Dictamen DNCP/DJ N° 5229/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	17/5/2021
ID:	397407
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Municipalidad de Tobatí
Entidad Convocante:	Provisión de Almuerzo Escolar, bajo la modalidad de alimentos preparados en las escuelas. Plurianual 2021-2022
Denunciante:	Caso N°258/21 – Con protección de identidad
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°258/21**.**
2. Recomendar al denunciante que proteste contra el Pliego de Bases y Condiciones.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante manifiesta que el PBC establece requisitos limitantes en lo que respecta a los Requisitos de Calificación y Criterios de Evaluación, Capacidad financiera y Requisitos documentales para evaluar el criterio de la capacidad financiera. A más de ello, señala que la Convocante no ha establecido un plazo razonable para que los potenciales oferentes puedan realizar las consultas luego de la publicación de la adenda, considerando dicha acción totalmente restrictiva.

Supone además que, con dichas condiciones, el llamado estaría siendo direccionado a la empresa LADERO PARAGUAYO, alegando que es la única firma que cumpliría a cabalidad con todos los requisitos solicitados.

Que, la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes *-que se encuentran interesados en participar-* **son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes**; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Visto el Sistema de Información de Contracciones Públicas se denota que la Entidad Convocante ha publicado una prórroga de plazos, tanto para las consultas como para la Apertura del llamado, fijándolos de esta manera: Fecha Límite de Consultas: lunes, 17 de mayo de 2021 - 09:00 y Fecha de Entrega y Apertura de Ofertas: jueves, 20 de mayo de 2021 – 09:00 y 09:30 respectivamente.

Por tanto, se ordena el cierre del Caso N°258 al constatarse un interés particular en la convocatoria, **y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia, sino la protesta**, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19. Así también se señala al denunciante, 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*".

DENUNCIA:

Denuncia recibida a través del Sistema de Tramite Jurídico Electrónico (STJE) con protección de identidad, en fecha 04 de mayo de 2021, la cual expresa:

"*Por la presente Señor director, vengo a realizar la presente DENUNCIA, teniendo en cuenta que el PBC del llamado en cuestión, es ampliamente LIMITANTE, en contravención del PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA, y se encuentra dirigida a un OFERENTE. -*

Primeramente, se realiza la denuncia por los aspectos que la propia DNCP ya ha realizado, las cuales son:

En el PBC apartado "Requisitos de Calificación y Criterios de Evaluación", no se unifica criterio en los puntos "Capacidad financiera" y "Requisitos documentales para evaluar el criterio de la capacidad financiera"

Los montos (unitario, total, y estimado) establecidos en el SICP, difieren de los montos indicados en la Autorización del MEC.

Además, y esto es lo más grave que paso a denunciar y explicar brevemente

En cuanto a la capacidad financiera solicitada: ***"Rentabilidad: Porcentaje de utilidad después de impuestos o pérdida con respecto al Capital. En los últimos años 2016, 2017, 2018 y 2019, deberá ser igual o mayor que 1, en promedio."*** *ES ABIERTAMENTE RESTRICTIVA Y SIN NINGUN SUSTENTO ECONOMICO NI TECNICO. Para la envergadura del proceso licitatorio este REQUISITO, es un gran ABSURDO SIN SENTIDO, a solo efecto de limitar la participación en contravención de uno de los principios básicos de la LEY 2051/03 DE CONTRATACIONES PUBLICAS, IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA. -*

El plazo de publicación de la Adenda, fue totalmente restrictiva, siendo publicado el viernes a las 15:47 minutos y el tope de consulta era el lunes 3 de mayo a las 9 horas, es decir ni siquiera se ha dado 24 horas hábiles de plazo a los potenciales OFERENTES, para la publicación de la Adenda y para realizar la consulta respectiva.

La visita realizada en fecha 26 de abril de 2021, solamente ha tenido a DOS OFERENTES. Y teniendo en cuenta que dicho requerimiento era OBLIGATORIO, la Convocante ha remitido la Adenda posterior a la visita, a solo efecto de eliminar anticipadamente a uno de los Oferentes. El único Oferente que podrá cumplir con este requisito de entre los dos participantes es LADERO PARAGUAYO S.A.

EVALUACION ID 381950

EMPRESA N° 03 LADERO PARAGUAYO S.A.

