Dictamen DNCP/DJ N° 10.149/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	21/10/2022
ID:	416926
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	Subasta a la Baja.
Nombre de la Licitación:	Adquisición de insumos de ferretería, fontaneria, electricidad y herramientas para el MOPC.
Entidad Convocante:	Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias-Caso 351/22
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o Direccionadas.

RESULTADO

1. Disponer el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°351/22.

2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante menciona que el sistema de adjudicación por el total, estaría limitando la participación de pequeñas y medianas empresas, ya que el sistema de adjudicación por ítem les estaría permitiendo la cotización acorde a su capacidad y experiencia.

Al respecto, al remitirnos al Portal de Contrataciones Públicas, Adjudicación y Contrato se evidencia que la Convocante ha establecido como Sistema de adjudicación por el TOTAL.

Así también visto las consultas realizadas por los potenciales oferentes se evidencia que se ha consultado los mismos hechos argüidos por el denunciante.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos 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

Abg. Tania Ledesma Dirección Jurídica - DNCP Jueza Instructora

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

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.

En ese sentido se dispone el cierre del Caso N°351/22, 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:

Ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 351/22, el cual refiere:

"No aceptaron abrir el llamado para más concursantes. Adjunto acta, solo 1 oferente presentado

https://www.contrataciones.gov.py/licitaciones/convocatoria/416926-adquisicion-insumos-ferreteria-fontaneria-electricidad-herramientas-mopc-1.html#consultas

Solicitamos el cambio de sistema de adjudicación, a fin que podamos participar las pequeñas y medianas empresas. El sistema por ítem nos habilita a cotizar acorde a nuestra capacidad y experiencia. solicitamos A LA ENTIDAD QUE NO EXCLUYA A POTENCIALES OFERENTES CON ESTE SISTEMA QUE NO HACE OTRA COSA QUE DAR OPORTUNIDAD A 1 SOLA EMPRESA. pero sobre todo fomentar el derecho de igualdad para todos las MiPymes.

Le informamos que la consulta que ha enviado: "SISTEMA DE ADJUDICACION", correspondiente al ID 416926 "ADQUISICIÓN DE INSUMOS DE FERRETERIA, FONTANERIA, ELECTRICIDAD Y HERRAMIENTAS PARA EL MOPC " ha recibido una respuesta de la convocante. RESPUESTA: Esta convocante ha hecho uso de una facultad discrecional que le confiere la Ley N° 2051/03 de Contrataciones Públicas, que le autoriza expresamente dentro de determinados límites, de establecer los criterios que considera necesarios para la elaboración del pliego de bases y condiciones, debiendo encontrar su fundamento en las necesidades a ser satisfechas para la realización de sus fines. Es así que la convocante tiene la obligación de garantizar al Estado las mejores condiciones de contratación, no solo en obtener el precio más bajo, sino también la mejor calidad y oportunidad (art 4°, inciso "a", de la ley 2051/03). Se solicita un sistema de

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

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

adjudicación por el total, de manera que todos los bienes a ser adquiridos sean gestionados por un solo oferente ganador, ya sea en forma individual o en forma conjunta con otros oferentes mediante la creación del consorcio, a los efectos de facilitar y abaratar a la entidad la gestión pre y post adquisición. Los requisitos del PBC son mínimos como para ejecutar un contrato de una envergadura importante como lo previsto en el presente proceso. La Convocante, al momento de establecer los requisitos del PBC debe tener en cuenta sus necesidades y la posibilidad de cumplimiento de los mismos por parte de la generalidad de potenciales oferentes, por lo que no puede tomar en cuenta las pretensiones particulares de un potencial oferente, precisamente en cumplimiento al Principio de Igualdad y Libre Competencia establecidos en la Ley. En el caso de que algunas exigencias, como la consultada en este punto no pueda ser cumplida por una sola empresa interesada, el PBC habilita la posibilidad de la creación de un consorcio para no restringir la participación de ningún oferente interesado, sin que esto afecte la obligación institucional de garantizar las mejores condiciones de contratación que prima sobre el interés individual de un oferente en particular. Finalmente, en virtud a todo lo expuesto precedentemente, nos mantenemos en las condiciones exigidas en el presente llamado y solicitamos se ajusten a las Especificaciones Técnicas y exigencias establecidas en el PBC, considerando que estas fueron diseñadas en base a requerimientos institucionales específicos".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

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

ANÁLISIS:

El denunciante menciona que el sistema de adjudicación por el Total, estaría limitando la participación de pequeñas y medianas empresas, ya que el sistema de adjudicación por ítem les estaría permitiendo la cotización acorde a su capacidad y experiencia.

