURDO REQUISITOS.".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Del escrito de la denuncia se desprende la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, específicamente lo referente a la experiencia tanto especifica como general, capacidad financiera, capacidad en materia de equipos y persona, asimismo cuestiona la solicitud de documentos tales como comprobante de presentación de planillas laborales correspondiente al ejercicio 2022 y carta compromiso por escribanía, en ese sentido para el recurrente el PBC estaría direccionado para un potencial oferente por medio de estos requisitos mencionados.

Ahora, 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, estos potenciales oferentes - 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.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante el mismo 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 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°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"***.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Dirección Jurídica - DNCP

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, en base a lo denunciado y al hecho que **la denuncia no es la vía para subsanar la debida diligencia en la utilización del mecanismo de impugnación pertinente que es la protesta**, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19[3], el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°236/23, solo en consideración de los puntos objeto de aclaración en el presente dictamen, con la salvedad de que de surgir nuevos reclamos y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.

ABG. JUAN VERA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección General de Asuntos Jurídicos - 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.-
[3] Art. 142 del Decreto 2992/19: "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