INDICES FINANCIEROS		AÑO 2016		AÑO 2017		AÑO 2018		PROMEDIO	CALIFICACION
		MONTO GS.	INDICE	MONTO GS.	INDICE	MONTO GS.	INDICE		
RATIO DE LIQUIDEZ	ACTIVO CORRIENTE / PASIVO CORRIENTE	35.378.093.712 / 17.592.209.150	2,01	24.719.630.152 / 12.500.782.062	1,98	35.378.093.712 / 17.592.209.150	2,01	2,00	CUMPLE
ENDEUDAMIENTO	PASIVO TOTAL / ACTIVO TOTAL	23.294.869.798 / 38.431.844.666	0,61	12.500.782.062 / 26.923.623.775	0,46	23.294.869.798 / 38.431.844.666	0,61	0,56	CUMPLE
RENTABILIDAD	UTILIDAD D/ IMPUESTOS / CAPITAL	4.045.958.337 / 5.000.000.000	0,81	7.433.501.725 / 5.000.000.000	1,49	7.685.930.176 / 5.000.000.000	1,54	1,28	CUMPLE

EVALUACION ID 383.888

No deberá ser negativo en ninguno de los últimos 5 años (2014, 2015, 2016, 2017 y 2018)
LADERO PARAGUAYO S.A: Las ratios de la empresa presentada de los últimos tres años son:

RATIO DE LIQUIDEZ	Monto						PROM.
	AÑO 2016	%	AÑO 2017	%	Año 2018	%	
ACTIVO CORRIENTE	22.304.321.199	1,48	24.719.630.152	1.97	30.617.077.673	1,74	1,73
PASIVO CORRIENTE	15.030.708.799		12.500.782.062		17.592.202.150		

RATIO DE ENDEUDAMIENTO	Monto						PROM.
	AÑO 2016	%	AÑO 2017	%	Año 2018	%	
PASIVO TOTAL	15.030.708.799	0,59	12.500.782.062	0,46	12.600.650.000	0,49	0,51
ACTIVO TOTAL	25.404.167.852		26.923.623.775		25.855.262.000		

RATIO DE RENTABILIDAD	Monto						PROM.
	AÑO 2016	%	AÑO 2017	%	Año 2018	%	
UTILIDAD DESPUES DE IMPUESTOS	4.045.958.337	81%	7.433.501.725	149%	7.543.601.825	151%	127%
CAPITAL	5.000.000.000		5.000.000.000		5.000.000.000		

Haciendo un cálculo, la empresa LADERO PARAGUAYO, alcanza un índice ajustado de ratio de rentabilidad (promedio de los 4 últimos años) de 1,03; es decir, 0,03 por encima del RATIO solicitado por la CONVOCANTE; por tanto, SEÑOR DIRECTOR no existe ninguna duda del direccionamiento del presente PROCESO, hacia la empresa mencionada. -

Por tanto, Señor director esta licitación se encuentra absolutamente dirigida, por lo que solicita la SUSPENCION INMEDIATA DEL PROCESO LICITATORIO. –

A través del Sistema de Tramite Jurídico Electrónico (STJE) con protección de identidad, en fecha 10 de mayo de 2021, el denunciante amplía su denuncia en estos términos:

"*En vista de la cercana apertura de ofertas, del proceso mencionado, SOLICITAMOS los buenos oficios de la DNCP, a fin de SUSPENDER INMEDIATAMENTE EL PROCESO, en razón de los motivos mencionados en la DENUNCIA realizada. -*

Es inadmisible este tipo de hechos, que atentan contra el PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA. Y más aun teniendo en cuenta que la VISITA al sitio de ejecución del contrato, es OBLIGATORIA, y en dicho acto solo se presentaron dos OFERENTES. Por tanto, solo podrán ser adjudicadas una de ellas. Y teniendo en cuenta el requisito de capacidad financiera impuesto por la Convocante, es imposible, siquiera competir en este proceso licitatorio; por tanto, estamos ante un hecho de MONOPOLIO y DIRECCIONAMIENTO más que claro, de la LICITACIÓN.

Confiamos en la labor de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, por lo que hemos decidido realizar esta DENUNCIA."

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante manifiesta que el PBC establece requisitos limitantes en lo que respecta a los Requisitos de Calificación y Criterios de Evaluación, Capacidad financiera y Requisitos documentales para evaluar el criterio de la capacidad financiera. A más de ello, señala que la Convocante, no ha establecido un plazo razonable para que los potenciales oferentes puedan realizar las consultas luego de la publicación de la adenda, considerando dicha acción totalmente restrictiva.

Supone además que, con dichas condiciones, el llamado estaría siendo direccionado a la empresa LADERO PARAGUAYO, alegando que es la única firma que cumpliría a cabalidad con todos los requisitos solicitados.

Ahora bien, la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, son estos potenciales oferentes - *que se encuentran interesados en participar* - , **los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes**; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Visto el Sistema de Información de Contracciones Públicas se denota que la Entidad Convocante ha publicado una prórroga de plazos, tanto para las consultas como para la Apertura del llamado, fijándolos de esta manera:

-Fecha Límite de Consultas: lunes, 17 de mayo de 2021 - 09:00.

-Fecha de Entrega y Apertura de Ofertas: jueves, 20 de mayo de 2021 – 09:00 y 09:30 respectivamente.

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 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 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°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**, 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 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, en base a lo denunciado 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**, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19: "*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*", el cierre del Caso N°258, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[3] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

Abg. MANUELA CRISTALDO
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[3] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020.