Dictamen DNCP/DJ N° 3892/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	9/5/2022
ID:	412962.
Procedimiento de Contratación:	Contratación Directa
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	"Adquisición de Chapas para ayuda Social".
Entidad Convocante:	Municipalidad Tomas Romero Pereira.
Denunciante:	Nota Observación DNC – CASO 124/22
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	Inconsistencia, incongruencia de documentos y/o datos.

RESULTADO

1- Disponer el cierre de la Investigación Preliminar respeto a lo observado en el numeral 1, 2, y 3 por la Dirección de Normas y Control de fecha 08 de abril de 2022 que obra en el SICP.

2- Recomendar la apertura de una Investigación de Oficio respecto a las observaciones de los numerales 4 y 5 emitidas por la Dirección de Normas y Control que datan del 08 de abril del corriente, que se encuentran publicadas en el Portal.

3- Recomendaciones a la Convocante.

4- Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La presente denuncia tiene su origen en las observaciones realizadas por la Dirección de Normas y Control que datan del 08 de abril de 2022 que se encuentra publicada en el SICP, las cuales refieren: *"1) Nota de comunicación de llamado: el N° de ID no guarda relación con el llamado de referencia, se solicita subsanar. 2) Capacidad Técnica: se solicita indicar el criterio a ser requerido por la Convocante considerando los parámetros establecidos en el PBC estándar y el objeto del llamado, (a modo de ejemplo, que tipos de herramientas, almacenaje y/o la cantidad de transporte a ser requeridos por la convocante), la declaración jurada corresponde a un documento no así a un criterio. 3) En el SICP, específicamente en el*

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

módulo de etapas y plazos, la fecha fijada para tope de consulta, no se ajusta a lo establecido en el art. 24 2da parte, de la Resolución DNCP N.º 5695/2019, considerando la modalidad presentada. 4) Remisión tardía de la adenda de prórroga: Verificada la adenda remitida y la fecha del acto de apertura de ofertas antecedente; y considerando lo establecido en el Art. 36 de la Resolución 5695/19, que establece como plazo tope para la remisión de la adenda de prórroga hasta el día siguiente hábil de la última fecha de apertura de ofertas establecida, vemos que no corresponde la publicación de la adenda remitida. 5) Acta de Prorroga: se observa que no se dio cumplimiento a lo establecido en el ARTÍCULO 32. Custodia de las ofertas de la Resolución DNCP N° 5695/2019."

En relación a la discrepancia entre el ID declarado en la Nota de Comunicación del llamado y los datos obrantes en el SICP, cabe mencionar que, del Pliego de Bases y Condiciones, así como de la Nota de Justificación de Contrato abierto se desprende que el N° de ID, así como el nombre y número de licitación correspondería al declarado en el SICP. Ergo, se recomienda a la Convocante guarde mayor atención al momento de completar los datos del llamado en todas las documentaciones a ser remitidas, de modo a evitar observaciones como la presente.

En cuanto a los criterios establecidos en la capacidad técnica, la Convocante solo ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues constituye una atribución discrecional de esta determinar las exigencias necesarias para la consecuente satisfacción adecuada de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas. A más de ello, el mencionado requisito no ha sido impugnado por potenciales oferentes, siendo la protesta el mecanismo legal pertinente si un oferente se encontraba disconforme o consideraba que se han lesionado sus derechos con los lineamientos establecidos en las bases licitatorias.

Por lo que, entendemos que las condiciones establecidas, no han lesionado sus derechos, como posibles participantes, no habiendo indicios de irregularidad o contravención a los principios generales que rigen en las compras públicas, en especial el de IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA. Sin embargo, se insta a la Convocante tener en cuenta los criterios establecidos en el Pliego Estándar Vigente.

Con relación al plazo tope de consultas, si bien se ha observado que la mismas no se ajustan a los plazos establecidos en las normativas, del Portal de Contrataciones, tampoco los potenciales oferentes han realizado consultas o reclamos al respecto, como tampoco fue planteada una protesta.

