Dictamen DNCP/DJ N° 10.119/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigaciones
Fecha de Dictamen:	21/10/2022
ID:	419038
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	*"Adquisición de herramientas menores para el MAG - contrato abierto por cantidades mínimas y máximas"*
Entidad Convocante:	Ministerio de Agricultura y Ganadería.
Denunciante:	Protección al Denunciante/CASO 379/22
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Disponer el cierre del Caso N° 379/22.

2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Que, 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.

Específicamente señala el denunciante, que la Convocante ha ignorado todas estas disposiciones legales estableciendo un sistema de adjudicación por el TOTAL, que cercena la mayor participación de las empresas teniendo en cuenta que es evidente que el sistema de adjudicación POR ITEM promueve una mayor participación de oferentes, otorgando mayores ventajas económicas al Estado, pues al aplicar este sistema indica el denunciante, lo más probable es que resulte adjudicado más de un proveedor.

Además, indica el denunciante, la aplicación de este sistema de adjudicación se contrapone a el art. 7 de la ley 2051/03 que expresa: "fomento a los micro pequeñas y medianas empresas".

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

Como último el denunciante manifiesta, que los potenciales oferentes ya han realizado pedidos de aclaraciones los cuales han sido respondida en fecha 10 de octubre del corriente, con respuestas escuetas por parte de la Convocante que indican: "*... favor adecuarse a la Adenda y PBC*".

Conforme se observa, la argumentación expuesta, hace referencia a criterios insertos en las especificaciones técnicas sobre el sistema de adjudicación del llamado, 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.

Corresponde por su parte, aclarar al denunciante 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° 379/22, 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.

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DENUNCIA:

La denuncia ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas e individualizada como CASO N° 379 de fecha 14 de octubre del 2022, refiere:

"... Me dirijo a la Institución en atención a lo dispuesto el Art. 128 de la Constitución Nacional que establece LA PRIMACIA DEL INTERES GENERAL Y DEL DEBER DE COLABORAR "En ningún caso el interés de los particulares primar sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley".

En tal sentido, solicito la SUSPENSION DEL ACTO DE APERTURA y la intervención inmediata de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ante un posible daño patrimonial al aferrarse la Convocante a un sistema de adjudicación sin ningún fundamento o motivación beneficioso para la Institución.

Que, en el presente Llamado el PBC establece como sistema de adjudicación POR EL TOTAL, contrariamente a los llamados anteriores que con éxitos se han adjudicados a varios oferentes (id 399.867), el cual cercena la legitima posibilidad de participar a un sinnúmero de pequeñas y medianas empresas, dada la imposibilidad de cotizar los 6 ítems establecidos en el documento hoy impugnado, teniendo en cuenta que por cada ítem son muchísimas cantidades de bienes a entregar.

Solicito que la DNCP investigue y ordene la suspensión del presente procedimiento, ya que a mi criterio se reúne los siguientes requisitos:

Actos contrarios a la ley: En el cuerpo del presente escrito se detallan los principios generales y las normas que se han inobservado, las que constituyen un caso típico de actos contrarios a lo establecido en la ley de contrataciones, sus Decretos y Resoluciones.

Posibilidad de Producirse Daños a la Convocante: La posibilidad es cierta ya que este sistema de adjudicación establecido en el documento denunciado establece un sistema de adjudicación que cercena, la posibilidad de comparación de precios ítems por ítems, debiendo adjudicarse la total oferta, consecuentemente es improbable asegurar las mejores condiciones de contrataciones para el Ministerio.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

La suspensión del proceso no contraviene el interés y ordenes público: El Ministerio de Agricultura y Ganadera, se encuentra en condiciones de seguir cumplimiento con sus funciones, por lo que considero que la suspensión del proceso no afectará el normal funcionamiento de la cartera mencionada.

