Dictamen DNCP/DJ N° 3.109/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	4/3/2020
ID:	371093
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	"Concursos de Capacitación Laboral – Ad Referéndum"
Entidad Convocante:	Sistema Nacional de Formación y Capacitación Laboral
Denunciante:	Protección al denunciante/ Caso 65/20.
Tema General:	• Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	• EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N° 65/20.
2. Recomendar al denunciante que proteste contra el pliego de bases y condiciones.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante menciona que las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones son limitativas y restringen el derecho a la participación de los potenciales oferentes contraviniendo el principio de igualdad y libre competencia. Se ordena el cierre, 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. 13 del Decreto Nº7434/11.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Ma. Eugenia Ocazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

La denuncia ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas e individualizada como CASO N° 65 de fecha 04 de marzo del 2020 refiere:

"...Solicitamos por este medio la modificación del siguiente punto del Pliego de Bases de la Licitación Pública Nacional 05/2019 específicamente en el párrafo doblemente subrayado (es nuestro): ***1.1.1. INDICADORES PARA LA EVALUACIÓN DE CALIDAD. e. Staff de Recursos Humanos del Oferente (4 puntos). El Oferente deberá presentar su staff de recursos humanos administrativo, inscripto en el Instituto de Previsión Social (IPS) y en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), debiendo estar al día en concepto de aporte obrero patronal al momento de la fecha límite para la presentación de las ofertas. Dicho staff deberá estar compuesto por un mínimo de tres (3) personas (en el punto 1.3. del Formulario 10 (Sección VI), se deberá establecer: nombre/s, apellido/s y cargo de los componentes del staff de recursos humanos del Oferente) como así también una dirección de correo electrónico declarada por el Oferente en la oferta. (el subrayado es nuestro).***

Observación: Para la comprobación del staff mínimo se deberá presentar documento original o fotocopia autenticada por escribanía de la constancia de Inscripción patronal vigente de la Dirección de Registro Obrero Patronal del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Certificado de Cumplimiento con el Seguro Social (en donde conste que el Oferente sea el empleador), y de la Planilla de Aportes respectiva (en donde consten como activos las personas declaradas como integrantes del staff de recursos humanos); y fotocopia autenticada por escribanía de los contratos vigentes de trabajo celebrados entre el Oferente y los componentes de su staff de recursos humanos.

No se tendrá en cuenta la sola presentación tanto de la Constancia de Entrada del Asegurado (debido a que este documento no acredita que el empleador no adeude en concepto de aporte obrero patronal), así como de la Tarjeta de Comprobación de Aportes. El incumplimiento de este apartado será motivo suficiente de descalificación de la oferta.

La Convocante se reserva el derecho de solicitar documentación complementaria y/u originales en caso de dudas, para una correcta evaluación. Si el Oferente no presentase lo solicitado por el convocante por nota, dentro del plazo estipulado o lo presentase en forma insatisfactoria, las mismas no serán consideradas y la Oferta será descalificada. 4 puntos;

El requisito subrayado con doble raya más arriba dentro del INDICADOR e) STAFF DE RECURSOS HUMANOS DEL OFERENTE, requisito que se encuentra dentro de la Adenda N°4 de fecha 6 de febrero del presente año, es un requisito limitativo para empresas formalmente constituidas, en tal sentido sostenemos este argumento por los siguientes puntos: a) la inscripción al seguro social es obligatoria según la ley 427/73, su art. 3, ***Es obligatoria la inscripción del empleador en el Instituto a la iniciación de sus actividades en tal carácter:*** *iniciando la actividad y funcionamiento con 1 solo (un asegurado); b) también añado que* ***la Ley 4457/13 de las Mi pymes establece en su articulo 5. MICROEMPRESA: A los efectos de la ley, se las identificara con las siglas MIE y es aquella formada por hasta un máximo de 10 personas,*** *tampoco en esta ley habla de una cantidad mínima de trabajadores, sino que por el contrario, reconoce al patrimonio como suficiente requisito, no*