Sobre los dos últimos puntos observados por la Dirección de Normas y Control queda del 08 de abril en curso, al respecto, conviene indicar que la normativa claramente expresa que en caso que la Convocante no comunique la prórroga en el

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ana Eugenia Giménez
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

plazo hasta el día siguiente hábil de la última fecha de apertura de ofertas establecida invalidará lo actuado con posterioridad e imposibilitara a la entidad convocante ampararse en la presente resolución[1]. A más de ello, otra cuestión que subyace de la observación versa sobre el Acta de prórroga de ofertas de fecha 04 de abril de 2022, en la cual no se observa que se halla hecho mención del nombre de los oferentes cuyas propuestas quedaron en poder de la convocante y aquellas que fueron retiradas. Por lo que ante la falta de descargo de la convocante **se recomienda la apertura de una investigación de oficio.**

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

No aplica.

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

La nota de observación de la Dirección de Normas y Control emitida el 08 de abril del corriente, que refiere sobre los siguiente:

"1) Nota de comunicación de llamado: el N° de ID no guarda relación con el llamado de referencia, se solicita subsanar. 2) Capacidad Técnica: se solicita indicar el criterio a ser requerido por la convocante considerando los parámetros establecidos en el PBC estándar y el objeto del llamado, (a modo de ejemplo, que tipos de herramientas, almacenaje y/o la cantidad de transporte a ser requeridos por la convocante), la declaración jurada corresponde a un documento no así a un criterio. 3) En el SICP, específicamente en el módulo de etapas y plazos, la fecha fijada para tope de consulta, no se ajusta a lo establecido en el art. 24 2da parte, de la Resolución DNCP N.º 5695/2019, considerando la modalidad presentada. 4) Remisión tardía de la adenda de prórroga: Verificada la adenda remitida y la fecha del acto de apertura de ofertas antecedente; y considerando lo establecido en el Art. 36 de la Resolución 5695/19, que establece como plazo tope para la remisión de la adenda de prórroga hasta el día siguiente hábil de la última fecha de apertura de ofertas establecida, vemos que no corresponde la publicación de la adenda remitida. 5) Acta de Prorroga: se observa que no se dio cumplimiento a lo establecido en el ARTÍCULO 32. Custodia de las ofertas de la Resolución DNCP N° 5695/2019".

Lic. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Fra Instructora

[1] Art 36 de la Resolución DNCP N°5695/19.

APERTURA:

Nota DNCP DJ Nº 3112/22 de fecha 12 de abril del 2022, por la cual se dio apertura a la investigación preliminar-Municipalidad Tomas Romero Pereira.

ACUMULACIONES:

No aplica.

AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

Notificación de la apertura de investigación fue a través de la Nota DNCP/DJ N°3112/22 de fecha 12 de abril de 2022, dirigida a la Municipalidad Tomas Romero Pereira.

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: No aplica. Parte: No aplica.

CONTESTACIONES:

Transcurrido el plazo procesal para hacerlo la entidad Convocante no ha presentado descargo alguno, dando por decaído su derecho para hacerlo.

NORMAS APLICABLES AL PROCESO:

Ley 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*".

Decreto N°2992/2019 de fecha 9 de diciembre de 2019: "*Por la cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)*". Capítulo I. Artículo 134° Carga de las pruebas. Capítulo II. De la Sustanciación de las Investigaciones: Artículo 142° Inicio de la

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Investigación. Artículo 145° De la Investigación Preliminar. Traslado. Artículo 146°. Facultades Investigativas. Artículo 147° Dictamen de la Investigación Preliminar.

La Ley N° 3439/07 "Que modifica la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y establece la Carta Orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas" crea la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y le otorga facultades para dictar disposiciones para el adecuado cumplimiento de la Ley y su reglamento.

Resolución DNCP N°572/20 de fecha 06 de febrero de 2020, "Por la cual se reglamenta los procedimientos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, y se abroga la Resolución DNCP N°5702/2019".

