# Dictamen DNCP/DJ N° 12.641/21

## DATOS DEL PROCEDIMIENTO

| | |
|---|---|
| **Procedimiento Jurídico:** | Investigación Preliminar |
| **Fecha de Dictamen:** | 3/11/2021 |
| **ID:** | 402492 |
| **Procedimiento de Contratación:** | Contratación Directa |
| **Modalidad Complementaria:** | No Aplica |
| **Nombre de la Licitación:** | *"Adquisición de Muebles FONACIDE"*. |
| **Entidad Convocante:** | Municipalidad Bahía Negra. |
| **Denunciante:** | Nota Observación DNC – CASO 626/21 |
| **Tema General:** | Pliego de Bases y Condiciones. |
| **Tema Específico:** | Inconsistencia/incongruencias de documentos y/o datos |

## RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la Investigación Preliminar.
2. Recomendaciones a la convocante.
3. 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, las cuales refieren:

**1-La fecha tope de consultas no se adecua a lo que prevé el Art. 24 Resolución DNCP N° 5695/19. 2-Establecer un plazo exacto de duración de la garantía de fiel cumplimiento de contrato 3-Los criterios de evaluación indicados en el punto correspondiente a capacidad financiera, podrían resultar limitantes. 4-Verificar el punto correspondiente a criterios de evaluación de experiencia especifica (este punto está incompleto).**

En cuanto al plazo tope de consultas si bien entre la fecha límite de consulta y la fecha de presentación y apertura de ofertas se registran 4 (cuatro) días previos de diferencia, no adecuándose así a lo requerido en la normativa. Del Portal de Contrataciones, no se observa que los potenciales oferentes hayan realizado consultas o reclamos al respecto, como tampoco se observa protesta alguna sobre el punto observado.

Por tanto, se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del 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.

En cuanto a la falta de un plazo exacto para la duración de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, cabe aclarar que el PBC establece que la garantía de fiel cumplimiento de Contrato se extenderá por todo el periodo de ejecución del contrato más 30 días posteriores a la vigencia del mismo. Por ende, teniendo en cuenta que el plan de entrega de los bienes fijados en el PBC, Fecha(s) final(es) de Ejecución de los Bienes, menciona que el plan de entrega máximo de



Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

los bienes adjudicados será de 15 (Quince) días corridos, contados a partir de la firma del contrato y sumado los 30 días posteriores de la vigencia del mismo, resulta lógico que el plazo por el cual debe estar extendida la garantía de fiel cumplimiento sea 45 días corridos a partir de la firma del contrato, no obstante, se recomienda a la Convocante a establecer en el PBC el plazo exacto de duración de validez de la garantía de cumplimiento de contrato a fin de evitar incurrir en observaciones como la presente

Respecto a los criterios de capacidad financiera establecidos por la convocante los cuales a criterio de la DNCP podrían resultar limitantes, cabe destacar que esta Dirección Nacional ya se ha expido reiteradas ocasiones en lo referente a la independencia de la Convocante de establecer y evaluar los parámetros para lograr la plena garantía de sus intereses, y la máxima calidad de los bienes y servicios que va a adquirir y utilizar, con la única limitación establecida en el Art. 20 de la Ley 2051/03. A más de ello, el mencionado requisito no ha sido consultado ni impugnado por potenciales oferentes por lo que se puede presumir que los mismos se encontraban conformes con las exigencias establecidas.

Ahora sobre la observación del numeral 4, cabe aclarar que si bien la Entidad Convocante no ha establecido sobre qué actividad deberían de presentarse las facturaciones de venta, es importante señalar 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 con el mecanismo de la protesta contra las bases licitatorias, el cual debe ser promovido previo al acto de apertura de sobres. En el caso de estudio, no consta en el SICP que el proceso haya sido impugnado, ni consultado salvo por la presente investigación iniciada por esta Dirección Nacional, mediante las observaciones realizadas por la Dirección de Normas y Control de la DNCP.

No puede en consecuencia un acto no protestado, no consultado y que ha sido consentido por las partes en el proceso de licitación con derecho a impugnarlas, servirse para fundar una nulidad, esto en base al principio de que no existe la nulidad por la nulidad misma.