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Dra. Ma. Augusta Orazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

obstante la cantidad de funcionarios que tiene una empresa o institución educativa no puede asegurar la ejecución exitosa de la capacitaciones, ya que una empresa puede tener hasta infinidad personas inscriptas en IPS y ser choferes, proyectistas, gestores o en caso de institutos de enseñanza, tener 10 profesores de educación primaria, que no son los requeridos por el PBC del presente llamado por lo que considero que lo solicitado por la convocante en la cantidad mínima de personal inscripto va contra lo que establece la ley 2051/03 y sus concordantes con lo que respecta el art. ***Artículo 4.- Principios Generales b) 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, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública,*** *además de todas las leyes más arriba citadas, tampoco la convocante debe solicitar requisitos sin fundamentos claros y bien argumentados, ya que en este punto la discrecionalidad no están dentro de los límites de la ley, forzar a inscribir a personas que no cumplen ninguna labor dentro de una empresa por el solo hecho de poder participar en una Licitación va contra Constitución Nacional en su* ***Artículo 9 - DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS...****Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe y en su art.* ***Artículo 107 - DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA*** *Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades.* ***He demostrado que la cantidad de 3 personas inscriptas como mínimo en el IPS*** *no es un elemento técnicamente indispensable para que el oferente pueda participar en la Licitación, no, así como su inscripción, que no es tema de debate. Por lo expuesto solicitamos a la DNCP estudie e investigue el requisito expuesto más arriba* ***staff deberá estar compuesto por un mínimo de tres (3) personas Si el Oferente no presentase lo solicitado por el convocante por nota, dentro del plazo estipulado o lo presentase en forma insatisfactoria, las mismas no serán consideradas y la Oferta será descalificada;*** *al no ajustarse a derecho y leyes de la nación y dar la posibilidad de mayor participación a potenciales oferentes calificados con experiencia y no sea una licitación direccionada a solo un sector...".*

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Lic. Ma. Eugenia Ctazo
Directora
DNCP

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

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 en la Adenda N° 4 de fecha 06 de febrero del 2020.

El denunciante cuestiona el requisito de las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones modificadas mediante Adenda N° 04 de fecha 06 de febrero del 2020 publicada en el Portal de Contrataciones Públicas que menciona **1.1.1 INDICADORES PARA LA EVALUACIÓN DE CALIDAD:** "*...**e. Staff de Recursos Humanos del Oferente (4 puntos). El Oferente deberá presentar su staff de recursos humanos administrativo, inscripto en el Instituto de Previsión Social (IPS) y en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), debiendo estar al día en concepto de aporte obrero patronal al momento de la fecha límite para la presentación de las ofertas. Dicho staff deberá estar compuesto por un mínimo de tres (3) personas (en el punto 1.3. del Formulario 10 (Sección VI), se deberá establecer: nombre/s, apellido/s y cargo de los componentes del staff de recursos humanos del Oferente) como así también una dirección de correo electrónico declarada por el Oferente en la oferta".*** Señala que dicho requisito de contar con un staff de mínimo tres (03) personas se encuentra limitando el derecho de participación de los potenciales oferentes. Por lo que considera que lo solicitado por la Convocante en la cantidad mínima de personal inscripto va a en contra de los principios generales de igualdad y libre competencia.

Asimismo, solicita la verificación de dichas condiciones insertas en las especificaciones técnicas por ser un requisito que si el oferente no presentase dentro del plazo estipulado o lo presentase de forma insatisfactoria la oferta será descalificada al no ajustarse a derecho.