OTRAS ACTUACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

La presente investigación se inició con base a las observaciones realizadas por el Departamento de Atención a Municipios, dependiente de la Dirección de Normas y Control (DNC) de esta Dirección Nacional, que refiere:

1) **Nota de comunicación de llamado: el N° de ID no guarda relación con el llamado de referencia, se solicita subsanar.**

Que, de la documentación remitida por la Entidad Convocante de fecha 18 de marzo de 2022, se observa que se ha mencionado cuanto sigue: *"Tengo el agrado de dirigirme a usted. A los efectos de comunicar el inicio del Proceso de Licitación por Contratación Directa N°11/2022 para la "Adquisición de Chapas para Ayuda Social" ID N°412538, de conformidad a lo establecido en la Ley 2051/03 de Contratación Publicas y su Decreto Reglamentario N°2992/19…".*

Ergo de los Datos obrantes SICP, Datos de la Convocatoria, se observa que el ID de la Licitación correspondería al N° 412962.

Si bien existe una discrepancia entre el ID declarado en la Nota de Comunicación del llamado y los datos obrantes en el SICP, cabe mencionar que, del Pliego de Bases y Condiciones, así como de la Nota de Justificación de Contrato abierto se desprende que el N° de ID, así como el nombre y número de licitación correspondería al declarado en el SICP.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Sobre lo mencionado precedentemente, la doctrina ha entendido que: *"...Los vicios en el acto administrativo, productores de nulidades administrativas se clasifican según su gravedad e importancia...Es inválido el acto administrativo con vicios muy graves, graves y leve. El vicio muy leve no afecta la validez del acto administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad del agente público..."*[2]

Al respecto, se recomienda a la Convocante guarde mayor atención al momento de completar los datos del llamado en todas las documentaciones a ser remitidas, de modo a evitar observaciones como la presente.

2) **Capacidad Técnica: se solicita indicar el criterio a ser requerido por la Convocante considerando los parámetros establecidos en el PBC estándar y el objeto del llamado, (a modo de ejemplo, que tipos de herramientas, almacenaje y/o la cantidad de transporte a ser requeridos por la convocante) la declaración jurada corresponde a un documento no así a un criterio.**

Al respecto, el PBC estipula los REQUISITOS DE CALIFICACION Y CRITERIOS DE EVALUACION, en el apartado CAPACIDAD TECNICA menciona: *"Con el objetivo de calificar la capacidad técnica del oferente, se considerarán los siguientes índices: - El oferente deberá presentar una DECLARACIÓN JURADA donde acredite su capacidad para cumplir en tiempo, cantidad y forma con los bienes ofertados. - El oferente deberá presentar una DECLARACIÓN JURADA, indicando que los bienes ofertados cumplen con las especificaciones técnicas solicitadas en el Pliego de Bases y Condiciones".*

Que, si bien la Convocante ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues constituye una atribución discrecional de la misma, determinar las exigencias necesarias para la consecuente satisfacción adecuada de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas.

Se insta a la misma a tener en cuenta los criterios establecidos en el Pliego Estándar Vigente para Bienes y Servicios el cual expresamente menciona: *Con el objetivo de calificar la capacidad técnica del oferente, se considerarán los siguientes índices: [Este requisito sólo es exigido cuando a criterio de la convocante se considerare necesario de acuerdo al objeto de la contratación. De no ser requerido, se deberá indicar: No Aplica].*

En caso de aplicarse, la convocante deberá indicar la capacidad técnica a ser requerida para esta contratación, considerando para ello la pertinencia de la evaluación en los siguientes aspectos:

2 DROMI, Roberto; "Acto Administrativo"; 4ta Edición – Ed. CIUDAD ARGENTINA; Buenos Aires – Argentina; pg. 180.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

- Capacidad del personal (considerar este aspecto cuando la contratación requiera de mano de obra calificada para instalaciones, reparaciones, capacitaciones, entre otros).

- Infraestructura (establecer este aspecto cuando por la naturaleza del bien a ser adquirido, el oferente debe de contar con capacidad de transporte, almacenaje o herramientas que determinen el buen cumplimiento del contrato).

