DNCP
DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

DNCP/DJ N° 457 /10 **Caso N° 1213**

Asunción, 05 de marzo de 2010

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA "ADQUISICIÓN DE CAÑOS Y ACCESORIOS DE PLÁSTICO", CONVOCADA POR LA EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DEL PARAGUAY (ESSAP) S.A. (ID N° 139474)".

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; y 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 N° 977/96.

La denuncia expresaba que: ***"La ley 2051 de Contrataciones Publicas busca la transparencia y la competencia leal entre los oferentes buscando el bien común, sin embargo en el punto 11.1(e) de las IAO solicitan contratos ejecutados de provisión de productos similares que equivalgan 30% del monto ofertado. Esta clausula deja fuera a varias microempresas que se están iniciando o que ya existen desde hace varios años o que se dedican a otro rubro y que actualmente han diversificado su mercado, dando lugar solo a aquellas empresas que siempre han trabajado con el estado, pues aunque tengan los productos solicitados y el conocimiento en el ramo no cuentan con contratos suficientes haciendo caso omiso del Art. 7 de la Ley 2051/2003 FOMENTO A LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. Además, este llamado es de provisión de caños y accesorios y en el punto 11. 1 (f) solicitan • Llenar el Formulario 1.9 y el Formulario 1.10 en ellos se podrá medir la experiencia del Oferente en este tipo de Provisiones. • Llenar el Formulario 1.11 que demuestre su capacidad en materia de personal Directivo, Técnico y Operarios que serán afectados a la Provisión; llenar el Formulario Nº 1.12 de Curriculum Vitae, así como el Formulario Nº 1.13 de compromiso de trabajo por el periodo de la provisión y el montaje. Ambas planillas, del personal nombrado en el Formulario 1.11. Si es de provisión de caños y accesorios no se necesitan técnicos ni operarios ni compromiso de trabajo por provisión y montaje pues es solo provisión. Nuevamente en este punto solo dan oportunidad a empresas grandes que ya han trabajado con el estado".***

Al respecto, la Unidad Operativa de Contrataciones de la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay (ESSAP) S.A. —a través de la Nota GA/UOC/Nº 0084/2010, Exp. DNCP Nº 100560— manifestaba que, con relación a la experiencia

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña – Telefax: 415 4000 R.A. – Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

solicitada en el PBC, cabe destacar que debido al servicio brindado por la ESSAP S.A., el cual constituye un servicio público imprescindible para la sociedad, no pueden arriesgar la provisión de insumos tales como tubos y accesorios de plástico que sirven de sustento a las reparaciones e instalaciones de los usuarios, lo cual implica que la posibilidad de un incumplimiento o demora en la provisión por parte del proveedor genere un inconveniente social de gran envergadura, situación que no puede permitirse la institución.

Asimismo, aclaraba la Convocante que si la intención hubiese sido dejar fuera de competencia en general a los pequeños proveedores, se hubiese fijado un monto de experiencia previa muy superior al establecido, pero al contrario, se ha buscado justamente reducir al máximo este punto a fin de permitir que exista un gran número de oferentes, más aún cuando sabido es que justamente el sistema de contrataciones públicas está diseñado de manera que cuando un oferente pequeño no reúna los requisitos previstos pueda participar a través de un consorcio con otros, a fin de que entre todos cumplan los requerimientos.

También, la UOC de la ESSAP acotaba —en su contestación— que siempre ha sido el criterio de la DNCP con relación a los PBC, que mientras los mismos no violen abiertamente las disposiciones legales, los criterios de selección corresponden fijarlos a la convocante, razón por la cual en uso de dicha atribución es que se ha tomado la decisión de exigir la mencionada experiencia, lo cual no se aleja de los porcentajes previstos en los pliegos estándar diseñados por la DNCP.

