Dictamen DNCP/DJ N° 5232/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	17/5/2021
ID:	396757
Procedimiento de Contratación:	Contratación Directa
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	"Licitación por Contratación Directa N° 06/2021 – Construcción de Consultorio Neuropsiquiátrico para el Centro de Salud de San Cosme y Damián".
Entidad Convocante:	Municipalidad de San Cosme y Damián.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°267/21.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o Direccionadas; Falta de contestación de aclaraciones.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°267/21.
2. Recomendaciones a la Convocante.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

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.

Señala que las modificaciones realizadas al PBC estándar en el marco del llamado de referencia, estarían limitando la participación de potenciales oferentes, específicamente lo referente a los años de experiencia con que debe contar la empresa constructora.

Según datos obrantes en el SICP la Entidad Convocante mediante Adenda N°2 de fecha 10/05/2021, ha modificado los requisitos mínimos requeridos para la Experiencia General y Específica, así como la fecha límite de consulta y plazo para la Entrega y Apertura de Ofertas. Por ende, la misma aún cuenta con plazo para dar respuestas a las consultas realizadas por los potenciales oferentes antes de la fecha de apertura de ofertas.

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, 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 este sentido, se ordena el cierre del Caso N°267/21, 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. **Se insta a la Entidad Convocante a evacuar la totalidad de las consultas teniendo en cuanta la fecha límite de respuestas conforme la normativa.**

DENUNCIA:

Ingresa denuncia con protección de identidad, en fecha 10/05/2021, a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 267/21, que expresa cuanto sigue:

"Que, venimos por el presente escrito y en salvaguarda de nuestros derechos, a promover una formal protesta administrativa en contra del Pliego de Bases y Condiciones correspondiente a la Licitación ***por Contratación Directa Nro. 06/2021 para la "****Construcción****" IDN? 396757, convocada por la Municipalidad de San Cosme y Damián****; donde modifican al Pliego de Bases y Condiciones estándar, lo cual fue observado por la DNCP, de la siguiente manera: Experiencia General. Se observa que se ha modificado/agregado criterios fuera de lo dispuesto en el PBC estándar. Se solicita ajustarse a las disposiciones vigentes. -*

Lo agregado/modificado, además de vulnerar lo dispuesto en la norma, específicamente en la Resolución N° 1977/2020 POR LA CUAL SE APRUEBA LA VERSION 2 DE LOS PLIEGOS ESTÁNDAR A SER UTILIZADOS POR LOS ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL ESTADO, SOCIEDADES ANONIMAS CON PARTICIPACION MAYORITARIA DEL ESTADO Y MUNICIPALIDADES, EN EL MARCO DE APLICACION DE LA LEY N° 2051/03; limita la participación a potenciales oferentes quienes no cumplen los años de experiencia solicitada sin ningún tipo de argumento legal ni técnico.-

Es importante recalcar a esta Dirección que se dio cumplimiento en tiempo y forma a lo establecido en la norma, específicamente en el Artículo ***132. Decreto2992/2019, que habla de la Interposición de la protesta contra el pliego de bases y condiciones.*** *Cuando la protesta se formule contra el pliego de bases y condiciones, el impugnante deberá acreditar que el giro comercial de su empresa corresponda al rubro del llamado y que previamente haya consultado ante la Convocante, dentro de los plazos previstos en la convocatoria, la o las disposiciones de las bases de la contratación que impugna.*

Para tal efecto deberá adjuntar a la presentación del escrito de protesta los documentos que acrediten los dos puntos indicados en el párrafo anterior, conforme lo reglamente la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP).

De lo expuesto, no hemos recibido respuesta alguna por parte de la Convocante, como se puede observar en la siguiente captura de pantalla:

Experiencia general y específica

Nro. de Consulta: 1

Consulta

Fecha de Consulta: 05-05-2021

Consulta:

Acerca del punto 3 observado por la DNCP, tendrán el cuenta el mismo? ya que lo solicitado en el PBC está fuera de lo establecido en el PBC estándar de la DNCP

La consulta aún no fue respondida

*No obteniendo respuesta a lo consultado, consideramos oportuno reclamar nuestro derecho según nos la otorga la Ley 2051/2003 en su Art. 4 inciso b. que reza lo siguiente: ...**Igualdad y Libre Competencia:** Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, está en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública.*

Y; por todo lo dicho, presentamos el siguiente:

PETITORIO

- *Tener por presentada en tiempo y forma la presente protesta, por reconocida la personería en el carácter enunciado, y constituido el domicilio en el lugar señalado, así como el número telefónico y correo electrónico.*
- *Tener por iniciado el presente proceso, y en tal sentido, del escrito de protesta y sus documentales, correr traslado a las partes por el plazo de ley.*
- *Oportunamente, y previos tramites de rigor, hacer lugar a la presente protesta, y en consecuencia anular la modificación realizada al PBC estándar, por así corresponder en derecho.*

***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 las modificaciones realizadas al PBC estándar en el marco del llamado de referencia, estarían limitando la participación de potenciales oferentes. Específicamente lo referente a los años de experiencia con que debe contar la empresa constructora.

Por otra parte, menciona que la Entidad Convocante ha la fecha no ha dado respuesta a la consulta que fuere realizada respecto a la Experiencia General y Específica.

