Dictamen DNCP/DJ N° 7298/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	5/7/2021
ID:	388451
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Desagüe pluvial en la cuenca de la Avenida Doctor Felipe Molas López
Entidad Convocante:	Municipalidad de Asunción
Denunciante:	Caso N°337/21 – Dirección de Normas y Control
Tema General:	Marco Legal / Normativa
Tema Específico:	Incumplimiento de las normativas

RESULTADO

1. Ordenar el Cierre de la Investigación Preliminar – Caso N°337/21.
2. Recomendar a la Entidad Convocante deslindar responsabilidades en el orden administrativo.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Se dio apertura a la investigación preliminar en razón a la Nota de Observación DNC N°9842/2021, remitida por la Dirección de Normas y Control de la DNCP, con relación a supuestas irregularidades detectadas en el marco del llamado en cuestión.

Los aspectos observados hacen referencia a que la fecha establecida para el tope de consultas, no se ajusta a lo establecido en la normativa vigente y que los precios referenciales no se ajustan a lo establecido en la Res. N°1890/20, además se indica que en el apartado Datos de la Licitación, numeral 13, se ha agregado una condición que violaría el principio de igualdad y libre competencia.

Visto SICP se denota que la Convocante no ha dado cumplimiento al plazo de los 5 días hábiles establecido en la Res. N°5695/19, sin embargo, se desprende del portal que los potenciales oferentes no han realizado consultas o reclamos al respecto, ni impugnación alguna sobre el punto observado del plazo tope de la fecha de consultas. Por tanto, si bien se observan desprolijidades administrativas, las mismas por sí solas no justificarían 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. Recomendamos entonces a la Entidad Convocante tener en cuenta en próximas licitaciones dicha observación realizada por la Dirección de Normas y Control.

Por otro lado, en cuanto a la elaboración del precio referencial, si bien la Convocante expresa en el marco de la presente investigación preliminar que por la particularidad y complejidad de la obra, en algunos ítems se utilizó una única fuente obtenida del análisis de costos unitarios con ayuda de la Revista Mandu'a, existiendo motivos suficientes para la aplicación de excepcionalidad de la combinación de precios referenciales; en el Dictamen N°07/21 no se visualiza la explicación fundada por la cual utilizan la excepcionalidad en la obtención de los precios en algunos ítems, tal y como lo indica el anexo la Resolución N°1890/20 por lo cual, se insta a la Entidad Convocante un mayor celo en el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y que en futuros procesos licitatorios se ajusten a las normativas establecidas para la estimación de costos, y tal sentido, se recomienda iniciar los trámites pertinentes a fin de deslindar responsabilidad en el orden administrativo por la omisión de la rectificación del Dictamen N°07/21.

En relación lo agregado en el apartado datos de la licitación numeral 13 del PBC, la Convocante alega que ha agregado dicha condición en razón a la complejidad significativa de la obra, y por la cual se considera que un solo Contratista podría desarrollar demoras vinculas a dificultades propias de otras de esta naturaleza para llevar adecuadamente las mismas en dos frentes diferentes, siendo una atribución legal de la Convocante determinar las exigencias necesarias para la contratación adecuada para las obras solicitadas en las bases de la licitación.

A más de ello, según Acta de Apertura de sobres de fecha 04 de julio de 2021 debidamente publicado en el SICP, se han presentado 16 (Dieciséis) firmas oferentes al llamado de referencia, con lo cual se denota que no se habría limitado la participación, ya que ha habido concurrencia importante de oferentes en igualdad de condiciones, por lo cual no existiría irregularidad propiamente dicha en relación a dicho punto.

Por último, se insta a la Convocante a tener presente las observaciones y reglamentaciones en futuros procedimientos licitatorios y se da por concluida la presente investigación preliminar individualizada como CASO 337/21.

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

No aplica.

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

Nota de Observación N°9842/2021 de fecha 26 de mayo de 2021, remitida por la Dirección de Normas y Control en el marco del proceso de referencia y por la cual realiza las siguientes observaciones:

*"**1.** La fecha tope para recepción de consultas, no se adecua a lo que prevé el Art. 24 Resolución DNCP N°5695/19, además la hora del mismo evento que han indicado en la adenda remitida difiere de lo cargado vía sistema.*

REITERAMOS:

***2.** Solicitamos a la convocante completar y/o rectificar el dictamen referente a la estimación de costo, considerando que no se visualiza la combinación de fuentes en todos los ítems comprendidos en el llamado. Por lo expuesto, solicitamos verificar detalladamente las informaciones consignadas en el dictamen y la planilla que forma parte del mismo, y conforme a dichas informaciones adjuntar los documentos de respaldo, identificando además los ítems o sub items utilizados de dichos documentos.*

***3.** Datos de la Licitación – numeral 13 – en la última parte de este apartado la convocante ha agregado condición que violaría el art. 4 de la Ley 2051/2003, específicamente, el principio de igualdad y libre competencia."*

APERTURA:

Nota DNCP DJ Nº6179/21 de fecha 08 de junio de 2021, por el cual se dio 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:

Notificación inicial DNCP DJ Nº6179/21 de fecha 08 de junio de 2021– Municipalidad de Asunción.

