DNCP/DJ N° 2144/16 **Caso N° 3136**

Asunción, 18 de abril de 2016.

DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTION DE DENUNCIAS CON PROTECCION AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA LA "*ADQUISICIÓN DE ELEMENTOS DE LIMPIEZA PARA LAS DIFERENTES REGIONES SANITARIAS*", CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL - ID N° 289906. ---------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha 18 de abril de 2016; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación:------

Cabe recordar que la identidad del denunciante se encuentra protegida conforme a lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas – Venezuela, aprobada por nuestro país por Ley Nº 977/96.----------

En la denuncia se manifiesta, cuanto sigue: *"En el llamado en cuestión, no se ha respetado lo dispuesto en el Decreto N° 4929/16, puesto que el mismo se ha llevado a cabo "Por El Total", siendo que debió haber sido por "Items" atendiendo a que los ítems del llamado son de producción nacional. En tal sentido, cabe señalar que el Decreto enunciado, claramente estatuye la obligatoriedad de licitar por ítems en casos como el presente, exceptuándose únicamente en casos especiales y dicha excepción a su vez debe estar expresamente autorizada por el MIC conforme los términos del Articulo 3 del Decreto. No menos importante resulta señalar que dicha irregularidad ya había sido advertida por la Dirección de Normas y*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Lic. Jaime A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Control de la DNCP, y es por ello que en la Nota DNCP/DNC N° 2516/16, primer punto, ya se había aclarado a la convocante que era bajo su entera responsabilidad llevar a cabo el proceso en dichas condiciones; al respecto, en dicha oportunidad ya debería haberse remitido los antecedentes a la DJ a efectos de la instrucción de una investigación. Por último, debemos aclarar que la presente denuncia es efectuada por este medio, atendiendo a que nos encontramos ante una disposición de orden público que está siendo quebrantada, razón por la cual de mas esta decir que la vía pertinente no es la protesta al no estar lesionándose derechos de particulares, sino más bien el quebrantamiento de una disposición imperativa de orden público, por parte del propio estado." (Sic). ----------

De lo esgrimido por el denunciante surge su disconformidad respecto al sistema de adjudicación por el total, realizado en el marco del llamado de referencia, al respecto menciona que conforme al Decreto N° 4929/16 se debió haber utilizado el sistema de adjudicación por ítems, asimismo señala que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ya había aclarado por medio de la Nota DNCP/DNC N° 2516/16 que es la Convocante la responsable del proceso licitatorio.----------

Sobre el particular, corresponde que esta Dirección Nacional se expida respecto a la aplicabilidad o no de la normativa en cuestión, en ese sentido, realizamos el siguiente análisis.----------

El procedimiento licitatorio está constituido por una secuencia ordenada y metódica de diversos estadios, indispensables para la configuración de la licitación, pero que por sí solos no son suficientes para darle vida[1].----------

El pliego de bases y condiciones constituye la primera etapa de dicho procedimiento, pues, a decir de Marienhoff es "*el resultado de un proceso*

[1] Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor y Comadira Julio Pablo. Curso de Derecho Administrativo; Tomo I; Edit. Abeledo Perrot; pg. 799; Bs.As.; Tera reimp.; 2013.

preliminar, en el cual, ante una necesidad que debe ser satisfecha, la Administración Pública comienza por estudiar qué es lo que necesita, cuánto y cómo y a qué plazos necesita la provisión, la obra, etc... Entonces, en base a dichos antecedentes se redacta el pliego de condiciones determinando las condiciones del contrato"[2].----------

El pliego contiene, además de las cláusulas que determinan en qué consiste la prestación, disposiciones sobre el procedimiento también llamadas de contenido reglamentario y respecto de ellas, Marienhoff sostiene que por implicar el derecho vigente y aplicable al trámite de la licitación no podrían alterarse o dejarse sin efecto. Así afirma que: "*en tales casos, dichas cláusulas son inalterables porque integran el bloque de la legalidad, siéndoles aplicables todo lo dicho acerca de los límites puestos a la actividad de la Administración y acerca de los efectos de los actos administrativos con relación al pasado, o sea, respecto a la retroactividad o irretroactividad de dichos actos*"[3].----------

Si el proceso de licitación ya tuvo principio de ejecución o empezado su curso (a partir de la publicación de los llamados) no podría aplicársele retroactivamente la nueva normativa de licitación surgida con posterioridad. Esta nueva normativa debe aplicarse para lo futuro, vale decir, para los nuevos procesos de licitación que se convoquen a partir de su entrada en vigencia. Regirán, por ende, las reglas establecidas en el pliego de bases y condiciones que, como es sabido, constituye la ley del concurso a la cual deben atenerse no solo los oferentes sino también la propia Administración Convocante.----------