Se insta a la Convocante que, en futuros procedimientos de contratación, preste mayor diligencia al momento de preparar las bases concursales, a fin de evitar situaciones como esta. Ordenando así el cierre del caso Nº626/21, haciendo la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

**OTRAS PARTES INTERVINIENTES:**

No aplica.

**INTERPOSICION/ANTECEDENTE:**

Aspectos Observados:

*"...1. La fecha tope de consultas no se adecua a lo que prevé el Art. 24 Resolución DNCP N° 5695/19. 2-Establecer un plazo exacto de duración de la garantía de fiel cumplimiento de contrato 3-Los criterios de evaluación indicados en el punto correspondiente a capacidad financiera, podrían resultar limitantes. 4-Verificar el punto correspondiente a criterios de evaluación de experiencia especifica (este punto está incompleto)...".*

Abg. Tania
Dirección Jurídica
Jueza Instructor



Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

**APERTURA:**

Nota DNCP DJ Nº 12.053/21 de fecha 19 de octubre del 2021, por la cual se dio apertura a la investigación preliminar –MUNICIPALIDAD BAHIA NEGRA.

**ACUMULACIONES:**

No aplica.

**AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:**

No aplica.

**NOTIFICACIONES:**

Notificación Apertura de Investigación por Nota DNCP/DJ N°12.053/21 de fecha 19 de octubre de 2021, dirigida a MUNICIPALIDAD BAHIA NEGRA.

**OTRAS PRESENTACIONES:**

Fecha: No aplica. Parte: No aplica.

**CONTESTACIONES:**

Transcurrido el plazo procesal para hacerlo, la Entidad convocante no ha presentado descargo alguno, dando así por decaído su derecho de hacerlo en adelante.

**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 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.



Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

**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".

**Por Resolución Nº4774/21** de fecha 26 de octubre de 2021, se designa Encargada de Despacho de la Dirección Jurídica de la DNCP, del 27 al 28 de octubre y del 01 al 04 de noviembre de 2021.

**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, las cuales refieren:

**1-La fecha tope de consultas no se adecua a lo que prevé el Art. 24 Resolución DNCP N° 5695/19.**

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 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 30/09/2021, la fecha límite de consultas fue establecida para el 01/10/2021 y la fecha de entrega y apertura de ofertas fue fijada para el 05/10/2021, es decir, entre la fecha límite de consulta a la fecha de presentación y apertura de ofertas se registran 4 (cuatro) días previos de diferencia. En efecto, la diferencia entre el plazo tope establecido para las consultas y la apertura de sobres no se adecua a la normativa.

Ahora bien, del Portal de Contrataciones, no se observa que los potenciales oferentes hayan realizado consultas o reclamos al respecto, como tampoco se observa protesta alguna sobre el punto observado.
Por tanto, se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del 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.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

No obstante, recomendamos a la Entidad Convocante tener en cuenta en próximas licitaciones dicha observación realizada 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 realizada.

**2-Establecer un plazo exacto de duración de la garantía de fiel cumplimiento de contrato.**

Al respecto el PBC, DATOS DE LA LICITACION, Periodo de Validez de la Garantía de Cumplimiento de Contrato refiere: *"...El plazo de vigencia de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato será de: La garantía de fiel cumplimiento de Contrato se extenderá por todo el periodo de ejecución del contrato más 30 días posteriores a la vigencia del mismo".*

Al respecto, cabe advertir que el cómputo de la validez de la garantía de contrato es a partir de la fecha de suscripción del Contrato, puesto que el oferente no se encuentra obligado a garantizar un contrato antes de su firma.

Por ende, teniendo en cuenta que el plan de entrega de los bienes fijados en el PBC, Fecha(s) final(es) de Ejecución de los Bienes menciona que el plan de entrega máximo de los bienes adjudicados será de 15 (Quince) días corridos, contados a partir de la firma del contrato y sumado los 30 días posteriores de la vigencia del mismo, resulta lógico que el plazo por el cual debe estar extendido la garantía de mantenimiento de contrato serian 45 días corridos a partir de la firma del contrato.

Sin embargo, igualmente, se recomienda a la Convocante a establecer en el PBC el plazo exacto de duración de validez de la garantía de cumplimiento de contrato a fin de evitar incurrir en observaciones como la presente.