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: No aplica. Parte: No aplica.

CONTESTACIONES:

La Entidad Convocante a través del Sistema de Trámite Jurídico Electrónico (STJE) en fecha 09 de junio del 2021, ha presentado su descargo en los siguientes términos:

"En representación de la UOC Nº3, de la Municipalidad de Asunción, me dirijo a usted en relación a la Nota DNCP/DJ N°6179/21 – CASO 337/21 Investigación Preliminar surgida a partir de la Nota DNC Nº9842/21 en el marco de llamado a LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL; "DESAGÜE PLUVIAL EN LA CUENCA DE LA AVENIDA DOCTOR FELIPE MOLAS LOPEZ" convocado por la municipalidad de ASUNCIÓN ID N°388.451.

Al respecto, manifiesto lo siguiente: que en fecha 24 de mayo de 2021, a través de la Nota UOC3 N°58/2021, han sido respondidas dichas observaciones, se inserta copia de la misma.

Nota UOC3 Nº 58/21
Asunción, 24 de Mayo de 2.021

Señor
Abg. PABLO SEITZ ORTIZ, Director Nacional
Dirección Nacional de Contrataciones Públicas
Presente

En representación de la UOC Nº3, de la Municipalidad de Asunción, me dirijo a usted a fin de contestar las observaciones comunicadas por Nota DNC Nº 9099/2021, que guarda relación con el procedimiento de Licitación Pública Nacional para la obra **"DESAGÜE PLUVIAL EN LA CUENCA DE LA AVENIDA DOCTOR FELIPE MOLAS LOPEZ", ID Nº 388.451,** del siguiente modo:

OBSERVACIÓN N° 1: Solicitamos a la convocante completar y/o rectificar el dictamen referente a la estimación de costo, considerando que no se visualiza la combinación de fuentes en todos los ítems comprendidos en el llamado. Por lo expuesto, solicitamos verificar detalladamente las informaciones consignadas en el dictamen y la planilla que forma parte del mismo, y conforme a dichas informaciones adjuntar los documentos de respaldo, identificando además los ítems y sub ítems utilizados de dichos documentos.

Respuesta N°1
Con relación a los costos estimativos, en los que no se visualiza la combinación de fuentes en todos los ítems comprendidos en el llamado, se manifiesta lo siguiente:
Primeramente, cabe manifestar que no tenemos disponibles precios de otra licitación, por lo que hemos puesto los precios que fueron obtenidos mediante la elaboración de análisis de costos unitarios con ayuda de la revista (Mandu'a), cuyos datos corresponden a precios de la construcción de nuestro medio; además, se puede observar que cada uno de ellos se ajusta a los precios normales de mercado.
En atención a estos fundamentos se considera que existen motivos para aplicar la excepcionalidad de la combinación de precios referenciales en algunos ítems y tomar como base el precio resultante de la única cotización que fuera obtenida de la revista Mandu'a, que es la revista técnica orientada al rubro de la construcción.

*Con relación a la **Observación N°2 de la Nota DNC N°9842/2021**, cabe resaltar que, por la particularidad y complejidad de la obra que se pretende contratar, en algunos ítems se utilizaron una única fuente obtenida del análisis de costos unitarios con ayuda de la Revista Mandu'a, bien detallados y explicados en el formulario de Composición de Precios Unitarios, conforme a lo establecido en el anexo de la Resolución DNCP N°1890/2020:* "Excepcionalmente, si por la complejidad,

especialidad o particularidad de la contratación no resultare posible alcanzar la cantidad de 3 (tres) fuentes requeridas para la obtención de los precios, la convocante podrá adoptar el mecanismo que considere apropiado para obtener los Precios de Referencia, en cuyo caso tal situación deberá ser suficientemente fundada en el Dictamen firmado por el Encargado de la UOC en el que se detalle la metodología utilizada para la obtención de los Precios de Referencia".

Además de ello, considerar que la obra de Desagüe Pluvial de esta magnitud, es sin precedentes, siendo el primer llamado a Licitación con las características y dimensiones solicitadas.

En atención a estos fundamentos se considera que existen motivos para aplicar la excepcionalidad de la combinación de precios referenciales en algunos ítems y tomar como base el precio resultante de la única cotización que fuera obtenida de la revista Mandu'a, que es la revista técnica orientada al universo de la construcción.