Al mismo tiempo, la Convocante señalaba que no se puede obviar el hecho de que en el PBC no se solicita experiencia de provisión al Estado o a la Convocante, sino al contrario se solicita experiencia en provisión de bienes similares, lo cual además de ser un criterio muy amplio, permite determinar si el oferente cuenta con el know how suficiente para manejar grandes contratos, pues no se puede negar que muchas veces una simple provisión de bienes implica en el fondo todo un esquema de logística, gerenciamiento y direccionamiento que por lo general cuando la empresa nunca acordó contratos de gran envergadura, termina con inconvenientes que le hacen o imposible la provisión o por lo menos demora la entrega de los productos y como hemos visto, para este tipo de insumos la ESSAP S.A. no puede arriesgarse a tener dichas demoras o al menos en función del interés público, es una obligación para la administración de la convocante, precautelar en la medida de lo posible que los proveedores contratados puedan cumplir con el contrato.

En la ESSAP S.A., se considera que la exigencia de una experiencia anterior en provisión de productos similares equivalentes al 30% de la oferta presentada en los **3 (tres) últimos años** es imprescindible.

Con relación a los formularios indicados por el denunciante, la Convocante informaba que, atendiendo a la observación señalada se suprimen los formularios

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña – Telefax: 415 4000 R.A. – Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

1.11, 1.12 y 1.13. Para el efecto se remitía la Adenda Nº 1, que fue publicada en el Portal de Contrataciones Públicas (ID Nº 139474).

Sobre el particular, esta Dirección Jurídica considera pertinente realizar las siguientes manifestaciones:

Primeramente, cabe traer a colación que el sistema de adjudicación del presente llamado es POR ITEM, posibilitando así una mayor participación de oferentes; y, a la vez, el acceso a la institución convocante a una mayor variedad de opciones, a fin de una correcta satisfacción de sus necesidades.

Sobre el punto, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), quien al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: *"la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito"* [1].

En la misma línea de argumentaciones, la elaboración del pliego de bases y condiciones, así como la forma de determinar dicho cumplimiento mínimo, constituye también una atribución discrecional de la Contratante, la que se ve limitada por imposibilidad de establecer condiciones o requisitos que resulten innecesariamente limitativas a la participación o que no sean técnicamente indispensables.

Desde nuestra visión, la etapa de elaboración del pliego de bases y condiciones o de los Términos de Referencia resulta ser —quizás— la más importante de todo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que es aquí donde se fijarán las pautas, requisitos y exigencias de lo que la Administración Pública busca, siendo necesario prestar mayor atención a los aspectos más vulnerables que las mismas contienen. En definitiva es el conjunto de reglas que elabora la Administración Pública para organizar el procedimiento de selección y delimitar el contenido y alcances del contrato estatal en su integridad.

Por un lado, en la ESSAP S.A. se considera que la exigencia de una experiencia anterior en provisión de productos similares equivalentes al 30% de la oferta presentada en los **3 (tres) últimos años** es imprescindible, con las justificaciones transcriptas más arriba; y, por otro lado, se suprime a través de la Adenda Nº 1 los formularios 1.11, 1.12 y 1.13 —objetos de denuncia—.

Siendo la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una facultad discrecional de la Convocante, la determinación de las condiciones y requisitos que deben cumplir los Oferentes, con la única limitación prevista en el citado Art. 20º de la Ley Nº 2051/03. Esta discrecionalidad se ve aún más

[1] ISMAEL FARRANDO (h) – "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 332.

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña – Telefax: 415 4000 R.A. – Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

acentuada, en los procesos de contrataciones similares al que nos ocupa, el que posee un alto contenido técnico y/o social.

Por lo brevemente expuesto, esta Dirección Jurídica da por finalizada la presente investigación preliminar, con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.

Abog. **MYRTA C. GODOY ALDERETE**
Dirección Jurídica

Abog. **JORGE PAIVA ROCHOLL**
Director Jurídico

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña – Telefax: 415 4000 R.A. – Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py