Es importante mencionar al denunciante que, en el Portal de Contrataciones Públicas se encuentran publicadas las consultas realizadas por los potenciales oferentes a la Entidad Convocante, entre las cuales se desprende la **Consulta 2°** de fecha 14 de enero del 2020 que refiere: *"...como Mipymes, los requisitos que están en el PBC me excluyen de poder participar y competir, hablando específicamente en niveles de volumen, como por ejemplo a) - la cantidad mínima de funcionarios que es un mínimo de tres (3) personas El incumplimiento de este apartado será motivo suficiente de descalificación de la oferta) b-) y el caso de obtener un promedio de ingresos inferior a Gs. 100.000.000 será motivo suficiente para la desestimación de la Oferta. Pregunta: Podrían estos dos putos adecuar a lo que establece la ley N° 4.457 en sus art. 3; 4; 5 para establecer procesos licitatorios con beneficios y niveles de exigencias adaptados a facilitar la participación de MIPYMES en los mismos como lo establece la ley, que si pueden cumplir con los requisitos generales como empresa formal y pueden ejecutar los trabajos en el caso que si son adjudicados...".*

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Sobre el particular, la **ENTIDAD CONVOCANTE** en fecha 31 de enero del 2020 da respuesta a la consulta realizada aclarando al potencial oferente: *"...En consideración a consulta realizada corresponde mencionar que dicha cantidad corresponde a una cantidad mínima de funcionarios que según las estimaciones de los servicios solicitados deberían poseer como ser: *el personal administrativo para la atención exigida a los potenciales beneficiarios y a la convocante, *docente principal, *el docente para áreas temáticas, *director académico, todo esto bajo el supuesto que la contratada realizara personalmente todas las gestiones internas con la contratante durante la ejecución del contrato, así como las gestiones de provisión de almuerzo, kits, etc, sin contar la cantidad de los ítems que pudieran ser adjudicados, en consecuencia, dicha cantidad de funcionarios son los mínimos requeridos para la cobertura de los servicios requeridos".*

Es así que, recomendamos al denunciante que tenga en cuenta la consulta realizada y la respuesta dada por la Entidad Convocante sobre el requisito establecido en las especificaciones técnicas que fue modificada mediante ADENDA N° 04 sobre cantidad mínima de funcionarios para la correcta ejecución y cobertura total del contrato.

Igualmente, se esclarece al denunciante que en caso de proseguir con la disconformidad sobre dicha 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 potenciales oferentes o consideran 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; y Arts. 118 y siguientes del Decreto reglamentario 21.909. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N° 7434** ***"Por el cual se establecen ciertas Reglamentaciones para los Procesos Sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), ART. 2° "De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias"***.

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 2077/15** *"Por la cual se disponen los requisitos*[1] *mínimos a ser considerados para la Admisión y Tramitación de las Protestas a ser sustanciadas contra Procesos de Contratación regidos por la Ley 2051/03, sus modificaciones y reglamentaciones y se deroga la Resolución DNCP N° 1220/2009"* y la **Resolución DNCP Nº 378/2017** *"POR LA CUAL SE APRUEBA LA IMPLEMENTACIÓN DEFINITIVA Y EL REGLAMENTO DEL MÓDULO DE PROTESTAS ELECTRÓNICAS DEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE INFORMACIÓN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN REGIDOS POR LA LEY Nº 2051/03 Y SE DEROGA LA RESOLUCIÓN DNCP Nº 2076"* **–NORMATIVAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA COMUNICACIÓN DEL LLAMADO DE REFERENCIA-, si bien el llamado fue publicado el 02 de enero de 2020, la comunicación ante la DNCP se realizó durante el periodo 2019, por tanto se debe tener en cuenta las normas antes mencionadas (ver art. 65 de la Res. DNCP N°572/20).**

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

[1] **ACREDITAR** el interés legítimo; **LOS HECHOS** deben formularse bajo fe de juramento; **ACREDITAR** fehacientemente la personería invocada, acompañando la documentación que la demuestre, conforme al Art. 3° de la Res. DNCP N° 2077/15; **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. 2 del Decreto 7434/2011.

Directora Jurídica - DNCP

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS**, 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..."[2];***

> ***"...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..."[3].***

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que **el denunciante cuenta aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones y/o sus adendas**, en virtud de lo dispuesto en el Art. 13 del Decreto 7434/11, 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° 65.**

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Dirección Jurídica – DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[2] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[3] Ob. cit. pág. 75 y 76.-