**3-Los criterios de evaluación indicados en el punto correspondiente a capacidad financiera, podrían resultar limitantes**. *"...Se omiten a ciertos contribuyentes para acreditar la capacidad financiera"; "...Se establecen criterios de evaluación no equivalentes en cuanto a la capacidad financiera respecto a los distintos tipos de contribuyentes"*

**El PBC, respecto a la Capacidad Financiera menciona:** *"...Con el objetivo de calificar la situación financiera del oferente, se considerarán los siguientes índices: Para contribuyentes de IRACIS / IRE GENERAL; Deberán cumplir con el siguiente parámetro: Ratio de Liquidez: Deberá ser igual o mayor que 1, en promedio, en los 2 últimos años (2019 y 2020). Endeudamiento: No deberá ser mayor a 0,80 en promedio, en los 2 últimos años (2019 y 2020). Rentabilidad: El promedio en los últimos 2 años no deberá ser negativo (2019 y 2020) Para contribuyentes de IRPC / IRE SIMPLE; Deberán cumplir con el siguiente parámetro: Eficiencia: (Ingreso/Egreso). Deberá ser igual o mayor que 1, el promedio de los 2 últimos años (2019 y 2020)".*

En relación a lo expuesto, cabe destacar que esta Dirección Nacional ya se ha expido reiteradas ocasiones en lo referente a la independencia de la Convocante de establecer y evaluar los parámetros para lograr la plena garantía de sus intereses, y la máxima calidad de los bienes y servicios que va a adquirir y utilizar, con la única limitación establecida en el Art. 20 de la Ley 2051/03.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

Conforme se observa, 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. A más de ello es de notar que la determinación de bienes o servicios a contratar, tanto los originalmente establecidos en el PBC, como aquellos que resulten del proceso de evaluación de las ofertas, es de exclusiva responsabilidad de la Entidad convocante, de conformidad a la disposición del Art. 27º de la Ley Nº 2051/03.

Sobre el punto, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), quien, al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: "la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito" (ISMAEL FARRANDO (h) – "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 332)

A más de ello, el mencionado requisito no ha sido consultado ni impugnado por potenciales oferentes dando a entender así que los mismos se encontraban conformes con las exigencias establecidas.

**4-Verificar el punto correspondiente a criterios de evaluación de experiencia especifica (este punto está incompleto).**

Sobre el punto, el PBC en el apartado EXPERIENCIA REQUERIDA refiere cuanto sigue: *"Con el objetivo de calificar la experiencia del oferente, se considerarán los siguientes índices: Demostrar la experiencia en [indicar actividad] con facturaciones de venta y/o recepciones finales por un monto equivalente al 50% como mínimo del monto total ofertado en la presente licitación, de los: últimos 2 años. (2019 y 2020)…".*

Que si bien la Entidad Convocante no ha establecido sobre qué actividad deberían de presentarse las facturaciones de venta, es importante señalar que, si un oferente se encontraba disconforme o consideraba que se habían 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, la cual debe ser promovida previo al acto de apertura de sobres. En el caso de estudio, no consta en el SICP que el punto observado fuere impugnado, ni consultado salvo por la presente investigación iniciada por esta Dirección Nacional, mediante las observaciones realizadas por la Dirección de Normas y Control de la DNCP.

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…"*[1]

No puede en consecuencia un acto no protestado, no consultado y que ha sido consentido por las partes en el proceso de licitación con derecho a impugnarlas, servirse para fundar una nulidad, esto en base al principio de que no existe la nulidad por la nulidad misma.

Sin embargo, se insta a la Convocante que, en futuros procedimientos de contratación, preste mayor diligencia al momento de preparar las bases concursales, a fin de evitar situaciones como esta.

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



Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Melany Sol Martínez A.
Coordinación
Dirección Jurídica - DNCP

Por lo expuesto, y en base a las recomendaciones realizadas esta Dirección Jurídica considera que no existen méritos suficientes para la apertura de una investigación de oficio, 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*", y en ese sentido, corresponde el cierre de la presente investigación preliminar individualizada como Caso N°626/21.

**Por Resolución Nº4774/21** de fecha 26 de octubre de 2021, se designa Encargada de Despacho de la Dirección Jurídica de la DNCP, del 27 al 28 de octubre y del 01 al 04 de noviembre de 2021.

**ABG. TANIA LEDESMA**
**Jueza Dpto. de Investigaciones -DNCP**

**ABG. MELANY MARTINEZ**
**Encargada de Despacho- DNCP**