DNCP/DJ N° 1767/14

Asunción, 07 de julio de 2014.-

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL CONCURSO DE OFERTAS PARA LA ADQUISICIÓN DE ELEMENTOS DE LIMPIEZA, CONVOCADA POR EL HOSPITAL DEL CENTRO DE EMERGENCIAS MÉDICAS. ID 269915. ----------

Que, la presente denuncia ha sido ingresada a esta Dirección Nacional por el **Sistema de Gestión de Denuncias con Protección al Denunciante como caso N° 2491,** de fecha **10 de junio de 2014**. ----------

En la referida denuncia, el denunciante expresa cuanto sigue: *"ITEM 23 –DESODORANTE DE AMBIENTE EN AEROSOL, solicitan de 360 ml como mínimo, la empresa MAAHSA fabrica desodorante de ambiente de 300 ml, por lo que solicitamos modificación del pliego de tal forma a que nos permitan poder cotizar."* (Sic). ----------

Que, por **Nota DNCP/DJ N° 1550/14** del **17 de junio de 2014** esta Dirección Jurídica ha corrido traslado al **HOSPITAL DEL CENTRO DE EMERGENCIAS MÉDICAS** a fin de que justifique lo referido en una nota y adjunte la documentación que consideren pertinente. ----------

Al respecto, en fecha **18 de junio de 2014**, por nota ingresada como **Exp N° 7939** se ha presentado la Convocante, **HOSPITAL DEL CENTRO DE EMERGENCIAS MÉDICAS** y ha señalado cuanto sigue: *"las especificaciones técnicas del referido ítem, fueron diseñadas conforme a las necesidades de la Institución, debidamente sustentadas y respaldadas en los requerimientos del CEM, según informes elaborados por el Departamento de Suministros de nuestra institución".*----------

Continúa la Convocante: *"la imposibilidad de realizar la modificación solicitada por la empresa MAAHSA, se debió a que, de hacerlo, se estaría afectando a la cantidad licitada, ya que al aceptar la cotización de 300 ml, forzosamente se hubiese requerido de mayor cantidad a ser adjudicada, a efectos de cubrir las necesidades del CEM, considerando que la cantidad solicitada en el Pliego, fue fijada en función al frasco de 360 ml como mínimo, pudiendo las empresas ofertar frascos de mayor volumen, pero siempre respetando la cantidad solicitada, con lo que la Institución podrá adjudicar el bien respetando el precio referencial, estableciendo como base para iniciar el proceso de contratación".* --------

Que, la Convocante ha adjuntado con su presentación **copia del pedido interno del Departamento de Suministros**. ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, mediante **Nota DNCP/DJ N° 1645/14** se ha solicitado a la Convocante que remita copia del Acta de Apertura de Ofertas y esta ha remitido la documentación requerida mediante **Nota D.G. N° 763/2014** de fecha **02 de julio de 2014**. ----------

Que, en el **Acta de apertura de Ofertas** realizada en fecha 17 de junio de 2014 se consigna el listado de firmas que han presentado sus sobres cerrados: **1. Everest Comercial, 2. Molinos Asunción Alberto Heibrunn S.A. (MAAHSA), 3. Desarrollos del Paraguay S.A. (DESPASA) y 4. Scarpe S.R.L.** ----------

De acuerdo a lo transcripto precedentemente, esta Dirección Jurídica realiza las siguientes manifestaciones: ----------

Sobre el particular, debemos ratificarnos en la independencia de la Convocante de cada proceso en particular -varias veces proclamada por esta Dirección Jurídica- para establecer y evaluar los parámetros de modo a lograr la plena garantía de sus intereses y la máxima calidad de los bienes que va a adquirir y utilizar. ----------

En esta instancia hacemos hincapié en que la Convocante ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues **constituye una atribución discrecional de las Entidades Convocantes determinar la cantidad o tipo de bienes o servicios a contratar**, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas y que necesariamente resultan ser necesidades públicas. A más de ello es de notar que la determinación de bienes o servicios a contratar, tanto los originalmente establecidos en el pliego de bases y condiciones, como aquellos que resulten del proceso de evaluación de las ofertas, es de exclusiva responsabilidad de la Entidad convocante, de conformidad a la disposición del **Art. 27° de la Ley N° 2051/03**.-------

Sobre el punto, citamos al Jurista **Ismael Farrando (h)**, cuando menciona: *"en un procedimiento licitatorio, el ente Licitante no deja de contar con las prerrogativas propias de su investidura, pero éstas no podrán avasallar las garantías del administrado, en este caso, inicialmente oferente, posteriormente probable preadjudicatario y/o adjudicatario, y finalmente contratista. Entre estos dos extremos debe mantenerse un delicado equilibrio que permita concretar el procedimiento licitatorio en el contrato que posibilite el cumplimiento del objeto por el cual se efectuó el llamado"*[1]. ----------

Siendo la Convocante la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una facultad discrecional la determinación de las condiciones y requisitos que deben cumplir los Oferentes, con la única limitación prevista en el citado **Art. 20 de la Ley 2051/03**. ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

[1] ISMAEL FARRANDO (h) – "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 205.

