Dictamen DNCP/DGAJ N°2033 /24

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	22/02/2024
ID:	439899; 422891
Procedimiento de Contratación:	CD - Contratación Directa
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	439899 adquisición de artículos de ferretería - Ad referéndum; 422891 adquisición de artículos de ferretería
Entidad Convocante:	Municipalidad de San Juan Bautista
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias-Caso 40/49.
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° 40 y 49.

   2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

ID 439899: Adquisición de artículos de ferretería - Ad referéndum. Referente este llamado, el denunciante alega su disconformidad respecto a la capacidad técnica del PBC, donde dispone lo siguiente en fojas 20/42 *"Deberá contar con la habilitación de los rubros 47521 - 47523 - 47591 en la SET"*. Como así también alega su disconformidad referente a los Requisitos documentales para evaluar la capacidad técnica.

Que, 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.

La Ley de Contrataciones Públicas otorga dos vías para impugnar u objetar actos presumiblemente irregulares: la denuncia y la protesta. El art. 142 del Decreto N° 2992/2019 establece como presupuesto de admisibilidad de las denuncias que la vía para impugnar el hecho presumiblemente irregular no sea la protesta.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

El art. 79 de la Ley N° 2051/03 otorga una herramienta para diferenciar cuándo la vía es la protesta: el interés legítimo. El artículo citado dispone taxativamente que el protestante acredite que cuenta con interés legítimo a los efectos de plantear la impugnación en cuestión, el cual se traduce en el hecho que el impugnante solicita a su vez, este interés personal se traduce en la existencia de un interés de índole privada, y por ello, bajo este concepto, se excluyen a aquellos que ya simplemente pueden invocar un interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho.

Ahora, acerca de los requisitos en donde el denunciante expresa su desacuerdo, esta Dirección Nacional constata que existe un interés particular en la licitación ante supuestos direccionamiento y limitaciones del PBC, por lo que el mismo debe protestar contra el PBC.

Ante los hechos expuestos, y constatándose que el ejercicio de la impugnación debe ser realizada por la vía de la protesta ante la existencia de un interés particular y directo, esta Dirección General considera pertinente disponer el cierre de esta denuncia, por obstáculo normativo (la vía pertinente es la protesta) para la modificación del PBC por parte de quien se encuentre interesado en ofertar a la convocante y se considere lesionado en sus derechos o intereses legítimos es la protesta, haciendo salvedad de que en caso de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

En relación al **ID 422891** para la adquisición de **artículos de ferretería**, el denunciante alega que la firma adjudicada presentó la garantía de mantenimiento de oferta con **errores sustanciales**, lo cual justificaría su descalificación.

Según el **informe de evaluación** del mencionado llamado, se observa lo siguiente: "Casa Gonzalito presenta una **declaración jurada de mantenimiento de oferta sin cobertura**, ya que está fechada al **13/02/23**"

Sin embargo, tras una verificación detallada de los documentos que componen la oferta de la firma Casa Gonzalito, el comité evaluador encontró en fojas treinta y uno (31) una declaración jurada de mantenimiento de oferta con fecha del 14 de febrero del 2023. En consecuencia, el comité evaluador validó la declaración jurada de mantenimiento de oferta.

Es criterio de la Dirección Nacional considerar que el acto administrativo emitido por la Administración se ajusta a derecho presunción de regularidad, pues bajo la presunción apuntada, quien pretenda ilegitimidad o nulidad de un

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente, y ante la falta de pruebas del denunciante que permita desvirtuar la regularidad, debe estarse por la regularidad de la adjudicación.

Además, el recurrente contaba con el mecanismo de la **PROTESTA** contra la adjudicación, teniendo en cuenta que 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.

En lo que refiere, a la ampliación de la denuncia en fecha 22 de febrero del 2024 el denunciante alega que no se había ampliado el tiempo de consulta en relación a la adenda, como así también se desprende disconformidad referente a los requisitos de la experiencia requerida.

En relación al plazo para realizar consultas referentes a la adenda, se observa que la entidad convocante se ajusta a los plazos establecidos en la Resolución DNCP 5695/19.

Por otro lado, referente a su disconformidad con los requisitos exigidos en las bases concursales el mismo cuenta con el mecanismo de protesta contra el PBC previsto en el art. 79 de la ley 2051/03.