Que, en fecha 01 de octubre de 2022, se ha publicado el presente Llamado en el sistema de información de las Contrataciones Públicas (SICP), disponiendo que el sistema de adjudicaciones sea "POR EL TOTAL", este contexto los potenciales oferentes ya han realizado pedidos de aclaración los cuales han sido respondida en fecha 10 de octubre del corriente y a los cuales sus respuestas expresan escuetamente "Buenos días favor adecuarse a la Adenda y PBC".

Que, en este sentido, la UOC del MAG, al responder de esta manera no ha dado cumplimiento a principios y elementos fundamentales que se deben observar en todos los actos administrativo, citados a continuación:

***MOTIVACION**: Como requisito de forma de los actos administrativos, se ha impuesto en determinados casos **la exigencia de expresar en el propio acto sus fundamentos, los motivos que lo justifiquen. Consiste concretamente en la explicación y enumeración de las razones que han llevado a la Administración a dictar el acto administrativo**. Pensamos que no solo el poder ejecutivo debe motivar lo que hace. Las leyes tienen sus exposiciones de motivos y las sentencias son el ejemplo de un acto motivado. **La importancia de motivación reside en que es la base para un posterior control y fiscalización administrativa o jurisdiccional**, debiendo establecer la necesaria relación de causalidad entre los presupuestos de hecho, el Derecho aplicado y la decisión adoptada. La motivación es la declaración de la circunstancia de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, y que está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "considerados" que la constituyen, por tanto, los "presupuestos" o "razones" de acto y que es fundamentación fáctica y jurídica de él, con lo que administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.*

***FINALIDAD:** Es un elemento dirigido a satisfacer las exigencias del interés público, al cual se dirige y su desviación puede originar la nulidad del acto y las responsabilidades del funcionario, la finalidad constituye la razón que justifica la misión del acto teleológicamente. No solo atenta contra el recto proceder de la Administración Pública que un funcionario investido de poder introduzca móviles subjetivos para decidir su orientación gubernativa (como sucede si aprovecha su facultad sancionadora para efectuar represalias) o que beneficie a cualquier tercero con su desvió de poder (como sucede si se emplea al poder para actos de competencia desleal), sino incluso ese vicio se presenta y sanciona cuando tiene como objetivo beneficiar a la Administración de un modo no previsto por el recto deseo de la legislación.*

LA APLICACIÓN DE ESTE SISTEMA DE ADJUDICACION PARA EL PRESENTE LLAMADO SE CONTRAPONE A:

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Olazo A.
Dirección General de Asuntos Jurídicos
DNCP

El art. 7 de la ley 2051/03 que expresa "FOMENTO A LOS MICRO PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. En los procedimientos de contratación publica regidos por esta ley, los organismos, las entidades y las municipalidades deberán promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas", que este artículo se encuentra reglamentado por el Decreto 1434/09 en los siguientes términos:

Que las micro, pequeñas y medianas empresas requieren el apoyo del Estado a través de políticas y programas que, entre otros aspectos, permitan su afectivo acceso a los mercados y a los procedimientos de contrataciones públicas; obteniéndose así el desarrollo de estas empresas, la generación de empleo y el aumento de la oferta competitiva de bienes y servicios para el Estado.

Que la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación publica prevista en la ley de contrataciones Públicas necesita ser reglamentada y definida por parte de los organismos del Estado en sus respectivos procesos de contratación.

El artículo 20 de la ley 2051/03 concordantemente dispone: BASES O PLIEGOS DE REQUISITOS DE LA LICITACION PUBLICA: "Las especificaciones técnicas, plazos, tolerancia, porcentaje u otras disposiciones de similar naturaleza que deben contener las bases o los pliegos de requisitos de licitación, se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, CON EL OBJETIVO DE QU ECONCURRA EL MAYOR NUMERO DE oferentes; sin embargo, deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales, para evitar favorecer indebidamente a algún participante.

