Dictamen DNCP/DGAJ N°3.727/23

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	24/04/2023
ID:	424.337
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	Subasta a la Baja.
Nombre de la Licitación:	"Llamado MOPC Nº 11/2023 Licitación Pública Nacional por Subasta a la Baja Electrónica para el servicio de seguro médico sanatorial para funcionarios del MOPC".
Entidad Convocante:	Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias-Caso N° 80/23.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	Anticipo.

RESULTADO

1. Disponer el cierre del Caso N°80/23.

2. Comunicar a quienes corresponda, y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del escrito de la denuncia se colige la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, específicamente lo referente a la entrega del anticipo equivalente al 15% para las MIPYMES, ya que alegan que los requerimientos del Pliego de Bases y Condiciones tanto financieros como de experiencia y capacidad técnica, resultan de cumplimiento imposible para las MIPYMES.

Se verifica del SICP, que mediante la emisión de la adenda N°01 se ha suprimido el otorgamiento de anticipo que fuere cuestionado por el denunciante.

Por tanto, en virtud a que mediante la adenda N°01 de conformidad a la facultad que el art. 22[1] de la Ley N°2051/03 le confiere a la Convocante, ha modificado las exigencias que fueran objeto de cuestionamiento por el denunciante, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos disponer el cierre del Caso N°80/23, solo en la medida de lo analizado y aclarado en el presente dictamen.

[1] *Las Convocantes, toda vez que ello no tenga por objeto limitar el número de participantes, podrán modificar aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de licitación (...) Cualquier modificación a las bases de la licitación resuelta por la Convocante será considerada como parte integrante de las mismas... ".*

Dra. Laura Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSÉ ARÉVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

Ingresa denuncia a través del módulo de investigaciones electrónicas como CASO N°80/23, señalando cuanto sigue:

"El PBC para del *"LLAMADO MOPC N° 11/2023 LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL POR SUBASTA A LA BAJA ELECTRÓNICA PARA EL SERVICIO DE SEGURO MEDICO SANATORIAL PARA FUNCIONARIOS DEL MOPC"* con ID N°424.337, increíblemente prevé la entrega de un anticipo equivalente al 15% del valor del contrato, porcentaje que se traduce a la suma de Gs. 11.322.000.000.-

En relación a esto, la DNCP había retenido el PBC solicitando explicaciones acerca de las razones por las cuales un contrato para la prestación de seguro médico tenía previsto anticipo y, a efectos de tratar de justificar ello, el MOPC contestó mediante la Nota UOC N°495/2023 que han *"procedido a asignar un porcentaje de anticipo a la presente contratación del 15%, esto a efectos de dar cumplimiento a la Ley 7050/2023 Art. 188 y que aprueba el PGN ejercicio 2023."*

Ahora bien, la normativa citada claramente establece que *"las Convocantes deberán prever que en caso de que una MIPYMES (Micro, Pequeña y Mediana Empresas), resultare adjudicada o beneficiada con una orden de compra o servicio en la tienda virtual, deberán realizar el pago de un anticipo a la misma, salvo que hubiere justificado al momento de la comunicación del llamado que el anticipo no resulta aplicable a ningún adjudicado."*, o sea, la regla es que únicamente para el caso de que en el llamado exista la posibilidad de que sea adjudicada una MIPYMES, es que se debe prever anticipo. En el presente caso, lógicamente ello no resulta factible ya que los requerimientos del PBC, tanto financieros como de experiencia y capacidad técnica, tornan imposible para que una MIPYMES se presente a ofertar. Líneas seguidas, el mismo artículo citado prevé una excepción diciendo *"Las Convocantes podrán determinar en las bases de la convocatoria, el pago del anticipo a todas las firmas adjudicadas o beneficiadas con una orden de compra o servicio en la tienda virtual, independientemente de su carácter de MIPYMES (Micro, Pequeña y Mediana Empresas).* ***Al momento de la comunicación del llamado las Convocantes deberán justificar los motivos en los que fundan la inclusión del anticipo."*****. Como se puede ver, existe una excepción, pero ella está supeditada a que se JUSTIFIQUEN LOS MOTIVOS DEL OTORGAMIENTO DE DICHO ANTICIPO.** Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la convocante no ha justificado de modo alguno, ya que se ha limitado a responder que prevén el anticipo para dar cumplimiento a la norma, como si fuese que el artículo en análisis establece la obligatoriedad. Lógicamente, lo manifestado por la convocante desde ningún punto de vista es un motivo ni justificación.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSÉ AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