Por todo lo expuesto, esta Dirección General de Asesoría Jurídica, considera pertinente disponer el cierre del Caso N° 40/24 solo en la medida de lo analizado, haciendo salvedad de que en caso de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

DENUNCIA:

Ingresa denuncia en fecha 15 de febrero del 2024 a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 40/24, el cual refiere:

"Esta denuncia está basada en que la convocante establece un requisito que viola el derecho a potenciales oferentes inscritos en el rubro de FERRETERIA. La exigencia de códigos que no están actualizados a las directrices del SET y sus matrices, ya que desde el 2017 está la división de códigos 46636 para venta al por mayor de artículos de ferretería y calefacción Y 47521 para comercio por menor de artículos de ferretería. Es inexplicable la prohibición que impone este municipio a la participación en cualquier proceso de contratación dentro del territorio nacional a potenciales oferentes que cumplan con los requisitos documentales sustanciales. Así también, es una violación a las empresas S.A., ya que la constancia de RUC, no es documento que se encuentre entre los documentos requeridos sustanciales para las personas

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

jurídicas, ya que en su constitución establece la libertad de comercializar cualquier producto licito dentro del territorio nacional.

Realizar una protesta al pliego, requiere de habilidades especiales, gastos de abogados, es inaudito que una empresa que paga sus impuestos, cumple en su formalización, tenga que incurrir a gastos en pro del respeto a sus derechos, ante un evidente direccionamiento del PBC, más aún con los antecedentes del proceso del año anterior. ID 422891 que adjudicaron a la ferretería local con grave error sustancial y fue escondido extrañamente (vigencia de la garantía de mantenimiento de ofertas) y nadie pudo decir nada, ya que es bien sabido que a los municipios nadie les controla y una protesta es una pérdida de tiempo y dinero. Nunca nos favorece, ni siquiera fue mencionado en el informe de evaluación. Es necesario la intervención de la DNCP, a fin que pare la ola de PBC arreglados a la medida de amigos.

En fecha 22 de febrero del 2024 a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, ingresó una denuncia individualizada como CASO 49/24, *que textualmente dice:*

"En vista al evidente direccionamiento del PBC apelamos a vuestra institución pueda realizar una intervención sobre los requisitos del presente llamado, específicamente requisito de Capacidad Técnica. Teniendo en cuenta que no se amplió tiempo de consulta, tras emisión de ADENDA, y una modificación importante y muy relevante como es " 10 años en el rubro"

El punto específico es que la versión anterior establecía 7 años en el rubro y ahora 10 años, y tras análisis minucioso nos pudimos percatar que la SET establece en esa época clasificación de rubros con códigos de (523407) dígitos, siempre manteniendo la actividad de ferretería, pero clasificado con códigos diferentes. Es un error significativo por parte de la convocante, que no se tuvo en cuenta al ampliar el rango de experiencia en el rubro. Es importante, que los pliegos elaborados sean claros y precisos acorde a las normativas vigentes y adecuadas en este caso explícitamente a lo establecido en la SET 10 atrás. Creemos que sería una suerte de falta de información sobre la matriz de la SET en el 2014.

Nos llama la atención, que esta institución busque constantemente limitar a oferentes, estableciendo requisitos limitativos, ya que, no existe razón válida para establecer 10 años en un rubro, cuando inclusive LPN , establecen 3 años cerrados..

También existe la realidad que realizar una protesta al PBC, no es válida, ya que implica gastos para las empresas.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

Apelamos a que pueda cuidarse los principios de IGUALDAD, LIBRE CONCURRENCIA en igualdad para todos."

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No Aplica

NOTIFICACIONES:

No Aplica

CONTESTACIONES:

No Aplica

ANÁLISIS:

Del escrito de denuncia, se desprende disconformidad referente a requisitos del PBC de dos llamados, los cuales pasaremos a exponer:

- **ID 439899. Adquisición de artículos de ferretería - Ad referéndum.**

Referente a este llamado, desde la perspectiva del denunciante estos requisitos trasgreden el derecho a potenciales oferentes inscriptos en el rubro de ferretería, refiriéndose a códigos que no están actualizados a la directriz de la SET ya que menciona que existe dos divisiones de códigos; 46636 para venta al por mayor y 47521 para el comercio por menor. Así también alega su disconformidad referente a los requisitos documentales para evaluar la capacidad técnica como en el caso del RUC.

Del PBC, en la página 18, expone como "*Requisito documental para evaluación de las condiciones de participación*", la presentación de la Constancia de inscripción en el Registro Único de Contribuyentes – **RUC, en carácter de documento sustancial**.