Al respecto al remitirnos al SICP vemos que mediante Nota DNC N°8360/21 de fecha 10/05/2021, la Dirección de Normas y Control en su numeral 3 ha observado cuanto sigue: "…*Experiencia General y Específica. Se observa a la convocante que se modificado/agregado criterios fuera de lo dispuesto en el PBC estándar. Se solicita ajustarse a las disposiciones vigentes".*

No obstante, la Entidad Convocante en uso de sus atribuciones remite la **Adenda N°2 de fecha 10/05/2021**, publicada en el SICP en fecha 12/05/2021, modificando los requisitos mínimos de cumplimiento tanto de la Experiencia General como la Específica quedando cuanto sigue:

Experiencia General.

Requisitos Mínimos	Requisitos de Cumplimiento				Documentación requerida
	Oferente Individual	Consorcios			
		Todas las Partes Combinadas	Cada Socio	Socio Líder	
Haber generado, durante los mejores cinco (5) años de los últimos diez (10) años, en promedio un volumen anual de facturación igual o superior a *50 % del monto de la oferta.* • El promedio del volumen anual de negocios se define como el total de las facturas legales correspondientes a obras en ejecución o terminadas por el oferente, dividido el número de (5) años señalado en el párrafo precedente.	Debe cumplir con el requisito.	Debe cumplir con el requisito.	Debe cumplir por lo menos con el 40% de los requisitos mínimos requeridos.	Debe cumplir por lo menos con el 60% de los requisitos mínimos requeridos.	Completar los **Formulario N° 2 y 3.**

Experiencia Específica.

Requisitos Mínimos	Requisitos de Cumplimiento				Documentación requerida
	Oferente Individual	Consorcios			
		Todas las Partes Combinadas	Cada Socio	Socio Líder	
• Participación en calidad de contratista, integrante de un consorcio en el porcentaje de participación, o subcontratista autorizado por la Administración Contratante en al menos 4 (cuatro) contratos durante los últimos 10 (diez) 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 (100%) por lo menos, y el desempeño deberá haber sido satisfactorio.	Debe cumplir con el requisito.	Debe cumplir con el requisito.	Debe cumplir por lo menos con el 40% de los requisitos mínimos requeridos.	Debe cumplir por lo menos con el 60% de los requisitos mínimos requeridos.	Completar los **Formulario N° 4**
• Contar con experiencia mínima para el contrato que antecede u otros contratos, ejecutados en el período *(2010-2020)* en las siguientes actividades clave: Construcción de Oficinas, residencias, aulas u oficinas o clínicas	Debe cumplir con el requisito.		Debe cumplir por lo menos con el 40% de los requisitos mínimos requeridos.	Debe cumplir por lo menos con el 60% de los requisitos mínimos requeridos.	Completar los **Formulario N° 2 y 5**

Teniendo en cuenta que la Dirección de Normas y Control, no ha vuelto a observar las modificaciones realizadas por la Convocante, se entiende que las mismas han quedado subsanadas.

Así también en la citada Adenda se ha modificado la fecha límite de consultas y las fechas de entrega y apertura de ofertas. Extracto del SICP:

Etapas y Plazos

Lugar para Realizar Consultas:	Oficina U.O.C. Municipalidad de San Cosme y Damián	**Fecha Límite de Consultas:**	lunes, 17 de mayo de 2021 - 10:00
Lugar de Entrega de Ofertas:	Oficina U.O.C. Municipalidad de San Cosme y Damián	**Fecha de Entrega de Ofertas:**	jueves, 20 de mayo de 2021 - 08:00 Faltan 8 días para la entrega de ofertas
Lugar de Apertura de Ofertas:	Oficina U.O.C. Municipalidad de San Cosme y Damián	**Fecha de Apertura de Ofertas:**	jueves, 20 de mayo de 2021 - 08:15

Que el artículo 25 de la Resolución N°5695/19[1] establece: *"…Las consultas recibidas dentro del plazo deberán ser respondidas por las convocantes y publicadas directamente a través del SICP. En Licitaciones Públicas y Licitación por Concurso de ofertas, como mínimo dos (02) días hábiles antes de la presentación y acto de apertura de ofertas. En las Contrataciones Directas y Excepciones a la licitación, por lo menos un (01) día hábil antes de la presentación y acto de apertura de ofertas…".*

De lo expuesto precedentemente se tiene que la Entidad Convocante aún cuenta con plazo para dar respuestas a las consultas realizadas por los potenciales oferentes. **Por lo que se insta a la misma a evacuar la totalidad de las consultas teniendo en cuanta la fecha límite de respuestas fijada en el SICP.**

No obstante cabe aclarar que la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales 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, 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.

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 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.

[1]POR LA CUAL SE ESTABLECE EL MECANISMO PARA LA COMUNICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SUS DIFERENTES ETAPAS.

Al constatarse un interés particular en la convocatoria, **la vía de impugnación no es la denuncia, sino la protesta**, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19. Así también, se señala al denunciante 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".

A continuación, señalamos las condiciones exigidas para dar trámite al pedido -Art. 129 del Decreto 2992/19-, 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[2], que podrá ser reemplazada por la constancia del Sistema de Información de Proveedores del Estado (SIPE) siempre y cuando los documentos pertinentes obren en dicho registro como "activos", conforme a la reglamentación respectiva.
- **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. 15 de la Res. DNCP 572/20.

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante en caso de disconformidad 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…"[3];

"…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,

[2] Véase arts. 8 al 14 de la Resolución DNCP 572/20.
[3] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-

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…"[4].

Finalmente, en base a lo denunciado, las recomendaciones realizadas a la Entidad Convocante 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 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° 267/21**.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[5] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección Jurídica - DNCP

[4] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[5] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020, Resolución DNCP N°1092/2020.