Dictamen DNCP/DJ N° 8.145/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	23/7/2021
ID:	390688
Procedimiento de Contratación:	Contratación Directa.
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	"Servicio de Almuerzo Escolar - Fonacide"
Entidad Convocante:	Municipalidad San Salvador.
Denunciante:	Nota DNC N.º 4.991/21// Caso 192/21.
Tema General:	• Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	• Inconsistencia/incongruencias de documentos y/o datos. • Observaciones de la DNC.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la investigación preliminar Caso N° 192/21.
2. Recomendaciones la Entidad Convocante.
3. Comunicar a quien corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Se dio apertura a la investigación preliminar en razón a la Nota Observación DNC N.º 4.991/21 de fecha 29 de marzo del 2021, remitida por la Dirección de Normas y Control de la DNCP, con relación a supuestas irregularidades al llamado de referencia, en lo que respecta al siguiente punto:

Aspectos Observados 1. "…*La fecha tope de consultas no se ajusta a los 3 días indicados en la normativa vigente (art. 24 Resolución DNCP 5695/19) …".*

De los datos publicados en el Portal de Contrataciones Públicas, que la fecha tope de consultas es el 05 de abril del 2021, y la fecha de presentación y apertura de las ofertas es el 07 de abril del 2021.

Que, el Artículo 24 de la Resolución DNCP N.º 5695/19, señala para los llamados a Contratación Directa, la fijación del plazo tope para la recepción de consultas es, hasta tres (03) días corridos previos a la presentación y acto de apertura de ofertas.

Del Portal de Contrataciones Públicas, observamos que la Entidad Convocante no ha considerado lo establecido en la normativa, sobre el plazo de 3 días previos al acto de apertura y presentación de las ofertas, en ambos llamados observados. Sin embargo, se desprende del portal que los potenciales oferentes no han realizado consultas o reclamos al respecto, ni se ha presentado impugnación alguna sobre el punto observado del plazo tope de la fecha de consultas.

Aclaramos a la Entidad Convocante, que las observaciones de la Dirección de Normas y Control devienen a que las consultas se realizan por el Sistema Jurídico Electrónico, por lo tanto, el día indicado como fecha tope de consultas no necesariamente debe ser un día hábil, sino que debe cumplir expresamente con lo indicado en la normativa sobre el plazo de 3 días corridos previos al acto de apertura y presentación de las ofertas

Sin embargo, 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, recomendamos a la Entidad Convocante a ceñirse en el futuro a lo expresamente indicado en la normativa sobre el plazo de 3 días corridos previos al acto de apertura y presentación de las ofertas.

Finalmente, en atención a las recomendaciones realizadas a las Entidad Convocantes, esta Dirección Jurídica, considera que corresponde ordenar el cierre del Caso N° 192/21.

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

No aplica.

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

Nota DNC N° 4.991/21 de fecha 29 de marzo del 2021, remitida por la Dirección de Normas y Control e ingresada a través del Módulo de Investigaciones electrónicas como Caso N° 192/21, que menciona lo siguiente:

> ***"…Observación formulada**: "…1. La fecha tope de consultas no se ajusta a los 3 días indicados en la normativa vigente (art. 24 Resolución DNCP 5695/19) …"*

APERTURA:

Nota DNCP/ DJ N° 3.520/21, se da apertura a la investigación preliminar en razón a supuestas irregularidades señaladas por la Dirección de Normas y Control de la DNCP.

ACUMULACIONES:

No aplica.

AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

Nota DNCP/DJ N.º 3.520/21 – Apertura de la Investigación Preliminar Municipalidad San Salvador. –

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: no aplica. Parte: no aplica.

CONTESTACIONES:

Fecha: 12-04-2021 Parte: Municipalidad San Salvador.

"...Continua de la siguiente forma: "Que, por medio de la nota mencionada en el párrafo anterior se realizaron observaciones al llamado de licitación en cuestión, los cuales a la fecha no fueron subsanadas por vuestra institución."

A efectos de clarificar lo referido en la nota DNC N°4991/2021 de fecha 29 de marzo de 2021, expresamos cuanto sigue:

Que, según Adenda N° 03 de fecha 29 de marzo de 2021, Modificación de Datos de la Contratación, para propósito de Consultas, se establece como fecha límite para presentar consultas el día lunes 05/04/2021, 07:00hs; como fecha de presentación de Ofertas y Apertura, el día miércoles 07/04/2021, 07:00 hs y 07:15 hs, respectivamente; pues la necesidad

de la comunidad educativa de recibir los alimentos a ser licitados ha motivado a la convocante a realizar el llamado lo antes posible, ya que este había sido suspendido anteriormente por haberse presentado sólo un oferente en la primera oportunidad, dando cumplimiento a la resolución DNCP 483/21.

Que, en fecha 29/03/2021 hemos procedido a llamar al Call Center de la DNCP a fin de consultar la fecha límite que correspondería para presentar consultas, puesto que según resolución DNCP 5695/19, en su Art 24°, expresa que la fecha tope de consultas en la Contratación Directa es de hasta tres (03) días corridos previos a la presentación y acto de apertura, dándose la comunicación sin embargo, la persona encargada de suministrar dicha ayuda no supo darnos respuesta para la situación planteada, pues se había sumado a la situación el Decreto Presidencial N° 5053, que establece medidas sanitarias en el marco de la pandemia de COVID – 19; como la fecha tope correspondería al día domingo, la convocante consideró oportuna establecer la fecha tope de consulta para el día lunes 05/04/2021, 07:00hs; aclarando que la convocante ha actuado de buena fe desde el inicio, sin la intención de causar daño o de otorgar beneficio a ningún oferente.