Con relación a la ***Observación N°3 de la Nota DNC N°9842/2021,*** *la Convocante ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, pues constituye, una atribución que la norma le otorga (sometido a los límites legales) determinar las exigencias necesarias para la contratación adecuada para las obras solicitadas en las bases de la licitación. A más de ello, la Convocante ha justificado suficientemente la inclusión de los mismos. (Nota UOC3 N°58/2021). Los criterios establecidos para el efecto, no pueden ser excesivamente flexibles, ya que se pondría en riesgo la ejecución satisfactoria de la prestación requerida, lo que a su vez iría en detrimento de los intereses generales de la Municipalidad.*

En tal sentido, se puede agregar que el proceso íntegro del llamado a licitación pública se realizó cumpliendo estrictamente el Principio de Igualdad y Libre Competencia: "Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública."

Prueba de ello, es la presentación de 16 (Dieciséis) oferentes en la Apertura de Sobres del llamado en cuestión, lo que refleja que el Pliego de Bases y Condiciones brinda la posibilidad de participación sin restricción y en igualdad de oportunidades.

Actualmente, el estado del procedimiento se encuentra en EVALUACION DE OFERTAS.

En consecuencia, solicitamos a la DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, dar por contestadas, aclaradas y subsanadas dichas observaciones.

Sin otro particular, le saludo atentamente."

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.

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*".

OTRAS ACTUACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

La Nota de Observación N°9842/2021 refiere supuestas irregularidades detectadas por parte de la Dirección de Normas y Control de la DNCP, en el marco de la convocatoria del llamado de referencia, en lo que respecta a los siguientes puntos:

1. **La fecha tope para recepción de consultas, no se adecua a lo que prevé el Art. 24 Resolución DNCP N°5695/19, además la hora del mismo evento que han indicado en la adenda remitida difiere de lo cargado vía sistema.**

Que, el art. 24 de la Res. DNCP N°5695/19 expresa: "*Consultas electrónicas. 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 Licitación Pública: hasta cinco (05) hábiles previos al término para la presentación de ofertas*."

Visto el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas, se desprende que la Convocante ha fijado como fecha límite de consultas el día 27 de mayo del corriente y fecha de apertura de ofertas para el 04 de junio del corriente, por lo tanto, observamos que la Entidad Convocante no ha considerado lo establecido en la normativa, sobre el plazo de 5 días hábiles previos al acto de apertura y presentación de las ofertas, dado que debió establecer el día 28 de mayo del 2021, como fecha tope de consultas.

Sin embargo, 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, 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.

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.

2. **Solicitamos a la convocante completar y/o rectificar el dictamen referente a la estimación de costo, considerando que no se visualiza la combinación de fuentes en todos los ítems comprendidos en el llamado. Por lo expuesto, solicitamos verificar detalladamente las informaciones consignadas en el dictamen y la planilla que forma parte del mismo, y conforme a dichas informaciones adjuntar los documentos de respaldo, identificando además los ítems o sub-ítems utilizados de dichos documentos.**

Con relación a este punto, la Convocante expresa que por la particularidad y complejidad de la obra que se pretende contratar, en algunos ítems se ha utilizado una única fuente, obtenida del análisis de costos unitarios de la Revista Mandu'a, bien detallados y explicados en el formulario de Composición de Precios Unitarios, conforme a lo establecido en el anexo de la Resolución DNCP N°1890/2020: "*Excepcionalmente, si por la complejidad, especialidad o particularidad de la contratación no resultare posible alcanzar la cantidad de 3 (tres) fuentes requeridas para la obtención de los precios, la convocante podrá adoptar el mecanismo que considere apropiado para obtener los Precios de Referencia, **en cuyo caso tal situación deberá ser suficientemente fundada en el Dictamen firmado por el Encargado de la UOC en el que se detalle la metodología utilizada para la obtención de los Precios de Referencia***". .

Además de ello, menciona que la obra de Desagüe Pluvial es de una magnitud sin precedentes, siendo el primer llamado a Licitación con las características y dimensiones solicitadas.

Por lo tanto, la Convocante expresa que en atención a los fundamentos indicados considera que existen motivos suficientes para aplicar la excepcionalidad de la combinación de precios referenciales en algunos ítems y tomar como base el precio resultante de la única cotización que fuera obtenida de la revista Mandu'a, que es la revista técnica orientada al universo de la construcción.