Existe, ciertamente, la posibilidad de que la Administración Convocante considere la nueva normativa como una nueva regla del proceso antes del plazo límite para la presentación y apertura de ofertas, pero para ello debería emitir una

[2] Marienhoff, Miguel S.; Tratado de Derecho Administrativo; Tomo III-A; Edit. Abeledo-Perrot; Bs.As.; 4ta edición actualizada; pg. 210.
[3] Marienhoff; op.cit.; T.III-A; pg.213.

adenda, la cual debe ser difundida por los mismos medios que para la publicación del pliego. Además, debe prorrogarse el plazo de apertura de ofertas para que los oferentes dispongan del plazo suficiente para considerar la nueva regla.----------

Este criterio de la inaplicabilidad retroactiva de una nueva normativa a un proceso en curso o ya iniciado es similar al establecido en la legislación procesal civil y civil. En materia procesal civil, el CPC dispone con respecto a la vigencia: *"Art. 837 Las disposiciones de este Código entrarán en vigencia al año de su promulgación y sus disposiciones serán aplicables a todos los juicios que se iniciaren a partir de esa fecha, como así también a los juicios pendientes, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hubieren tenido principio de ejecución o empezado su curso, los cuales se regirán por las normas hasta entonces vigentes*". En materia civil, el Código Civil establece similar criterio al disponer en el artículo 2.814 que *"Todos los juicios civiles y comerciales en tramitación y los que se inicien antes de la vigencia de este Código se substanciarán y regirán por las disposiciones vigentes".*----------

Con relación a la aplicación supletoria de las disposiciones y principios del Código de Procedimientos Civiles, el insigne autor Salvador Villagra Maffiodo ha sostenido que "*la falta de reglas procesales especiales y las lagunas o vacíos de las existentes puede ser suplida con disposiciones pertinentes del Código de procedimientos civiles...Según se ha visto al estudiar las fuentes, puede recurrirse al procedimiento civil y penal como supletorios del administrativo*"[4].----------

En definitiva, puede apreciarse que el criterio legal que predomina en materia de procedimientos es que cuando el trámite ya está en curso o tuvo

[4] Villagra Maffiodo, Salvador Enrique. Principios de Derecho Administrativo; Edit. El Foro; Asunción, 1981, pág. 51.

principio de ejecución no puede aplicarse la nueva normativa sino la que regía al inicio del trámite.----------

Esta Dirección ya se ha expedido previamente en idéntico sentido: "*Tal es así, que esta Dirección Nacional ha considerado y considera que el llamado se rige por la legislación vigente al momento de su publicación atendiendo a que el proceso de planificación del Pliego de Bases y Condiciones se realiza sobre la base de un status legal que justifica sus requerimientos. Ello, atendiendo al principio de IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, el cual se encuentra plasmado en la propia Constitución Nacional en su Artículo 14, y establece que "Ninguna Ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado*"[5].----------

Al respecto, cabe mencionar que se pudo constatar que la fecha de publicación del llamado de referencia en el Sistema de Información de Contrataciones Públicas (SICP) es 11 de febrero de 2016, y teniendo en cuenta que la Entidad Convocante no publicó ninguna adenda modificatoria del pliego de bases y condiciones antes de la apertura de ofertas, y que además el Decreto N° 4929 al que hace referencia el denunciante entró en vigencia en fecha 16 de febrero de 2016, se desprende que el Decreto mencionado aún no estaba en vigencia al momento de la publicación del llamado de referencia. Por ende, no correspondía la aplicación de lo dispuesto en el Decreto N° 4929.----------

Conforme se desprende de lo anterior, lo solicitado por el denunciante no se ajusta al criterio explicado precedentemente y contradice el principio de irretroactividad contemplado en el Artículo 14 de la Constitución Nacional.----------

[5] Resolución DNCP N° 780/2011 "*Protestas promovidas por las firmas Scavone Hnos. S.A. - Laboratorios Catedral; Farmaco S.A.; Vicente Scavone –Laboratorios Lasca y Laboratorios de Productos Eticos C.E.I.S.A. contra la Adenda N°5 de la Licitación Pública Nacional N°02/2011 para la Adquisición de Medicamentos varios para el IPS*", convocada por el Instituto de Previsión Social (IPS) - ID 208194".-

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Por tanto, esta Dirección Jurídica, considera que no existen méritos para la apertura de una Investigación de oficio y atendiendo lo señalado se debe disponer el cierre de la presente investigación conforme el art. 17 inciso a) del decreto 7434/11 por los motivos ya expuestos anteriormente, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.----------

Abg. María Laura Maciel Gómez
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. Luis Godoy Duria
Director Jurídico- DNCP