Que, en fecha 07/04/2021 a las 07:15hs, se ha realizado el acto de apertura del llamado en cuestión, presentándose al mismo dos oferentes; considerando la comunicación del día anterior de la Sra. Sandra Núñez, funcionaria de la DNCP, con esta unidad operativa, donde la misma había indicado que se podría realizar el acto de apertura en la fecha propuesta en la Adenda N°3, bajo la responsabilidad de la convocante, procedimiento que se ha realizado por la urgencia previamente mencionada…"

NORMAS APLICABLES AL PROCESO:

- Decreto Reglamentario N° 2992/2019 de fecha 09 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.

- 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".*

OTRAS ACTUACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

La Dirección de Normas y Control (DNC) de la DNCP, a través de la Nota DNC N° 4.991/21 de fecha 29 de marzo del 2021 comunica al Departamento de Investigaciones la observación que fuera realizada, con relación a supuestas irregularidades en el procedimiento de contratación:

La observación refiere lo siguiente:

1. ***"…La fecha tope de consultas no se ajusta a los 3 días indicados en la normativa vigente (art. 24 Resolución DNCP 5695/19) ...".***

Es menester traer a colación primeramente lo dispuesto en la **Resolución N°5695/19 en su Art. 24**. **Consultas electrónicas** que expresa *"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"*,

asimismo refiere que, para la fijación del plazo tope para recepción de consultas, las convocantes deberán considerar para los llamados a Contratación Directa *hasta tres (03) días corridos previos al acto de presentación de apertura de ofertas.-*

De los datos publicados en el Portal de Contrataciones Públicas, se desprende que la **fecha tope de consultas** ha sido fijada para el **05 de abril del 2021** y la fecha de apertura y presentación de las ofertas para el **07 de abril del 2021**, por lo tanto, observamos que la Entidad Convocante no ha considerado lo establecido en la normativa, sobre el plazo de 3 días previos al acto de apertura y presentación de las ofertas, dado que debió establecer el día 04 de abril del 2021, como fecha tope de consultas.

La Entidad Convocante al respecto menciona que en fecha 29/03/2021 ha procedido a llamar al Call Center de la DNCP a fin de consultar la fecha límite que correspondería para presentar consultas, puesto que según resolución DNCP 5695/19, en su Art 24°, expresa que la fecha tope de consultas en la Contratación Directa es de hasta tres (03) días corridos previos a la presentación y acto de apertura dándose la comunicación, sin embargo, la persona encargada de suministrar dicha ayuda no supo darnos respuesta para la situación planteada, pues se había sumado a la situación el Decreto Presidencial N° 5053, que establece medidas sanitarias en el marco de la pandemia de COVID – 19; como la fecha tope correspondería al día domingo, la convocante consideró oportuna establecer la fecha tope de consulta para el día lunes 05/04/2021, 07:00hs, aclarando que la convocante ha actuado de buena fe desde el inicio, sin la intención de causar daño o de otorgar beneficio a ningún oferente.

Atendiendo a lo expuesto, aclaramos a la Entidad Convocante, que las observaciones de la Dirección de Normas y Control devienen a que las consultas se realizan por el Sistema Jurídico Electrónico, por lo tanto, el día indicado como fecha tope de consultas no necesariamente debe ser un día hábil, sino que debe cumplir expresamente con lo indicado en la normativa sobre el plazo de 3 días corridos previos al acto de apertura y presentación de las ofertas.

Sin embargo, es importante mencionar que no se observa que potenciales oferentes hayan realizado consultas y/o reclamos al respecto, como tampoco impugnación alguna sobre el punto observado u otro requisito o condición del pliego o sus adendas.

Se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, 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.

Asimismo, la rigurosidad en las formalidades no debe llevarse a un extremo que perjudiquen los intereses de la Administración y se vuelvan, inclusive, contra el interés general, convirtiendo al procedimiento en un formalismo excesivo carente de racionalidad. Es que todo acto administrativo individual lleva consigo la **presunción de regularidad**, esto es —según SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO— *la presunción de que el mismo verifica las condiciones de legalidad, autorización y competencia, forma y condición de hecho o motivación del acto, que hacen que el acto deba ser cumplido mientras no sea declarada su nulidad. Si bien tal presunción no está establecida expresamente en el ordenamiento positivo, la cuestión deriva de una razón práctica, que no es otra sino la de no enervar el cumplimiento de las resoluciones administrativas con la resistencia de los obligados fundada en la afirmación de que el acto es nulo. La adjudicación, acto administrativo trascendental en la actividad de la contratación pública, por supuesto también está sujeto a la presunción de regularidad o legitimidad vigente*.

En tal sentido, recomendamos a la Entidad Convocante que preste mayor atención a la hora de elaboración de los antecedentes documentales del llamado, y evacue las observaciones de la Dirección de Normas y Control de manera oportuna, de manera a proceder conforme a derecho, en virtud de lo establecido en la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y concordantes y orientar 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–**

En este entendimiento, realizadas las recomendaciones a la Entidad Convocante, esta Dirección Jurídica considera que no existen elementos de convicción suficientes que ameriten dar trámite a una investigación de oficio en los términos del artículo 82 de la Ley 2051/03. **Por lo tanto, corresponde ordenar el cierre de la investigación preliminar Caso N° 192/21, solo en la medida de lo analizado y aclarado en el presente dictamen,** con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.

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[1] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Jueza Instructora Dpto. Investigaciones - DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP.

[1] **Decreto N° 3442 de fecha 09/03/2020, Resolución Secretaria de la Función Pública N° 146/2020.**