Al visualizar, el llamado en cuestión ID 439899 - ADQUISICIÓN DE ARTICULOS DE FERRETERIA - AD REFERENDUM del mismo se desprende que la entrega de ofertas es el viernes 23 de febrero del 2024.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

Etapas y Plazos

Lugar para Realizar Consultas:	SIC	**Fecha Límite de Consultas:**	martes, 20 de febrero de 2024 - 10:00
Lugar de Entrega de Ofertas:	Mesa de Entrada Municipalidad de San Juan Bautista	**Fecha de Entrega de Ofertas:**	viernes, 23 de febrero de 2024 - 08:00 Faltan 4 días para la entrega de ofertas
Lugar de Apertura de Ofertas:	Oficina de la UOC Municipalidad de San Juan	**Fecha de Apertura de Ofertas:**	viernes, 23 de febrero de 2024 - 08:15

Ante la invocación de un interés legítimo, y, siendo la vía pertinente la protesta para impugnar los términos del PBC. Esta Dirección Nacional se encuentra ante un obstáculo normativo previsto en el Art. 142 del decreto 2992/19 que establece "*Las investigaciones podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de contrataciones públicas. Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), existan 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*".

Es importante mencionar que la ley de Contrataciones Públicas otorga dos vías para impugnar u objetar actos presumiblemente irregulares: la denuncia y la protesta. El art. 142 del Decreto N° 2992/2019 establece como presupuesto de admisibilidad de las denuncias que la vía para impugnar el hecho presumiblemente irregular no sea la protesta.

El art. 79 de la Ley N° 2051/03 nos otorga una herramienta para diferenciar cuándo la vía es la protesta: el interés legítimo. El artículo citado dispone taxativamente que el protestante acredite que cuenta con interés legítimo a los efectos de plantear la impugnación en cuestión, el cual se traduce en el hecho que el impugnante debe contar con un interés plausible o personal diferenciado del interés general.

A su vez, este interés personal se traduce en la existencia de un interés de índole privada, y por ello, bajo este concepto, se excluyen a aquellos que ya simplemente pueden invocar un interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho.

En el caso que nos ocupa, referente a las afirmaciones realizadas por el denunciante, y de los hechos mencionado precedentemente, esta Dirección Nacional constata que existe un interés particular en la licitación.

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

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 debe impulsa el mecanismo de impugnación de la PROTESTA previsto en la normativa, al que deben recurrir quienes tengan interés legítimo 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.

Ante los hechos expuestos, y constatándose que el ejercicio de la impugnación debe ser realizada por la vía de la protesta ante la existencia de un interés particular y directo, esta Dirección General considera pertinente disponer el cierre de esta denuncia, por obstáculo normativo (la vía pertinente es la protesta) para la modificación del PBC por parte de quien se encuentre interesado en ofertar a la convocante y se considere lesionado en sus derechos o intereses legítimos es la protesta, haciendo salvedad de que en caso de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

- **ACUMULACIÓN DE LA DENUNCIA REFERENTE AL ID 439899 ADQUISICIÓN DE ARTÍCULOS DE FERRETERÍA - AD REFERÉNDUM – CASO STJE 49.**

El denunciante alega, que no se amplió el tiempo de consulta, tras emisión de ADENDA, y una modificación importante y muy relevante como es el requisito capacidad técnica *"El oferente deberá contar con patente comercial referente al rubro (comercialización de artículos de ferretería). Deberá contar con la habilitación del rubro 47521 - 47523 - 47591 y/o 46636 en la SET con una antigüedad mínima de 10 (diez) años. "*

Referente a este punto se observa en el SICP que la Adenda N° 1/2024 fue emitida en fecha 16 de febrero del 2024 y publicada en fecha 19 de febrero del 2024, aclarando que la fecha de limite consultas es el 20 de febrero del 2023 y la apertura de oferta es el 23 de febrero del 2024.

Que, la resolución 5695/ 2019 POR LA CUAL SE ESTABLECE EL MECANISMO PARA LA COMUNICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SUS DIFERENTES ETAPAS. Dispone en su capítulo VI adendas y aclaraciones **artículo 26. difusión de adendas en el SICP.** Las adendas que tengan por objeto modificar la convocatoria o las bases de la licitación, concernientes a procedimientos serán difundidos en el SICP de acuerdo a los siguientes plazos mínimos *"contratación directa de tres (03) días corridos **previos al acto de presentación y apertura de ofertas**"*

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

En tal sentido, se observa que la adenda se ha publicado en fecha 19 de febrero un (1) día previo a al tope del plazo para realizar consulta el cual está fijada el 20 de febrero del 2024, no obstante, aclarando que se ha publicado con más de tres días previos a la apertura de ofertas 23 de febrero del 2024.