- Certificaciones (analizar la existencia en el mercado de dichas certificaciones y si las mismas son relevantes para el objeto del llamado. Señalar las certificaciones similares aceptables en caso de requerirlas.

Para la inclusión de dicha certificación se debe analizar cómo incide esa certificación en la ejecución del contrato (la inclusión debe guardar relación con el objeto y condiciones del contrato y su naturaleza). Además, si en el mercado existen empresas que cuenten con dicha certificación, considerando mínimamente la presencia de 4 empresas en el mercado con la característica requerida)]".

Igualmente, se señala que si un oferente se encontraba disconforme o consideraba que se han lesionado sus derechos con los lineamientos establecidos en las bases licitatorias, el mismo contaba a su disposición los mecanismos de impugnación previstos en el título octavo de la ley, es decir, el mecanismo de la protesta contra las bases licitatorias[3], la cual debe ser promovida previo al acto de apertura de sobres.

En el llamado traído a colación por el denunciante, no consta en el SICP que el proceso haya sido impugnado, por lo que entendemos que las condiciones establecidas, no han lesionado sus derechos, como posibles participantes, no habiendo indicios de irregularidad o contravención a los principios generales que rigen en las compras públicas, en especial el de IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA.

3) **En el SICP, específicamente en el módulo de etapas y plazos, la fecha fijada para tope de consulta, no se ajusta a lo establecido en el art. 24 2da parte, de la Resolución DNCP N.º 5695/2019, considerando la modalidad presentada.**

La Resolución DNCP N°5695/19, con relación a las Consultas electrónicas, dispone en el Articulo 24 lo siguiente: "*...Las consultas podrán ser realizadas por los potenciales oferentes, a través del Sistema de Información de las Contrataciones*

[3]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.

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Públicas, desde el día de la publicación de la convocatoria y hasta el plazo señalado por la convocante. Para la fijación del plazo tope para recepción de consultas, las convocantes deberán considerar los siguientes plazos: ...En la Contratación Directa y contratación por excepción: hasta tres (03) días corridos previos a la presentación y acto de apertura...".

Según consta en el SICP el presente llamado fue publicado en fecha 29/03/2022, la fecha límite de consultas fue establecida para el 13/04/2022 y la fecha de entrega y apertura de ofertas fue fijada para el 18/04/2021, es decir, entre la fecha límite de consulta y la fecha de presentación y apertura de ofertas se registran 5 (cinco) días de diferencia. En efecto, la diferencia entre el plazo tope establecido para las consultas y la apertura de sobres no se adecua a lo exigido en la normativa.

Ahora bien, del Portal de Contrataciones, tampoco se observa que los potenciales oferentes hayan realizado consultas o reclamos al respecto a la observación realizada, como tampoco se observa protesta alguna sobre el punto observado.

Por tanto, si bien se detectan desprolijidades administrativas las mismas por si solas no ameritarían la declaración de nulidad de todo el procedimiento licitatorio, en relación a este punto sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma.

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Por tanto, en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan.

No obstante, recomendamos a la Entidad Convocante tener en cuenta en próximas licitaciones las observaciones realizadas por la Dirección de Normas y Control, evacuar de manera oportuna las mismas y proceder conforme a derecho, en virtud de lo establecido en la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", orientando su actuar en el marco de todo procedimiento licitatorio en base a los principios básicos de las contrataciones públicas –IGUALDAD, LIBRE COMPETENCIA, TRANSPARENCIA y PUBLICIDAD, a fin de evitar las situaciones como la presente. En este sentido, se insta a la Convocante, tener presente los plazos establecidos en la normativa a fin de ajustarse a ellos y evitar observaciones como la que le fue realizada.

4) **Remisión tardía de la adenda de prórroga: Verificada la adenda remitida y la fecha del acto de apertura de ofertas antecedente; y considerando lo establecido en el Art. 36 de la Resolución 5695/19, que establece**

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Ing. M. Eugenia Otazo
Directora

como plazo tope para la remisión de la adenda de prórroga hasta el día siguiente hábil de la última fecha de apertura de ofertas establecida, vemos que no corresponde la publicación de la adenda remitida.