Que, como se podrá observar la convocante, ha ignorado todas estas disposiciones legales estableciendo un sistema de adjudicación que cercena la mayor participación de las empresas teniendo en cuenta que es evidente que el sistema de adjudicación POR ITEM promueve una mayor participación otorgando mayores ventajas económicas al Estado, pues al aplicar este sistema lo más probable es que resulte adjudicado más de un proveedor (libre competencia), lo cual no ocurrirá si el sistema de adjudicación es ***POR EL TOTAL****. Que, se han citado varios preceptos legales, cuya finalidad es el apoyo desarrollado de las pequeñas y Medianas Empresas, por lo que ha de tenerse en cuenta dicha circunstancia, en el respecto de que existen más probabilidades en el sentido de que varias empresas sean adjudicadas, si se aplica sistema de abastecimiento simultaneo (POR ITEM).*

Que, en cuanto al sistema adjudicatario es POR EL TOTAL, el adjudicado será UN SOLO OFERENTE, cuya firma enrola los siguientes supuestos: a) Una Empresa grande que comercializa todos los ítems requeridos, pero que, deberá adquirir los

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. Ma. Eugenia Ojeda A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

bienes de otros proveedores, con las respectivas dificultades y la falta de garantías que acarrea la comercialización de bienes que no son de rubros;

Que, este contexto, el sistema de adjudicación POR EL ITEM se impone, ya que promueve la mayor concurrencia y permite la adquisición de bienes a menor precio (principio de economía y eficiencia) dado que la oferente cotizara un producto de forma directa, sin el valor agregado de la reventa.

Que, está claro que el sistema de adjudicación que deba prevalecer es aquel que pone el ABASTECIMIENTO SIMULTANEO (POR ITEM), por lo que el M.A.G. no podrá argüir razones de discrecionalidad para seleccionar el sistema de adjudicación denunciado, ya que la aplicación de este sistema se contrapone a varias disposiciones legales.

Que, NO EXISTE MOTIVACION NI FUNDAMENTE LEGITIMO, para realizar una excepción a la aplicación de las normas trasgredidas al utilizar el sistema denunciado, el sistema de adjudicación por excelencia para aplicarse en el presente Llamado es POR ITEM, pues brinda una mayor posibilidad de concurrencia a los potenciales oferentes.

Por todo lo expuesto, a todas luces se marca una limitación descarada y atenta directamente a la libre competencia consagrada en la Ley 2051/03 en su artículo 4…"

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Ojeda A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

ANÁLISIS:

Que, 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. Específicamente señala el denunciante, que la Convocante ha ignorado todas estas disposiciones legales estableciendo un sistema de adjudicación por el TOTAL, que cercena la mayor participación de las empresas teniendo en cuenta que es evidente que el sistema de adjudicación POR ITEM promueve una mayor participación de oferentes, otorgando mayores ventajas económicas al Estado, pues al aplicar este sistema indica el denunciante, lo más probable es que resulte adjudicado más de un proveedor.

Además, indica el denunciante, la aplicación de este sistema de adjudicación se contrapone a el art. 7 de la ley 2051/03 que expresa: "fomento a los micro pequeñas y medianas empresas". Como último el denunciante, manifiesta que los potenciales oferentes ya han realizado pedidos de aclaraciones los cuales han sido respondida en fecha 10 de octubre del corriente, con respuestas escuetas por parte de la Convocante que indican: "... *favor adecuarse a la Adenda y PBC*".

Conforme se observa, la argumentación expuesta, hace referencia a criterios insertos en las especificaciones técnicas sobre el sistema de adjudicación del llamado, 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.

Corresponde por su parte, aclarar al denunciante 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.

Que, de los datos obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, se observa que, la fecha de **Entrega y Apertura de Ofertas** se encuentra fijada para el día **jueves 26 de octubre del 2022, a las 13:30 y 14:00 respectivamente.**

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***

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo A.
Directora General de Asuntos Jurídicos
DNCP

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 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 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, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19 el cierre del CASO N° 379/22.**

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Jueza Instructora Dpto. de Investigaciones – DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora General de Asuntos Jurídicos – 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.-