Asimismo, el **artículo 27. Adenda de fechas topes. Dispone** *Cuando se requiera prorrogar la fecha tope de presentación y apertura de ofertas,* ***quedará a criterio de la convocante*** *fijar nuevas fechas topes para la realización de las consultas por parte de los interesados.*

La normativa ut supra mencionada al respecto dispone referente a la fecha tope de consulta que es a criterio de la entidad convocante fijar nueva fecha de consulta, por lo que se desprende conforme a la fecha de publicación de la adenda 19 de febrero que los interesados contaban con un día para realizar consultas.

En tal sentido, se observa que la entidad convocante se ha ajustado a las disposiciones de la Resolución DNCP 5695/19.

Por otro lado, el denunciante, alega que es un error significativo por parte de la convocante, que no se tuvo en cuenta al ampliar el rango de experiencia en el rubro.

Indica que el punto específico es que la versión anterior establecía 7 años en el rubro y ahora 10 años, y tras análisis minucioso, la SET establece en esa época clasificación de rubros con códigos de (523407) dígitos, siempre manteniendo la actividad de ferretería, pero clasificado con códigos diferentes.

El PBC, referente al requisito de experiencia requerida dispone "*Con el objetivo de calificar la experiencia del oferente, se considerarán los siguientes índices: Demostrar la experiencia en Venta de artículos de ferretería con facturaciones de venta y/o recepciones finales por un monto equivalente al 50 % (cincuenta por ciento) como mínimo del monto total ofertado en la presente licitación, de los: últimos tres años 2021-2022-2023*". "*El oferente deberá contar con patente comercial referente al rubro (comercialización de artículos de ferretería). Deberá contar con la habilitación del rubro 47521 - 47523 - 47591 y/o 46636 en la SET con una antigüedad mínima de 10 (diez) años.*"

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 debe impulsa el mecanismo de impugnación de la PROTESTA previsto en la normativa, al que deben recurrir quienes tengan interés legítimo si es que consideran

Abg. Brian David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

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, siguiendo el criterio en el marco del Caso STJE 40.

- **ID 422891. ADQUISICIÓN DE ARTÍCULOS DE FERRETERIA**

En relación al ID 422891 para la adquisición de artículos de ferretería, se ha presentado una denuncia alegando que la firma adjudicada, Casa Gonzalito, presentó la garantía de mantenimiento de oferta con errores sustanciales que justificarían su descalificación.

Según el informe de evaluación del mencionado llamado, se observó inicialmente que Casa Gonzalito presentó una declaración jurada de mantenimiento de oferta sin cobertura, ya que estaba fechada al 13/02/23. Sin embargo, tras una verificación detallada de los documentos que componen la oferta de la firma Casa Gonzalito, el comité evaluador encontró en fojas treinta y uno (31) una declaración jurada de mantenimiento de oferta con fecha del 14 de febrero del 2023. En consecuencia, el comité evaluador validó la declaración jurada de mantenimiento de oferta.

Es criterio de la Dirección Nacional considerar que el acto administrativo emitido por la Administración se ajusta a derecho -presunción de regularidad- según el cual cita Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. 4º Edición. Editorial Lexis Nexis.2005, Pág. 338: "*El PRINCIPIO DE REGULARIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO nos lleva a la conclusión de que la carga de la prueba de la irregularidad corresponde al denunciante, pues bajo la presunción apuntada" quien pretenda ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente", y por tanto, a falta de pruebas del denunciante que permite desvirtuar el mencionado principio, debe estarse por la regularidad de la adjudicación*".

Por lo tanto, vemos que la recurrente no ha probado los hechos cuestionados, y sólo nos resta considerar que el acto de la Administración se ha emitido conforme a derecho, y como consecuencia de esta afirmación, es claro que quien "*pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente*". Entonces, por falta de prueba no es posible formar la convicción de que existiría una afección a alguna de las normas que regulan el proceso de contratación por la simple invocación y/o presunción de supuesta irregularidad en el llamado de referencia.

Además, cabe resaltar que el mismo contaba con el mecanismo de **PROTESTA** contra la adjudicación, el cual se encuentra previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los

Abg. Juan David Vera
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ana María González Oviedo
Coordinadora de Investigaciones
DGAJ - DNCP

derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferentes en el proceso de contratación.

Finalmente, por todo lo expuesto esta Dirección Nacional considera pertinente disponer el cierre del Casos N° 40/24 solo en la medida de lo analizado, haciendo salvedad de que en caso de surgir hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

ABG. JUAN VERA

DPTO. DE INVESTIGACIONES - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. ANA MARIA GONZALEZ OVIEDO

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS - DNCP