Esta Dirección Jurídica considera que **la posición de la Convocante en el presente asunto, resulta razonable en los términos expuestos en su respuesta**. ----------

Sin embargo, es deber de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia de contrataciones públicas, por lo cual esta Dirección Jurídica ha analizado el contenido del Pliego de Bases y Condiciones en relación al **ítem 23 Desodorante de ambiente en aerosol Envase por 360 ml como mínimo** a los efectos de determinar si el requerimiento del tamaño mínimo resulta limitante o se encuentra dirigido a determinada empresa, contraviniendo el **Principio de Igualdad y Libre Competencia del artículo 4 de la Ley 2051/03.** ----------

En este sentido, se ha buscado comprobar la existencia en el mercado de marcas del producto solicitado y se ha constatado que efectivamente existen varias marcas tanto nacionales como extranjeras en el mercado paraguayo entre las que se puede citar **Pinoleche, Poett, Glade, Ayudin y Lysoform**, todos estos productos cuya presentación es en envase de 360 ml. ----------

Ahora bien, esta Dirección Jurídica considera oportuno referirse a la **Comunicación Suplementaria N° 1** emitida por la Convocante donde se observa la **Consulta 1**: *"Respecto al Ítem 23 "Desodorante de Ambientes en Aerosol. Aromas a definir. Envase x 360 ml como mínimo", cantidad 800 unid. Solicitamos se pueda cotizar Envases de 300 ml, de tal forma que tengamos posibilidad de poder participar."* ----------

Seguidamente se observa la respuesta de la Convocante: *"AJUSTARSE A LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS."* ----------

Al respecto, y conforme al **art. 39 del Decreto Reglamentario 21909/03** mencionamos que la convocante **debe responder toda solicitud de aclaración del pliego de bases y condiciones que reciba dentro del plazo establecido en el PBC y brindar una explicación de la consulta efectuada**. ----------

En este caso en particular, la Convocante se ha limitado a responder *"Ajustarse a las especificaciones técnicas"* sin dar una explicación clara del motivo por el cual ha tomado la decisión de mantener el PBC en dichas condiciones. Cabe destacar que el pliego de bases y condiciones señala los requisitos y formalidades que el oferente debe reunir al momento de elaborar su oferta, y en general todos los pormenores que la administración exige para que su oferta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al PBC. ----------

Es importante destacar además, que, si la convocante no se expide acerca de las consultas efectuadas por los oferentes dentro del plazo establecido o la respuesta de la convocante no es clara respecto a las consultas realizadas, se estarían vulnerando los derechos de los potenciales oferentes en

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Juan Carlos Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

contratación, por lo que los mismos, en estas circunstancias, **podrían acudir a los mecanismos de impugnación establecidos en la ley que regula la materia de contrataciones públicas, y como resultado se podría incluso anular el proceso si fuera pertinente**. ----------

Es preciso mencionar, que el **art. 82 de la Ley 3439/07** de Contrataciones Públicas expresa que la DNCP podrá de oficio o por denuncia fundada realizar las investigaciones que resulten pertinentes, a fin de verificar que los actos de cualquier procedimiento de contratación se ajustan a las disposiciones de la ley, y conforme al **art. 20 del decreto 7434/11** de dicha investigación podría derivarse a la anulación del proceso si fuera oportuno. ----------

Por tanto, **recomendamos a la convocante que en futuros procesos, se expida de manera clara y concreta respecto a todas las consultas efectuadas por los posibles oferentes** a fin de que los mismos no tengan dudas al momento de elaborar sus ofertas y cumplir de esta forma con la normativa que rige la materia de contrataciones públicas. ----------

En base a todo lo anterior, y a las recomendaciones emitidas, corresponde dar por finalizada la presente investigación preliminar.----------

Abog. María Jose Ayala
Dirección Jurídica-DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Luis Godoy
Dirección Jurídica-DNCP