Al respecto, al remitirnos al Portal de Contrataciones Públicas, Adjudicación y Contrato se evidencia que la Convocante ha establecido como Sistema de adjudicación por el TOTAL.

Así también visto las consultas realizadas por los potenciales oferentes se evidencia que se ha consultado los mismos hechos argüidos por el denunciante:

Consultas realizadas para esta convocatoria

Nro. de Consulta	Titulo	Resumen de la Consulta	Fecha de Consulta	Fecha de Respuesta	Acciones
1	SISTEMA DE ADJUDICACION	Solicitamos el cambio de sistema de adjudicacion ,a a fin que podamos participar las pequeñas y medianas empresas. El sistema por item nos habilita a cotizar acorde a nuestra capacidad y experiencia ,solicitamos A LA ENTIDAD QUE NO EXCLUYA A POTENCIALES OFERENTES CON ESTE SISTEMA QUE NO HACE OTRA COSA QUE DAR OPORTUNIDAD A 1 SOLA EMPRESA , pero sobre todo fomentar el derecho de igualdad para todos las mypymes.	06-09-2022	20-09-2022	Ver Detalle
2	Consulta todos los items	Solicitamos respetuosamente a la Convocante pueda modificar el sistema de adjudicacion(por el total a por item) ,a fin de fomentar sana competencia y obtener precios razonables. Ademas estaria facilitando el aumento de potenciales empresas de mediano tamaño que cumplan con los requisitos legales de capacidad técnica y financiera pero que les resultaria inviable ofertar el total. Por ello solicitamos pueda tomarse en cuenta este criterio basado en la libre competencia e igualdad	06-09-2022	20-09-2022	Ver Detalle
3	Solicitud	Solicitamos respetuosamente a la Convocante pueda modificar el sistema de adjudicacion(por el total a por item) ,a fin de fomentar sana competencia y obtener precios razonables. Ademas estaria facilitando el aumento de potenciales empresas de mediano tamaño que cumplan con los requisitos legales de capacidad técnica y financiera pero que les resultaria inviable ofertar el total. Por ello solicitamos pueda tomarse en cuenta este criterio basado en la libre competencia e igualdad .	06-09-2022	20-09-2022	Ver Detalle
4	Solicitud	Solicitamos respetuosamente a la Convocante pueda modificar el sistema de adjudicación(por el total a por item) ,a fin de fomentar sana competencia y obtener precios razonables. Ademas estaria facilitando el aumento de potenciales empresas de mediano tamaño que cumplan con los requisitos legales de capacidad técnica y financiera pero que les resultaria inviable ofertar el total. Por ello solicitamos pueda tomarse en cuenta este criterio basado en la libre competencia e igualdad .	06-09-2022	20-09-2022	Ver Detalle
5	Cantidad de asegurados IPS	Solicitamos respetuosamente puedan considerar ofertas de pequeñas y medianas empresas que tengan 4 asegurados el el IPS, a fin de dar oportunidad a las empresas que estan en crecimiento.	14-09-2022	20-09-2022	Ver Detalle

Ahora, si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos 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

Abg. Tania Ledesma Dirección Jurídica - DNCP Jueza Instructora

Abg. Mtra. Eugenia Cerro A. Directora General de Asuntos Jurídicos DNCP

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.

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 el mismo contaba 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"***.

Se aclara también al denunciante que, si bien las consultas resultan ser un requisito previo para la presentación de la protesta conforme lo establece el Art 18 de la Resolución 572/2020[1], que regula las **Consultas Previas** este debe ser expuesto en la protesta e indicar el agravio que ello le ocasiona.

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debió PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS,** 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.

[1] **Consulta Previa.** *A los efectos de interponer una protesta contra el pliego de bases y condiciones o carta de invitación de un procedimiento de contratación, el promotor de la protesta deberá demostrar que previamente ha consultado ante la Convocante el punto impugnado. En caso que el protestante se haya visto imposibilitado de realizar la consulta deberá expresar dicha cuestión en el escrito de protesta, expresando además el agravio que ello le ocasiona. La omisión de lo establecido en el presente artículo será motivo de rechazo in limine de la protesta.*

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

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

"...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..."[2]*;*

"...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..."[3].

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que **la denuncia no es la vía para subsanar la debida diligencia en la utilización del mecanismo de impugnación pertinente que es la protesta**, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19[4], el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°351/22, **solo en consideración de los puntos objeto de aclaración en el presente dictamen, con la salvedad de que de surgir nuevos reclamos y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.**

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección General de Asuntos Jurídicos - DNCP

[2] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[3] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[4] 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