Ahora bien, porque es grave esto. Estamos a puertas de unas elecciones generales y a una firma prestadora de servicios a la que se le exige contar con experiencia, capacidad técnica y capacidad financiera, **se le está pretendiendo entregar, sin que ni para que, la suma de Gs. 11.322.000.000.- Bastante llamativo.**

Nótese que el propio PBC define al anticipo como *"la suma de dinero que se entrega al proveedor, consultor o contratista destinada al financiamiento de los costos en que este debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual."*. En relación a esto nos preguntamos qué costos tiene la prestadora de seguro médico para iniciar la ejecución del contrato Mas aún, teniendo en cuenta que en este PBC se establecen requerimientos financieros, de experiencia y de capacidad técnica, que deben ser cumplidos YA para ofertar*".*

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

Por Nota DNCP/DGAJ N°2683 de fecha 21 de marzo de 2023, la Dirección General de Asuntos Jurídicos solicitó al MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES informen respecto a los hechos indicados en la denuncia, en la Denuncia individualizada como CASO 80/23 ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, y remitan todos los documentos respaldatorios que sustenten sus dichos; en el plazo de TRES (3) días hábiles

NOTIFICACIONES:

Nota DNCP/DGAJ N°2683 de fecha 21 de marzo de 2023, pedido de informe MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES.

CONTESTACIONES:

En fecha 24 de marzo del 2023, la entidad Convocante MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES, se presenta a contestar traslado, en los siguientes términos:

"Walter Recalde Britos, director de la Unidad Operativa de Contrataciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, me dirijo a usted referente al pedido de informe indicado en la Nota DNCP/DGAJ N°2683, relacionado al LLAMADO MOPC N°11/2023 LISITACION PUBLICA NACIONAL PARA EL SERVICIO DE SEGURO MEDICO SANATORIAL PARA FUNCIONARIOS DEL MOPC. ID N°424.337, para informarle cuanto sigue:

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. JOSÉ AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

Que, se cumple en remitir el informe elaborado por el Departamento Técnico de la Dirección de Recursos Humanos en su Memorándum DT N°124/2023 de fecha 24/03/2023.

Sin otro particular, le salido muy cordialmente".

MEMORANDUM DT N°124/2023.

"Tengo el agrado de dirigirme a usted, y por su intermedio a quien corresponda a los efectos remitir la respuesta a la intimación realizada por la DNCP, conforme Resolución N°861/2023, Art. 40), en el marco de la PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA GT SCIENTIFIC S.A. CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES REALIZADO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE "LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL" PARA LLAMADO MOPC NO 11/2023 LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL POR SUBASTA A LA BAJÁ ELECTRÓNICA PARA EL SERVICIO DE SEGURO MEDICO SANATORIAL PARA FUNCIONARIOS DEL MOPC CONVOCADA POR UOC OBRAS PUBLICAS ID 424337", para expresarle cuanto sigue:

Que, esta convocante ha procedido a emitir la adenda N°1 que, además de prorrogar los plazos inicialmente establecidos para la presentación de las ofertas para el día 18/04/23, se procede a modificar el ítem que se refiere al anticipo, quedando establecida la indicación de la siguiente manera:

Anticipo: *NO SE OTORGARÁ ANTICIPO.*

Lo expresado, se corrobora en el SICP, donde se encuentran publicados los datos del llamado.

Por tanto, habiéndose modificado el punto sobre el cual fue dirigida la denuncia, se solicita remitir a la DNCP, el presente informe con el pedido expreso de desestimar la denuncia por haberse modificado el requisito cuestionado".

ANÁLISIS:

Del escrito de la denuncia se colige la disconformidad del denunciante respecto a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, específicamente lo referente a la entrega de un anticipo equivalente al 15% para las MIPYMES, ya que alegan que los requerimientos del Pliego de Bases y Condiciones tanto financieros como de experiencia y capacidad técnica, resultan de cumplimiento imposible para las MIPYMES.