Al respecto, el art. 36 de la Resolución DNCP 5695/19 referente al **Plazo máximo para la comunicación a la DNCP** menciona: "*La convocante deberá comunicar la adenda de prórroga de fechas topes de presentación y apertura de ofertas hasta el día siguiente hábil de la última fecha de apertura de ofertas establecida. **La no comunicación de la prórroga en el plazo fijado invalidará lo actuado con posterioridad** e imposibilitando a la entidad convocante ampararse en la presente resolución, quedando bajo responsabilidad de los funcionarios intervinientes las consecuencias derivadas de ella*". **(El resaltado es nuestro).**

De los datos obrantes en el SICP se desprende que la fecha de apertura de ofertas estaba fijada inicialmente para el día 04 de abril de 2022, sin embargo, la adenda de prorroga fue remitida en fecha 07 de abril de 2022, es decir 3 días hábiles posteriores a la última fecha de apertura de ofertas establecida.

Por ende, teniendo en cuenta que la normativa citada claramente expresa que la no comunicación de la prórroga en el plazo fijado invalidará lo actuado, y ante la falta de descargo de la Convocante, **se recomienda la apertura de una investigación sobre lo observado.**

5) **Acta de Prórroga: se observa que no se dio cumplimiento a lo establecido en el ARTÍCULO 32. Custodia de las ofertas de la Resolución DNCP N° 5695/2019.**

Al respecto, el Art 32 de la Resolución DNCP N°5695/19 referente a la Custodia de las Ofertas, menciona: "*Dispuesta la prórroga conforme a lo mencionado en el artículo 30 del presente reglamento, los oferentes presentes podrán escoger si dejarán su sobre bajo custodia de la convocante o lo retirarán, sin abrirlos, levantando un acta de prórroga en la cual se hará mención de la decisión adoptada, y **constará el nombre de los oferentes cuyas propuestas quedan en poder de la convocante y aquellas que fueron retiradas**. En caso de que en el acto no se encontraren los respectivos representantes, los oferentes serán notificados en la dirección de correo electrónico que se indica en el sobre de la oferta, informando que los sobres respectivos se encuentran bajo guarda y responsabilidad de la convocante y que en caso de no ser retirado serán considerados como una oferta válida a los efectos de la nueva apertura. La notificación deberá ser realizada inmediatamente de constatada la ausencia de los representantes de las firmas*". *(El resaltado es nuestro)*

Que, el **acta de prórroga de ofertas** de fecha 04 de abril de 2022 es deficiente dado que no consta el nombre de los oferentes cuyas propuestas quedaron en poder de la Convocante y aquellas que fueron retiradas, solamente se hizo

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Directora
Dirección Jurídica - DNCP

mención que se han presentado dos ofertas, en ese sentido, se denota una inobservancia de la norma que regula el contenido de este documento, y considerando la falta de descargo de la Convocante en relación a este punto **se recomienda la apertura de una investigación de oficio.**

En razón a lo expuesto, las recomendaciones realizadas, y teniendo en cuenta que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas se encuentra facultada a intervenir de oficio en los procedimientos de contratación que realice los organismos, entidades y municipalidades, cuando existan indicios de que los actos de dichos procedimientos podrían haberse llevado en contravenciones de las disposiciones de las leyes, los reglamentos y las demás disposiciones aplicables; esta Dirección Jurídica considera oportuno:

a) Ordenar el cierre de la presente investigación preliminar respecto a las observaciones realizadas en los numerales 1, 2, y 3 por la Dirección de Normas y Control que datan del 08 de abril de 2022.

b) Recomendar la apertura de una investigación de oficio en las observaciones de los numerales 4 y 5 planteadas por la Dirección de Normas y Control de fecha 08 de abril de 2022, a fin de otorgar mayores garantías procesales a las partes intervinientes.

ABG. TANIA LEDESMA
Jueza Dpto. de Investigaciones -DNCP

ABG. MARÍA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica- DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS