Dictamen DNCP/DJ N° 1020/23

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	30/1/2023
ID:	402407
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Internacional
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	"PROVISIÓN E INSTALACIÓN CON PUESTA EN MARCHA DE PLANTAS GENERADORAS DE OXIGENO MEDICINAL TIPO PSA PARA SERVICIOS HOSPITALARIOS DEL MSPYBS".
Entidad Convocante:	Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°29/23.
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°29/23.

2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del escrito de la denuncia se deprende la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones. Específicamente lo referente al monto a ser facturado por lo potenciales oferentes (Capacidad Financiera). Alega que el mismo limita la participación de pequeñas y medianas empresas que puedan cumplir con las especificaciones técnicas, estando claramente dirigida hacia grandes empresas.

Que la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento 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; y la

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSE AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - 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 este sentido, se dispone el cierre del Caso N°29/23, 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.

DENUNCIA:

Ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 29/23, que expresa cuanto sigue:

"Señores DNCP, como ciudadano preocupado por la cosa pública, vengo a denunciar lo que considero con solo una mirada a este proceso, considero que la licitación está claramente dirigida a grandes empresas debido a la desproporción de la capacidad financiera exigida contra el monto de la oferta de referencia, evitando así la participación de pequeñas y medianas empresas que puedan cumplir con las especificaciones técnicas", lo cual con la nueva Ley de Compras se quiere evitar y a la vez permitir que estas pequeñas y medianas empresas puedan competir en igualdad de condiciones con empresas grandes y con tintes monopolizadoras.

Pues si se fijan en la capacidad financiera, solicitan que el oferente demuestre haber facturado un monto sideral, más de 32 mil millones, sin embargo, aparentemente no consideran que el llamado es por Lote, en donde cualquier empresa puede pujar por uno que ni siquiera alcanza los 10 mil millones. Entonces la pregunta es, que lógica utilizan para pedir una facturación anual de más de 32 mil millones si una empresa se va a presentar en un lote de 9 mil millones. Acaso la DNCP no tiene el rol de revisar cada Pliego de Bases y evitar este tipo de restricciones a la libre competencia que es garantizada en la propia Constitución Nacional?".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSE AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Del escrito de la denuncia se deprende la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones. Específicamente lo referente al monto a ser facturado por lo potenciales oferentes (Capacidad Financiera). Alega que el mismo limita la participación de pequeñas y medianas empresas que puedan cumplir con las especificaciones técnicas, estando claramente dirigida hacia grandes empresas.

Al respecto al remitirnos al Portal de Contrataciones Públicas, del Pliego de Bases y Condiciones, Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación, numeral 3.1. Criterios de calificación (IAL 37.1), inciso (i) **Capacidad financiera**, se desprende que se ha establecido cuanto sigue: "*Volumen Anual de Ventas: El Licitante deberá proporcionar prueba documental que demuestre que cumple los siguientes requisitos financieros: *Volumen anual de ventas en 2 años de los últimos 5 años previos a la presentación de ofertas (2017- 2018- 2019- 2020-y 2021) deberá ser equivalente, como mínimo, a Gs. 32.200.000.000, para cada lote por el que se presente oferta. Se acreditará mediante la inclusión de una copia de los cinco (5) últimos balances generales de los cinco (5) ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha límite de presentación de oferta auditados o, si no fuera obligatorio en el país del Licitante, de otros estados financieros aceptables para el Contratante. Se exigirá que la capacidad financiera sea la del licitante, y no la de su casa matriz o grupo económico. Para una APCA, este requisito puede ser cumplido por todos los miembros combinados. En caso de que la facturación se encuentre expresada en moneda extranjera (distinta a guaraníes), para su evaluación y comparación será convertida a guaraníes al tipo de cambio establecido en la IAL 32.1 de la Sección II".*

Que, la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento 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; 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.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSÉ ARÉVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

En este sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC, el mismo 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 que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

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"****.*

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO**, 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,

Abog. Lilian Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. JOSÉ AREVALO KUNERI
Dirección Jurídica - DNCP

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-

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, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19[3] el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°29/23, 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.

Por Resolución Nº112/23 de fecha 16 de enero de 2023, se designa Encargado de Despacho de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la DNCP, del 23 al 31 de enero de 2023.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. JOSÉ MANUEL AREVALO KUNERT
Encargado de Despacho- DNCP

[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
3 el 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"