Al respecto, la Ley Nº 7050 "Que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2023" establece en su artículo 188°, lo siguiente: "*...En las contrataciones de bienes, obras, servicios y/o consultorías, las convocantes deberán prever que en caso de que una MIPYMES (Micro, Pequeña y Mediana Empresas), resultare*

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSE AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

adjudicada o beneficiada con una orden de compra o servicio en la tienda virtual, deberán realizar el pago de un anticipo a la misma, salvo que hubiere justificado al momento de la comunicación del llamado que el anticipo no resulta aplicable a ningún adjudicado. Las Convocantes podrán determinar en las bases de la convocatoria, el pago del anticipo a todas las firmas adjudicadas o beneficiadas con una orden de compra o servicio en la tienda virtual, independientemente de su carácter de MIPYMES (Micro, Pequeña y Mediana Empresas). Al momento de la comunicación del llamado las Convocantes deberán justificar los motivos en los que fundan la inclusión del anticipo. En ningún caso, el anticipo podrá sobrepasar el 20% (veinte por ciento), del valor del contrato".

De lo expuesto se desprende que en caso de que en un llamado exista la posibilidad que una MIPYMES sea adjudicada, las convocantes deben prever la incorporación en el PBC de un anticipo que no podrá sobrepasar el 20% del valor del contrato. Caso contrario de no preverse la incorporación del anticipo, la misma deberá justificar el motivo del porque no resulta aplicable a ningún adjudicado.

Así mismo, el mismo cuerpo legal establece que las convocantes independientemente si las firmas adjudicadas o beneficiadas fueren MYPIMES, podrán determinar la inclusión del anticipo financiero mediante el justificativo correspondiente.

Al respecto, la Entidad Convocante en respuesta al pedido de informe que fuere realizado refiere que ha procedido a emitir la adenda N°1 por la cual además de prorrogar los plazos inicialmente establecidos para la presentación de las ofertas se ha modificado el ítem referente al otorgamiento de anticipo, quedando establecida en la indicación que <u>NO SE OTORGARÁ ANTICIPO.</u>

Se observa del SICP, que la Convocante por medio de la adenda N°01/2023 de fecha 22 de marzo de 2023 ha suprimido el punto cuestionado por el denunciante, quedando redactado el PBC de la siguiente manera:

"Solicitud de Pago de Anticipo El plazo dentro del cual se solicitará el anticipo será (en días corridos) de: No Aplica"

Así también entre las documentaciones adjuntas en el portal se observa la justificación de la no aplicación del anticipo para las MIPYMES, conforme al siguiente detalle: "*-La planificación se ha realizado durante el ejercicio fiscal anterior 2022, y en la misma por la naturaleza de la contratación no se ha previsto el pago de anticipo, pues consiste en un servicio que requiere ya contar con la infraestima y acuerdos hechos para cumplir con lo requerido, no implica inversión previa, además, que en el rubro no se presentan cotidianamente MIPYMES. *Asimismo, el pago se realiza en forma mensual contra la prestación del servicio de seguro médico, no se justifica el pago del anticipo".*

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. JOSÉ AREVALO KUNERT
Dirección Jurídica - DNCP

Es importante recordar que, la adenda es el documento emitido por la convocante, mediante la cual se modifican aspectos establecidos en la convocatoria y/o en las bases de la licitación y/o en los contratos suscriptos. La adenda será considerada parte integrante del documento cuyo contenido modifique.

Igualmente, se aclara al denunciante que **la protesta,** es el mecanismo de impugnación al que deben recurrir los potenciales oferentes en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC, o de considerar que se han vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación.

Por tanto, en virtud a que mediante la adenda N°01 de conformidad a la facultad que el art. 22[2] de la Ley N°2051/03 le confiere a la Convocante, ha modificado las exigencias que fueran objeto de cuestionamiento por el denunciante, corresponde a esta Dirección General de Asuntos Jurídicos disponer en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19[3] –normativa vigente al momento de la publicación del presente llamado-, que establece: "*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*", el cierre del Caso N°80/23, solo en la medida de lo analizado y aclarado en el presente dictamen.

Por Resolución Nº972/23 de fecha 31 de marzo de 2023, se designa Encargado de Despacho de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la DNCP, del 10 al 24 de abril de 2023.

ABG. TANIA LEDESMA
Jueza Dpto. de Investigaciones -DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG.JOSÉ MANUEL AREVALO KUNERT
Encargado de Despacho- DNCP

[2] *"...Las Convocantes, toda vez que ello no tenga por objeto limitar el número de participantes, podrán modificar aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de licitación (...) Cualquier modificación a las bases de la licitación resuelta por la Convocante será considerada como parte integrante de las mismas...".*
[3] POR LA CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/03 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU MODIFICATORIA LA LEY 3439/07.