Dictamen DNCP/DJ N° 5.706/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	27/5/2021
ID:	391123
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	*"CONTRATACION DE SERVICIOS DE LIMPIEZA INTEGRAL Y DESINFECCIÓN - PLURIANUAL"*
Entidad Convocante:	POLICIA NACIONAL.
Denunciante:	Protección al Denunciante/CASO 276/21
Tema General:	• Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	• EE.TT limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N° 276/21.
2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Que, 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; específicamente señala que existen claras evidencias de que la Convocante se encuentra direccionando el PBC y sus Adendas.

Un claro ejemplo menciona el denunciante, es que en el mercado existe una sola empresa que fabrica y provee el producto químico con principio Activo PHMG (Clorhidrato de Polihexamentilen Guanidina 1%, Agua, C.S.) y cuyo requisito para cumplimiento son los documentos solicitados tanto en el mismo PBC como en su Adenda N.º 2.

Menciona que en principio el PBC permitía la inclusión de otros productos químicos con pequeñas variantes en sus compuestos para la realización de la desinfección, pero sorpresivamente la convocante ha decidido excluir dos de ellos en su adenda 2, dejando solo el producto supra mencionado, por lo que luces se demuestra la falta de transparencia en el proceso licitatorio, y contradiciendo lo que dicta el Articulo 4º de la Ley N° 2051/03 "Igualdad y Libre Competencia" limitando así la participación de empresas.

Indicamos al denunciante, que del Portal de Contrataciones Públicas se encuentra publicado la Adenda Nº03 de fecha 13 de mayo del 2021, donde se observan modificaciones a las especificaciones técnicas, específicamente fue ampliado el requisito

que el denunciante consideraba limitante, y observamos la inclusión de otros productos químicos para la realización de la desinfección, no obstante aclaramos sobre el particular 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 consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante 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.

Por tanto, se ordena el cierre de la denuncia individualizada como Caso N° 276/21, al constatarse un interés particular en la convocatoria, indicando que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto N.º 2.992/19.

DENUNCIA:

***La denuncia ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas e individualizada como CASO N° 276 de fecha 18 de mayo del 2021, refiere*:**

"…Me dirijo a usted, y por su intermedio a quien corresponda, a efectos de formular denuncia en relación a la LPN N° 14/2021 SBE para la "Contratación de Servicio de Limpieza Integral y Desinfección Plurianual Ad Referéndum ID N? 391.123" donde con claras evidencias se ve el direccionamiento para el cumplimiento del Pliego de Bases y Condiciones y sus Adendas.

Un claro ejemplo de la dirección que toma la mencionada licitación es que en el mercado solo existe una empresa que fabrica y provee el producto químico con principio Activo PHMG (Clorhidrato de Polihexamentilen Guanidina 1%, Agua, C.S.)y cuyo requisito para cumplimiento son los documentos solicitados tanto en el mismo PBC como en su Adenda N? 2, específicamente en cuanto a la petición de los documentos adicionales para el cumplimiento del mismo:

- *Autorización del Fabricante*
- *Registro Sanitario Vigente*
- *Ficha Técnica*
- *Ficha de Datos de Seguridad del Producto*
- *Ensayos de eficacia*

En este punto cabe mencionar que en principio el PBC permitía la inclusión de otros productos químicos con pequeñas variantes en sus compuestos para la realización de la desinfección, pero sorpresivamente la convocante ha decidido excluir dos de ellos en su adenda 2 y dejar solo el producto supra mencionado.

Para el cumplimiento de dicho requisito hemos apelado a los buenos oficios de la empresa fabricante solicitando se sirvan proveer los mismos, así como un acuerdo entre ella y nuestra firma. Al efecto nos hemos encontrado con la afirmación por parte de la misma que no podrán proveer tanto el producto como las documentaciones debido a que ya han cerrado trato con otra empresa oferente cuyo nombre han decidido no mencionar para resguardar la identidad de la misma.

*Por esto, nos dirigimos a usted como ente regulador para que puedan tomar cartas en el asunto y ajustar estas y otras condiciones del PBC que a luces demuestran la falta de transparencia en el proceso licitatorio, y contradiciendo lo que dicta el ART. 4 de la Ley N° 2051/03 "***Igualdad y Libre Competencia"** *limitando así la participación de empresas que bien pueden concursar y consiguientemente adquirir el producto en cuestión como así también demás insumos y equipos solicitados en el Pliego de Condiciones del llamado…"*

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, específicamente señala que existen claras evidencias de que la Convocante se encuentra direccionando el PBC y sus Adendas, limitando de esta manera la participación de los potenciales oferentes.

Un claro ejemplo menciona el denunciante, es que en el mercado existe una sola empresa que fabrica y provee el producto químico con principio Activo PHMG (Clorhidrato de Polihexamentilen Guanidina 1%, Agua, C.S.) y cuyo requisito para cumplimiento son los documentos solicitados tanto en el mismo PBC como en su Adenda N.º 2, específicamente en cuanto a la petición de los documentos adicionales para el cumplimiento del mismo:

- Autorización del Fabricante

- Registro Sanitario Vigente
- Ficha Técnica
- Ficha de Datos de Seguridad del Producto
- Ensayos de eficacia

Menciona el denunciante, que en principio el PBC permitía la inclusión de otros productos químicos con pequeñas variantes en sus compuestos para la realización de la desinfección, pero sorpresivamente la convocante ha decidido excluir dos de ellos en su adenda 2 dejando solo el producto supra mencionado.

Alega, que para el cumplimiento de dicho requisito ha contactado con la empresa fabricante solicitando se sirvan proveer los mismos, así como un acuerdo entre ella y la firma, negándose debido a que ya han cerrado trato con otra empresa oferente cuyo nombre han decidido no mencionar para resguardar la identidad de la misma, por tanto, a luces se demuestra la falta de transparencia en el proceso licitatorio, contradiciendo lo que dicta el Artículo 4º de la Ley N° 2051/03 "Igualdad y Libre Competencia" limitando así la participación de empresas.

Por su parte es importante mencionar que del Portal de Contratación se encuentra publicada la Adenda Nº03 de fecha 13 de mayo del 2021, donde fueron modificadas especificaciones técnicas, específicamente sobre lo señalado por el denunciante, quedando de la siguiente manera: *"…el oferente proveerá a todo el equipo un desinfectante de amplio espectro y de eficacia comprobada cuyo principio activo sea el Clorhidrato de Polihexametil Guanidina o Polihexametilen biguanidina o amonio cuaternario. LISTO PARA USO, altamente efectivo a dosis bajas con acción residual para el fregado de suelos y desinfección de superficies inertes ya debidamente limpias. Para el cumplimiento de lo requerido serán necesarios adjuntar:*

- *Autorización del Fabricante*
- *Registro Sanitario Vigente*
- *Ficha Técnica*
- *Ficha de Datos de Seguridad del Producto*
- *Ensayos de eficacia*

Por tanto, indicamos al denunciante, que el requisito que consideraba limitante, fue ampliado mediante la Adenda Nº03, donde observamos la inclusión de otros productos químicos para la realización de la desinfección, no obstante aclaramos sobre el particular 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 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. 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.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 2077/15** *"Por la cual se disponen los requisitos 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 Nº378/2017** *"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*".

A continuación, señalamos las condiciones exigidas para dar trámite al pedido, 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, 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.

Así también, se señala 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".***

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante 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…"[1];***
>
> ***"…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***

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-

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…"[2].

Por todo lo expuesto, 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° 276/21**.

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Dirección Jurídica – DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-