En ese sentido, si bien la Convocante en el marco del descargo presentado en la presente investigación preliminar, ha justificado la utilización de la excepcionalidad en algunos ítems del llamado, en el Dictamen N°07/21 del 06 de mayo de 2021 la Convocante únicamente ha expresado que la metodología utilizada se ha basado en el promedio de los precios unitarios obtenidos de las ofertas adjudicadas y de la revista Mandu´a, detallando los precios en el cuadro de composición de precios, sin embargo, **no ha realizado la explicación fundada por el cual utilizan la excepcionalidad en la obtención de los precios en algunos ítems, tal y como lo indica el anexo la Resolución N°1890/20, resaltado líneas arriba.**

Empero, visto el Sistema de Información de Contrataciones Públicas, y en consideración a que no se observa que potenciales oferentes hayan realizado consultas o reclamos al respecto, como tampoco se visualiza protesta alguna sobre el punto observado, agregando además de que existió amplia participación de oferentes, esta Dirección Jurídica considera que no amerita la apertura de una investigación de oficio con relación a este punto, sin embargo, **se insta a la Entidad Convocante un mayor celo en el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y que en futuros procesos licitatorios se ajusten a las normativas establecidas para la estimación de costos, a fin de evitar situaciones como las aquí analizadas, y tal sentido, se recomienda iniciar los trámites pertinentes a fin de deslindar responsabilidad en el orden administrativo por la omisión de la rectificación del Dictamen N°07/21.**

3. **Datos de la Licitación – numeral 13 – en la última parte de este apartado la convocante ha agregado condición que violaría el art. 4 de la Ley 2051/2003, específicamente, el principio de igualdad y libre competencia.**

Que, visto el Pliego de Bases y Condiciones Datos de la Licitación – numeral 13 – en la última parte expresa: "*En los casos en que un Oferente presente la mejor oferta económica en dos lotes, la Convocante se reserva el derecho de adjudicar los lotes que resulten en la combinación de todos los lotes como las más convenientes, económicamente, a la Institución*."

La Convocante en relación a este punto indica que ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, pues constituye, una atribución que la norma le otorga (sometido a los límites legales) determinar las exigencias necesarias para la contratación adecuada para las obras solicitadas en las bases de la licitación. A más de ello, la Convocante ha justificado suficientemente la inclusión de los mismos. (Nota UOC3 N°58/2021). Los criterios establecidos para el efecto no pueden ser excesivamente flexibles, ya que se pondría en riesgo la ejecución satisfactoria de la prestación requerida, lo que a su vez iría en detrimento de los intereses generales de la Municipalidad.

Que en su Nota UOC3 N°58/2021, indica en relación a la condición señalada, que la misma ya se ha aplicado a muchos procesos licitatorios anteriores, cuyas obras fueron fraccionadas en lotes. Ahora bien, el motivo de dicha condición es

porque el proceso constructivo de una obra de complejidad significativa, razón por la cual se considera que una sola Contratista podría desarrollar demoras vinculas a dificultades propias de otras de esta naturaleza para llevar adecuadamente las mismas en dos frentes diferentes.

En tal sentido, se puede agregar que el proceso íntegro del llamado a licitación pública se realizó cumpliendo estrictamente el Principio de Igualdad y Libre Competencia: *"Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública*."

A más de ello, según Acta de Apertura de sobres de fecha 04 de julio de 2021 debidamente publicada en el SICP, se han presentado 16 (Dieciséis) firmas oferentes al llamado de referencia, con lo cual se denota que no se habría limitado la participación, ya que ha habido concurrencia importante de oferentes en igualdad de condiciones.

Es importante mencionar además que la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones es exclusiva responsabilidad de la Entidad Convocante y que el mismo debe responder a las necesidades institucionales conforme lo indica el art. 33 y 34 del Decreto Reglamentario N°2992/19.

En esta instancia, notamos que la Convocante ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues constituye una atribución de las Entidades Convocantes la de determinar los criterios de calidad y calificación que considera procedente para la prosecución de sus fines, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas, las que necesariamente resultan ser necesidades públicas.

A más de ello, resulta fundamental señalar que, si bien la Ley 2051/03 establece como uno de sus principios "*la libre competencia*", no puede considerarse una restricción a la participación y a la igualdad de oportunidades, la facultad establecida en el Art. 20° de la Ley 2051/03, de establecer requerimientos que, si bien podrían resultar limitativos, se encuentran debidamente justificados por la Convocante a fin de cumplir con la mayor eficiencia las necesidades públicas, considerando además que en marco del proceso licitatorio no existió protesta alguna por parte de potenciales ofertes con relación a dicho punto.

No obstante, recomendamos a la Entidad Convocante tener en cuenta todas las observaciones realizadas 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**.

En razón a lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que no existen elementos suficientes para la apertura de una investigación de oficio, por lo que corresponde dar por concluida la presente investigación preliminar y ordenar el cierre del Caso N°337/21.

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. MANUELA CRISTALDO
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[1] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020.